



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

A família e a codificação civil espanhola e brasileira: estudo comparado dos sistemas de matrimônio dos códigos civis da Espanha (1889) e do Brasil (1916)

Rita de Cássia de Oliveira Reis



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – Compartirlqual 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – Compartirlqual 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0. Spain License.**

UNIVERSIDADE DE BARCELONA
FACULDADE DE GEOGRAFIA E HISTÓRIA
PROGRAMA DE DOUTORADO EM SOCIEDADE E CULTURA:
HISTÓRIA, ARTE, ANTROPOLOGIA E PATRIMÔNIO



UNIVERSITAT_{DE}
BARCELONA

A FAMÍLIA E A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA E BRASILEIRA:
ESTUDO COMPARADO DOS SISTEMAS DE MATRIMÔNIO DOS
CÓDIGOS CIVIS DA ESPANHA (1889) E DO BRASIL (1916)

Doutoranda: Rita de Cássia de Oliveira Reis

Tutor/Diretor: Dr. Xavier Roigé Ventura

BARCELONA

2018

UNIVERSIDADE DE BARCELONA
FACULDADE DE GEOGRAFIA E HISTÓRIA
PROGRAMA DE DOUTORADO EM SOCIEDADE E CULTURA:
HISTÓRIA, ARTE, ANTROPOLOGIA E PATRIMÔNIO



UNIVERSITAT_{DE}
BARCELONA

A FAMÍLIA E A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA E BRASILEIRA:
ESTUDO COMPARADO DOS SISTEMAS DE MATRIMÔNIO DOS
CÓDIGOS CIVIS DA ESPANHA (1889) E DO BRASIL (1916)

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Sociedade e Cultura: História, Antropologia, Arte e Patrimônio, âmbito de Antropologia Social, da Faculdade de Geografia e História da Universidade de Barcelona, como requisito para a obtenção do título de Doutora.

Doutoranda: Rita de Cássia de Oliveira Reis
Tutor/Diretor: Dr. Xavier Roigé Ventura

BARCELONA

2018

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexo e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

Michelle Perrot

*À Minha mãe, Maria Rita de Oliveira.
Ao meu pai, Josias Farias de Oliveira.
(in memoriam)*

*Ao Erick e a nossos meninos,
Erick Filho, João Victor, Afonso e Benício.*

O presente trabalho foi realizado com apoio da
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível
Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento
001.

AGRADECIMENTOS

Minhas primeiras palavras de agradecimento vão dirigidas ao Professor Dr. Xavier Roigé Ventura, diretor e tutor, pela constante, atenciosa e especializada orientação que me dispensou durante todo o período do curso. Pelo ânimo com que sempre eu saía das sessões de orientação. E também pela sincera demonstração de preocupação com o bem-estar de minha família. Sinto-me privilegiada por ter tido a experiência de conviver com uma das pessoas de maior qualidade e generosidade intelectual e humana que conheci em minha jornada acadêmica.

Expresso meus agradecimentos também aos professores membros da banca examinadora, o Dr. Francisco Chacón Jimenez (Universidade de Múrcia), Dr. Joan Bestard Camps (Universidade de Barcelona) e a Dra. Heliane Prudente Nunes (Universidade Federal de Goiás- Brasil) por terem aceito o convite para procederem a leitura e a avaliação deste trabalho.

Agradeço ainda, aos professores com os quais tive contato durante a realização da pesquisa, que me sugeriram fontes bibliográficas e apresentaram sugestões, como antropólogo Dr. Joan Bestard Camps, com o qual tive o privilégio de cursar uma disciplina de Antropologia do Parenteco. Dr. Carlos Villagrasa, o professor de Direito Civil da da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, e a Dra. Jane Tunde, professora de História do Direito da Universidade de Girona.

Agradeço à coordenação do Programa de Doutorado Sociedade e Cultura, nas pessoas dos professores Dr. Manuel Delgado Ruiz, e Dr. Javier Laviña, e da proferssora. Dra. Camila Del Marmól, bem todo o pessoal da secretaria do Doutorado, pela atenção, acompanhamento, e orientação a respeito dos procedimentos acadêmicos e burocráticos realizados durante todo o período do curso.

Estendo meus agradecimentos aos órgãos e instituições que me possibilitaram o processo de levantamento de fontes bibliográficas e documentais: Bibliotecas de Geografia e História, e do Direito, da Universidade de Barcelona; Centro de Demografia Histórica, da Universidade Autônoma de Barcelona; Arquivo Histórico de Réus; Arquivo Histórico de Arán; Arquivo do

Congresso dos Deputados da Espanha; Arquivo da Câmara e do Senado do Brasil; Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro.

Formalizo aqui o agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES), do Ministério de Educação Cultura e do Brasil (MEC), pela concessão de uma bolsa de estudo na modalidade de Doutorado Pleno no Exterior, sem a qual não seria possível a realização desse curso.

Presto aqui também meus agradecimentos à direção, coordenação e principalmente às professoras e professores da escola pública Margarida Xirgu, pela cuidadosa acolhida e acompanhamento dos meus filhos durante todos os cursos escolares. À Esther, Anna Maria, Thaís, Cristina, Alícia, Carmem, Madalaine e Susana, mães que nos apoiaram na adaptação do calendário e rotina escolar, e tornando-se, juntamente com suas famílias, amigas para além da porta da escola. Ao amigo Santiago (in memoriam) pelas conversas no parque depois da escola, que me fizeram compreender um pouco mais da política contemporânea espanhola e catalã.

Minhas derradeiras e mais emocionadas palavras de agradecimento vão dirigidas às pessoas mais próximas, a família e os amigos, pelo apoio e compreensão incondicional que permitiram reunir condições para levar a cabo esta tarefa.

Aos meus pais, Josias e Maria Rita que seguem abrindo meus caminhos. Agradecimentos especiais à minha amada “família numerosa especial”. Ao marido Erick por ter aceitado sonhar o meu sonho, por adiar seus projetos pessoais e profissionais em nome dos meus, pelo apoio incondicional em todo o processo de planejamento e execução desta empreitada familiar, e pela parceria e tranquilidade constante em lidar com as questões do cotidiano.

Agradecimentos aos meus quatro meninos, Erick, João, Afonso e Benício, por me acompanharem nessa aventura em terras estrangeiras. Pela coragem de enfrentar o “desconhecido”, e pela disposição em aprender dois idiomas e adaptarem-se a novos e diferentes costumes. E ainda pela responsabilidade com que levaram os estudos, por sempre nos dar o orgulho de receber sempre elogios na escola. Além, é claro, do comportamento tranquilo em casa e principalmente pelas intermináveis declarações e demonstrações de carinho em ações e palavras de incentivos à mamãe.

Às minha irmãs Selma e Sonia, pelas constantes palavras de ânimo e incentivo. À Selma, em especial, meu muito obrigada, pelas longas horas de dedicação a revisão do texto. À Jael, irmã e amiga, incentivadora de meus propósitos pessoais e acadêmicos na Espanha, com quem dividi durante esses e outros anos de vida, as expectativas de realização desse propósito.

Agradeço o apoio dos amigos que encontrei ao longo do caminho e que levarei para a vida inteira: Angela e Joaquim, pela receptividade na chegada e pela agradável convivência. Ao Walison, companheiro de doutorado que foi se tornando um grande amigo de toda minha família, a quem agradeço pela cumplicidade, pelo sempre bem-humorado apoio durante o trabalho, e pelas apetitosas reuniões gastronômicas que desfrutamos com nosso chef talentoso. E também por nos ter apresentado com o Manuel, querido desde o primeiro instante que entrou nas nossas vidas. À querida Raquel, cujo brilho dos olhos ao chegar em Barcelona para um intercâmbio, fez-me lembrar o mesmo entusiasmo que me trouxe a essa cidade pela primeira vez, nas mesmas circunstâncias, há anos atrás! Ainda mais querida pelo “quarteto fantástico”, com quem viveu tantas aventuras. Raquel AVM! Ao querido Rafael, amigo de alma, daqueles que se tem a impressão de conhecer de outras vidas, por ter me apresentado a APEC (Associação dos Pesquisadores e Estudantes Brasileiros na Catalunha) e compartilhado amigos e experiências. À Marcele e Cira, amigas que se achegaram como se já fossem de casa, e passaram a fazer parte da nossa numerosa família.

Por fim, sou muito agradecida por ter realizado um desejo guardado por anos, de fazer doutorado na Universidade de Barcelona. Pela grande experiência acadêmica de ter estado em uma das melhores da Europa e do mundo. E ainda pela maravilhosa experiência pessoal e familiar, de ter vivido na Espanha, em especial na Catalunha, uma terra acolhedora, de uma cultura diversa e tolerante, e de belezas naturais impressionantes. Lugar onde vim buscar alento e mudança de ares no momento mais difícil da minha vida, e onde encontrei pessoas, cores, caminhos, e vivências que dividiram a minha vida, e a de minha família, em antes e depois de ter estado aqui.

À todos e todas, muito obrigada! Muchas Gracias! Moltes Gràcies!

RESUMO

O fenômeno da codificação, iniciado na Europa no final do século XVIII, é parte importante do processo de estruturação dos Estados Modernos europeus pós Revolução de 1789. As constituições nacionais haviam estabelecido os direitos fundamentais e anunciaram a necessidade de consolidação de um ordenamento jurídico que estabelecesse normas específicas às relações sociais e econômicas dentro na nova ordem política liberal-burguesa. O Código civil constituía-se neste instrumento normalizador das relações sociais fundamentadas no individualismo, na família e na propriedade. O objetivo desta pesquisa é o de comparar o processo de consolidação do modelo de família estabelecido no Código Civil Espanhol (1888/89) e no Código Civil Brasileiro (1916) a partir do sistema de matrimônio normatizado em ambos. Para tanto, iniciamos este estudo com uma apresentação da temática família, seus principais objetos e enfoques teórico-metodológicos, bem como o seu estado da arte nos países em questão, através de uma pesquisa bibliográfica de caráter multidisciplinar. Apresentamos na sequência, a partir de uma detalhada pesquisa bibliográfica e documental, os processos de codificação civil levado a cabo pelos governos dos países em questão. Além dos dois códigos, constituem-se em nossas fontes documentais os projetos que os antecederam as leis civis especiais de matrimônio e de registro civil, os decretos governamentais, as sessões do Congresso dos Deputados e do Senado, e censos referentes ao movimento populacional dos dois países. Na sequência, procedemos à exposição e comparação dos títulos e artigos que tratam exclusivamente da regulamentação do matrimônio nos aspectos relacionados à forma e formalidades de celebração, relação de gênero no que concerne aos direitos e deveres do homem e da mulher quanto aos filhos e à propriedade, e ainda os referentes à dissolução do vínculo conjugal. Seguimos com a análise dos dados quantitativos dispostos nos censos referentes ao movimento da população nas décadas que antecederam e sucederam a promulgação de leis específicas e dos Códigos que regulamentaram o matrimônio. Espera-se com o resultado desta investigação, a compreensão comparada do processo de codificação civil na Espanha e no Brasil, e em especial do processo de normatização do matrimônio nos Códigos civis dos dois países. Espera-se, ainda, como resultado desta investigação a identificação dos aspectos que significaram avanço e/ou permanência nas relações sociais e familiares, fundamentadas em um modelo de matrimônio concebido na segunda metade do século XIX. Entretanto, devido às transformações no contexto político e social ocorridas já nas décadas iniciais do século XX, fizeram-se necessárias as primeiras alterações nos Códigos para que houvesse uma aproximação desses textos legais com a realidade social vivida.

Palavras-chave: Codificação. Código Civil. Espanha. Brasil. Família. Matrimônio.

RESUM

El fenomen de la codificació, iniciat a l'Europa de finals del segle XVIII, és part important del procés d'estructuració dels Estats Moderns europeus després de la Revolució de 1789. Les constitucions nacionals havien establert els drets fonamentals i mostràvem la necessitat de consolidar un ordenament jurídic que establís normes específiques per a les relacions socials i econòmiques dintre d'un nou ordre polític liberal-burgès. El Codi Civil es constituïa en aquest instrument normalitzador de les relacions socials fonamentades en l'individualisme, en la família i en la propietat. L'objectiu d'aquesta recerca és el de comparar el procés de consolidació del model de família establert en el Codi Civil Espanyol (1888/89) i en el Codi Civil Brasiler (1916) partint del sistema de matrimoni normalitzat em ambdós codis. Per allò, comencem el present estudi amb la presentació de temàtica família, els seus principals objectes i enfocaments teòrics-metodològics, a més de l'estat d'art en els països en qüestió mitjançant una investigació bibliogràfica de caràcter multidisciplinari. A més dels dos codis, es constitueixen a les nostres fonts documentals els projectes que els antecedeixen, les lleis civils especials de matrimoni i de registre civil, els decrets governamentals, les sessions del Congrés dels Diputats i del Senat, i censos referents al moviment poblacional dels dos països. A la mateixa seqüència, procedim a exposar i comparar els títols i articles que tracten exclusivament sobre la regulació del matrimoni en els aspectes relacionats a la forma i formalitats de celebració, relació de gènere pel que fa als drets i deures de l'home i de la dona vers als fills i la propietat, i els relacionats amb la dissolució del vincle conjugal. Posteriorment, fem l'anàlisi de les dades quantitatives recollides en els censos del moviment de la població a les dècades que antecedeixen i segueixen a la promulgació de lleis específiques i dels Codis que regularen el matrimoni. Com a resultat d'aquesta recerca, esperem la comprensió comparada del procés de codificació civil a Espanya i Brasil, i en especial del procés de normalització del matrimoni en els Codis Civils dels dos països. També, com a resultat, esperem amb aquesta investigació, la identificació dels aspectes que signifiquen avenç i/o permanència a les relacions socials i familiars, fonamentades en un model de matrimoni concebut a la segona meitat del segle XIX. Mentrestant, per causa de les transformacions en el context polític i social esdevingudes a les dècades inicials del segle XX, es van fer necessàries les primeres alteracions en els Codis perquè hi hagués una aproximació d'aquells texts legals amb la realitat social coetània.

Paraules clau: Codificació. Codi Civil. Espanya. Brasil. Família. Matrimoni.

RESUMEN

El fenómeno de la codificación, iniciado en la Europa de finales del siglo XVIII, es parte importante del proceso de estructuración de los Estados Modernos europeos tras la Revolución de 1789. Las constituciones nacionales habían establecido los derechos fundamentales y mostraban la necesidad de consolidar un ordenamiento jurídico que estableciera normas específicas a las relaciones sociales y económicas dentro de una nueva orden política liberal-burguesa. El Código Civil se constituía en este instrumento normalizador de las relaciones sociales fundamentadas en el individualismo, en la familia y en la propiedad. El objetivo de esta investigación es el de comparar el proceso de consolidación del modelo de familia establecido en el Código Civil Español (1888/89) y en el Código Civil Brasileño (1916) a partir del sistema de matrimonio normalizado en ambos. Para ello, iniciamos este estudio con una presentación de temática familia, sus principales objetos y enfoques teórico-metodológicos, además del “estado de arte” en los países en cuestión a través de una investigación bibliográfica de carácter multidisciplinar. Además de los dos códigos, se constituyen en nuestras fuentes documentales los proyectos que los anteceden, las leyes civiles especiales de matrimonio y de registro civil, los decretos gubernamentales, las sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado, y censos referentes al movimiento poblacional de los dos países. En la secuencia procedemos a exponer y comparar los títulos y artículos que tratan exclusivamente de la regulación del matrimonio en los aspectos relacionados a la forma y formalidades de celebración, relación de género en lo que concierne a los derechos y deberes del hombre y de la mujer respecto de los hijos y la propiedad, y los referentes a la disolución del vínculo conyugal. Posteriormente, procedemos con el análisis de los datos cuantitativos recogidos en los censos referentes al movimiento de la población en las décadas que antecedieron y sucedieron a la promulgación de leyes específicas y de los Códigos que regularon el matrimonio. Se espera como resultado de esta investigación, la comprensión comparada del proceso de codificación civil en España y en Brasil, y en especial del proceso de normalización del matrimonio en los Códigos Civiles de los dos países. También, como resultado, se espera con esta investigación, la identificación de los aspectos que significan avance y/o permanencia en las relaciones sociales y familiares, fundamentadas en un modelo de matrimonio concebido en la segunda mitad del siglo XIX. Entre tanto, debido a las transformaciones en el contexto político y social acaecidas en las décadas iniciales del siglo XX, se hicieron necesarias las primeras alteraciones en los Códigos para que hubiera una aproximación de esos textos legales con la realidad social vivida.

Palabras clave: Codificación. Código Civil. España. Brasil. Familia. Matrimonio.

ABSTRACT

The codification phenomenon, begun in Europe at the end of the eighteenth century, is an important part of the process of structuring the post-Revolution European Modern States of 1789. National constitutions had established fundamental rights and announced the need to consolidate a legal system that established specific norms to social and economic relations within the new liberal-bourgeois political order. The Civil Code constituted itself in this normalizing instrument of social relations based on individualism, family, and property. The objective of this research is to compare the process of consolidation of the family model established in the Spanish Civil Code (1888/89) and in the Brazilian Civil Code (1916), based on the matrimonial system normalized in both. To do so, we started this study with a presentation of the family theme, its main objects, and theoretical and methodological approaches, as well as its state of the art in the countries in question, through a multidisciplinary bibliographical research. We present, following a detailed bibliographical and documentary research, the processes of civil codification carried out by the governments of the countries in question. In addition to the two codes, our previous documentary sources include the special civil laws of matrimony and civil registration, government decrees, the sessions of the Congress of Deputies and the Senate, and censuses relating to the population movement of the two countries. In the sequence, we will expose and compare the titles and articles that deal exclusively with the regulation of marriage in aspects related to the form and formalities of celebration, gender relation with regard to the rights and duties of men and women with regard to children and property, and also those concerning the dissolution of the conjugal bond. We proceeded to analyze the quantitative data provided in the censuses concerning the movement of the population in the decades before and after the enactment of specific laws and the Codes that regulated marriage. As a result of this investigation, the comparative understanding of the process of civil codification in Spain and Brazil, and in particular the process of normalization of marriage in the civil codes of the two countries, is expected. It is also expected as a result of this investigation the identification of the aspects that meant advancement and/or permanence in social and family relations, based on a model of marriage conceived in the second half of the nineteenth century. However, due to the transformations in the political and social context that occurred in the early decades of the twentieth century, the first changes in the Codes were necessary in order to approximate these legal texts with the lived social reality.

Keywords: Codification. Civil Code. Spain. Brazil. Family. Marriage.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Capa do Código Civil Espanhol – 1889.....	224
Figura 2 - Capa do Código Civil Brasileiro – 1916.....	270
Figura 3 - Placa do Salón de Plenos del Palacio Municipal de Reus	290
Figura 4 - Anúncio do Matrimônio Civil de Francisc Batista Ximenes e Maria Hernandez Carbonell de 31 de dezembro de 1868	291
Figura 5 - Quadro formas de matrimônio.....	324
Figura 6 - Quadro promessas de casamento furuto ou <i>esposales</i>	329
Figura 7 - Quadro celebração matrimonio canônico.....	330
Figura 8 - Quadro celebração matrimônio civil	331
Figura 9 - Quadro idade mínima para contrair matrimônio	334
Figura 10 - Quadro permissão para maiores e menores contraírem matrimônio.....	335
Figura 11 - Permissão para contrair matrimônio: Francisco Batista Ximenes e Maria Hernandez Carbonell - 31 de dezembro de 1868.....	336
Figura 12 - Quadro direitos e deveres dos cônjuges	338
Figura 13 - Fotografia de boda	340
Figura 14 - Quadro sistema econômico do matrimônio	343
Figura 15 - Primeira página de Capítulo Matrimonial de 29 de dezembro de 1812	348
Figura 16 - Quadro exercício do pátrio poder durante o matrimônio	352
Figura 17 - Quadro dissolução do vínculo conjugal.....	355
Figura 18 - Tabela movimento Populacional Espanha – Matrimônios 1861-1892	361
Figura 19 - Tabela movimento populacional Espanha – Matrimônios civil 1877-1888	362
Figura 20 - Tabela movimento populacional Espanha – Matrimônios 1889-1892	363
Figura 21 - Tabela Movimento populacional Brasil – Sexo e Estado Civil – 1872-1920	365
Figura 22 - Tabela Movimento Populacional Brasil – Estado Civil por Unidades Administrativas – Recenseamento de 1920	367
Figura 23 – Fotografia de familia operária brasileira década de 1960.....	279

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
1.1 Apresentação	17
1.2 Justificativa do tema	20
1.2.1 Interface da temática família com as Ciências Jurídicas	24
1.3 Delimitação do tema/objeto	35
1.3.1 Recorte espacial: Espanha e Brasil.....	35
1.3.2 Recorte temporal: período da codificação civil espanhola e brasileira	38
1.3.3 Recorte temático: matrimônio.....	39
1.4 Referencial teórico conceitual e metodológico	42
1.5 Objetivos	54
1.6 Levantamento dos problemas	56
1.7 Descrição das fontes documentais	57

PARTE I – A FAMÍLIA COMO OBJETO E O ESTUDO DA FAMÍLIA

2 A FAMÍLIA COMO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS	63
2.1 Positivismo, Evolucionismo Cultural e Materialismo Histórico	63
2.2 Escola Sociológica Alemã, Escola dos Annales e Escola de Chicago	69
2.3 Os trabalhos pioneiros da Demografia Histórica	72
2.4 As “Teorias Clássicas” do Parentesco e o Estrutural Funcionalismo na Antropologia e na Sociologia	74
2.5 O rechaço do parentesco pela Antropologia e da Família patriarcal pela Demografia Histórica dos anos 60 e 70 (Grupo de Cambridge)	79
2.6 A família na Nova Sociologia Estadunidense e a Nova História Francesa ou Terceira Geração dos Annales	83
2.7 A perspectiva do Feminismo sobre a família	89
2.8 Os balanços historiográficos e o diálogo com a Antropologia	91
2.9 A Sociologia contemporânea de Pierre Bourdieu: a família e as estratégias de reprodução social	95
2.10 O estudo da família na atualidade e as possibilidades futuras	99

3 O ESTADO DA QUESTÃO: ESTUDOS SOBRE FAMÍLIA NA ESPANHA E NO BRASIL.....	107
3.1 O estudo da família na Espanha.....	107
3.1.1 Do “abandono” ou “isolamento” historiográfico aos primeiros estudos .	107
3.1.2 Do “impulso” à consolidação do objeto família como campo específico de investigação das ciências sociais.....	109
3.1.3 Os frutíferos anos 90	114
3.1.4 Estudo de família na atualidade	120
3.2 O estudo da família no Brasil	125
3.2.1 Os primeiros estudos: antropólogos e sociólogos	125
3.2.2 A influência da Demografia Histórica nos anos 70	129
3.2.3 Anos 80: A Nova História e a História Social.....	131
3.2.3.1 <i>O revisionismo da Família Patriarcal de Gilberto Freyre.....</i>	<i>133</i>
3.2.4 A consolidação da temática família nos Anos 90	136
3.2.5 As pesquisas recentes sobre família no Brasil	139

PARTE II – A HISTÓRIA DA CODIFICAÇÃO CIVIL NA ESPANHA E NO BRASIL

4 A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA: OS PROJETOS DE CÓDIGO E AS LEIS ESPECIAIS (1821-1870).....	143
4.1 Os antecedentes da Codificação Civil Espanhola.....	144
4.2 Os Projetos de Código Civil	148
4.2.1 O Projeto de 1821: “O Código Civil Total” de Nicolás María Garelly	149
4.2.2 O Projeto de 1833 e o intento conciliador de Cambroneró	154
4.2.3 O Projeto de 1836: o primeiro projeto completo e exclusivamente civil	154
4.2.4 O Projeto Isabelino de 1851 e a oficialização do processo codificador	159
4.2.5 O Projeto de 1869: o Código da Revolução Liberal de 1868.....	165
4.3 As Leis Especiais	168
4.3.1 A Lei do Matrimônio Civil de 1870	169
4.3.2 A Lei do Registro Civil de 1870	179
5 A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA: DAS LEIS DE BASES AO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL (1882 – 1889).....	183
5.1 A Restauração Monárquica e a retomada do processo codificador ...	183

5.2 O Projeto de Lei de Bases de 1882 e os Livros I e II do Código Civil	185
5.2.1 Os Territórios Forais e os Acordos de 1882	191
5.3 O Projeto de Lei de Bases de 1885	205
5.3.1 Os Debates Parlamentares de 1885 a 1889.....	206
5.3.1.1 <i>Primeira fase: Legislatura 1884-1885 – Ministro Francisco Silveira</i>	207
5.3.1.1.1 Debates sobre a Totalidade no Senado	208
5.3.1.1.2 Debates sobre a Totalidade no Congresso dos Deputados.....	217
5.3.1.2 <i>Segunda fase: Legislatura de 1887-1888 – Ministro Alonso Martínez</i>	219
5.4 A Comissão Mista e a promulgação do Código Civil Espanhol de 1888/1889	220
6 A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA.....	227
6.1 Antecedentes portugueses e Ordenações do Reino	228
6.2 A Colônia e a supremacia da tradição jurídica portuguesa	234
6.3 O Império e as primeiras iniciativas de Codificação	240
6.3.1 O Projeto Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1845).....	242
6.3.2 O Projeto de Visconde de Seabra (1871)	243
6.3.3 O Projeto Nabuco de Araújo (1872)	243
6.3.4 O Projeto de Joaquim Felício dos Santos (1822)	244
6.3.5 O protagonismo de Teixeira de Freitas	245
6.4 A República e o Código Civil de 1916.....	253
6.4.1 O Projeto de Antônio Coelho Rodrigues (1893)	255
6.4.2 O Projeto triunfador de Clóvis Beviláqua (1899).....	256
6.4.2.1 <i>A tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados – Comissão Especial de Código Civil (1901-1902)</i>	<i>261</i>
6.4.2.2 <i>A tramitação no Senado: uma década de atraso (1902-1912)</i>	<i>267</i>
PARTE III – ESTUDO COMPARADO DOS SISTEMAS DE MATRIMÔNIO DOS CÓDIGOS CIVIS DA ESPANHA (1889) E DO BRASIL (1916)	
7 O MATRIMÔNIO NO PROCESSO DE CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOL E BRASILEIRO	273

7.1 Antecedentes da normatização civil do matrimônio na Espanha	273
7.2 O matrimônio na fase inicial do processo de Codificação espanhola	278
7.2.1 O matrimônio nos projetos que antecederam ao Código de 1888/89.....	278
7.2.1.1 <i>A secularização do matrimônio no Projeto de 1821.....</i>	<i>279</i>
7.2.1.2 <i>A secularização moderada no Projeto de 1836</i>	<i>284</i>
7.2.1.3 <i>O Projeto de 1851 e o retorno à tradição católica.....</i>	<i>287</i>
7.2.1.4 <i>O Projeto de 1869 e a obrigatoriedade do matrimônio civil.....</i>	<i>289</i>
7.2.1.5 <i>O matrimônio civil da Lei de 1870.....</i>	<i>293</i>
7.3 O matrimônio na fase final do processo de codificação: entre a Constituição e a Santa Sé.....	295
7.3.1 O matrimônio no Projeto de Lei de Bases de 1882	296
7.3.2 O matrimônio do Projeto de Lei de Bases de 1885	298
7.4 Antecedentes à codificação civil do casamento no Brasil	301
7.5 O casamento no processo de Codificação Civil Brasileira.....	303
7.5.1 A legislação sobre o casamento no Império	303
7.5.1.1 <i>O casamento católico como único oficial – Decreto 3/11/1827</i>	<i>304</i>
7.5.1.2 <i>Os efeitos civis aos casamentos não católicos – Decreto 1.144 de 1861</i>	<i>305</i>
7.5.1.3 <i>A regulamentação do Registro Civil (1870-1888)</i>	<i>306</i>
7.5.1.4 <i>O casamento canônico no “Esboço” de Teixeira de Freitas (1872).....</i>	<i>308</i>
7.5.2 A República e a laicização do casamento	309
7.5.2.1 <i>A Lei do Casamento Civil – Decreto 181 de 24/01/1890</i>	<i>309</i>
7.5.2.2 <i>Reação católica à laicização do casamento</i>	<i>312</i>
7.5.2.3 <i>A proibição da celebração do casamento religioso antes do civil – Decreto 521 de 26/06/1890</i>	<i>314</i>
7.5.2.4 <i>O casamento no projeto de Joaquim Felício dos Santos (1881-1891)</i>	<i>316</i>
7.5.2.5 <i>O casamento no projeto do Antônio Coelho Rodrigues (1893).....</i>	<i>318</i>
8 COMPARAÇÃO DO MATRIMÔNIO NORMATIZADO NO CÓDIGO CIVIL DA ESPANHA (1888/1889) E NO CÓDIGO CIVIL DO BRASIL (1916).....	321
8.1 As formas de matrimônio e suas formalidades	322
8.1.1 As formas admitidas de matrimônio	322

8.1.2 As promessas de futuro ou <i>esponsales</i>	327
8.1.3 A celebração do matrimônio: canônico e civil	329
8.1.4 A idade mínima para menores contraírem matrimônio	332
8.1.5 A permissão para menores e maiores contraírem matrimônio	334
8.2 As relações de gênero: os papéis do homem e da mulher em relação aos filhos e aos bens do casal	337
8.2.1 Os direitos e obrigações do marido e da mulher	337
8.2.2 Sistema econômico do matrimônio.....	342
8.2.2.1 “ <i>Capítols Matrimonials</i> ” – <i>Caso da Catalunha</i>	344
8.2.3 O exercício do pátrio poder durante o matrimônio.....	351
8.3 A dissolução do vínculo conjugal.....	353
8.4 Os efeitos da secularização do matrimônio no movimento da população	358
8.5 Apontamentos sobre as alterações introduzidas na legislação sobre o matrimônio posterior aos Códigos civis	369
8.5.1 Alterações no Código civil espanhol de 1889: da permanência da tradição aos avanços pós 1978.....	370
8.5.2 Alterações da legislação civil brasileira: entre o Código civil de 1916 e o Novo Código civil de 2002.....	377
CONSIDERAÇÕES FINAIS	383
FONTES DOCUMENTAIS	391
FONTES BIBLIOGRÁFICAS	395

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

Las raíces y el desarrollo del mismo conjunto básico de rasgos relativos a la familia, el parentesco e el matrimonio interesan a todos puesto que constituye el medio ambiente donde pasamos gran parte de la vida.

Jack Goody

1.1 Apresentação

O interesse pela família como objeto de estudo surgiu em minha trajetória acadêmica enquanto cursava uma Especialização em História Social do Brasil, na Faculdade de História da Universidade Federal de Goiás (UFG), em 1998. Dentre as disciplinas ofertadas pelo curso estava a de *História da Família*, ministrada pela Profa. Dra. Heliane Prudente Nunes, naquela ocasião a principal estudiosa do tema em Goiás. A partir dos questionamentos levantados durante as aulas dessa disciplina, elegi o diálogo com o Direito para o recorte temático do objeto de pesquisa que levei como projeto ao mestrado, cursado entre 1999 e 2001.

Durante o mestrado, propus-me a analisar o modelo de família brasileira estabelecido pelo Código Civil de 1916, como parte do processo de laicização pelo qual passava a recém-proclamada República Brasileira. Analisamos os discursos da Igreja e do Estado no processo de normatização do modelo da família brasileira, da fase inicial dos projetos, na segunda metade do século XIX, à promulgação do Código em 1916, passando pelas etapas de discussão parlamentar e aprovação na Câmara e no Senado. O objetivo foi identificar os avanços e as permanências que esse modelo significou para as relações familiares e para a sociedade brasileira. Foram recortados para esse estudo, os dois pilares de sustentação da família patriarcal brasileira, o poder marital e o pátrio poder, analisados a partir dos artigos dos capítulos de Casamento e de Filiação, do Livro de Família. A dissertação defendida em agosto de 2001 foi intitulada “*A laicização da sociedade brasileira e o Código Civil de 1916:*”

avanços e permanências na concepção de família”, e foi considerado pela banca examinadora um estudo inédito na história da família no Brasil.

A ideia da realização deste doutorado na Universidade de Barcelona surgiu durante o curso de mestrado, quando fui selecionada em dois programas consecutivos de intercâmbio com Universidades Espanholas oferecidas pela Coordenação de Assuntos Internacionais (CAI) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Nas duas ocasiões, o destino foi a Universidade de Barcelona em estancias de curta duração.

A primeira, em 1999, pelo Programa *Intercampus*, uma parceria do Ministério da Educação do Brasil (MEC) com a Associação Espanhola de Cooperação Internacional (AECI), tinha um objetivo amplo de contato com uma cultura e uma realidade acadêmica diferente da minha, com a possibilidade de estabelecer contatos para futuras instâncias de maior duração. Naquela ocasião, estive sob a tutoria do professor Dr. Miguel Izard, do Departamento de Antropologia Social, História da América e África, da Faculdade de Geografia e História, que após conhecer o meu projeto de mestrado, colocou-me em contato com professores especialistas na temática Família. Dentre esses professores estava o prof. Dr. Xavier Roigè Ventura, membro do Grupo de Pesquisa sobre Família e Parentesco, por quem fui convidada a participar das reuniões do Grupo, em uma das quais apresentei a pesquisa que desenvolvia no mestrado.

Na segunda ocasião, em 2000, como bolsista do Programa *Espanista*, do Ministério das Relações Exteriores da Espanha, meu objetivo era fortalecer o contato com Grupo de Estudos sobre Família e Parentesco, conhecer as pesquisas realizadas pelo grupo e desenvolver uma pesquisa exploratória sobre o estudo da família na Espanha com a intenção de propor um estudo comparado com o Brasil, a partir do recorte da normatização das leis civis. Novamente apresentei a pesquisa que desenvolvia no Brasil, e fui apresentada às pesquisas desenvolvidas pelos membros do Grupo. Também tive a oportunidade de frequentar por dois meses a disciplina sobre Família e Parentesco oferecida pelo Prof. Roigè no curso de graduação Antropologia.

Ao final dessa segunda estância, regressei ao Brasil para a conclusão e defesa da dissertação de Mestrado (que ocorreu em agosto de 2001) com a intenção de retornar em seguida à Universidade de Barcelona para cursar o

doutorado. Entretanto, durante os anos que se seguiram, questões de ordem pessoal e profissional não me permitiram prosseguir com esse objetivo. No entanto, a experiência como professora de História de Direito, durante os anos de 2005 a 2009, no curso de graduação em Direito das Faculdades Alves Faria (ALFA) e a aproximação acadêmica com a área das ciências jurídicas contribuíram para a manutenção do propósito de realizar um doutorado sobre um estudo da família no Código Civil, a partir de um diálogo entre a História e Antropologia, em um estudo comparado entre Espanha e Brasil.

Em 2009, quando aprovada em um concurso para professora efetiva na Universidade Federal de Goiás, tive renovada a possibilidade de retomar o projeto do doutorado no exterior. Após três anos de serviço público, garantido o direito de afastamento das atividades profissionais para aperfeiçoamento, retomei os contatos com o Prof. Dr. Xavier Roigé, a quem enviei o pré-projeto de pesquisa e que após a apreciação, aceitou minha solicitação de orientação. Diante disso, em junho de 2013, submeti junto à Comissão de Estudos do Programa de Doutorado em Estudos Avançados de Antropologia, uma solicitação de admissão de acordo com as exigências do Programa (pré-projeto, curriculum e documentação). A admissão foi confirmada após ter sido avaliada pela dita Comissão, presidida pelo Prof. Dr. Manuel Ruiz, coordenador do Programa, o qual me enviou uma carta de aceite. Com a carta de aceite do Programa, candidatei-me a uma bolsa do programa de Doutorado Pleno no Exterior, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES), do Ministério da Educação (MEC-Brasil), com a qual me foi possível levar a cabo meu objetivo.

O pré-projeto apresentado para a seleção intitulava-se “*Estudo Comparado da Família nos Códigos Civis da Espanha (1880) e Brasil (1916): influência, mudanças e permanências no processo de laicização da família*”. Porém, durante o processo de levantamento bibliográfico, e principalmente documental, fomos identificando a necessidade recortar o objeto de maneira mais específica e demos, portanto, preferência ao instituto do Casamento dentro do vasto campo de objetos que constituem e/ou envolve a complexa instituição família em um Código civil.

Apresentaremos a seguir a justificativa para a escolha do tema, bem como para os recortes (temático, espacial e temporal) empregados no

procedimento de delimitação do objeto da pesquisa. Segue também uma explanação do referencial teórico-conceitual que norteia a investigação e a exposição dos objetivos, dos problemas, da metodologia, das hipóteses e ainda, uma breve descrição das fontes documentais utilizadas para este estudo.

1.2 Justificativa do tema

O estudo do tema família justifica-se, em primeiro lugar, por ser uma instituição presente em quase todas as sociedades, em tempos e espaços diversos. Segundo com Lévi-Strauss (1974), embora não exista nenhuma lei natural que exija a sua universalidade, de fato a família conjugal e monogâmica, está presente, e com muita frequência, em todas as sociedades. Lévi-Strauss considera que “ *família, instituição social, mas com fundamento biológico, tem necessariamente de estar presente em qualquer sociedade, seja ela de que tipo for*” (Burguière, 1999, 9). No prólogo do primeiro volume de “*História de La Familia*” (1988), o antropólogo francês afirma:

Hoy en día, la tendencia general es a reconocer que la “vida familiar”, en el sentido que nosotros damos a esta expresión, existe en todas las sociedades humanas. La familia, fundada en la unión más o menos duradera pero siempre socialmente aprobada de un hombre y una mujer que forman un hogar, que procrean y crían hijos, estaría presente, se afirma con frecuencia, en todas las sociedades (Levi-Strauss In: Burguiere; klapisch-zuber; Segalen; Zonabend, 1999, p.14-15, prólogo).

Jack Goody (2001) confirma essa tendência ao declarar que “*no conocemos prácticamente ninguna sociedad, en la historia de la especie humana, en que no fuera importante la familia elemental o nuclear*” (2001, p. 14) e completa que “*no cabe duda de que la inmensa mayoría de las sociedades humanas están construidas sobre las relaciones socioeconómicas y afectivas que ocurren en la unidad pareja-hijos*” (2001, p.25).

Diante dessa constatação de abrangente presença da família entre as mais diversas organizações sociais, das mais simples às mais complexas, ao longo de toda a história da humanidade, seu estudo justificar-se também, e principalmente para a compreensão do modo de organização de toda e qualquer sociedade “*levando-se em conta que a família é uma instituição social*

fundamental, de cuyas contribuciones dependen todas as outras instituições” (Samara, 1983, p.7). Portanto, como considera Chacón *“la relación sociedad-familia es, precisamente, la que permite comprender la organización y el funcionamiento del sistema social”* (2011, p.334). A sua função, estrutura, as transformações sofridas com o tempo e os modos como se reproduz são de grande importância para a compreensão dos grupos sociais formados, essencialmente, pelo conjunto de famílias, em sua diversidade e complexidade de relações, em momentos e espaços históricos específicos.

Aos nossos olhos a família apresentasse-nos como uma das instituições mais operativas sobre a realidade social passada e presente. Na verdade, quando descrevermos as formas de organização doméstica estamos de alguma forma a descrever as formas de organização social, integrando a mobilidade temporal que lhes é imanente (Macedo, 1998, p.3).

Em sua função de estabelecer o elo entre o indivíduo e a sociedade, a família catalisa as ansiedades dessa última, e lhe dá respostas (Good, 1964), convertendo-se na base, na qual a sociedade desenrola sua trama composta por duas dimensões: interna e externa, privada e pública. Internamente, as famílias exercem um papel protagonista como força de controle da ação de seus membros, e no plano externo, influencia toda a sociedade como *“fuerza movilizadora”* que *“se proyecta también a otra serie de esferas y espacios socioeconómicos, políticos y culturales [...]”* (Chacón, 2011, p.334). Portanto, o desempenho e o aprendizado dos papéis dos membros das famílias, em esfera micro, constantemente, refletem na sociedade. Em esfera macro, as relações se estendem do âmbito do privado ao público em uma interação permanente entre indivíduo-família-sociedade, como afirma James Casey, *“la familia se encuentra al cruce de los dos fuegos que pueden interferir el uno con el otro: el de la autoridad en el hogar y el del poder que se ejerce en la plaza pública”* (Casey In: Prólogo, Chacón, 2014, p. 15).

É preciso considerar que a tênue linha entre a esfera privada e pública, característica da instituição família, dá-lhe um peso indiscutível no imaginário individual e social, conectando seus processos internos aos processos externos de mudanças sociais, sendo dessa forma, imprescindível para a compreensão da sociedade como um todo. A variedade e amplitude desses

processos fazem a família assumir “*el relevante y rotundo protagonismo*” enquanto instituição social:

La familia, que, al unir a la reproducción biológica la legitimidad jurídica, además de la transmisión material y el espacio en el que se regulaba y concretaba el mundo de los sentimientos, de los afectos, la transmisión de valores, las conductas, la educación y la formación de comportamientos y, en el fondo, una propia cultura y forma de ser, alcanzaba una dimensión social única para conformar y constituir la propia sociedad (Chacón, 2011, p.334).

Por sua função de instituição mediadora entre o indivíduo e a sociedade, a família, enquanto variável dependente e independente ao mesmo tempo, recebe e exerce influências da sociedade, portanto, “*los problemas sociales deben entenderse también en clave familiar*” (Vázquez de Prada, 2005, p.115), e por outro lado, a família “*se integra en sistemas culturales y se vuelve protagonista al ser parte de un equilibrio conflictivo y sujeto do cambio social*” (Chacón, 2014, 19). Por ser “*un término polisémico que designa, a la vez, individuos y relaciones*” (Segalen, 2000, p.23), a família estende-se pelo campo do social, passa a inteirar-se com a sociedade, apresentando características ligadas às condições vividas pela sociedade, mantendo costumes ou rompendo tradições, em um movimento dinâmico caracterizado por permanências e/ou avanços, reflexo das influências e interesses de caráter político, econômico e religioso.

Si hay una institución donde mejor se pueda apreciar y estudiar el cambio social, ésa es, sin lugar a dudas, la familia, la cual se puede concebir como un termómetro social porque siempre está y ha estado en el centro de la sociedad (Hernández Franco; Irigoyen López, In: Chacón, 2014, p.27. Introducción).

Os interesses, internos e externos, atuam sob a estrutura da família, influenciando ou determinando seu tamanho (extenso ou restringido) e definindo os papéis de seus membros, bem como o grau de atuação de cada um nas decisões ou diretrizes que definem o seu modelo, sua existência e sua perpetuação. “*La familia no es un ente separado, sino que forma una parte integral de la historia política, con las influencias mutuas que no siempre surgen a la superficie*” (Chacón, 2014, p.13).

Chacón (2011) esclarece que na Europa do Antigo Regime, os indivíduos eram identificados hierarquicamente em um corpo social específico, a partir do qual se definiam suas relações sociais (espaços e meios), e a família tinha um papel fundamental na compreensão da dinâmica social, pois era através dela que o indivíduo acercava-se da comunidade.

Las familias existen no sólo por razones biológicas o de la necesaria regulación jurídica ligada al matrimonio, sino por la reproducción y perpetuación unidos a la transmisión de bienes y valores culturales y simbólicos, lo que significa que toman cuerpo a partir de personas concretas y dentro de un grupo concreto, por lo que quedan ligadas al conjunto de la sociedad (Chacón, 2011, p.352)

A família se “constituye una realidad plural y dinámica, en constante evolución” (Vázquez de Prada, 2005, p.115). As transformações pelas quais passou a sociedade contemporânea, considerando como marco inicial a denominada “dupla revolução” (*Industrial e Francesa*) como considerou Eric Hobsbawn, refletiram com intensidade na função e estrutura da família, que sofreu diretamente os impactos das mudanças trazidas pela nova divisão social do trabalho impulsionada pelo processo de industrialização, modernização do campo e urbanização. Essas mudanças alteraram as características dos principais pilares de sustentação de sua estrutura: matrimônio, filiação e herança.

Segundo Ernest Watson Burgess (1926), com o advento da industrialização, assalariamento e urbanização, a família passou a ser fundada por um casamento de livre eleição dos cônjuges, com menos interesses patrimoniais e econômicos, com bases democráticas para seu funcionamento, com o objetivo de alcançar o bem estar de seus membros (Torres, 2010). É importante ressaltar, como adverte Segalen, “*que os câmbios no tienen lugar de la misma manera ni según los mismos ritmos em las diferentes clases sociales*” (2000,p.233), e portanto, a industrialização é uma dos modos de organização de trabalho, em um contexto específico, que influenciou e foi influenciado pela família, dando a essa características próprias.

O relevante papel da família na sociedade tornou-a principalmente a partir da segunda metade do século XX, um dos principais objetos de investigação das áreas de conhecimento das ciências sociais. Sociólogos, demógrafos, antropólogos, e historiadores, através de seus diferentes olhares e

perspectivas, fontes de investigação e métodos de análise, conceitos e classificações, como veremos no seguinte capítulo deste trabalho, buscaram, e ainda buscam na família, a partir de seus aspectos biológicos, sociais, morais, religiosos, culturais, e econômicos, a compreensão das sociedades tanto no presente quanto no passado.

1.2.1 A interface da temática família com as ciências jurídicas

O professor Ricardo Cicerchia distingue cinco correntes principais de análise da história da família, e uma delas *“atiende a los aspectos jurídicos-legislativos pensando en la relación familia-Estado e indagando a cerca de la evolución de los sistemas de herencia”* (apud CHACÓN, 2014, p. 35)¹. Este trabalho se insere nesta corrente de análise acrescida do matrimônio como elemento chave, ao lado da herança, para compreensão do interesse do Estado sobre a instituição família, e de suas investidas jurídicos-legislativo, tendo como objetivo o controle social.

Dentro dessa perspectiva faz-se importante conhecer a forma como esse controle do grupo se deu ao longo da história através do estabelecimento de normas. A ideia de Direito surge da necessidade do estabelecimento de uma coexistência pacífica e ordeira entre pessoas e grupos, através de um conjunto de costumes e regras de caráter religioso, moral ou étnico, a partir da experiência e do controle de uma dada realidade. O surgimento do Direito caracteriza-se pela sistematização das normas denominadas de leis, reunidas em ordenamentos jurídicos com versões tão variadas quanto os aspectos que representam as complexas relações em uma sociedade. Se, como consideravam os filósofos da Antiguidade, a cidade ou a República constituía-se de uma federação de famílias, essas como constituintes do núcleo básico da estrutura social, apenas existiam sob as leis da República (Casey, 2014).

O ordenamento jurídico e as normas *“están destinados a ordenar distintos aspectos de la convivencia”* (Trias Rocca, 2006, p.207). A convivência familiar é organizada pelo ramo do Direito Civil denominado Direito de Família

¹ As outras quatro correntes elencadas pelo autor são: comportamento das famílias de elite (doméstico e o poder); demografia história (matrimônio, fertilidade, ilegitimidade, migrações, estruturas de unidades domésticas); identidades de classes sociais, grupos étnicos; redes, estratégias e relação de gênero.

o qual se define como um conjunto de normas jurídicas do direito privado que regula a família em todos os seus aspectos, sendo os principais aspectos as relações matrimônias, a filiação e o pátrio poder (García Presas, 2011). A partir desses três pilares se constituem todas as normas reguladoras da família como instituição social.

Como aconselha Durckheim consideraremos além dos hábitos, costumes e literatura, também o direito, por serem "*maneiras de agir consolidadas pelo uso*", "*não somente habituais, mas obrigatórias para todos os membros da sociedade*" (Durkheim, 1975, p. 23). Nossa proposta é nos reportarmos ao Direito especificamente no que se refere ao processo de codificação das leis civis, para perceber a família estruturada sobre as bases estabelecidas pelos Códigos Civis dos dois países em questão.

Referindo-se aos ensinamentos de Lévi-Strauss, James Casey explicita a estreita relação entre a família e as normas:

La familia es un reflejo de la civilización que le impone sus reglas, definiendo las normas del matrimonio, la educación de los hijos, la solidaridad de los parientes. La familia no existe sólo para la reproducción biológica sino para la reproducción social. Toma formas diferentes según las culturas, pero siempre acata normas religiosas, las especificaciones de casta, el orden político y jurídico que acabarán moldeando al ciudadano del futuro (Casey, 2014 *apud* Chacón, 2014, p. 15, prólogo).

A família constituiu-se em um importante instrumento de controle dos comportamentos dos indivíduos em sociedade, pela capacidade de incutir os papéis a serem desempenhados por cada um de seus membros, e controlar assim, sua função e suas contribuições para as demais áreas das relações sociais.

As práticas que visam fazer reconhecer uma identidade social, exibir uma maneira própria de estar no mundo, significar simbolicamente um estatuto e uma posição, por fim, as formas institucionalizadas e objetivadas graças as quais uns "representantes" (instâncias coletivas ou pessoas singulares) marcam de forma visível e perpetuada a existência do grupo, da classe ou da comunidade.(CHARTIER, 1990, p.23)

Por esse motivo, o controle de sua forma, estrutura e funcionamento, sempre estiveram na linha de frente dos interesses de instituições e grupos que almejam o poder e o controle da sociedade. Segundo Segalen, dentre os mais

diversos aspectos de controle social (econômico, educacional, comunicacional, confessional, e outras) é “*la legislación, en primero lugar, que define la constitución del matrimonio, los derechos y los deberes de los miembros de la familia*” (Segalen, 2000, p. 236).

As regras de condutas internas e externas estiveram na pauta de preocupações dos grupos sociais constituídos por famílias ao longo da história. Não temos aqui a pretensão de historicizar as ciências jurídicas desde as suas origens, mas apenas destacar em alguns poucos parágrafos a seguir, a estreita relação entre a família e o desenvolvimento do direito, com o objetivo de perceber como essa esteve no centro das preocupações dos legisladores dos tempos antigos ao contexto da codificação civil do século XIX.

Entre os povos a Antiguidade Oriental, governados por teocracias que reuniam nas mãos de um monarca, representante das divindades, no caso do Egito Antigo, a própria encarnação de um deus, “*todos os poderes de administração, religião, justiça e guerra*” (Nascimento, 2008, p.23), a ideia de direito confunde-se com religião. Por este motivo, os primeiros textos jurídicos que se conhece na história, são caracterizados pela forte influência das crenças religiosas de seus respectivos povos, por se constituírem na própria vontade dos deuses ditadas como normas para regulamentar as relações entre os humanos. Portanto, nas principais sociedades da Antiguidade Oriental, a regulação e controle da família teve a religião como a base de sua estruturação, como a Hebraica (Lei Mosaica e Leis de Deuteronômio), e a Hindú (Código de Manu), nas quais as regras de controle sobre a família se faziam com uma riqueza de detalhes. A família já era regulada em suas principais características constituintes, como o casamento, concubinato, divórcio, adultério, herança e adoção, no primeiro conjunto de normas de que se tem registro na história, o Código de Hamurabi.

As normas legisladas sobre a família, da Antiguidade Clássica à Codificação do século XIX, e em consequência, aos dias atuais, remontam de um conjunto de características provenientes do direito romano, dos costumes das tribos germânicas e do cristianismo. Jack Goody (2015) adverte sobre a importância de considerar o peso que as distintas sociedades tiveram na caracterização das relações domésticas.

Roma sobre todo del derecho de familia, y las tribus teutónicas, de rasgos como tener en cuenta el parentesco bilateral y la importancia concedida al "individualismo" [...] Además, la mayor de todas as influencias es la resultante del advenimiento del cristianismo, que en último término procede del Oriente Próximo, cuando la Iglesia, en el proceso de cristianizar, introdujo cierto número de cambios que transformaron las anteriores pautas de la vida doméstica (Goody, 2001, p.13-14).

Até a consolidação do Império, a família era a instituição central da sociedade romana, estando, para o indivíduo, que era antes de tudo um membro de uma unidade familiar, acima do próprio Estado. Diante dessa importância, a família também constituiu-se na base do direito romano, que tinha sua estrutura sustentada pelo *patria potestas* (pátrio poder) absoluta do *paterfamilias*. Esse poder abrangia o poder absoluto do pai, chefe da família, sobre todos os membros da família, agregados e escravos. Mesmo com a centralização do poder do Estado, o *pater poder* manteve-se e perpetuou-se na legislação romana, com poucas alterações.

Em distintas fases, e com características próprias, cada período da história de Roma contribuiu para a sistematização do direito. No período Arcaico (VIII – II a.C.), a Lei das XII Tábuas tiveram como fonte principal um conjunto de costumes dos antepassados (*Mos Maiorum*)² que faziam parte da conduta de um bom romano, em um contexto no qual a família se constituía no centro de todas as ações do indivíduo.

O Período Clássico, caracterizado politicamente pela centralização do poder do Estado, testemunhou o auge do processo de sistematização do direito romano, possibilitado pela consolidação de suas principais fontes: os Jurisconsultos³, a Lex⁴, o Edito dos Magistrados⁵, e as Constituições

² *Mos maiorum*, costume dos antepassados, constituídos que deveriam ser observados por todos os romanos: *Fides*, juramento de compromisso entre duas partes; *Pietas*, sentimento de obrigação para com o *paterfamilias*; *Gravitas*, qualidade de indivíduo compenetrado, comprometido com sua função; *Dignitas*, relacionado à dignidade e com exercício de cargos públicos; *Honor* e *Gloria*, reconhecimento público de mérito (Castro, 2004).

³ Ou Prudentes, uma espécie de consultores, estudiosos e sistematizadores do direito que indicavam formas de atos processuais, julgamentos e emitiam de respostas (pareceres) às dúvidas de magistrados e particulares. Durante o Império as elaborações e respostas dos jurisconsultos, as jurisprudências, ganharam o *status* de fonte do direito (Castro, 2004).

⁴ A Lei era classificada pela função e pela origem⁴. Quanto a função, as leis (*leges*) poderiam ser *Leges Privatae* (estabeler contratos), *Leges Colegii* (estatuto de uma cidade) e as *Leges Publica* (deliberar órgãos do Estado); e quanto a origem, *Lex Rogata* (senado), *Lex Data* (magistrados) e *Leges Rogatae (populus romana)*, e *Plebicito* (votada apenas pelos plebeus).

⁵ Outra importante fonte do direito nesse período era a *Edicta*, documento elaborado pelos *Pretores*, que durante a República exerciam os cargos relacionados à justiça. Nesse

Imperiais⁶. O Período Pós-Clássico foi marcado pelas tentativas de codificação das leis romanas⁷ com objetivo de sistematizar permanentemente o direito produzido no período anterior, porém, esse objetivo apenas foi concretizado pelo imperador Justiniano, do Império Romano do Oriente, no século VI, após a queda do Ocidente. O corpo de leis codificadas sob sua administração de Justiniano foi denominado posteriormente de *Corpus Iuris Civilis*⁸, o maior legado do direito romano ao Ocidente, demonstrando a mais eficiente forma de sistematizar, através da codificação das leis, a conduta de uma sociedade, no âmbito público e privado.

As tribos teutônicas ou germânicas possuíam um direito de caráter consuetudinário, de tipo individualista, o qual tinha a família como principal instituição. Provenientes do norte do continente europeu, esses invasores permitiram que os romanos continuassem utilizando sua própria legislação. Essa permissão, conhecida como *Princípio de Personalidade do Direito*, foi o fator responsável pela manutenção do direito romano, mesmo após a queda do Império.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, a Igreja Católica, que já havia consolidado as bases do cristianismo, instrumentalizou-se para assumir, de maneira mais ampla, com um caráter não menos imperial, terrenos antes essencialmente de domínio do poder temporal. Utilizando-se de instrumentos romanos, o direito e o latim, a Igreja criou seus próprios elementos jurídicos, suas próprias leis e tribunais, o seu próprio direito, o Canônico. A verdade revelada, contida nos textos bíblicos, escritos pelos apóstolos, e nas resoluções papais, constituiu-se na principal fonte do direito canônico, que catalisou ainda as características do direito romano e do direito

documento, esses magistrados descreviam seu plano de atuação durante o seu ano de mandato (Castro, 2004).

⁶ Fonte principal durante o Império, as Constituições ou *placita* existiram em quatro formas distintas: *Edicta* (deliberações de ordem geral e duração indefinida; *Mandata*, tinha um caráter administrativo porque constava de instruções do imperador aos funcionários, e governadores; *Rescripta*, respostas a consultas solicitadas ao Imperador, por magistrados ou particulares (Castro, 2004).

⁷ *Codex Gregorionus*, *Codex hermoenianus*, *Codex Theodosianus*.

⁸ O *Corpus Iuris Civilis* é o nome à codificação de Justiniano, encomendada à Triboniano, e realizada entre os anos de 529 a 534, composta quatro obras: 1. O *Codex*, reúne a coleção completa das Constituições Imperiais; 2. O *Digesto*, uma seleção das obras dos Jurisconsultos, que foram selecionadas e alteradas por Triboniano, com o intuito de atualizá-las aos princípios da época; 3. As *Institutas*, um manual de direito para estudantes; 4. As *Novelas*, publicações das leis do período de Justiniano (Castro, 2004).

consuetudinário, dos germânicos, permitindo-lhe atuar em um vantajoso raio de influência e por um longo período.

[...] a cristandade fixou desde o início o conceito de direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando os juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação encilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele sempre tinha que se legitimar. (Wieacker, 1967, p.17-18)

A partir do momento que os povos ocidentais adotaram o cristianismo e reconheceram a autoridade da Igreja Católica enquanto instituição normalizadora da conduta de seus fiéis, eles permitiram a regulação de normas de convivência social, e especialmente familiar. As principais influências e interferências das normas do catolicismo em relação à família foram sentidas, sobretudo nas estratégias de matrimônio e de herança. Segundo Goody (2001), a pressão da Igreja consistia na desestruturação de tais estratégias, e na criação de normas de controle das alianças matrimoniais entre famílias proprietárias, como também de controle do reconhecimento do parentesco, restringindo seu alcance no momento da transmissão da herança. Apesar da imposição, as famílias, por sua vez, também desenvolviam suas próprias estratégias de manutenção de poder e perpetuação do patrimônio.

El carácter de imposición por la Iglesia de importantes normas relativas al matrimonio y la familia, que posteriormente serían interiorizadas o bien aceptadas por diversos grados por los habitantes de la Europa Cristiana, puede apreciarse a través de cómo se eludieron tales normas a lo largo de la historia europea (Goody, 2001, p. 22).

Durante a Idade Média, as leis romanas passaram por um processo de vulgarização devido à espontaneidade com que eram aplicadas pelas populações invasoras, não sendo utilizadas como a erudição exigia, e também por serem mescladas com os costumes germânicos. O direito medieval dos povos germânicos caracterizava-se ainda por ser constituído de regras que eram de utilização restrita a um determinado povo ou local. Os povos germânicos expandiram suas conquistas e se estabeleceram como reinos, e por influência e autoria dos romanos, organizaram seus costumes em

compilações de caráter legislativo. Dentre aquelas leis estão a *Lex Romana Visigothorum* (506), encomendada por Alarico II, rei dos Visigodos, a *Lex Romana Burgundiorum* (474-516), por Godenbaldo, rei dos Burgúndios e as *Capitulares*⁹ (744-884), dos Francos, durante o período Carolíngio.

O contexto de tensão do campo jurídico-legislativo do período medieval, gerada pela coexistência de três sistemas de direito, o romano, em fase residual, o canônico e o germânico, foi amenizado pelo renascimento das cidades, do comércio, e também das universidades, iniciado na Itália, nos séculos XII e XIII, com a abertura do Mediterrâneo. No campo das ciências jurídicas, nesse período, foi iniciado na Universidade de Bolonha o movimento que ficou conhecido como o Renascimento ou Recepção do Direito Romano. Esse movimento consistiu na retomada dos estudos do *Corpus Iuris Civilis*¹⁰ e da *Lex Romana Wisigothorum* (Breviário de Alarico) como fontes fundamentais da elaboração do direito moderno¹¹. Segundo a classificação de René David (1986)¹², a junção da estrutura do Direito Romano com os elementos constitutivos do direito consuetudinário das tribos germânicas, formou-se a maior das três famílias do direito contemporâneo, a família romano-germânica¹³.

⁹ Capitulares vem do termo capitula que significa artigo, e é utilizado para designar um conjunto de leis carolíngias denominadas Edicta, *Decreta ou Constitutiones*.

¹⁰ *Corpus Iuris Civilis*, compilação feita por Justiniano de 529 a 534, no oriente, encomendada a Triboniano. Compilação das leis romanas até Diocleciano, composta por: Código, Digesto, Institutos publicados de 529 a 534 e complementados com a série de Novelas.

¹¹ A Escola de Bolonha utilizou o método da glosa, que consistia em interpelações do próprio texto do *Corpus Iuris Civilis*, e por isso também ficou conhecida como Escola dos Glosadores. No século XIII, Acúrsio compilou as glosas de seus antecessores, formando uma coletânea que levou o seu nome, a Glosa de Acúrsio, documento que foi utilizado em vários países europeus. A Escola dos Comentadores recebeu esse nome por utilizar o método do comentário que se constituía da interpretação dos doutores da lei como método de estudo do código justiniano. A característica dessa escola foi a utilização indireta do texto romano, os comentadores utilizavam muito mais as glosas, e faziam comentários dessas interpretações. Bartolo foi o principal representante desta escola.

¹² O livro de René David "*Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*" é um clássico publicado em 1964, com traduções em alemão, inglês, espanhol, finlandês, húngaro, italiano, português e russo. As sete primeiras edições tiveram o cuidado do próprio autor, aposentando-se, deixou o futuro de sua obra nas mãos de Camille Jauffret-Spinozi. A edição aqui consultada é a 1ª edição brasileira, de setembro de 1986.

¹³ De acordo com David (1986) o direito encontra-se dividido em três grupos ou "famílias" principais: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas. A família dos direitos socialistas representa como a própria nomenclatura define o grupo de países de orientação socialista (essa classificação se faz em um mundo ainda dividido pelo muro de Berlim, num contexto no qual se fazia uma considerável diferença na utilização do termo "socialista"), que possuíam, anteriormente às suas revoluções, direitos pertencentes ao primeiro grupo. Tendo como maior representante a ex-União Soviética, o

[...] tem seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e países germânicos. (David, 1986, p.18)

A família romano-germânica originária do “revolucionário” Renascimento do Direito Romano, iniciado pelos estudiosos de Bolonha, nos séculos XII e XIII, deu origem ao sistema jurídico romano-germânico, constituindo-se na principal fonte de inspiração do Movimento de Codificação o qual se tornou um fenômeno na Europa a partir do século XIX.

A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma ideia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a essa ideia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça. Que a razão permite reconhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurara substituir a regra do poder pessoal pela democracia. (...) A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Essas ideias tornam-se as ideias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestável, até os nossos dias. (David, 1986, p.31)

Os argumentos das universidades que tornavam a recepção do direito romano, um movimento bem-sucedido na maioria dos países europeus, de acordo com David (1986, p.41), eram de que o direito romano se constituía em um direito universal, para uma “*sociedade universal, aberta para o futuro*” em

direito socialista, embora tenha se desmembrado da família romano-germânica, e por isso carrega traços dessa família, possui características próprias do sistema de governo no qual está inserido, dentre as principais, a estruturação de uma nova economia e a supressão do direito privado em benefício do direito público, seguido a doutrina marxista-leninista, sob a orientação do partido comunista. Visando solucionar processo e não estabelecer condutas, a *comom law* tem origem no direito da Inglaterra, sendo repercutida em outros países que se espelham no modelo inglês, seja através da colonização ou da aceitação voluntária por parte das diferentes nações. Originalmente de caráter público, representando os interesses da coroa, teve tímida influência nas questões relacionadas com o direito civil. Evidentemente, aclimatada aos traços das civilizações que a receberam, produziu variações particularizadas, como por exemplo, no caso dos Estados Unidos da América, e países muçulmanos da África e Ásia. Por receberem influência da moral cristã e de doutrinas filosóficas, e com o contato entre os países de orientações diferentes, houve assimilações e aproximações com a romano-germânica (Oliveira, 2001, p.64-65).

contraposição aos costumes e tradições locais, direitos de “*sociedades tradicionais e fechadas*”. Entende-se aqui por direito romano universal, também os direitos canônicos e germânicos romanizados, cuja junção foi denominada pelos estudiosos de *Jus Commune*, que se instituiu na principal fonte dos estudos das ciências jurídicas, e a principal influência nos processos de codificação do direito civil privado, principalmente o de família, a partir do século XIX.

A influência do sistema jurídico romano-germânico e do *Jus Commune* se expandiu também a territórios não europeus, como África, Oriente Próximo, e principalmente América Latina, pelos meios da colonização e da “recepção” voluntária dos seus preceitos, aclimatadas a partir das características históricas, culturais, e forças políticas e ideológicas de cada região.

Do século XIII ao XVIII foram raras as compilações oficiais ou privadas que fizeram parte do cenário jurídico europeu, e essas se caracterizaram por um conteúdo de costumes regionais e pela utilização de línguas vulgares em sua elaboração, dentre elas se destaca a de Carlos VII, com os costumes franceses, entre os séculos XV e XVI. Porém, a mais representativa do período, foi a realizada por Afonso X, rei de Castela, *Las Siete Partidas*, de 1265, que passou a ter caráter legislativo pela Ordenação de Acalá, em 1384. As *Siete Partidas* foram inovadoras para a época, pelo fato de conciliar os costumes castelhanos aos direitos romano e canônico, influenciaram no processo de romanização do direito espanhol e português, e tiveram alcance em terras latino-americanas.

Quando do processo de estruturação das monarquias europeias, com o apoio da Igreja, as questões relacionadas à organização familiar estavam sob a exclusiva jurisdição do Direito canônico. Porém, as transformações ocorridas no período compreendido entre os séculos XV ao XVIII, como o fortalecimento dos Estados Nacionais e de seus tribunais laicos, o Renascimento, também em sua versão jurídica, a Reforma Protestante e a progressiva secularização impulsionado pelo movimento das Luzes, a Igreja perdeu consideravelmente o domínio sobre os mecanismos de controle social, principalmente em relação às questões do direito privado, no qual exercia maior influência.

Cuando la religión pierde importancia debido a la secularización o a la conversión a otros cultos, como ocurrió después del Renacimiento y la Reforma, las normas cambian a todas luces.

[...] Por otra parte, la secularización remite a la decadencia de la influencia de la Iglesia, al traslado de los contenciosos familiares a los tribunales laicos, a la disolución de los monasterios, y asimismo al creciente énfasis en las ideologías y las explicaciones seculares (Goody, 2001, p. 22).

Para além dos marcos ideológicos, estão também os interesses econômicos como impulsionadores do processo de secularização das instituições jurídicas, que modificaram a legislação relacionada a sucessão e herança e, portanto, as regras referentes à transmissão da propriedade.

[...] El interés por la secularización no es sólo una cuestión ideológica, sino que también afecta la propiedad. Cuando la Iglesia católica dejó de tener o de adquirir propiedades, como había hecho antes, necesariamente cambiaron sus relaciones con el resto de la sociedad, y en especial con la familia. Cuanto menos adquiría la Iglesia, más quedaba en manos privadas o en las públicas (Goody, 2001, p. 24).

O autor identificou, além da secularização, as normas e estratégias de casamento e herança, estabelecidas por outras religiões presentes na Europa, como o judaísmo e o islamismo e os movimentos heréticos, como formas concretas de resistência ao poder institucionalizador do cristianismo.

No século XVIII, a Escola do Direito Natural, ou *Jusnaturalismo*, rompeu com a tradição de reconhecer a vontade do soberano como lei, e as compilações privadas passaram a ceder terreno à codificação por instrução constitucional, transferindo, portanto, às mãos do legislador, a responsabilidade pelo desenvolvimento do direito, que anteriormente estava de modo arbitrário nas mãos do monarca.

Pretendiam os estudiosos dessa Escola a aplicabilidade do direito ensinado nas universidades, transformando-o em Direito Positivo. O contexto pós Revolução na França reuniu as condições para que essa ambição tomasse fôlego, e de fato, o grande êxito da Escola do Direito Natural foi mesmo a codificação. O *Code de Napoleão* abriu um dos grandes momentos da expansão da família romano-germânica, o fenômeno da codificação, impulsionado pelo *Jusnaturalismo*, que ocorre a partir do século XIX, quando

muitos países utilizam-se da técnica jurídica de codificação creditada à orientação desse grupo, e da influência do código francês.

Embora *“la actitud normativa del Estado no (sea) un fenómeno contemporáneo”* (Segalen, 2000, p.236), o século XIX foi por excelência identificado como um período marcado pelo fenômeno da codificação, processo que teve lugar em vários países da Europa e fora dela, por influência da Escola Natural do Direito, sob a influência dos movimentos revolucionários liberais e representou uma mudança pontual na concepção das instituições sociais. O Estado Laico preconizou através da codificação, uma sociedade moderna e acolhedora às mudanças. E a família, com um papel fundamental nesse processo, foi a instituição sociedade civil alvo do impulso normalizador deste Estado.

Levi Strauss assinala que *“a sociedade apenas permite que as famílias se perpetuem nas malhas de uma rede de proibições e deveres”* (Levi-Strauss apud Burgière, 1996, p.10). Essa rede faz-se por excelência pelo estabelecimento de condutas, limitação de poder, divisão de direitos, deveres, responsabilidades no matrimônio, regras de transmissão de patrimônio, etc.

A ideia de que a normalização da família é parte central da atenção de um projeto político-administrativo também está corroborada nas seguintes palavras de Marine Segalen:

Los grupos domésticos se encuentran condicionados, al igual que los individuos, por un conjunto de leyes, de reglamentos que limitan la libertad. Son el objetivo de políticas familiares, de acciones de un gobierno de una administración de los que se supone seguir las orientaciones. Más allá de estos condicionamientos enunciados está sometidos también a presión de la norma, a menudo explícita, a menudo contradictoria. Si el grupo no se adapta, resulta vigilado, sancionado por numerosas instituciones que buscan controlar su desviación. (Segalen, 2000, p. 235).

Portanto, a família se estrutura ao longo do processo de evolução social, caracterizado pelas estruturas econômicas dominantes, por crenças e valores da sociedade, e pelo projeto político triunfador.

Los pensadores revolucionarios de todo signo, a la hora de proyectar la nueva sociedad, como cuestión previa abordan el matrimonio, las relaciones familiares, el papel de la mujer dentro y fuera de la familia, la educación y crianza de los hijos, el divorcio, la ilegitimidad, la sexualidad, derechos de sucesión, etc. (Iglesias de Ussel, 1998, p.15).

Nesse sentido, faz-se necessário o diálogo com o Direito, instrumento por excelência de efetivação de normativas constitutivas das estruturas familiares, ou modelo de família, que atende aos interesses de uma determinada ordem, social, ideológica e política vigente.

Sem dúvida, os agentes constroem a realidade social; sem dúvida, entram em lutas e relações visando a impor sua visão, mas eles fazem sempre com pontos de vista, interesses e referenciais determinados pela posição que ocupam no mesmo mundo que pretendem transformar ou conservar (Bourdieu, 1999, p. 8).

As normas jurídicas relacionada à família são fruto da combinação desses aspectos os quais incidem sobre a sociedade, em um processo que pode representar tanto mudanças quanto permanências. Considerando que *“nos encontramos ante una construcción social regulada por costumbre y leyes, y articulada de manera distinta según la civilización y la cultura de la que se trate”* (Chacon, Berstad, 2011, p.9), o diálogo com as ciências jurídicas, no caso das civilizações modernas, que se articulam sob bases legislativas, nos possibilita a compreensão da sociedade a partir dos elementos que caracterizam a construção da instituição família. Essa compreensão faz-se pelos diversos aspectos característicos que a constituem, principalmente a partir dos aspectos legislados, como igualdade jurídica, casamento, divórcio, poder dos pais em relação aos filhos, à propriedade e à herança. Para tanto, é necessário conhecer o processo e o contexto em que as leis que institucionalizam a família são estabelecidas, e a que interesses atendem.

1.3 A Delimitação do tema/objeto

1.3.1 Recorte espacial: Espanha e Brasil

A eleição de Espanha e Brasil como referência espacial e comparativo deste estudo deve-se a dois fatores principais. Antes de justificá-los, porém, faz-se necessário uma sucinta explanação dos motivos pelos quais Portugal, na condição de ex-metrópole, como se poderia pensar em um primeiro

momento, não foi a nação europeia escolhida para tal empreitada. O fato de o Brasil ter herdado a tradição jurídica portuguesa, da colônia ao Império, chegando em alguns aspectos, como nas leis civis, com a utilização das Ordenações Filipinas (1603) até as duas primeiras décadas da República, dá à caracterização de suas leis uma semelhança próxima à reprodução literal dos fundamentos jurídicos portugueses. A ausência de uma codificação civil brasileira, durante todo o século XIX, perpetuou a dependência do Brasil em relação à legislação lusitana, diminuindo dessa forma, as possibilidades de comparação entre as duas realidades jurídicas, muito semelhantes.

Ainda devemos considerar o intrigante fato de ter sido o Código Civil Brasileiro de 1916, mais fiel às tradições jurídicas portuguesas, do que o próprio Código Português de 1867, que além de ser um dos mais precoces, também foi considerado pelos estudiosos do direito comparado, um dos mais modernos do período codificador. A modernidade e o caráter vanguardista do Código Civil Português foi expressamente demonstrada nas palavras dos tradutores do texto para o espanhol¹⁴, e de outros civilistas, como sendo trabalho que “*presentó tanta originalidade técnica y contenido*” que o tornou singular “*en um panorama legal dominado por el Code de Napoleón*”, “*o mais aperfeiçoado que conhecemos*”, e ainda, “*el código civil mas científico del mundo y el de estilo más depurado*” (Petit, 2013, p. 330-331 e 334).

Outra semelhança que aproxima as duas nações, no âmbito político, é a forma de governo republicano. Apesar de a República Portuguesa ter sido proclamada em 1910, vinte e um anos após a brasileira, nas últimas décadas do século XIX, o movimento liderado pelo Partido Republicano Português (criado em 1867) já estava consolidado, sendo confirmado nas urnas em eleições da primeira década do XX. As forças republicanas contavam ainda, a seu favor, com a crise de credibilidade da monarquia frente ao ultimato inglês de 1890, crise econômica e o crescimento do anticlericalismo, que considerava a Igreja Católica a responsável pelo atraso científico e cultural do país. Portanto, o movimento republicano português vinha acompanhado da defesa da laicização do Estado, como também ocorreu no Brasil, culminando com a

¹⁴ Foram três consecutivas traduções do Código Civil Português de 1867 ao castelhano: por Patricio de la Escosura (1868); Alberto Aguilera (1879); Rafael M.^a de Labra (1890).

ruptura total com a Igreja, após a Proclamação da República. Evidentemente, os motivos elencados acima, justificam a nossa opção, e de modo algum desqualificam a comparação entre as legislações dos dois países.

O principal fator justificante da eleição da Espanha, e não Portugal, para a comparação do processo de codificação, é a margem de distanciamento do quadro jurídico e político em relação ao Brasil, que amplia as possibilidades de um tratamento comparativo do objeto de estudo. O fato de ser a Espanha, uma Monarquia católica, e o Brasil, uma República laica, no momento da elaboração dos projetos base de seus respectivos códigos (1851 e 1890), permite-nos, a priori, deduzir uma maior discrepância quanto às características dos processos, facilitando a análise comparativa. Por outro lado, a semelhança das convulsões políticas do século XIX, com o poder oscilando em mãos de conservadores e liberais, e a legitimidade do poder central contestada ou em constantes disputas, que caracterizou a política dos dois países, configuram um paralelismo entre os processos de codificação, caracterizado pela contemporaneidade, pela instabilidade política e pela morosidade de ambos os processos, que também potencializa o olhar comparativo sob o objeto investigado.

Um segundo fator, que justifica a eleição do Código Civil Espanhol para um estudo comparado com seu homônimo brasileiro, é de natureza acadêmica, ou melhor, de consequência da nossa trajetória acadêmica. A escolha dessa delimitação espacial também se explica pelo contato que tivemos com os estudos de família nas duas ocasiões em que estivemos como bolsista na Universidade de Barcelona, em contato com o grupo de pesquisa de família e parentesco. Na ocasião, como já citamos anteriormente, estudávamos a laicização da sociedade brasileira a partir da análise do Código Civil de 1916, e como continuidade desse estudo, porém, com diferentes recortes temáticos, propusemos pesquisa para o doutorado, a partir das indagações sobre as possibilidades de comparação, o estudo dos sistemas de casamento normatizado por ambos os códigos como grandes indicadores da características jurídica, econômicas e sociais dos dois países.

1.3.2 Recorte temporal: período da codificação civil espanhola e brasileira

Tomamos aqui as palavras de Chacón e Bestard (2011, p.21) quando afirmam que “o *objeto familias*” rompe a dinâmica dos períodos e categorias históricas, e se projeta “*más allá de um tempo preciso y concreto, en el que, precisamente, las reformas legislativas marcan rupturas fundamentales pero también determinados procesos sociales*”, para justificar a nossa dificuldade em delimitar um período muito específico de tempo para analisar nosso objeto de pesquisa, que está contextualizado em processo social de longa duração.

Cronologicamente nosso objeto se insere em torno da datação da tipologia documental das fontes principais que utilizamos, ou seja, das fontes constituídas durante o período da codificação civil espanhola e brasileira, que vão desde os registros das primeiras intenções codificadoras, no início do século XIX, à promulgação dos Códigos Civis da Espanha de 1889, e do do Brasil de 1916, avançando até as primeiras décadas do século XX.

O ponto de partida para esse recorte temporal se justifica por ser o período em que as primeiras Constituições da Espanha e do Brasil, respectivamente, em 1812 e 1824, determinam textualmente a necessidade de elaboração de um Código civil. Esse processo continua ao largo do século duodécimo em ambos os Estados, caracterizado por várias tentativas de lograr a codificação através de projetos elaborados por iniciativa privada e governamental, e leis especiais, que se constituíssem na base dos futuros Códigos. Em meados do século, destacam-se duas iniciativas concretas de elaboração de um código civil em ambos os países, o projeto de Goyena de 1851, na Espanha; e o “Esboço” de Teixeira de Freitas elaborado entre 1860 a 1865, no Brasil, que viriam a servir de base aos projetos finais de codificação, respectivamente, a Lei de Bases de 1882 (Espanha) e o projeto de Clóvis Beviláqua de 1899 (Brasil).

Seguiremos para além das datas de promulgação dos Códigos (1889 e 1916) para chegarmos até anos 30 do século XX, período marcado por grandes alterações políticas nos dois países, Segunda República e Guerra Civil, na Espanha, e “Revolução de 30” e início da Era Vargas, no Brasil, com o objetivo de perceber nos primeiros dados censitários de ambos os países, indicações de alterações no movimento populacional das duas sociedades, pós

o advento da codificação civil.

O período delimitado para este trabalho é, portanto, compreendido principalmente entre a segunda metade século XIX e as primeiras décadas do século XX, caracterizado por grandes transformações como a segunda revolução industrial, e pelos processos de modernização e urbanização do mundo ocidental, cenário de significativas mudanças nas realidades econômicas, políticas e sociais. Dessas transformações fazia parte o processo de consolidação do Estado Liberal burguês, que atingia a maioria dos países da Europa e da América Latina, também caracterizado pelo Fenômeno da Codificação, numa perspectiva de laicização desses Estados.

Estando a família exposta a todos os reflexos de influências dessas transformações, por ser ativa e passivamente sujeito desses processos, “*el siglo XIX nos há legado abundantes replanteamientos de todos los aspectos del sistema familiar*” (Iglesias de Ussel, 1990, p. 235), e um dos mais importantes foi sem dúvida a intenção de normatizar a família, de acordo com os interesses das forças impulsionadora daquelas transformações.

Outra justificativa para a escolha desse período para a realização de um estudo sobre a temática apresentada deve-se ao fato de ser aquele um período pouco explorado pela historiografia de família, que apresenta, tanto no Brasil, quanto na Espanha, uma quantidade relativamente menor de estudos sobre a família no período contemporâneo, em relação aos estudos realizados em épocas anteriores, como a Espanha Moderna e o Brasil Colonial.

1.3.3 Recorte temático: matrimônio

Nas palavras de Bernard Vicent, na apresentação do livro de Chocón e Bertard (2011, p.8), a leitura do objeto *famílias* pode ser feita a partir de “*múltiplas facetas*”, e cada uma delas “*puede ser vista desde um ángulo preferente*”. O recorte temático para este estudo é a faceta do matrimônio, e nosso “*anglo preferente*” será “*pluridisciplinar*” com o olhar norteado pela história, direito e antropologia. Destacamos nas palavras de Joan Bestard (1980) a importância desse recorte temático, para a compreensão dos tipos de famílias que se compõe em uma determinada cultura, ou sociedade:

Lo que se valora culturalmente en una sociedad o en un grupo social no es la forma o el tamaño de un determinado tipo familiar en sí mismo, sino las diferentes relaciones de parentesco que contiene este tipo familiar. De ahí la importancia que tiene para determinar el tipo familiar culturalmente más significativo el conocimiento de las costumbres de la herencia así como el determinado **tipo de contrato matrimonial** que se establece en una sociedad en determinadas clases sociales.” (Bestard, 1980, p. 160) (grifo nosso).

Llorenç Ferrer i Alòs também destaca a estreita relação entre matrimônio e herança ao afirmar que que *“els sistemes familiars s’articulen a l’entorn de dos elements: l’aliança entre unitats famliars diferents mitjançant el matrimoni i la transmissió dels béns materials i immatertials a la generació seguinte* (Ferrer i Alòs, 2010, p.71). As palavras de Ferrer i Alòs nos remetem além do matrimônio, a outros dois institutos do direito de civil, a sucessão e a herança. Neste trabalho dedicar-nos-emos apenas ao matrimônio enquanto objeto de estudo, embora reconheçamos a sua dimensão como elemento de reprodução familiar no processo de transmissão de herança. Entendemos ser esta uma relação imprescindível para a compreensão das relações familiares, no entanto não temos a pretensão e o tempo necessário para procedê-la neste momento.

Martine Segalen destaca a recomendação de Durkheim de que para se compreender a família é necessário se apoiar também no estudo do Direito e dos costumes, porque *“algunas indicaciones relativas a las costumbres en materia de herencia nos enseñan más sobre la constitución de la familia que muchas pinturas particulares”* (Durkheim, 1888, p. 19 apud Segalen, 2000, p.27). E frisa a autora que dentre os aspectos que norteiam a compreensão desta instituição, está *“[...] a legislação, em primeiro lugar, que define a constituição do matrimônio, e dos direitos dos membros da família”* (2000, p.236). Francisco Chacón (2011) considera que a dimensão social das famílias só pode ser alcançada a partir do dinamismo próprio ao ciclo de vida que leva o indivíduo, em sua dimensão individual a estabelecer relações com outras famílias, dimensão plural, e o *“matrimonio se convierte entonces en el verdadero eje de análisis que , mediante múltiples conexiones y redes de relación, explicará la organización social y el funcionamiento del sistema”* (p.335).

A importância do matrimônio para o sistema social é destacada por Lévi-Strauss ao considerar que somente a aliança entre famílias permite a

existência de outra família e a assim, a consequente perpetuação da sociedade.

Para el conjunto de la humanidad el requisito absoluto para la creación de una familia es la existencia previa de otras dos familias, una que proporciona un hombre, la otra una mujer; con el matrimonio inician una tercera y así sucesivamente. En otras palabras: lo que verdaderamente diferencia el mundo humano del mundo animal es que en la humanidad una familia no podría existir sino existiera la sociedad, es decir, una pluralidad de familias dispuestas a reconocer que existen otros lazos además de los consanguíneos y que el proceso natural de descendencia sólo puede llevarse a cabo a través del proceso social de afinidad. (Levi-Strauss, 1974 (1995), p. 36)

Lévi-Strauss afirma que da mesma forma que a divisão sexual do trabalho instituiu a dependência recíproca entre os sexos, relacionados aos motivos sociais e econômicos, a proibição do incesto¹⁵ instituiu a dependência recíproca entre as famílias apenas através de laços de afinidade, relacionados aos motivos de criação e existência de outra família. Mesmo que a divisão do trabalho signifique a proibição de um sexo exercer a função do outro, e a do incesto, a proibição das famílias casarem-se entre si sejam aspectos negativos ou limitadores, paradoxalmente são eles que permitem a existência da família e a perpetuação da sociedade. Nas conclusivas palavras do emérito antropólogo, *“la existencia de familia, es al mismo tiempo, la condición la negación de la sociedad”* (Levi-Strauss, 1974 (1995), p. 49).

Assim como a existência da família está condicionada pelo matrimônio, a sua perpetuação está condicionada pela transmissão do patrimônio, porque *“los matrimonios y las herencias organizan el reparto de los recursos económicos a través de las generaciones”* (Chacón, 2009, p.385). Francisco Chacón (1991) também destaca a relação entre matrimônio e patrimônio como a pedra angular do estudo do objeto família, por comunicar-se com os demais temas que envolvem a compreensão do funcionamento desta instituição:

Matrimonio y patrimonio, es decir, familia y propiedad, son dos realidades estrechamente ligadas y que forman el eje de vertebración social fundamental para comprender los mecanismos de funcionamiento de la familia [...] (Chacón, 1991, p.89).

¹⁵ Segundo Lévi-Strauss entende-se por proibição universal do incesto como a regra geral que não permite que pessoas consideradas como pais e filho (os), e irmão e irmã, inclusive nominalmente, mantenham relações sexuais ou casem entre si.

O antropólogo Joan Bestard (1980) já destacava que *“el conocimiento de las costrumbres de la herencia así como el determinado tipo de contrato matrimonial que se establece en una sociedade en determinadas clases sociales”* é imprescindível para se conhecer uma sociedade ou um grupo social, por demonstrarem que as diferentes relações de parentesco vão muito mais além do tamanho e forma do grupo doméstico caracterizado pelas listas nominativas (Bestard, 1980, p.160).

Portanto, a compreensão de uma organização, social e cultural, formada por famílias, está fundamentada nas bases em que se estabelecem essas famílias, como são formadas, e quais mecanismos de reprodução as mantêm. O próprio sistema de produção de uma sociedade, seja ele mais simples ou mais complexo, tem consequências diretas no caráter da propriedade, e da estratificação social, e por vez afeta diretamente o caráter da herança, do casamento e das relações de parentesco (Goody, 2001). Compreender a presença e a perenidade desta instituição ao longo do tempo e em diferentes espaços (territoriais, culturais, sociais e morais), e sob diversas formas, prescinde do conhecimento de suas bases fundacionais e da solidez de suas estruturas (de produção, de parentesco) capazes de atravessar gerações. Nesses termos, matrimônio juntamente com a herança constituem-se na espinha dorsal de sustentação do corpo social formado por famílias.

Reconhecendo a relação intrínseca entre sociedade, família, matrimônio e patrimônio, e que esta relação se organiza a partir dos sistemas de alianças matrimoniais normatizados por lei como parte essencial das relações sociais; interessa-nos identificar o modelo de família constituído a partir dos sistemas matrimonial normatizados pelos Códigos civis da Espanha(1888/1889) e do Brasil (1916), e analisar e a partir desse modelo estabelecido, as permanências e as mudanças que estes refletiram sobre sociedade.

1.4 Referencial teórico-conceitual e metodológico

A família é um objeto de estudo que, por excelência, transita pelo universo epistemológico das diversas áreas das ciências humanas e sociais, e, portanto, encontra-se contemplada por um vastíssimo campo teórico e conceitual. Diante de um objeto multidisciplinar, e que apenas pode ser

compreendido de forma interdisciplinar, elencamos para esta investigação, teóricos das áreas da História, Sociologia, Antropologia e Direito.

Referenciada pelo movimento dos Annales¹⁶, a História Social demarcou um novo espaço teórico no pensamento histórico. *“El hombre en sociedad constituye el objeto final de la investigación histórica”*, como afirmou Georges Duby, um dos grandes expoentes dessa corrente, que trouxe no final dos anos vinte uma nova postura historiográfica frente às limitações da tradicional história política, ampliando possibilidades dos objetos, fontes e metodologias. Partindo da premissa de que todos os níveis de abordagem histórica estão inscritos no social e interligados por ele, a História Social inaugurou uma forma interdisciplinar de abordagem histórica, acercando-se e utilizando-se de teorias e métodos das demais ciências sociais, como a Antropologia e a Sociologia. O diálogo, principalmente com a Antropologia, *“levaria a história social, em sentido estrito, a privilegiar progressivamente abordagens socioculturais sobre os enfoques econômico sociais até então predominantes”* (Castro, 1997, p.50).

Além da aproximação com a abordagem cultural, constituindo no que a historiografia passou a denominar de História Cultural, a Antropologia também contribuiu para a redução da escala de análise, privilegiando o individual, ante a hegemonia do coletivo, e a curta duração, sobre os longos processos.

En el panorama de la historia social el sentido culturalista y la reivindicación de lo individual trae nuevas formas, ya que sociedad e individuo están relacionados y genealógicamente unidos. Los límites y las capacidades de elección del individuo dependen, esencialmente, de las características que presentan sus relaciones con los otros; es este proceso social el que se sitúa el corazón del análisis y que desplaza la historia hacia el proceso y las interacciones y relaciones (Chacón (2008), 2011, p.105).

Segundo Chacón, ao tomar o indivíduo como protagonista das ações sociais, a História Social também confere às famílias, na qual se agrupam os indivíduos, o *status* de atores sociais, e considera que *“la proyección de las familias en el conjunto social constituye un espacio revolucionario en la reflexión teórica y en la puesta en práctica del análisis histórico”* (Chacón 2011, p.334). E essa revolução se justifica pelo fato de que os historiadores sociais

¹⁶ Sobre a origem e características do movimento, posteriormente denominado Escola dos Annales, fizemos uma breve apresentação no item referente à história, no capítulo 1 deste trabalho, no qual tratamos da família como objeto de pesquisa das ciências sociais.

passaram a reconhecer que a *“familia tiene una plena presencia cuanto ella es instrumento que aglutina y moviliza poderes y, por tanto, órgano de expresión de los mismos”* (2008, p.106). Por esse motivo, a História Social passou a contemplar a temática da família como objeto, dando espaço para o surgimento de uma História da Família. No contexto contemplado por esta pesquisa, a família enquanto “aglutinadora” dos interesses de grupos que objetivam a consolidação de um projeto de poder (Chacón, 2011), juntamente com a propriedade, torna-se o alvo principal de um projeto burguês de institucionalização de um modelo sociedade, com o objetivo de estabelecer um modelo de matrimônio e um sistema de transmissão de herança, através do processo de codificação civil, aliado aos interesses dos grupos sociais hegemônicos.

Nesse sentido, alinhamos a teoria de análise da História Social e da História Cultural à concepção de representação de Roger Chartier (1990), buscando compreender a família enquanto grupo e espaço formador dos principais símbolos e representações que envolvem os relacionamentos dessa sociedade, *“incorporando sobre forma de categorias mentais e de representações coletivas as demarcações da própria organização social”* (Chartier, 1990, p. 22). Nesse entendimento, Chartier afirma que as representações do mundo social são forjadas pelos interesses de um projeto de poder, e as percepções do social não são discursos neutros, mas condutoras de estratégias e práticas que tendem a impor autoridade, a legitimar um projeto ou a justificar para os próprios indivíduos às suas escolhas e condutas. E essa noção de representação configura em práticas *“que visam fazer reconhecer uma identidade social, exhibir uma maneira própria de estar no mundo, significar simbolicamente um estatuto e uma posição”*. Essa identidade social pode ser dada a partir de *“formas institucionalizadas e objetivadas graças às quais uns “representantes” (instâncias coletivas ou pessoas singulares) marcam de forma visível e perpetuada a existência do grupo, da classe ou da comunidade”* (1990, p.23). Mais recentemente, Chacón (2008) explicita que *“las expresiones colectivas que incorporan los individuos, las formas e imágenes del poder y de lo social”* são realidades conectadas pelo conceito de representação, e portanto, de um discurso, formadoras da *“identidade individual e coletiva”* (2014, p.103).

A partir de uma abordagem teórica advinda da História Social e Cultural, objetivamos o entendimento da família como unidade social, em toda a sua complexidade, enquanto grupo e espaço formador dos principais símbolos e representações que envolvem relações sociais. E principalmente, como planteamos em nosso recorte temático, almejamos o entendimento da forma em que foram institucionalmente normalizadas, estabelecidas pelas leis, a estrutura, as características e a função dessa instituição, bem como as condutas, os papéis e funções de seus membros. Identificando nas formas institucionalizadas e objetivadas, a percepção do caráter imposto pelos “representantes” de um projeto de sociedade, à família e às relações familiares dentro da perspectiva apresentada a partir dos interesses de um grupo ou de um projeto de poder. Nesse sentido, faz-se necessário entender como o tempo, o espaço e as práticas historicamente articuladas, citadas por Chartier, podem influenciar na ideia, nos padrões, nos valores, nos papéis e nas representações do grupo familiar ou de uma sociedade na qual predomina, ou é forjado, um determinado modelo de família.

Organizar a família em conformidade com a lei, estabelecendo normas de conduta, fazia parte da intenção do Estado, como assinala Michel Foucault (2011), de controlar e intervir na família para que essa atendesse aos interesses do Estado. Porém, é importante ressaltar que em oposição a esses interesses, se posicionavam católicos e conservadores de todos os segmentos religiosos, políticos e sociais, os quais consideravam nefastas para a família, as influências do individualismo defendido pelos movimentos revolucionários advindos do liberalismo, e institucionalizados pelo Estado liberal burguês através da codificação civil.

Chacón (2011) admite o quão complexo pode ser o conceito de família, quando se considera, além do parentesco e da amizade, uma multiplicidade de laços de negócios e alianças, dando margem, portanto, a uma variada gama de definições, ou denominações do que pode significar o termo família. Nesse ponto, acrescentamos como categoria teórica para a reflexão do objeto família, a abordagem proposta pela História dos Conceitos, de Reinhart Koselleck (2004), segundo a qual *“cada palabra puede tener una multiplicidad de significados que se van adecuando a la realidad mudable”* (p.30).

Herdeira da História das Ideias ou Mentalidades, ou ainda Cultural, em suas variáveis vertentes, a História dos Conceitos retomou nos últimos anos uma questão que há muito fazia parte das preocupações dos teóricos das ciências sociais. Com ênfase no contexto, na linguagem, e, portanto, no discurso, esta abordagem teórica considera que *“la propia realidad no se deja atrapar bajo un mismo concepto todo el tiempo, sino que invita a una multiplicidad de nombres y de denominaciones susceptibles de aplicación a un mundo cambiante”* (Koselleck, 2004, p.30). Segundo o autor, o conceito se altera de acordo com as experiências em uma dada temporalidade, configurando um significado de acordo ao contexto sociopolítico vigente.

Distante de ser um conceito inalterável, estável ou fixo, o termo família, *“reúne la pluralidad de la experiencia histórica”* de que fala Koselleck, é um conceito *“imerso na temporalidade e na linguagem”* que buscaremos compreender através dos discursos dos legisladores e juristas que participaram do processo da codificação civil espanhola e brasileira.

De la misma manera, una historia política o constitucional no podrá renunciar al examen de las declaraciones lingüísticas de los actores participantes y de sus textos normativos con el fin de reconocer y representar los cambios que no cesan de producirse con mayor celeridad o lentitud (Koselleck, p.42-43).

No clássico texto *Família* (1974), Lévi- Stauss adverte que o intento de definir família não deve consistir em integrar todas as práticas observadas nas diferentes sociedades, e nem se resumir às existentes em nossa sociedade. Com a intenção de *“construir um modelo ideal de lo que pensamos quando usamos a palabra familia”*, escreve:

Se vería, entonces, que dicha palabra sirve para designar un grupo social que posee, por lo menos, las tres características siguientes: 1) Tiene su origen en el matrimonio; 2) Está formado por el marido, la esposa y los hijos(as) nacidos del matrimonio, aunque es concebible que otros parientes encuentren su lugar cerca del grupo nuclear. 3) Los miembros de la familia están unidos por: a) lazos legales, b) derechos y obligaciones económicas, religiosas, y de otro tipo y, c) una red precisa de derechos y prohibiciones sexuales, más una cantidad variable y diversificada de sentimientos psicológicos tales como amor, afecto, respeto, temor, etc. (Levi-Strauss, 1974 (1995), p. 17).]

Para além dessa clássica definição de quem e como se constitui a família, muitas questões relacionadas a nomenclatura são colocadas a partir do significado das palavras que foram utilizadas ao longo do tempo para designar família, nos diferentes tipos de estrutura nas quais se formaram as famílias, as bases sobre as quais essas estruturas se fixaram, como o número de membros, atividades produtivas, recursos e patrimônios, e as relações de parentesco responsáveis pela sua existência e perpetuação. Portanto, de acordo com as suas funções e características, a palavra família recebeu diferentes denominações, em tempos e em espaços diversos, como Fogo, Lar, Casa, ou Grupo Doméstico.

Fogo foi a primeira palavra utilizada para designar a existência de um grupo de convivência familiar. Esse termo é muito conhecido nos estudos da arqueologia e paleontologia, para identificar um local onde houve uma determinada permanência de grupos humanos durante os períodos pré-históricos, e também pela história da família para identificar grupos familiares em tempos mais remotos, “*palabra antigua que em outro tiempo servia para contabilizar a las familias*” (Segalen, 2000.p.37). Recentemente também em estudos de arquitetura o fogo aparece simbolicamente com o sentido de centro da habitação, lugar ao redor do qual se reuniam as famílias (Rodriguez, 2016)¹⁷. De acordo com o dicionário da Real Academia Española (DAE)¹⁸ a palavra “*fuego*” vem do latim *focus*, que dentre outros, significa hogar, no sentido de casa ou domicílio, fazendo referência ao termo família. Da mesma forma que em português, que possui a mesma origem, fogo designaria casa, e família¹⁹.

Com o passar do tempo, principalmente com o desenvolvimento da noção de intimidade, o *fogo*, foi perdendo a centralidade da habitação, e o termo sendo substituído por domicílio, residência e casa. De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa (Rodrigues, 1998), o termo casa, vem do latim *casa* ou *casae*, “*nome genérico de todas as construções dedicadas à habitação*” e que também pode significar família, edifícios especialmente destinados a habitação, significando também família.

¹⁷— Luís Fernández-Galiano e Yago Bonet são dois arquitetos espanhóis que se dedicam ao tema.

¹⁸ Dicionario de la Lengua Española – Real Academia Española.

¹⁹ Dicionário Aurélio

Em geral, “*a casa expressa estrutura do habitar nos seus aspetos físicos e psíquicos*” (Rodríguez, 2016), dessa forma além da estrutura física, a casa também se constitui de uma estrutura mental, e simbólica. Como estrutura mental, é melhor identificada com a palavra lar, que expressa o simbolismo associado à casa. “Do latim, *Lār, Lāris*, no plural *Lāres*, a palavra lar significa, originalmente, a parte da habitação onde se acende o fogo. A denominação lar doméstico diz-se especialmente para significar a “intimidade da família” (Rodríguez, 2016, p.13). Francisco Chacón apresenta uma reflexão sobre a relação entre Família e Casa, entre o simbólico e o material:

[...] mientras por una parte Familia ha interpretado en términos de personas que residen y, por tanto, lo que ha interesado ha sido el tamaño del núcleo familiar y la tipología según las relaciones de parentesco o/y consanguinidad existentes entre quienes coexisten y conviven bajo un mismo techo, por otra, Casa se ha entendido como espacio material en el que quedan al margen consideraciones sobre familia como: un sistema de relación entre práctica hereditaria y estructura de parientes que trasciende a la propia unidad familiar; o que en el concepto casa no se tiene en cuenta el valor simbólico, representativo y de identidad, y que no es sólo un espacio privado sino que esta condicionados a relaciones de poder [...] (Chacón (2007), 2014, p.286).

De acordo com Segalen a noção de residência, de coabitação é muito importante para a definição de outro termo que também designa a família, o de Grupo Doméstico, “*que és un grupo de personas que comparten um mismo espacio de existência*” (2000, p.37) que pode ser formado por uma ou mais famílias. O espaço de existência pode variar de acordo com a natureza da ocupação, podendo ser de convivência, de descanso, de trabalho e de produção, e dessa forma pode ser compartilhado por pessoas sem nenhuma relação de parentesco, ligadas pela atividade produção, como trabalhadores, aprendizes, ou apenas de convivência, como inquilinos e hóspedes (Segalen, 2000).

Conceitualmente, essa reflexão que também orienta o estudo do nosso objeto, advém da sociologia contemporânea de Pierre Bourdieu, que a partir dos anos noventa, apresentou conceitos fundamentais, com representação e

reprodução social, para a reflexão sobre a família.²⁰ No texto “*O espírito da família*”, Bourdieu afirma que a definição normal de família conforme pretendida pelo direito ou pela antropologia²¹ é uma construção simbólica a partir das representações de um discurso sobre a mesma, inculcada por processo de socializações levadas a cabo pelo Estado, pela Igreja e pela própria família, a cada um de seus membros, construção essa, formadora do que ele denominou de *habitus*:

[...] una estructura mental que, habiendo sido inculcada a todos los cerebros socializados de cierta manera, es a la vez individual y colectiva; es una ley tácita (*nomos*) de la percepción y de la práctica que está en el fundamento del consenso acerca del sentido del mundo social (y del término familia en particular), en los fundamentos del *sentido común*. (Bourdieu, 1997, p.136).

É o equilíbrio entre as categorias subjetivas e objetivas que concedem o caráter natural e universal à família, camuflando o aspecto de construção arbitrária que de fato a constitui.

En efecto, la familia es el producto de un verdadero *trabajo de institución*, a la vez ritual y técnico, con vistas a instituir en forma duradera, en cada uno de los miembros de la unidad instituida, sentimientos adecuados para asegurar la *integración*, que es la condición de la existencia y de la persistencia de esta unidad. (Bourdieu, 1997, p.136).

O esforço pela integração e manutenção da unidade, segundo Bourdieu, dá a família um caráter do que ele definiu como “corpo social”, constituído de um sentimento familiar (espírito de família) que une seus membros em um “campo” de relações de coesão física, social, econômica e simbólica. Nesta mesma perspectiva, o historiador espanhol Francisco Chacón declara:

Representación y simbolismo social y cultural se manifiestan en conceptos como el de nación o familia, por ejemplo, que no serían realidades objetivas sino representaciones o construcciones culturales que ortogan una determinada realidad a lo que se pretende que sea real y que cambia con el tiempo” (Chacón , 2014 (2009), p. 286).

²⁰ “*Razões práticas: sobre a teoria da ação*” (1994, reeditado em 1997, esta obra contem o anexo “*O espírito da família*”), “*Estratégias de reprodução e modos de dominação*” (1994) e “*A dominação masculina*” (1998).

²¹ Como um conjunto de indivíduos ligados por aliança, filiação ou adoção, vivendo abaixo do mesmo teto (coabitação).

De acordo com Bourdieu, a família como categoria mental, subjetiva, constitui através de suas representações e ações, a família social objetiva, cumprindo um ciclo de reprodução da ordem social.

Embora a reprodução social também se efetive por outros campos sociais como o Estado, a igreja e a escola; a família foi o ponto de partida para a elaboração desse conceito e é considerada por Bourdieu a chave de todo o processo de perpetuação social, por se constituir no próprio sujeito das estratégias de reprodução:

Es cierto que la familia y las estrategias de reproducción son socias en este juego: sin familia, no habría estrategias de reproducción; sin estrategias de reproducción, no habría familia. [...] Para que las estrategias de reproducción sean posibles es necesario que la familia exista, lo cual no va de suyo, además de que esas estrategias constituyen un requisito para la perpetuación de la familia, esa creación continua. La familia, en la forma peculiar que reviste en cada sociedad, es una ficción social (a menudo convertida en ficción jurídica) que se instituye duraderamente en cada uno de los miembros de la unidad instituida (especialmente por el casamiento como rito de institución) sentimientos adecuados para asegurar la integración de esta unidad y la creencia en el valor de esta unidad y de su integración. [...] El "sujeto" de la mayor parte de las estrategias de reproducción es la familia, que actúa como una suerte de sujeto colectivo y no como simple conjunto de individuos. (Bourdieu, 2011, p. 48 e 49)

Apesar de serem interdependentes e se mesclarem entre si, as estratégias de reprodução social guardam diferenças suficientes para serem distinguidas, pelo sociólogo francês, em quatro principais grupos: estratégias de investimento biológico, estratégias de investimento econômico, estratégias investimento social e estratégias de investimento simbólico. Cada grupo de estratégias possui internamente estratégias mais estritas, as quais se complementam entre si, e atendem a objetivos específicos de acordo com os tipos de capitais envolvidos²². No grupo das estratégias econômicas, que visam a perpetuação e o aumento

²² Dentre as principais estratégias de investimento biológico estão as estratégias de fecundação e as estratégias profiláticas. As estratégias de fecundação têm o objetivo de controlar o número de filhos, de maneira direta (técnica de limitação de filhos) ou indireta (matrimônio tardio ou celibato), com o objetivo, a longo prazo, de proteger o patrimônio material (capital econômico) e simbólico (capital simbólico) de um grupo familiar. As estratégias profiláticas têm o objetivo de assegurar o patrimônio biológico (capital corporal) através da manutenção da saúde de uma linhagem ou grupo familiar. Outras estratégias de caráter tanto econômico quanto social são as educacionais, que podem significar aumento de capital econômico, monetário, cultural. As estratégias do grupo de investimento simbólico estão relacionadas à conservação e o aumento do capital de reconhecimento (através de um sobrenome ou do pertencimento a uma determinado grupo social ou familiar).

do capital em suas diferentes formas, estão as estratégias matrimoniais e as estratégias sucessórias. As matrimoniais tendem a assegurar a reprodução biológica de um grupo sem ameaçar sua reprodução social através de casamentos desiguais, e as sucessórias garantem a transmissão do patrimônio material. Ambas estão relacionadas também ao grupo das estratégias de investimento social, uma vez que o matrimônio se constitua em uma aliança entre grupos socialmente equivalentes e a sucessão mantenha o grupo assegurado enquanto detentor de um patrimônio (desta forma estão envolvidos os ganhos e manutenção de capital econômico e capital social).

Relacionados aos conceitos acima apresentados, do campo teórico-conceitual da Antropologia Social, elencamos dois termos oriundos da teoria do parentesco, filiação e aliança, imprescindíveis para a compreensão do recorte temático, que nos propomos a estudar, a família como instituição normatizada pelas leis civis, e especificamente a partir de dois de seus principais institutos, o matrimônio e a herança. Segundo Martin Segalen, o termo parentesco designa *“las personas que son nuestros parientes, es decir, padre, madre, pero también hermano, hermana, tío, tía, primo, ya se trate de parientes consanguíneos o por alianza”*, ou ainda, *“un institución que regula en una medida variable el funcionamiento de la vida social”* (2000, p.56). Ambas designações se constituem na base conceitual que norteia a normatização da família no Código civil.

Segalen define a filiação como *“el reconocimiento de lazos entre los individuos que descienden los unos de los otros”* (2000, p.57), e é mediante a qual *“se transmite un conjunto de características o de bienes, el nombre, o incluso rasgos físicos”* (p.58). A filiação poder ser transmitida nos sentidos ascendente ou descendente, e distinguida por linha direta (pai e mãe) e linha indireta (parentes com antepassados comum, por linhagem). De acordo com o peso da filiação em cada sociedade, e pelo modo de residência (Robin Fox) essa pode ser classificada em unilateral (matrilinear ou patrilinear ou agnática), bilateral e complementaria (quando são compartilhadas as funções entre os sexos) ou aliança indiferenciada ou cognática (grupo de parentesco definido por um antepassado comum). Por outro lado, diferentemente dos grupos de parentesco por filiação, os antropólogos identificam também a parentela, que se constitui do reconhecimento de parentes por sangue ou por aliança

(memória genealógica), no entanto, esses não possuem “derechos en común ni bienes indivisos”, como os primeiros (Segalen, 2000, p.62).

Aliança, por sua vez, estabelece a relação de parentesco através do matrimônio, fora do grupo de parentesco de origem (exogamia), como forma de intercâmbio e reciprocidade entre diferentes grupos de filiação. A teoria da reciprocidade (“dar, receber e retribuir”), inicialmente formulada por Mauss, foi posteriormente retomada e considerada por Levi-Straus como uma estrutura elementar do parentesco. Segundo Levi-Straus, o matrimônio como intercâmbio comporta *“bienes materiales, valores sociales, tales como privilegios, derechos, obligaciones y mujeres”* (1988, p.135 apud Segalen, 2000, p.64). *“Uno dos rasgos casi universales del matrimonio es que no se origina en los individuos, sino en los grupos interesados (familia, linajes, clanes, etc.), y que, además, une a los grupos ante y por encima de los individuos”* (Levi-Strauss (1974) 1995, p.22).

A filiação e a aliança determinam a classificação dos parentes por ordem de relações, como demonstrou o antropólogo estadunidense David Schneider²³:

El conjunto ordenado de lazos de parentesco, tal como es definido en la cultura americana, se compone esencialmente de dos órdenes de relaciones: el orden de la naturaleza y el orden de la ley.

Los parientes por naturaleza tienen en común la herencia. Los parientes según la ley están ligados únicamente por la ley o las costumbres, por un código de conducta, por un sistema de actitudes. Son parientes en virtud de sus lazos reconocidos, y no de sus características biológicas. A partir de estos dos órdenes se constituyen clases de parientes;

En primer lugar está la clase de parientes que lo son sólo por naturaleza, que incluye al hijo natural, o ilegítimo, al genitor por oposición al “padre” adoptivo, etc.

La segunda clase está compuesta por aquellos parientes que lo son sólo por la ley. Esta clase la podemos denominar tanto “parentes por matrimonio” como “parientes segundo la ley”. Incluye al esposo, la esposa y los parientes llamados step-in-law, foster, etc.

La tercera categoría está compuesta por los parientes que lo son a la vez por naturaleza y por la ley, y a los llamados parientes de sangre (Schneider, 1968, p.25-29 apud Segalen, 2000, p.57).

Segalen (2000) chama a atenção para a complexidade das discussões sobre as categorias de filiação e aliança entre os antropólogos contemporâneos, até mesmo as diferenças em relação aos vocábulos

²³ Obra: *“American Kinship: A Cultural Account”* (1968).

utilizados para definição de ambos os termos pelos pesquisadores franceses e ingleses. Para os primeiros, o termo “*beau*” pode ser utilizado para ambos os significados, enquanto os segundos, utilizam o termo “*parents*” para pai e mãe; o termo “*kin*” para parentes, “*kinship*” para parentesco de sangue; e ainda destacam o aspecto jurídico com a utilização da expressão “*in-law*” para qualificar uma relação de aliança.

Os estudos da antropologia sobre o parentesco, seus conceitos e classificações em torno de filiação e aliança, estabelecem uma interrelação muito próxima com o Direito. Segundo Laura Brito (2013), em relação ao objeto família, o direito regulamenta a realidade observada pela antropologia, e portanto, “*os estudos antropológicos e jurídicos apresentam resultados convergentes na abordagem das relações familiares*” (Brito, 2013, p.90). O conhecimento sobre os sistemas de parentesco (filiação e aliança) é imprescindível para a compreensão as estratégias matrimoniais. Por essa razão, também nos pautaremos nos conceitos de matrimônio advindos das ciências jurídicas, por orientação Direito de Família como componente do Direito Civil e portanto, parte essencial do da estrutura de um Código civil.

Metodologicamente, referindo-se ao estudo da família, o antropólogo inglês Jack Goody afirma que para superar “*una perspectiva estrecha*” de quando se “*ha intentado abordar la historia de la familia*” os investigadores devem ter em conta que “*esta empresa requiere una dimensión teórica y comparativa*”, e complementa:

en el mejor de los casos, necesitamos examinar cualquier sistema particular como una de la serie de formas posibles e estar enterados de los otros trabajos que se ha hecho sobre la distribución, por ejemplo, de los tipos de familias o de los ciclos de desarrollo (Goody, 2001, p.10).

Partindo da orientação teórica-metodológica oriundas da História Social, de acordo com Francisco Chacon é preciso superar o marco nacional como unidade de análise das estruturas sociais, “*los enfoques deben ser transnacionales en perspectiva comparativa*” (2014 (2008) p.108). Conforme Chacon:

La perspectiva comparada, constituye en la historiografía internacional actual uno de los enfoques más positivos en la creación de conocimiento. Determinar las influencias de determinados aspectos y los elementos comunes a las sociedades de los distintos países, es un factor fundamental en el análisis de los procesos sociales, especialmente se si refiere al ámbito de las ciencias sociales y, en concreto, al de la familia y la cultura (Chacón, 2009, p.209).

Nos propomos realizar uma investigação histórica a partir de uma perspectiva comparada do modelo de família normatizado pelo Código Civil Espanhol (1889) e pelo Código Civil Brasileiro (1916). Para tanto, a comparação como critério metodológico se estederá desde a caracterização de todo o processo codificador, percorrido por ambos os países, e situado cronologicamente do início do século XIX a princípios do século XX, às semelhanças e diferenças de do modelo de família normatizado em ambos os códigos, delimitando, em especial, o instituto do casamento.

A investigação será realizada a partir de pesquisa documental de fontes legislativas, jurídicas, canônicas e demográficas, da Espanha e do Brasil, e também a partir de uma criteriosa pesquisa bibliográfica de caráter interdisciplinar, que contempla os principais autores das áreas estudam e dialogam sobre o objeto família, como, historiadores, juristas, antropólogos e sociólogos. Portanto, analisaremos os discursos apresentados pelas fontes documentais à luz da bibliografia elencada para o estudo, através do método histórico e do método comparativo.

1.5 Objetivos

O objetivo principal desta investigação é o de comparar o processo de codificação civil da Espanha e do Brasil, em especial a normatização do instituto do matrimônio concebido pelo Código Civil Espanhol de 1889, e pelo Código Civil Brasileiro de 1916, em suas semelhanças e diferenças, e identificar os avanços e/ou permanências que ambos significaram para a instituição família e para a sociedade de ambos os países à época de suas promulgações.

No intuito de elencar elementos para tal comparação, dedicar-nos-emos a apresentar a família como objeto de pesquisa das ciências sociais e humanas, destacando os principais enfoques que essas áreas de estudo deram à temática a partir do século XIX, quando a família passou a figurar no arcabouço temático para o estudo da sociedade ao longo do tempo, e em espaços específicos de transformação social.

Outro objetivo desta investigação é o de apresentar estudos desenvolvidos sobre a temática família na Espanha e no Brasil, identificando suas influências teóricas e metodológicas, como também as principais abordagens analisadas pelos especialistas, desde os trabalhos pioneiros aos mais recentes estudos realizados pelas disciplinas que se dedicam ao objeto em questão.

Objetivando contemplar o diálogo que propomos com o direito civil, fazer-se-á necessário historicizar as etapas percorridas pelos Estados espanhol e brasileiro durante processo de codificação das leis civis, contextualizar e caracterizar os projetos de Código civil elaborados ao longo do processo, e apresentar as principais discussões parlamentares durante a apreciação dos mesmos nas respectivas Casas legislativas. Todos esses objetivos direcionados especificamente ao recorte temático do objeto de pesquisa delimitado para esta investigação, ou seja, o modelo de matrimônio proposto pelos principais projetos durante o processo codificador dos dois países.

Em última instância, temos como objetivo apresentar o modelo de família normatizado pelos Códigos civis promulgados na Espanha, em 1888/89, e no Brasil, em 1916; identificar as ações do Estado e da Igreja na disputa por domínio ideológico e controle social da família frente ao processo de secularização da mesma enquanto instituição; caracterizar a estrutura familiar estabelecida por ambos os códigos, especificamente em relação ao modelo de matrimônio, aos direitos do homem e da mulher, e à dissolução do vínculo matrimonial. Também procuraremos demonstrar através de dados censitários, referentes às primeiras décadas de vigência dos Códigos, a adesão da sociedade dos dois países aos novos moldes da família normatizada por seus respectivos Códigos civis.

1.6 Levantamento dos Problemas

As indagações, que norteiam esta pesquisa, estão relacionadas às questões que envolvem o processo de normatização da família espanhola e brasileira a partir da elaboração do Código civil, no contexto do movimento de codificação ocorrido nos países ocidentais a partir do século XIX. Nosso questionamento envolve a motivação, os atores, e as características que esses impuseram ao modelo de família codificada por ambos os Códigos civis.

De acordo com Ussel (1998, p.235), a família sempre foi o “*el centro neurálgico de las transformaciones sociales*” e, portanto, a forma como é concebida é imprescindível em toda e qualquer mudança que se propõe a inaugurar um novo sistema político, e por esta razão a mudança política sempre virá acompanhada de alterações na legislação de família. O autor apresenta três motivos que justificam o importante papel desempenhado pelas alterações na legislação de família para o estabelecimento de um novo cenário político: primeiramente porque a legislação transforma a família em um espaço estratégico para repercussão das mudanças impostas por uma nova realidade política; em segundo lugar, a família se torna o símbolo de ruptura com o passado, ou seja, com o modelo político anterior; e em terceiro, a família se converte em um espaço privilegiado para fomentar mudanças e programar novos valores sociais e políticos, que condigam com a nova ideologia política.

Partindo dessa reflexão, questionamos primeiramente em que medida o modelo de família e matrimônio normatizados pelos Códigos civis da Espanha e do Brasil estrategicamente corresponderam aos interesses da nova realidade política? Até que ponto as mudanças políticas e o estabelecimento de um novo modelo de Estado influenciam nas alterações da legislação de família? Quais as características do modelo de família que deveria ser estabelecido para atender aos interesses do Estado?

Organizar a família em conformidade com a lei, estabelecendo normas de conduta, fazia parte da intenção do Estado, como assinala Michel Foucault (2011), controlar e intervir na família para que essa atendesse aos seus interesses. A mobilização do Estado, nesse sentido, pode ser descrita como “*un campo de batalla político y público en el que se movilizaron toda una serie de transformadores morales y políticos para indicar como tenía que ser la*

familia y como tenía que organizarse el dominio de lo doméstico” (Bestad, 1980, p. 155). A que interesses as bases legais sobre as quais a família foi estabelecida, na Espanha e no Brasil, na virada do século XIX e início do século XX, atendiam? Quais forças se confrontaram nessa batalha? Quais as normas estabelecidas para a família que significaram controle e intervenção do Estado na conduta dos membros da família? Que influências tiveram peso nesse processo de normatização da família estabelecida em ambos os países? Em que aspectos essas mudanças significaram avanços ou permanências nas duas sociedades em questão? Quais foram os efeitos causados por essa legislação à realidade social? E em que medida essas alterações da norma influenciaram a dinâmica da família? Até que ponto um ordenamento jurídico, como um Código civil, condicionaram os comportamentos da instituição familiar?

As representações do mundo social são sempre determinadas pelos interesses do grupo que as forjam, e as percepções do social não são discursos neutros, esses produzem estratégias e práticas que tendem impor autoridade, a legitimar um projeto ou a justificar para os próprios indivíduos as suas escolhas e condutas (Chartier,1990). Quais discursos foram representados pelo modelo de a família codificado nos dois países? Quais as características do modelo de família normatizado pelos Códigos civis da Espanha e do Brasil legitimaram o projeto burguês de reprodução social?

1.7 Descrição das Fontes Documentais

As fontes documentais consultadas para esta pesquisa são constituídas principalmente da segunda edição do Código Civil Espanhol (1889), e da primeira edição do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916).

No caso espanhol, utilizamos a segunda edição porque na primeira, a de 1888 ainda não constavam os artigos sobre o matrimônio, frutos do acordos entre o Estado e a Santa Sé. Tivemos acesso ao texto, original e completo, da Primeira Edição do Código Civil Espanhol, publicado pela *Gaceta de Madrid*²⁴,

²⁴ Gaceta, criada em 1661, por iniciativa privada, como um boletim de informações gerais, e posteriormente chamada de Gaceta de Madrid, e a partir do ano de 1762 (Reinado de Carlos III) passou a ser impressa pela Coroa, como o objetivo de publicar documentos e

por decreto Real de 11 de maio de 1888, entre o período de 09/10/1888 a 08/12/1888. Por ter sido publicada de forma fracionada, durante um período de dois meses, e ter sofrido alterações de última hora, a Primeira Edição foi revisada pelos corpos colegiados da Seção Civil de Codificação, dando lugar a uma Segunda Edição, “com as emendas e adições realizadas pela Comissão, *“con arreglo a la Ley de 11 de mayo de 1888, y reformado conforme a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo de 1889 con los Proyectos de 1851 y 1882”*. Realizamos a pesquisa na edição *on line* da página web oficial da *Agencia Estatal Boletín Oficial do Estado*, do Ministério para a Presidência e para as Administrações Territoriais do Governo da Espanha. A Segunda Edição foi publicada na *Gaceta de Madrid* em 25 de julho de 1889 (Tomo III, p.249 a 312), e sua exposição de motivos a 30 de julho, ambas disponível na Seção “*Gazeta: colección histórica*”, da página web oficial da *Agencia Estatal Boletín Oficial do Estado*. Também tivemos acesso a essa Segunda Edição, para consulta, no formato impresso, na Biblioteca de Direito da Universidade de Barcelona, onde e realizamos parte da pesquisa documental do processo de codificação civil espanhola.

A Primeira Edição do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ou Lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916, no formato impresso, que tivemos acesso para consulta, está depositada na Seção de Documentos Raros da Biblioteca do Congresso Nacional, em Brasília. A consulta foi realizada no documento original, *in loco*, durante o curso de mestrado, e os registros da mesma foram utilizados para a presente pesquisa. Outras informações foram complementadas recentemente em consultas relacionadas ao presente estudo, na plataforma *online* da Câmara dos Deputados, na Seção Legislação Informatizada, que disponibiliza o texto da publicação original do Diário Oficial da União (DOU), Seção 1 de 05 de janeiro de 1916, p.133.

Outra fonte primordial de investigação são os projetos, elaborados ao longo do século XIX, e que antecederam aos que de fato se converteram nos Códigos Civis da Espanha e do Brasil. Dos projetos que antecederam o Código

informações oficiais. Durante sua larga existência recebeu diferentes denominações, acordo com o período político vigente. Em 1936, passou a ser denominada *Boletín Oficial del Estado* (BOE). Constituiu-se, portanto, em uma base de dados da coleção histórica dos Diários Oficiais, e sua coleção digital, que contém por volta de 1.450.000 documentos de diversas naturezas (leis, decretos, informações oficiais, etc), constitui-se uma rica fonte de informações sobre temas nacionais e internacionais ocorridos ao largo de três séculos de história.

Civil Espanhol, buscamos consultar o texto integral dos quatro principais. O Projeto de 1821, por marcar oficialmente o início do processo de codificação civil na Espanha; o Projeto de 1851, por ser o que serviu de base para a elaboração dos dois últimos; o Projeto de Lei de Bases de 1881 e o Projeto de Lei de Bases 1885 que definitiva se converteram no Código de 1888/89. O projeto de 1821 está publicado na clássica obra “*Crónicas de la Codificación española*” (vol. 1 e 2)²⁵, de Juan Francisco Lasso Gaité (1970). Consultamos essa obra na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona²⁶. O projeto de 1851 foi publicado na íntegra pela *Revista El Derecho Moderno*²⁷, o texto original está disponível na Biblioteca Virtual de Andaluzia. Os Projetos de Lei de Bases de 1881 e 1885, podem ser encontrados nos arquivos da Hemeroteca da *Gaceta de Madrid*, e o de 1885 também pode ser consultado em formato impresso no compendio “*Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*”²⁸, disponível para consulta interna na Biblioteca do Direito da Universidade de Barcelona.

Dos projetos que antecederam ao Código Civil Brasileiro de 1916 selecionamos para consulta apenas os dois principais²⁹, o “*Esboço de Código Civil*”, de Augusto Teixeira de Freitas³⁰ e o de Projeto de Clóvis Beviláqua (1899). Do primeiro, utilizamos a versão em *pdf* da publicação do Ministério da

²⁵ “*Crónicas de la Codificación Española*” (1970) de Juan Francisco Lasso Gaité

²⁶ Existem três manuscritos originais do Projeto de 1821, dois deles se encontram na Biblioteca das Cortes Espanholas, em Madri, e um terceiro na Biblioteca da Universidade de Valencia.

²⁷ Dirigida por Francisco Cárdenas. O projeto foi publicado na edição do dia 12 de junho de 1851.

²⁸ “*Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*” (1989) é uma obra que foi publicada pelo Senado Espanhol, em 1989, em comemoração ao primeiro centenário do Código Civil de 1889. Essa obra é considerada uma fonte privilegiada para os pesquisadores do tema por trazer os discursos originais dos deputados e senadores durante as sessões de tramitação do projeto. O trabalho foi desenvolvido pelas arquivistas e bibliotecárias das Cortes Gerais, Rosario Herrera Gutiérrez e Maria Ángeles Vallejo Ubeda, e prefaciada por José Luiz de los Mosos, catedrático de direito civil e senador. A obra está composta de dois volumes, o primeiro é um registro das atas das sessões do Congresso dos Deputados e do Senado dedicadas à discussão, alteração e aprovação do Projeto, entre 1885 e 1888. O segundo volume é composto das discussões do parlamento, entre 1888 e 1889, sobre o texto do Código aprovado, e suas alterações, que geraram a necessidade de publicação de uma segunda edição reformada, acrescida das emendas e acréscimos realizados pelas Cortes (Gomez Salles, 1990).

²⁹ Os outros são: Projeto de Felício dos Santos, Projeto de Araripe, Projeto Coelho dos Santos.

³⁰ Embora contasse com mais de 4 mil artigos, o *Esboço* de Teixeira de Freitas ficou incompleto, não contou com a parte do Direito de Sucessões.

Justiça e Negócios Interiores, de 1952, disponibilizada pela Plataforma Direito Civil Digital (Coleção Teixeira de Freitas).

Com a mesma importância de testemunho histórico documental dos códigos e dos projetos, as Atas das Seções Parlamentares, respectivamente das Cortes Gerais da Espanha (Senado e do Congresso dos Deputados), e do Congresso Nacional do Brasil (Senado e Câmara dos Deputados). As atas do Congresso dos Deputados e do Senado da Espanha foram acessadas na web do próprio Senado e do Congresso, na seção documentos históricos, disponibilizada a partir de 2015, nas quais tivemos acesso às sessões de 1808 a 1977, e no compendio “*Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*”, nos quais tivemos a comodidade de encontrar apenas os das sessões referentes ao Código civil, durante o período final da codificação. Os Anais da Câmara dos Deputados e os Diários do Congresso Nacional, do período de 1900 a 1915, foram consultados no Arquivo Histórico do Congresso Nacional, em Brasília, quando da investigação do mestrado.

Também se constituem em fontes primárias fundamentais para esta pesquisa, os decretos e leis especiais que antecederam aos Códigos. Para o caso da Espanha, as Leis de Registro Civil e a Lei do Matrimônio Civil. Para o Brasil, os decretos imperiais e republicanos que determinavam procedimentos sobre a secularização do casamento. Esses documentos puderam ser acessados nas páginas oficiais do Senado.

Elencamos como fonte documental outras legislações, que antecederam ou foram elaboradas paralelamente ao processo de codificação, e que são imprescindíveis para a compreensão do mesmo. Legislações históricas, do Direito Civil e do Direito Eclesiástico, que serviram de base ou influenciaram a redação dos projetos que deram origem aos respectivos Códigos. Os recortes da consulta a essas legislações foram muito específicos ao objeto investigado, destacamos para nossa análise apenas as informações e os artigos referentes a casamento e herança. No caso da Espanha foram consultadas a Lei das *Siete Partidas* (em especial a 4ª. Partida), a *Novíssima Recopilación* (1805), Constituição Espanhola, de 1812, a *Lei do Matrimonio Civil* (1870). E do Brasil, as *Ordenações do Reino de Portugal* (Livro 4), as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, de 1807 (1853), e a primeira *Constituição Brasileira*, de 1824.

Também utilizamos como fonte primária as publicações de autores dos projetos ou membro da Comissão de Codificação, e de outros juristas contemporâneos ao processo de elaboração, discussão, promulgação dos códigos. Duas obras de Antonio Mariano Fabié, as “*Dissertaciones Jurídicas*”³¹, publicada em 1885; “*La Codificación Moderna en España*”, de José María Antiquera, publicada em 1886, “*La Codificación Civil en España*”, de Felipe Sanchez Román, de 1890, das quais tivemos acesso a uma versão em pdf do documento. Para o Brasil, lançamos mão da obra do principal jurista brasileiro do século XIX, Augusto Teixeira de Freitas, “*Consolidação das Leis Civis*”, publicada em 1857, e da principal publicação contemporânea ao Código de 1916 que foi o “*Código Civil Comentado*”, de Clóvis Beviláqua, autor do projeto, especificamente os volumes de Direito de Sucessão (1898) e Direito de Família (1904). As demais fontes documentais foram constituídas por legislações avulsas, civis e eclesiásticas (leis, decretos, pareceres, e outros), por exemplo, para a Espanha a *Lei do Matrimonio Civil* de 1870.

Utilizamos o Capítulo Matrimonial entre Josep Astet Mòla e Antonia Paba Saforcada, registrado em 29 de dezembro de 1812, na Vila de Salardú, para demonstrar a estrutura e o teor dos acordos pré-matrimoniais que se firmavam na Catalunha. As informações retiradas desse documento são esclarecedoras em relação ao sistema de herança indivisa característico daquela região, e defendido pelos deputados catalães no processo de codificação civil espanhola. Consta ainda na lista de documentos primários, o primeiro registro de casamento civil da Espanha, e um dos primeiros registros de casamento civis realizados no Brasil.

Quanto aos dados censitários de casamento com os quais elaboramos quadros comparativos entre o movimento de populações dos dois países antes e depois da promulgação dos Códigos, foram retirados respectivamente dos Anuários Estatísticos da Espanha, consultados na Base Histórica do Instituto Nacional de Estatística (INE), e do Anuário Estatístico do Brasil, consultados em microfilmes do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, como também em consulta *on line* da Série Histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Utilizamos as Memórias sobre o “Movimento de población

³¹ “*Disertaciones Jurídicas sobre el desarrollo histórico, sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los tribunales*”.

de España” dos anos 1858-1861, de 1861-1870, e 1886-1892, 1900, 1900, 1910, 1930, 1932. E do Brasil os Movimentos Populacionais, referentes ao crescimento populacional e estado civil dos anos de 1872, 1890, 1900, 1920 e 1913-1932.

Tivemos acesso, com permissão de utilização neste trabalho, algumas poucas fotografias de casamentos, ou de famílias do princípio do século XX, que nos foram cedidas pelo Arquivo Histórico de Arán e as utilizamos com uma função exclusivamente ilustrativa, sem a pretensão de qualquer análise iconográfica. As referências completas de todas as fontes documentais descritas acima estão listadas ao final do trabalho.

Finalmente, após a exposição dos motivos que nos trouxeram a esta pesquisa, seus objetivos, problematizações, bem como as bases conceituais e metodológicas, e fontes documentais utilizadas, ocuparmo-nos-emos da apresentação dos capítulos nos quais trataremos de desenvolver o tema-objeto em de acordo com as proposta apresentada.

A FAMÍLIA COMO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS

*Sem famílias não existiria sociedade,
tão pouco existiria família se já não houvesse uma sociedade*

Levi Strauss.

Embora as primeiras investigações sobre a família como objeto de estudo tenham tido suas origens no campo da sociologia, foram os antropólogos que a concederam o *status* de temática principal, através dos estudos sobre o parentesco, e foram os historiadores que deram ao objeto um tratamento teórico e metodológico mais amplo e diversificado.

Nossa preocupação primeira neste capítulo é, sem a pretensão de esgotar as possibilidades, apresentar cronologicamente e de maneira dialogada, as principais linhas teóricas de investigação sobre a família a partir do olhar da Sociologia, da Antropologia e da História. O objetivo de o de demonstrar a importância do estudo da família para a compreensão e solução dos problemas colocados para a sociedade moderna em um contexto de transformações trazidas pelos processos de industrialização, modernização e urbanização. Para tanto, traremos nas próximas páginas, com o auxílio de renomados cientistas sociais da atualidade, o desenvolvimento dos estudos sobre a família a partir das leituras de diferentes escolas teóricas, em um período compreendido do final do século XVIII aos dias atuais.

2.1 Positivismo, evolucionismo cultural e materialismo histórico

A sociologia lançou suas primeiras bases de investigação sobre objeto família ainda ao final do século XVIII, com a preocupação de analisar questões relacionadas às transformações sociais advindas do processo de industrialização. No entanto, foi em meados do século XIX que surgiram as formulações teóricas que de fato deram configuração a uma sociologia da família, que apresentou proposições de caráter social, político, e moral, para

afrontar a “crise” causada pelos problemas que ameaçavam a família pós-industrial.

Destacam-se desse período os representantes da conservadora Escola Positivista, Augusto Comte, Frédéric Le Play, e Emile Durkheim, os quais preconizavam a aplicação de métodos das ciências naturais para analisar os fenômenos sociais, e partilhavam da ideia de ser a família, e não o indivíduo, a principal unidade de observação para a compreensão da sociedade, e também para sua manutenção e equilíbrio. Por essa razão também coincidiam na defesa do casamento indissolúvel, na superioridade masculina, subordinação da mulher ao marido, e dos filhos ao pai, como elementos fundamentais de preservação da família ante as ameaças trazidas pelas transformações da modernidade.

La inestabilidad de las clases trabajadoras preocupa a las clases dominantes que desean reafirmar el poder de la familia, restaurar la autoridad patriarcal como la autoridad monárquica y hacer de la familia un agente de moralización de la clase trabajadora (Segalen, 2000, p.20)

Comte era defensor de uma base moral para a sustentação da família ameaçada pela desorganização social característica das mudanças pelas quais passava a sociedade com o advento da industrialização. Defendia que somente a ordem possibilitada por uma sociedade baseada na visão científica da realidade, nos princípios da subordinação, da hierarquização, e da disciplina doméstica, moral e social poderia efetivamente alcançar o progresso, e nesta perspectiva, a família tinha um papel fundamental.

A partir dos dados obtidos no estudo monográfico sobre a família na Europa³², Le Play constatou a existência de três tipos básicos de família em todo o continente: patriarcal, instável, e a troncal. A técnica de observação direta e análise monográfica, bem como a elaboração da tipologia familiar europeia, foram contribuições que colocaram o nome de Le Play na lista dos

³² A monografia foi a técnica aplicada para a apreensão da complexidade das relações que envolviam a realidade da classe trabalhadora, suas condições materiais e morais, que segundo Le Play, só poderia ser desveladas a partir de uma observação detalhada das condições de vida em dados quantitativos (orçamento familiar: ingressos, economias e gastos) e das relações estabelecidas na família e no local de trabalho. Em 1855 publicou “Les ouvriers européens”, obra composta de 36 monografias referentes às observações do modo de vida dos trabalhadores (camponeses, proletários, artesãos e comerciantes) realizadas em viagem realizadas entre 1834 a 1855 a doze países europeus³² (Garrigós Moneris, 2001).

pioneiros em estudos sobre família, e serviram de base metodológica e conceitual para discussões futuras, principalmente sobre a relação entre o tipo de família e sistema de herança, tema exaustivamente explorado pelos estudiosos de família como fator chave para a reprodução social.

Emile Durkheim contribuiu para o estabelecimento das bases teóricas e metodológicas da sociologia da família, sendo considerado o fundador desta vertente sociologia como disciplina. Criador do termo “*família conjugal*”, defendia o casamento como elemento estruturador dessa instituição, que se formava a partir de uma “*sociedade conjugal*”. E embora não fosse o enfoque principal das obras, a família foi abordada por ele como elemento fundamental para a manutenção da ordem e do bem estar social, diante das transformações pelas quais passava a sociedade moderna e industrial. No texto “*La familia conyugal*” (1892), Durkheim explicou como essas transformações também operaram mudança na estrutura da família, que se origina nos moldes das famílias germânicas, e depois de uma longa evolução se consolida nos artigos do Código Civil Francês.

Se a Sociologia foi a pioneira das ciências sociais em tomar a família como objeto de estudos, foi a Antropologia que se apropriou dela de fato, elegendo o parentesco como sua principal área de pensamento. O tema adquiriu importância entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do XX, influenciado pelo evolucionismo biológico de Darwin, tornando-se a área de principal interesse da antropologia social. Segundo Lévi-Strauss, o principal objetivo dos antropólogos daquele período era o de demonstrar a coincidência das instituições dos povos mais simples com as das primeiras etapas da evolução da humanidade, e as instituições dos povos modernos, com as das fases mais avançadas desse processo (1995, p.7).

Robert Parkin e Linda Stone (2010) consideram que a ideia de evolução estimulou o interesse dos intelectuais vitorianos pelas origens da humanidade, com o principal objetivo de auto afirmar a superioridade das sociedades modernas, denominadas “civilizadas”, frente às primitivas, que não haviam experimentado o “progresso”. Diante do contexto evolucionista, sendo considerado pelos antropólogos como o elemento constitutivo da maioria das sociedades, e tendo seu estudo vinculado a muitos outros elementos fundamentais da Antropologia, o parentesco foi tomado por esta, como unidade

básica para a compreensão das organizações sociais primitivas, adquirindo *status* de teoria principal da disciplina até os anos setenta do século XX (Parkin e Stone, 2010).

De acordo com os primeiros antropólogos³³, o sistema de parentesco havia evoluído de uma sociedade matriarcal, caracterizada pela promiscuidade, à uma sociedade patriarcal de caráter mais refinado, até alcançar no final do século XIX, *“un modelo acabado, el de la sociedad europea”* (Segalen, 2000, p.56). Dentre os trabalhos pioneiros sobre o parentesco destacam-se *“El derecho materno”* (1861) do suíço Johann Jakob Bachofen, *“Ancient Law”* (1861) do inglês Henry Maine e *“El matrimonio primitivo”* (1865) do escocês J.F. McLennan. Porém, a principal obra deste período, *“Systems of Consanguinity and Affinity of the human Family”*, foi publicada em 1871, pelo advogado estadunidense, Lewis Henry Morgan.

Morgan teve o primeiro acesso a informações etnográficas sobre os Iroqueses, tribo nativa norte-americana, ainda enquanto estudante de Direito. Posteriormente, como advogado representante da tribo em questões relacionadas ao direito de propriedade de terras, aprofundou o estudo, precedido pelo jesuíta Joseph Lafitau (1827), no qual identificou entre os Iroqueses, uma organização matrilinear (Parkin e Stone, 2010). A partir desta constatação, buscou identificar nessa sociedade, as etapas de evolução dos sistemas de parentesco *“desde la primera familia ‘selvaje’ hasta la familia ‘civilizada’ de su época mediante rodeo de los diferentes sistemas de parentesco”* (Segalen, 2000, p.56), e das terminologias utilizadas pelos Iroqueses para designar as relações de parentesco. A partir deste estudo desenvolveu a teoria que ficou conhecida como “sistemas classificatórios” ou “descritivos” do Parentesco.

Sistemas desenvolvidos e ampliados também em uma obra posterior, *“Ancient Society”* (1877) com a qual protagonizou juntamente com inglês Henry Maine, autor de *“Ancient Law”* (1861), a polêmica discussão teórica entre “matriarcalistas” e “patriarcalistas”, que caracterizou, além das

³³ Os primeiros estudos sobre o parentesco foram desenvolvidos por juristas e profissionais do Direito (advogados) interessados nos temas relacionados à sucessão e herança. Na segunda metade do século XIX, a Antropologia ainda não se encontrava academicamente institucionalizada enquanto disciplina, o que viria a acontecer ao longo do século XX, *status* adquirido através dos estudos que tiveram o parentesco como principal objeto de estudo (Aranzadi, 2003).

“terminologias classificatórias”, a continuidade teórica da Antropologia do Parentesco. A partir do final do século XIX, o estudo de *“los objetos privilegiados de análisis de la Antropología del Parentesco - la historia de las distintas formas del matrimonio, de la familia y de los sistemas de herencia, en el marco de la historia comparada del Derecho”*, como afirma Juan Aranzadi Martínez (2003, p.38).

Após contato com os *Ojibwa*, entre os quais identificou um sistema de parentesco similar ao dos Iroqueses, Morgan ampliou a investigação, de caráter comparativo, a outras regiões da América do Norte e da Ásia, com o objetivo de demonstrar a origem asiática dos índios americanos³⁴. Segundo Parkin e Stone não se pode afirmar que o estudo do parentesco foi inventado por Morgan, mas sendo ele autor da primeira grande teoria sobre o Parentesco, em grande parte *“la historia posterior del tratamiento del parentesco en antropología ha consistido en desentrañar sus descubrimientos, iluminaciones y errores”* (2010, p.47), como veremos mais adiante.

É também do final do século XIX a concepção materialista da família. Karl Marx e Friedrich Engels preconizavam que a produção da vida material e a reprodução humana são fatores primordiais para a compreensão do desenvolvimento histórico de uma sociedade. Em *“A situação da classe operária na Inglaterra”* (1845), Engels estudou a condição de vida dos trabalhadores da indústria, ressaltando as consequências das transformações capitalistas trazidas à família, principalmente pelo fato de ser majoritária a presença das mulheres à frente da produção industrial. A família concebida a partir dessa concepção está inserida em uma relação de produção, e, portanto, a história da família apenas pode ser explicada a partir da incidência do fator de produção material sobre as relações familiares. E de fato, a incidência se verifica principalmente no que concerne ao papel exercido pelo homem e pela mulher no sistema de produção capitalista.

Partindo da teoria de Morgan sobre a relação do tipo de família com o período histórico pelo qual passava a humanidade, os fundadores do marxismo, em *“A origem da família, da propriedade privada e do Estado”*

³⁴ Para variações dos Sistemas de Parentesco classificadas por Lewis Henry Morgan, ver Juan Aranzadi Martínez. “El nacimiento de la Antropología del Parentesco en la obra de Lewis Henry Morgan” In: *Introducción Histórica a la Antropología del Parentesco*. Editorial Ramón Areces, 2003, pp. 339-477.

(1887) consideravam a família monogâmica correspondente ao período histórico do capitalismo industrial. Baseada em condições socioeconômicas, caracterizada por um casamento por conveniência, por laços conjugais mais sólidos e pela submissão feminina, a família monogâmica garantia a transmissão da propriedade privada (herança), base fundamental da sociedade burguesa capitalista. Portanto, como considera Martine Segalen, a reflexão original do pensamento marxista que articula a evolução da sociedade familiar e as relações de produção consiste na hipótese planteada por Engels “de que la aparición de la familia conyugal está relacionada con un modo de apropiación privada, con el deseo del cabeza de familia de transmitir la herencia” (Segalen, 2000, p.31).

Na família monogâmica surge *“el primer antagonismo de clase que aparece en la historia [...] antagonismo entre el hombre y la mujer [...] la primera opresión de clase con la del sexo femenino por el masculino”* (Engels, 2002, p.83). Porém, os autores fazem uma distinção entre a família burguesa e a família proletária, principalmente em relação ao casamento. Entre os burgueses, no casamento monogâmico era uma forma de propriedade privada, na qual a mulher pertencia ao marido, um modelo no qual o homem representava o burguês e a mulher o proletário. Enquanto que entre os proletários, a inserção da mulher ao mercado de trabalho industrial, lhe proporcionava uma relativa igualdade com o marido. Dentro dessa lógica, portanto, segundo os marxistas, a revolução social também promoveria uma revolução na família, causando a substituição da monogamia histórica e patriarcal, por uma de caráter igualitário, libertando a mulher do jugo masculino, e promovendo a igualdade entre os sexos, característica de uma sociedade comunista. (Engles, (1887), 2002).

Segalen (2000) relembra que os antropólogos já demonstraram não existir correlação direta entre o tipo de economia e a o tipo de sociedade, e que não existe nenhum sistema de parentesco superior a outro, e qualquer afirmação neste sentido seria um mero juízo de valor.

2.2 Escola Sociológica Alemã, Escola dos Annales e Escola de Chicago

No final do século XIX e início do XX, o desenvolvimento da sociologia da família teve um impulso provocado pelos estudos dos principais representantes da chamada Escola de Sociologia Alemã³⁵, representada principalmente por Ferdinand Tönnies, Georg Simmel, e Max Weber. Os três autores coincidiam na concepção da estrutura nuclear com o modelo da moderna família alemã, porém, formada em bases características da tradicional família patriarcal, como o matrimônio, a superioridade masculina e subordinação feminina, refletindo na divisão social do trabalho. Em um contexto de crise do capitalismo, a análise da família foi tomada pela sociologia alemã sob a perspectiva do indivíduo e de suas relações, desenvolvendo conceitos de “comunidade”, a e tomando a família enquanto forma complexa de socialização, formadora do indivíduo para atuar em sociedade (Torres, 2010).

No campo da História, também na primeira metade do século XX, a ampliação e diversificação teórica e metodológica do objeto família foi impulsionada pela “*Escola dos Annales*” que iniciou em 1929 o que Peter Buker, historiador inglês que se dedicou a relatar história do movimento, chamou de “*A Revolução Francesa da Historiografia*”. Segundo Buker os Annales foi o movimento que rompeu com o tradicionalismo e abriu novas possibilidades de orientação historiográfica, exercendo forte influência dentro e fora da Europa. Os Annales consolidaram novas abordagens teóricas, conceitos e metodologias para o estudo da história, que partiam de novas perspectivas de análise do passado. Essas abordagens podem ser identificadas ao longo do século XX a partir das orientações teóricas predominante em cada uma das quatro gerações do movimento³⁶.

A primeira geração foi iniciada nos anos vinte e liderada por seus fundadores, Marc Bloch e Le Febvre, até o final da Segunda Guerra. Foi caracterizada pela crítica da história positivista e factual, e lançou as bases de

³⁵ A Sociologia na Alemanha foi institucionalizada a partir de 1909 quando foi fundada a Sociedade Sociológica Alemã.

³⁶ Primeira geração, final dos anos vinte até final da Segunda Guerra Mundial, foi liderada por Marc Bloch e Le Febvre; A segunda geração liderada por Fernand Braudel, do pós guerra à 1968; a terceira geração destacaram-se Jacques Le Goff e Geroges Dubby.

uma história totalizante, composta da integração dos aspectos econômicos e sociais, em uma perspectiva interdisciplinar, para alcançar a compreensão do passado. “*Historiadores sejam geógrafos. Sejam juristas, também, e sociólogos, e psicólogos*” (Febvre, 1953, p.32 *apud* Burke, 1991, p.7), foram as palavras de dirigidas por Le Febvre aos seus pares, diante da necessidade de dialogar com as demais áreas de conhecimento das ciências sociais, para o fazer de uma história total.

Segundo Segalen, “*durante largo tiempo centrada sólo en el Estado la historia redescubre la familia en el movimiento de una escuela que se orienta hacia la historia económica, social e cultural del pueblo*” (Segalen, 2000, p.20). No contexto da história social, “*el surgimiento de nuevos enfoques y planteamientos en el horizonte historiográfico sitúa a la familia y su capacidad explicativa en un primer plano*” (Chacón, 2011, p.343), consolidando a história da família como campo específico dentro do vastíssimo campo da investigação histórica. Os historiadores passaram a buscar no estudo histórico da família a compreensão da sociedade total, em seus aspectos social, econômico e cultural, considerando a família a chave para o entendimento da integração entre o desenvolvimento pessoal e social.

Las familias es un objeto historiográfico único y excepcional en tanto que permite reunir el conjunto de miradas y proyecciones básicas procedentes de la sociedad, y a la vez integra al individuo en su contexto biológico y socio-cultural, lo que supone una explicación del conjunto de la organización social (Chacon; Bestard, 2011, p.20)

Como campo de pesquisa, a história da família partiu de uma temática demográfica como a classificação de estruturas de familiares, para o exame de processos históricos mais complexos, compostos por uma maior variedade de temas, em uma perspectiva ampla, com o objetivo de compreender o papel e a dinâmica da família no passado, e sua relação com os processos de mudanças econômicas e sociais (Hareven,1991). Mas foi a partir da terceira geração da Escola dos Annales, que a história da família se consolida enquanto disciplina, como veremos mais adiante.

Contemporânea à primeira geração dos Annales, também na primeira metade do século XX, se destacou na Sociologia estadunidense, abordagem teórica que ficou conhecida como “interacionismo simbólico”. Considerada uma

das ramificações da Escola de Chicago de Sociologia, e influenciada pela metodologia da Escola Alemã de estudar as relações sociais a partir da perspectiva do indivíduo, o “interacionismo simbólico” valorizava o protagonismo individual de cada membro da família, dando mais atenção às ações e interações individuais do que às pressões externas. Charles Horton Cooley e George Herbert Mead, precursores dessa teoria sociológica, segundo a qual a família era considerada um dos grupos primários (e não instituição) necessários para formar a natureza social do indivíduo, fruto da interação de seus membros no exercício de seus respectivos papéis, responsável pelo processo de socialização dos mesmos (Rodrigo del Banco, 2004).

Ernest Watson Burgess, considerado o pai da sociologia de família estadunidense, um dos fundadores e maior expoente do “interacionismo simbólico” da Escola de Chicago, na obra *“The family: from institution to companionship”* (1945), desenvolveu o conceito de “companheirismo” para identificar a família em substituição ao termo “instituição”. Em um estudo sobre delinquência em 1926, Burgess definiu família como uma *“unidade de personalidades em interação existindo primordialmente para o desenvolvimento e gratificação mútua dos seus membros [...] unidos mais por coesão interna do que por pressões externas”* (Burgess, 1926 *apud* Torres, 2010, p.62).

Segundo Burgess, com o advento da industrialização, assalariamento e urbanização, a família passou a ser fundada por um casamento de livre eleição dos cônjuges, sem interesses patrimoniais e econômicos, com bases democráticas para seu funcionamento, com o objetivo de alcançar o bem estar de seus membros. Foi criticado por considerar a esfera privada e a esfera pública independentes uma da outra, por tratar as relações familiares isoladas de outras relações sociais, por supervalorizar o caráter afetivo e subestimar o poder de interferência dos fatores externos nas relações familiares, como fator econômico (mercado de trabalho, divisão de tarefas domésticas), transformando-a em um casulo de proteção social. Essa concepção de família da obra de Burgess, como sublinha seus analistas, deve ser contextualizada em um panorama de crise, desemprego e violência da sociedade de Chicago, principalmente entre os anos 30 e 50, quando da inexistência de um Estado-Providência, a família ocupava a função de protetora social (Torres, 2010).

2.3 Os trabalhos pioneiros da Demografia História

A iniciar a segunda metade do século XX, os registros produzidos pela Igreja e pelo Estado desde o século XVI tornaram-se fonte principal para a Demografia Histórica enquanto campo autônomo de investigação. A institucionalização da disciplina foi possibilitada principalmente pelo crescente interesse de acadêmicos por temas de população devido aos fenômenos demográficos que adquiriram importância no pós-guerra, como controle de fertilidade, entre outros, relacionados principalmente ao grande crescimento populacional (Cachinero Sanchez, 1981).

Vieram das escolas francesa e inglesa os dois primeiros e mais importantes estudos demográficos que lançaram as bases metodológicas da disciplina: o método da reconstituição de família a partir dos registros paroquiais, desenvolvido no *Institut National d'Études Démographiques* (INED), da França, e os estudos realizados pelo *Grupo de Cambridge*, Inglaterra, a partir da utilização das listas nominativas como fonte de pesquisa.

Os registros paroquiais ou estatais passaram a ser utilizados como fontes de estudo pelos historiadores a partir dos anos 30 do século XX. Na década seguinte, a demografia francesa demarcou as fronteiras metodológicas da disciplina, e a partir dos anos 50 a Demografia Histórica, que até então se dedicava exclusivamente às análises genealógicas de famílias da elite, passou também a utilizar dos registros paroquiais para desenvolver estudos relacionados à vida familiar da população em geral (Faria, 1997).

O trabalho considerado pioneiro sobre população e família que utilizou como fonte demográfica, especialmente os registros paroquiais, foi desenvolvido na França, pelo demógrafo Louis Henry e pelo historiador Michel Fleury, em 1956³⁷, a partir da aplicação do método de reconstituição de famílias (Faria, 1997)³⁸. Esse método consistia na elaboração fichas de famílias, de uma determinada paróquia, em um determinado período, através dos dados contidos nos registros paroquiais de batismo, casamento e óbito,

³⁷ HENRY, Louis. *La population de Crulai, paroisse normande, étude historique*. Paris: PUF, 1958.

³⁸ Fleury, Michel e Henry, Louis. *Des registres paroissiaux à l'histoire de la Population, manuel de dépouillement et d'exploitation de l'état civil ancien*. Paris: I.N.E.D., 1956. Posteriormente, houve uma reformulação do livro, ampliada com o título: *Nouveau manuel de dépouillement et d'exploitation de l'état civil ancien*. Paris: I.N.E.D., 1965.

com os quais se traçava a reconstrução das famílias tendo como ponto de partida a realização do matrimônio.

Reconstituir paróquias significa primeiro organizar os dados dos registos de nascimentos, casamentos e óbitos em fichas de Famílias e depois cruzar informações de forma a acompanhar, em encadeamento genealógico, a história de vida de cada residente, tenha ele nascido na paróquia, entrado nela pelo casamento ou simplesmente nela ter falecido. No fim da operação dispomos de dois ficheiros, um de famílias e outro de indivíduos, estes ligados por código à família de origem e à/s família/s eventualmente constituída/s. As fichas biográficas são facilmente abertas ao cruzamento de fontes, com dados quantitativos ou qualitativos, e a explorações multidisciplinares, podendo atingir-se diferentes níveis de apuramento de resultados em varias direções de investigação (Amorin,1998, p.33).

As fontes aportavam, através do método de reconstituição de família, uma série de informações que possibilitavam estimar taxas de nupcialidade, fecundidade, natalidade, mortalidade infantil, entre outras. Como o padrão dos registos paroquiais eram os mesmo em toda a área dominada pelo catolicismo ocidental, a utilização das fontes e dos métodos da demografia histórica, foram difundidos nas diversas regiões da Europa e da América Latina, onde se proliferaram pesquisa sobre população e história da família, a partir dos aos sessenta e setenta.

Porém, Segalen (2000) assinala que esse método de reconstituição de famílias, que alcançou ressonância tanto na França como no exterior, como citamos acima, permite apenas a acumulação de dados, ignorando as possibilidades de análises sociais.

La demografía histórica permite mientras tanto señalar curvas y evoluciones, pero no propone respuestas. Por las cuestiones planteadas, renueva la problemática histórica de la familia orientándola hacia una historia de las mentalidades capaz de explicar o porqué de estas evoluciones. (Segalen, 2000, p.21)

Nesta mesma linha de pensamento, Amorin (1998) e Chacón (1998) também já haviam apresentado críticas ao método clássico da Demografia Histórica, que embora fosse eficiente na obtenção de dados, e na identificação dos indivíduos que compunham as famílias, era limitado no sentido que não interligava esses indivíduos em uma efetiva análise sociológica que

verdadeiramente apresentasse respostas às problemáticas decorrentes da dinâmica social.

2.4 As “Teorias Clássicas” do Parentesco e o Estrutural Funcionalismo na Antropologia e na Sociologia

De acordo com Aranzadi (2003), A primeira etapa do estudo do Parentesco, que teve início com a publicação da obra de Morgan, em 1871, se encerrou no início da segunda metade do século XX, com a publicação das sínteses teóricas que divergiam daquele, publicadas por Murdock, Lévi-Strauss, Radcliffe-Brown e Robin Fox, a partir de 1949/50, também denominadas “teorias clássicas do Parentesco”.

Bien podría decirse que las décadas de los 50 y los 60 fueron la "edad de oro" de la Antropología del Parentesco: la teoría de linajes, la teoría de la alianza y la etnosemántica de las terminologías de parentesco se desarrollaron y adoptaron su forma clásica durante esas dos décadas (Aranzadi, 2003, p.43).

Das teorias clássicas, duas foram concebidas a partir do marco teórico Estrutural Funcionalista, devido ao fato de terem sido identificadas pela eleição da estrutura “átomo do parentesco”, nas palavras de Lévi-Strauss, a estrutura mais simples, ou a base, que sustenta os sistemas de parentesco. Radcliffe-Brown e Lévi-Strauss se destacam pela representação de duas correntes do Estruturalismo. O primeiro representando os estudos antropológicos norteados pela *teoria da linhagem*, que privilegiava a relação de *descendência* como base estrutural de análise das relações de parentesco (familio-cêntrica), e o segundo por postular a *teoria da aliança*, ao privilegiar a *relação de matrimonial* como a estrutura essencial para a compreensão das relações de parentesco (matrimônio-cêntrica). Uma terceira teoria, fundamentada por Robin Fox, concebida com a partir de uma perspectiva evolucionista, coloca a relação estabelecida entre mãe-filho(a) (matri-cêntrica), como a estrutura central para o estabelecimento das relações de parentesco (Aranzadi, 2003).

Influenciado pela escola sociológica francesa de Emily Durkheim, o antropólogo inglês Alfred Reginald Radcliffe-Brown (1881-1955), autor de

“Estructura e função social na sociedade primitiva” (1952), é considerado um dos fundadores do Estruturalismo Funcionalista. Segundo Radcliffe-Brown, a tarefa da Antropologia é a de uma investigação sistemática das instituições sociais, com o objetivo de classificá-las e compará-las, buscando responder o questionamento de como tais instituições mantêm a ordem. Através do estudo das sociedades primitivas, Radcliffe Brown elaborou o conceito de estrutura social, como condição para o equilíbrio da sociedade. E a instituição como norma de conduta seria reconhecida pelo grupo. Para Radcliffe-Brown, as diferentes instituições, como sistemas econômicos, sistemas religiosos, ou sistema de parentesco, entre outros, formam uma rede de instituições, que estabelecem conexões entre si, somadas, formam a estrutura de uma sociedade. Radcliffe-Brown considera que *“un sistema de parentesco es una red de relaciones sociales que constituye una parte de la red total de relaciones sociales que es la estructura social* (Radcliffe-Brown, 1952, p.13 *apud* Aranzadi, 2003, p.565), e que a descendência é a estrutura básica desse sistema, atribuindo-se o sentido jurídico de sucessão (Aranzadi, 2003, p.578).

O contexto jurídico, do direito comparado, no qual nascera a Antropologia do Parentesco no século XIX, se fez perdurar no aspecto *“jural”*³⁹ dos conceitos de *direito materno* e *direito paterno* elaborados por Radcliffe-Brown. Conceitos advindos dos termos que determinam os sistemas de descendência “patriarcal” e/ou “matriarcal”, caracterizados por elementos como que determinam a linhagem, como o local de realização do matrimônio e de residência, autoridade familiar, herança e sucessão.

Puede denominarse patriarcal una sociedad cuando la descendencia es patrilineal (es decir, los hijos pertenecen al grupo del padre),,, el matrimonio es patrilocal (es decir, la mujer se traslada al grupo local del marido), la herencia (de la propiedad) y la sucesión (del rango) se transmite por la línea masculina y la familia se rige por el sistema de la patria potestad (es decir, que la autoridad sobre todos los miembros de la misma es ejercida por el padre o sus parientes). Por otro lado, puede denominarse matriarcal una sociedad en que la descendencia, herencia y sucesión se transmiten por línea femenina, el matrimonio es matrilocal (el marido traslada a casa de su mujer) la

³⁹ O termo “jural” designa o conjunto de costumes e convenções existentes nas sociedades primitivas, sem escrita e sem Estado, diferenciando-se do termo “jurídico”, mais apropriado para designar a Lei e o Direito, característicos de sociedades, com escrita, e com uma estrutura política organizada.

autoridad sobre los hijos es ejercida por los parientes de la madre... La distinción entre sociedades patriarcales y matriarcales no es una distinción absoluta sino relativa (Radcliff-Brown, 1924. P. 22-23 *apud* Aranzadi, 2003, p. 581).

A linhagem é, portanto, na teoria do antropólogo britânico, a principal estrutura, ou relação de descendência, responsável pela composição do parentesco.

Por outro lado, o antropólogo francês, Lévi-Strauss, postulou em “*Las Estructuras elementares del Parentesco*” (1949) a *Teoria da Aliança*, que preconiza a aliança estabelecida entre as famílias através do matrimônio, como a estrutura elementar básica constituinte do parentesco.

El matrimonio es uno de los momentos del intercambio, uno de los ejemplos y una de estas ocasiones de presentaciones totales que comportan bienes materiales, valores sociales, tales como privilegios, derechos, obligaciones y también mujeres. La relación de matrimonio no se establece entre un hombre y una mujer, sino entre dos grupos de hombres, y la mujer figura como uno de los objetos del intercambio (Lévi-Strauss, 1949, p.135 *apud* Segalen, 2001, p. 64-65).

Esse intercâmbio se produzia através de um matrimônio que obedecia a regra da exogamia, sustentada pelo tabu do incesto. De acordo com essa concepção, o matrimônio entre primos cruzados foi a regra mais adotada pelas sociedades primitivas. A troca estabelecida entre as famílias foi teorizada por Lévi- Strauss a partir do princípio da “dádiva” (dom), postulado por Marcel em “*Ensaio sobre a dádiva*” (1931), como um mecanismo, contrário à troca mercantil, que regia a relação das sociedades primitivas, sendo constituído pela tríplice obrigação de “dar, receber e retribuir”. Em termos estruturalistas, essa troca foi concebida pelo antropólogo francês como reciprocidade, considerada uma das estruturas elementares do parentesco.

Os estudos antropológicos a partir dos anos cinquenta foram marcados pela inclusão do matrimônio como categoria de parentesco, e os teóricos da Aliança, a partir de Lévi-Strauss que “*representa lo que cabría llamar la postura ortodoxa en antropología social, a saber, que el parentesco es característicamente social*” (Parkin; Stone, 2003, p.44), consolidaram o caráter social do parentesco nas duas décadas seguintes.

Bien podría decirse que las décadas de los 50 y los 60 fueron la “edad de oro” de la Antropología del Parentesco: la teoría de linajes,

la teoría de la alianza y las terminologías de parentesco se desarrollaron y adoptaron su forma clásica durante esas dos décadas (Arazandi, 2003, p.43).

O estruturalismo dentro da sociologia teve como principal expoente o sociólogo estadunidense Talcott Parsons⁴⁰, que diferentemente dos autores que advogavam a teoria da “desorganização e crise” da família americana, defendia a ideia de que a família passava por um período de “desorganização de transição”, que a levaria para a configuração de um novo e mais estruturado modelo. Revisitando o conceito de família conjugal de Durkheim, ao explicar a estrutura da família e suas funções, Talcott Parsons a concebeu em um formato nuclear, baseada no modelo de família dos Estados Unidos dos anos 50, constituída sobre as bases de uma sociedade avançada nos processos de industrialização e urbanização. Segundo esse modelo, que ficou conhecido como “estrutural-funcionalista”, a família era formada por um núcleo constituído pelos pais e filhos, com base no casamento, e exerce uma dupla função, a de socialização dos filhos e estabilização (emocional) da personalidade dos adultos. Em suas palavras, as famílias se tornariam “*fábricas de produção de personalidades humanas*” (Parsons e Bales, 1956, p.11 apud Torres, 2010, p.69).

Martine Segalen resume as características e funções da família nuclear isolada definida por Parsons como a mais adequada às características econômicas da sociedade contemporânea, por isso, denominada como modelo funcionalista.

Según Talcott Parsons, los procesos de industrialización segmentan la familia, primero en el aislante de su red de parentesco, luego reduciendo el tamaño del grupo doméstico a una familia conyugal, con reducido número de hijos. Este grupo ya sólo es una unidad de residencia y de consumo; ha perdido sus funciones de producción, sus funciones políticas y religiosas; comparte sus responsabilidades financieras y educativas con otras instituciones; la función principal que le resta es la de socializar al niño, y sobre todo asegurar el equilibrio psicológico de los adultos. Este grupo doméstico aislado de su parentesco está fundado sobre el matrimonio que asocia compañeros que se han elegido libremente; está orientado hacia valores de racionalidad y de eficacia; los roles masculinos y femeninos especializados contribuyen al mantenimiento del subsistema familiar en el seno del sistema social (Segalen, 2000, p.79)

⁴⁰ Talcott Parsons (1902-1979) “The Structure of Social Action” (1937), “Social System” (1951), com Robert Fredd Bales, “Family, Socialization and Interaction Process” (1955).

Para a realização de suas funções, essa família é centrada nos papéis sexuais que integram os indivíduos ao sistema através da assimilação de seus respectivos papéis, o pai provedor e a mãe responsável pelos afazeres domésticos e pelos filhos. Segundo Parsons, esses papéis devem ser desempenhados de forma complementar e permanente, para não gerar competições e desestabilizar a família enquanto núcleo de pacificação e refúgio social. Diferentemente do “internacionalismo simbólico”, a teoria “estrutural funcionalista” de Parsons considera que a família recebe influências de outras estruturas externas e de suas dimensões normativas (Torres, 2010).

Parsons recebeu severas críticas por ter concebido esse modelo de forma generalizada e universal, homogeneizando o modelo de família da classe média estadunidense para as demais classes, sem considerar suas particularidades. O modelo de família “nuclear isolada” de Parsons foi criticado pela rigidez e conservadorismo, ao conceber a socialização apenas a partir dos pais, e ao desconsiderar possíveis alterações nos papéis dos sexos, que de fato ocorreram das décadas seguintes (Hita, 2005). Alterações como a massiva inserção da mulher ao mercado de trabalho, baixa taxa de fecundidade, aumento da taxa de divórcio e aumento da taxa de escolarização das meninas constituíram-se em ameaças ao modelo nuclear como descrito por Parsons. O modelo estático da família estruturalista, concebido “*independente de las influencias culturales o de las contingencias económicas e históricas*” (Segalen, 2000, p.20) foi refutado na década dos setenta por William Goode, como veremos mais adiante, o qual destacou o caráter dinâmico do sistema familiar aproximando a sociologia da análise histórica.

No campo da historiografia, os anos cinquenta foram caracterizados pela segunda geração dos Annales, liderada por Fernand Braudel, e marcada por sua obra principal “*O Mediterrâneo e o mundo mediterrânico à época de Felipe II*” (1949), na qual apresentou o tempo da “longa duração”, em oposição ao tempo curto do acontecimento, para a compreensão das transformações socioeconômicas do passado, inaugurando o que ficou conhecido com método da “história serial”. A importância desse feito levou Burke a afirmar que “*Braudeu contribuiu mais do que qualquer outro historiador deste século para transformar nossas noções de tempo e espaço*” (Burke, 1991, p.37-38). Nesta

segunda fase, compreendida entre o pós-guerra e 1968, foram fundamentados conceitos (conjuntura e estrutura) e métodos (história serial) que concediam aos Annales o *status* de “escola” historiográfica (Burke, 1992).

2.5 O rechaço do Parentesco pela Antropologia e da Família Patriarcal pela Demografia História nos anos 60 e 70 (Grupo de Cambridge)

A Antropologia anos 70 e 80 foi marcada pelas críticas radicais às teorias clássicas do Parentesco, e até mesmo pelo rechaço deste enquanto principal objeto de estudo da disciplina. Rodney Needham e David Schneider protagonizaram as principais manifestações negativas em relação às teorias da linhagem, da aliança e da análise semântica das terminologias. O primeiro aprofundou em *Rethinking Anthropology* (1961) as críticas formuladas por Edmund Leach, ainda na década de cinquenta, com o propósito de “*clarificar problemas*” e “*perfeccionar el estudio del parentesco, no para abandonarlo*”. Enquanto o segundo protagonizou um movimento denominado “*revolución schneideriana*” (Arazandi, 2003) ou ainda, “*giro schneideriano*” (Parkin; Stone, 2007), que significou um divisor de águas na história da Antropologia, caracterizado não apenas pela crítica radical, mas também pela negação e abandono do parentesco enquanto objeto principal da investigação antropológica.

O antropólogo estadunidense David Schneider, autor de *American Kinship: a cultural account* (1968, 1980⁴¹) inaugurou uma nova era nos estudos antropológicos. Embora inicialmente também tivesse sido adepto das “*categorias convencionais de análise do Parentesco*” (Parkin; Stone, 2007, p.65), a partir dos sessenta iniciou uma dura crítica aos seus antecessores e contemporâneos por, segundo ele, ainda insistirem em fundamentar seus pensamentos em um caráter genealógico e biológico do parentesco. Schneider chega a negação do parentesco, ao afirmar em 1971 que esse “*não existia em nenhuma cultura conhecida pelo homem*” (Arazandi, 2003, p. 44), chegando ao total “*rechazo del Parentesco como categoria analítica útil*” (Parkin; Stone, 2007, p.65).

⁴¹ 2ª. edição que conta com um capítulo em resposta às críticas à primeira edição de 1968, bem como com revisões e correções.

Para un número importante de antropólogos do EE.UU. y Gran Bretaña, fuertemente influidos por David Schneider y Marilyn Strathern, en la década de los 80 del pasado siglo no sólo se cerró una fase en el estudio antropológico del parentesco, sino que se acabó con el parentesco y quizá también – para los más posmodernos de los schneiderianos – con la mismísima Antropología como disciplina (Arazandi, 2003, p. 44).

Diante da influência de Schneider, e da conseqüente diminuição de interesse pelo parentesco, nos anos 70 e 80 outros temas sobre a família passaram a ser abordados pelos antropólogos, como reprodução social, modelos residenciais, sistemas matrimoniais e de herança.

Na Demografia Histórica a virada revisionista teve a família patriarcal como principal alvo, levando a questionamentos quanto a idade média do matrimônio e o tamanho do grupo doméstico.

Na década de sessenta, um importante trabalho da demografia sobre o objeto família foi o artigo do inglês John Hajnal, “*European Marriage Patterns in Perspective*”, publicado no ano de 1965, no qual definiu um modelo de matrimônio europeu. Segundo esse modelo, na Europa ocidental, os matrimônios se realizavam em uma idade superior aos vinte e cinco anos, em contraste com a idade precoce com que se realizavam na parte oriental do continente. A idade mais elevada dos matrimônios guardava relações diretas com dois fatores que explicariam o fato de que o processo de desenvolvimento do capitalismo e da industrialização tenha iniciado na Europa Ocidental. O primeiro fator é a possibilidade de um incremento econômico das famílias e das regiões onde as famílias se concentravam, devido o alargamento tempo produtivo que os filhos solteiros dedicavam à produção familiar, e o segundo se relaciona ao natural controle de natalidade, pela diminuição do tempo fértil das mulheres por contraíam matrimônio em uma idade mais avançada (Cachinero Sanchez, 1981; Chacón, 1991).

Também na Inglaterra, ao final dos anos sessenta, o Grupo de Cambridge, se destacou com a utilização das listas nominativas para a análise da composição das unidades doméstica (households) realizadas sob a coordenação de Peter Laslett. A publicação de “*Household and Family Past*

*Time*⁴², em 1972 foi a consagração do método do Grupo de Cambridge enquanto referência para os estudos de família na demografia histórica.

García González (2011) explica que partindo da lógica quantitativa do método de reconstituição de família, o Grupo de Cambridge considerou, de forma pioneira nos estudos de Demografia Histórica, analisar a família como unidade residencial⁴³, a partir dos dados encontrados nas listas nominativas de residências e nos censos, com o objetivo de criar um método de classificação dessas residências que pudesse ser utilizado para qualquer região.

Con el propósito de fundamentar el estudio del pasado familiar sobre unas bases sistemáticas y cuantificables, la premisa metodológica en la que fundamentaba todo su proyecto era considerar a la familia como un grupo de personas que vivían juntas, un hogar, que llamaría grupo doméstico de coresidencia, donde las relaciones de parentesco que unían a los miembros con el cabeza de la familia definirían cinco tipos principales de hogares. El tipo 1 eran los solitarios, hogares formados por una sola persona (o, en su caso, con criados). El tipo 2 eran los denominados sin estructura, aquellos hogares formados por personas entre las que podían existir vínculo de parentesco pero que no se agrupaban alrededor de un núcleo familiar. El tipo 3 era el de la familia nuclear, hogares formados por un núcleo familiar, es decir, aquellos establecidos sobre la base de lazos conyugales. Aquí se incluían los matrimonios sin hijos, los matrimonios con hijos, los viudos con hijos o las viudas con hijos. El modelo 4 era el de la familia extensa, la familia conyugal a que se unían otros miembros emparentados. Se trataría, pues, de la misma familia simple, pero con algún pariente en su seno, de ahí que pudiera ser ascendente, descendente, colateral o ascendente y colateral. El tipo 5 era el de la familia múltiple o el de los hogares en los que convivían dos o más núcleos familiares, y como en el caso anterior, podían ser ascendentes, descendentes, o colaterales y sus posibles combinaciones. Además, estaban las familias de estructura indeterminada, referida a aquellos núcleos conyugales que tenían e su interior uno o varios componentes cuya relación con el cabeza de familia se desconocía (García González, 2011. p. 166).

As conclusões dos estudos de Peter Laslett e seu Grupo vinham de encontro ao questionamento do mito da família patriarcal extensa, e suas características, considerada predominante no período que antecede o processo de industrialização da Inglaterra. De acordo com os dados retirados e analisados a partir das fontes demográficas utilizadas pelos estudiosos de Cambridge, as listas nominativas das residências e os censos populacionais, o

⁴² LASTER, Peter. *Household and Family Past Time*, Cambridge University Press, 1972.

⁴³ Para a tradução da palavra *hogar* utilizaremos em português os termos unidade residencial ou residência, no sentido de casa, moradia ou domicílio onde reside um grupo familiar.

tipo 3 , ou seja, o da família nuclear, foi o mais habitualmente encontrado nas residências inglesas no período anterior à Revolução Industrial. Como consequência dos resultados encontrados para a realidade da demografia familiar inglesa, a residência familiar como objeto de análise, foi tomada por estudiosos da família de todo o continente, como *“la mejor expresión de la compleja realidad familiar”*, tanto para o estudo dos tipos de família como também para o de outros fatores demográficos, relacionados principalmente à nupcialidade⁴⁴. Esses fatores permitiram a Peter Laslett, assim como havia realizado Hajnal, em 1965, para o matrimônio⁴⁵, propor um mapa, ou um desenho da geografia dos modelos de família:

Distingua cuatro grandes zonas o modelos: occidental, caracterizado por un matrimonio tardio para ambos sexos, regla de la residencia neolocal y estructura nuclear; centro-occidental, com matrimonio tardio, patrilocalidad y estructura familiar troncal; oriental, que associa matrimonio precoz para ambos sexos y estructura familiar compleja basada em agregados familiares conjuntos; y mediterránea, com un matrimonio temprano para las mujeres y tardio para los hombres y una estructura familiar compleja basada na elevada proporción de hogares múltiples (García González, 2011, p.167).

De acordo com García González, apesar do método de Cambridge ter tido o êxito de mensurar os grupos domésticos, e de dar a conhecer aspectos diversos sobre estrutura e componentes das residências, foi alvo de críticas por ter dado mais prioridade a características como tamanho e estrutura das residências, por ter centrado suas análises mais no matrimônio que no parentesco, como também havia feito os estudiosos do método de reconstituição de famílias. A geografia de modelos de família produzida a partir deste método foi criticada principalmente por homogeneizar e generalizar características a partir do modelo inglês, por se utilizar de uma *“fotografía estática”* gerada pelas listas nominativas, sem considerar a diversidade cultural das regiões, demonstrada na realidade, como por exemplo, na existência de distintos sistemas de transmissão de bens⁴⁶.

⁴⁴ Fatores como taxa de nupcialidade , idade ao contrair o matrimônio, diferença de idade entre os contraentes, frequência de segundas núpcias, e outros (García González, 2011, p.16).

⁴⁵ John Hajnal , demógrafo e estatístico inglês que publicou em 1965 o clássico artigo *“European Marriage Patterns in Perspective”*, no qual definiu um modelo de matrimônio europeu.

⁴⁶ Essas críticas apresentadas por García González foram retiradas dos trabalhos de Dolores Comas DÁguilar, *“El comparativismo y la generalización en los estudios sobre historia de*

O caráter insuficiente e reducionista da análise dos dados demográficos em relação às realidades sociais tão diversas e complexas, segundo García Gonzáles (2011), e como já anunciava Chácon Jimenez (1991) pode ser superado com uma diversificação das fontes (fiscais, notariais, jurídicas), e um tratamento interdisciplinar das mesmas, com a estrapolação dos limites do grupo doméstico para uma contextualização social, cultural e econômica mais ampla da sociedade, e com a utilização de novas técnicas.

Apesar das críticas, os estudos das escolas francesa e inglesa foram inovadores quanto ao uso das fontes e da metodologia, e reveladores em relação ao que se conhecia sobre a família ocidental moderna. Constatam pelos dados dos registros paroquiais, as altas idades dos nubentes ao contraírem matrimônio, e a baixa taxa de ilegitimidade dos filhos⁴⁷; e pelas listas nominativas, apresentaram a surpreendente revelação de que as famílias anteriores à industrialização não eram majoritariamente compostas por unidades domésticas extensas (Faria, 1997). O questionamento e a queda das concepções tradicionalmente aceitas sobre o “*casamento precoce*” e o predomínio na sociedade anterior à indústria de “*vastas unidades domésticas multigeracionais e englobando ampla parentela e membros não consanguíneos*”, abriu uma variedade de possibilidades de análises das fontes demográficas a partir de objetos propostos pela história social, cultural e econômica, preconizada pelos historiadores dos *Annales*, e por historiadores das gerações seguintes.

2.6 A família na nova Sociologia estadunidense e na Nova História Francesa ou Terceira Geração dos Annales

Willian Goode (1963) representou uma reorientação nos estudos de família na sociologia estadunidense, distanciando-se de uma abordagem mais ideológica predominante nos trabalhos das décadas anteriores, orientou suas pesquisas a partir de um maior rigor teórico-metodológico. Em “*World Revolution and Family Patterns*” (1963), utilizando a método comparativo,

la familia” (1988) e Lorenç Ferrer i Alós, “*La familia en Catalunya en los siglos XVIII y XIX: balance y perspectivas*” (2008), onde podem ser consultadas com mais detalhes.

⁴⁷ Homens entre 27 e 28, e mulheres entre 24 e 28 anos, e apenas de 1 a 2 por cento das crianças eram nascidas fora do casamento.

Goode considerou a relação da família com outras esferas sociais, fez distinção das famílias de diferentes sociedades e também de diferentes grupos sociais a partir de suas práticas e atitudes, e elevou o status da família enquanto elemento fundamental da análise sociológica considerando-a uma variável independente, que não apenas recebia as influências e determinações das mudanças econômicas, relativas ao processo de revolução industrial, como também o influenciava.

A análise precedente acentua a influência independente das variáveis da família. Significa isso que elas também têm a sua influência; que os padrões de família não podem ser preditos apenas através do conhecimento dos factos económicos ou tecnológicos, e que mesmo quando as variáveis da família são sobrepujadas por outros grupos de forças, elas resistem e, por conseguinte, provam que devem ser levadas em consideração em qualquer análise adequada da sociedade (W. Goode, 1963, 1969. p. 36 apud Torres, 2010, p.82).

Goode foi um dos primeiros teóricos a contestar o conceito de “crise” da família ameaçada pelas transformações econômicas, e alega que as relações de parentesco sempre estiveram perenes e presentes, independente das imposições do sistema econômico. A explicação para essa visão deturpada de crise, segundo o autor, está na variável ideológica, responsável pela construção de uma família ideal, livre e democrática, caracterizada pela liberdade de escolha do cônjuge, do lugar de residência, ou da quantidade de filhos, independente das amarras das relações de parentesco. Este modelo ideal de família individualizada atende principalmente aos interesses de manipulação e controle do Estado (Segalen, 2000).

No estudo comparativo entre distintas sociedades e a sociedade estadunidense, William Goode constata que a liberdade individual de escolha, e o caráter democrático e igualitário próprios do ideal de família nuclear, não são exclusividades de sociedades pós-industrialização, questionando, portanto, a tese de que a família nuclear é fruto do processo de transformações econômicas e tecnologias da sociedade contemporânea (Torres, 2010).

Outra ideia inovadora dos estudos de Goode, contrariando a tradicional sociologia que associavam os direitos femininos com o processo de “*desintegração moderna da família*”, foi a de considerar a progressão dos direitos das mulheres em um contexto amplo de luta pelos direitos civis das

minorias e pela liberdade dos povos (colônias). Afirmava ainda que para além dos fatores econômicos e sociais, os fatores culturais também eram responsáveis pela construção dos papéis designados à mulher no exterior e no interior da família. Um aspecto que obstaculizava a cidadania das mulheres, segundo Goode, era o fato de que os homens não terem “*cedido voluntariamente as suas antigas prerrogativas*”, porque “*afinal, nenhum grupo dominante renuncia seus poderes*”, e seguiram mantendo de acordo com seus diferentes “status” sociais, a superioridade em relação às mulheres (Good, 1963 p. 31 e 33, apud Torres, 2010, p.87-88). Goode conclui que embora tenha havido alguns avanços no campo dos direitos da mulher, no trabalho exterior ou nas relações familiares, nos anos 50 e 60 ainda prevaleciam as decisões masculinas, e os direitos individuais de decisão ainda eram influenciados pelo parentesco, fato que viria a ser questionado com mais ênfase a partir dos movimentos de ruptura da década de setenta. Segundo Torres (2010), embora Goode tenha sido o primeiro representante da Sociologia de família a conceber a mulher como ator social, antes mesmo do feminismo, não contribuiu teórico e conceitualmente de forma concreta para mudança de perspectiva sobre tema de diferenças entre os sexos.

No final da década dos sessenta, a terceira geração dos *Annales*, iniciada em 1968, também denominada de *História Nova*, não teve uma liderança marcante como as gerações anteriores, dentre seus vários representantes destacaram-se Jaques Le Goff e Geroges Dubby, seguidos de outros como André Burguière, Marc Ferro, Emmanuel Le Roy Ladurie e Jacques Revel. Foi uma geração que produziu trabalhos inspirados na história cultural e história das mentalidades, interessada principalmente nos temas do cotidiano, como família, casamento, mulher, infância, saúde, morte, e do imaginário social. Trouxe novamente temas políticos, de forma renovada, segundo Burke, “*graças a Foucault, esse retorno se estendeu em direção à “micropolítica”, a luta pelo poder no interior da família, da escola, das fábricas, etc.*” (Burke, 1992, p. 102).

Foi um período caracterizado por continuidades e rupturas em relação ao movimento iniciado em 1929 por Bloch e Febvre, e seguido por Braudel até final dos anos 60. Embora Peter Burke admita que após 1968 a Escola tenha sido “*profundamente marcada pela fragmentação*” e que “*a influência do*

movimento, especialmente na França, já era tão grande que perdera muito das especificidades anteriores” (1992, p.14), ele defende a ideia de que a multiplicidade de caminhos não abalou o cerne do programa inicial, e que a inovação ainda era característica da Escola. A grande mudança dessa fase foi a ênfase no aspecto cultural, que para Burke, não significou ruptura, mas uma alteração interna de itinerário de alguns historiadores em relação à fase anterior.

Como vimos, na geração de Braudel, a história das mentalidades e outras formas de história cultural não foram inteiramente negligenciadas, contudo, situavam-se marginalmente ao projeto dos Annales. No correr dos anos 60 e 70, porém, uma importante mudança de interesse ocorreu. O itinerário intelectual de alguns historiadores dos Annales transferiu-se da base econômica para a “superestrutura” cultural, “do porão ao sótão” (Burke, 1992, p.82).

Contrariamente a Burke posicionou-se o historiador francês François Dosse em *“História em Migalhas: dos Annales à História Nova”*(1987), na qual considera que a terceira geração dos Annales foi responsável por provocar uma pulverização da História, o que significou a ruptura com a história total preconizada pelo movimento em sua origem.

A terceira geração dos Annales, sensível como as outras às interrogações do presente, muda o rumo de seu discurso ao desenvolver a “antropologia histórica” e, neste sentido o preço a pagar por essa nova readaptação é o abandono dos grandes espaços econômicos braudelianos, o refluxo do social para o simbólico e para o cultural (Dosse, 2003, p.249)

Neste contexto, segundo Dosse, os historiadores se aproximam de análises do comportamento, da sensibilidade, e representações, em uma associação com a antropologia cultural, fazendo da evolução das mentalidades o objeto privilegiado da Nova História.

Para o autor, o contexto de crise do progresso nos anos 70, a estagnação do crescimento e suas consequências, levou o historiador a observar culturas do período anterior à industrialização, em busca das tradições e dos comportamentos do cotidiano, em um caráter mais pessoal e local, que dessem respostas ao presente, produzindo uma espécie de história

sociocultural, aos moldes da etnografia, e por isso denominada História Etnográfica ou Antropologia Histórica.

Si definiéramos la antropología como “el estudio de la experiencia humana en su diversidad en el espacio y en el tiempo”, cuyas condiciones de posibilidad se remontan a la apropiación ibérica de los territorios de ultramar que datan de finales del siglo XV, ésta sería entonces ya siempre histórica o no sería nada (Stolcke, 2015, p. 3) .

Essa aproximação da História com a Etnografia levou Lévi- Strauss afirmar, no início dos setenta, que tinha a impressão que os historiadores e antropólogos faziam a mesma coisa e que “*o grande livro da história é um ensaio etnográfico sobre as sociedades do passado*”.

A abordagem etnológica elimina a irrupção do acontecimento em troca da permanência, da cronologia repetida do gesto quotidiano da humanidade, cujas pulsações são reduzidas às manifestações biológicas ou familiares de sua existência: o nascimento, o batismo, o casamento, a morte (Dosse, 2003)

O precursor dessa corrente historiográfica foi Philippe Ariès, reconhecido pela publicação da obra “*L’Enfant et la vie familiale sous l’Ancien Régime*”, de 1960⁴⁸, trabalho como recorda Reher (1996), considerado o ponto de partida da história da família como disciplina. Um trabalho inovador por ser caracterizado pela utilização de uma diversidade de fontes (demográficas, iconográficas e memórias), pela definição de uma temática específica, e por uma orientação metodológica definida. Ao estudar a infância na Idade Média, Ariès concluiu que “*la familia cumplía una función; garantizaba la transmisión de la vida, la propiedad, el apellido; pero no penetrava con profundidad em la sensibilidad humana*” (Ariès, 1962, p.411 apud Reher, 1996, p.16) e que nesse contexto, às crianças não era reservado nenhum tratamento diferenciado em relação aos adultos.

Seu estudo assemelha-se às variações sobre um único tema, ou seja, o da evolução interna da ideia da Infância, da família e dos comportamentos daí resultantes. Nesse plano, a contribuição de Ariès está longe de ser insignificante, abre novas linhas de pesquisa histórica, embora permaneça na descrição do universo mental. Ao

⁴⁸ Embora já houvesse publicado em 1949 “Histoire des populations françaises et de leurs attitudes devant la vie”, foi ignorado pelos Annales até 1964 quando foi citado na revista por Jean-Louis Flandrin, sobre o seu trabalho “*L’Enfant et la vie familiale sous l’Ancien Régime*”, de 1960.

ocultar a questão do porquê, ou pelo menos ao apresentar resposta insatisfatória, tem o mérito de nos dizer o como (Dosse, 1992, s/p).

Em sua obra, Ariés levantou uma série de problemas a respeito das origens da família “moderna”, seguido, nos anos setenta, por outros importantes autores como Edward Shorter, com “El Nacimiento de la Familia Moderna” (1976), Lawrence Stone, com “The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800” (1977), e Jean Louis Flandrin, e sua obra “Orígenes de la Familia Moderna” (1979). A obra de Ariés também influenciou uma série de pesquisas sobre a vida privada, nos períodos medieval e moderno, abordando tanto temas concretos, como economia doméstica (característico do diálogo com a Antropologia Social e Cultural), como temas emocionais, como amor e medo (Lenz, 2011).

Jean-Louis Flandrin também se dedicou ao estudo da evolução da família e da sexualidade na Idade Moderna, e constatou as transformações ocorridas na família quanto à relação amor e casamento, a afirmação do casal, a intimidade do núcleo familiar, demonstrada pela distinção entre os espaços público e privado, e pela proteção da intimidade dos membros da família através da separação dos ambientes da casa⁴⁹.

Georges Duby estudou as representações da família, do amor e do casamento para as classes dominantes, o clero e a nobreza, da Idade Média, e como elas utilizavam o matrimônio como instrumento de dominação e confrontação à classe social rival (Dosse, 2003)⁵⁰.

Durante a década de setenta, embora o diálogo com a Antropologia tenha propiciado uma produção historiográfica mais próxima de uma análise cultural, foi a demografia que predominou enquanto fonte de influência teórica e metodológica para a maioria dos trabalhos desenvolvidos por historiadores que se dedicaram à temática família na Europa e na América do Norte. Após a apresentação das conclusões de Laslett, se multiplicaram os trabalhos sobre a

⁴⁹ *Trabalhos de Jean Louis Flandrin sobre família e sexualidade: L'Église et le contrôle des naissances* (1970); *Les Amours paysannes XVI XIX siècles* (1975); *Familles - Parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société* (1976); *Le Sexe et l'Occident* (1981); *Un temps pour embrasser* (1983).

⁵⁰ *Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo* (1980); *El amor en la Edad Media* (1988). *El caballero, la mujer y el cura* (1999), entre outros.

estrutura da unidade doméstica, e as confirmações sobre a teoria do predomínio da família nuclear. Tamara K. Haraven (1995) destaca três dos principais trabalhos, que seguiram as constatações do Grupo de Cambridge para outras regiões além da Inglaterra, os trabalhos de Robert Smith (1972) para os Estados Unidos; Hyame Uchida (1972) no Japão; e LeRoy Ladurie (1978) para o sul da França. A autora ainda chamava a atenção que esses trabalhos tomavam como unidade de análise o “hogar”, e não a família, e esta questão conceitual tornou-se nas décadas seguintes um desafio teórico para a história da família enquanto disciplina autônoma.

2.7 A perspectiva do Feminismo sobre a família

Herdeiro das audaciosas sufragistas inglesas e estadunidenses do século XIX e início do XX, que entre tantas outras reivindicações logrou a aprovação do voto feminino, o feminismo ressurgiu com maior significação e amplitude no bojo dos movimentos ativistas dos anos 60, e foi reforçado principalmente pela discriminação sofrida pelas mulheres no mercado de trabalho, no qual já estavam massivamente introduzidas, e pelas restrições de acesso à educação acadêmica (Ritzer,1997).

Reforçado por uma literatura dedicada a temas e problemas femininos, influenciado dentre outras, principalmente pela obra “*O Segundo Sexo*” (1949), da filósofa e escritora francesa Simone de Beauvoir, o movimento feminista passou a atrair nos finais dos anos setenta, também a atenção de uma minoria de sociólogos e sociólogas críticos que passaram a tomar a temática feminina como objeto de estudo da sociedade.

Las obras de Simone de Beauvoir subrayan el fracaso de la moral burguesa tradicional y del matrimonio, lugar de alienación de la mujer, y ésta es una corriente que influirá fuertemente la crítica familiar producida por las feministas en los años setenta (Segalen, 2000, p.33).

Dessa forma, pode-se considerar que o estudo da família a partir de uma perspectiva de gênero foi o objeto da sociologia do feminismo, uma das vertentes da Sociologia crítica que a partir dos anos 70 se contrapôs ao dominante androcentrismo da maioria das teorias sociológicas clássicas. O

feminismo enquanto teoria sociológica propôs dar visibilidade à mulher como sujeito social e histórico, desconstruindo a tradição das escolas sociológicas clássicas, de ocultação de sua participação como agente no processo de transformação social, de produção material e de conhecimento. Os anos setenta significaram uma ruptura de paradigma quanto ao enfoque dado à mulher pela Sociologia, caracterizado pelo início da efetiva desconstrução do conceito da mulher fundado apenas em características biológicas, para elaboração conceito de cidadã, assim, *“dentro da própria sociologia da família surgem, simultaneamente como objecto e sujeito de investigação, as mulheres”* (Torres, 2010, p.87).

O feminismo, enquanto vertente temática da Sociologia da Família foi representado por inúmeras sociólogas europeias e estadunidenses, que durante os anos sessenta e setenta, desenvolveram pesquisas com o objetivo dar visibilidade à condição a mulher, demonstrando as desvantagens e os desequilíbrios de gênero, principalmente na composição da moderna família nuclear urbana. As investigações, quase sempre de caráter comparativo, se centravam em temas como a divisão de tarefas entre os cônjuges, trabalho doméstico e trabalho profissional, nível de satisfação na relação conjugal, desvantagens da maternidade.

Andrée Michel (1983), além dos resultados de suas próprias investigações, sistematizou as principais conclusões sobre os estudos realizados por outras sociólogas europeias e estadunidenses sobre a situação da mulher na família nuclear das décadas em questão, em relação à satisfação com casamento, à divisão das tarefas domésticas, e ao trabalho profissional. Partindo dos resultados das pesquisas, o movimento feminista sustentou e divulgou a situação de desigualdade e desvantagem da mulher dentro da família e da sociedade, passando a utilizar os termos “superioridade masculina” e “submissão feminina” nos discussões de reivindicação pelos direitos iguais entre homens e mulheres (Torres, 2010).

O feminismo teve um viés nitidamente marxista ao considerar a família um subsistema do sistema capitalista, e interpretar a relação de trabalho entre o homem e a mulher, dentro do grupo doméstico nos moldes da relação de produção estabelecida entre o burguês e o proletário, proliferando as

discussões acerca da relação entre patriarcado e capitalismo, e entre gênero e classe social (Delphy, 1978 *apud* TORRES, 2010).

A partir dos anos 80 e 90, os dualismos produzidos na relação marxismo feminismo foram cedendo espaço para uma concepção de dominação masculina simbólica, presente em todas as relações sociais das instituições da sociedade. Nessas décadas, foram frequências os trabalhos sobre a relação de temas como casamento e trabalho doméstico, divisão social e sexual do trabalho, gênero e classe sócia. A articulação da família com as atividades profissionais desenvolvidas por homens e mulheres ficaria a cargo principalmente da Sociologia do trabalho desenvolvida principalmente por sociólogas francesas⁵¹, enquanto o conceito de gênero, e sua articulação com classe, e outras categorias sociais, foram desenvolvidos nos Estados Unidos⁵².

Na antropologia feminista destacam-se Sylvia Yanagisako e Jane Collon (1987) que afirma ser o gênero, assim como o parentesco, para Schneider, é um *“concepto transculturalmente inadequado en Antropología debido a que tiene sus raíces definitorias en concepciones de la biología culturalmente específicas de Occidente”* (Parkin; Stone, 2007, p. 65).

2.8 Os balanços historiográficos e o diálogo com a Antropologia

Nos anos oitenta, a história da família foi marcada pelos primeiros balanços historiográficos elaborados por Michael Anderson, *“Aproximaciones a la historia de la familia occidental 1500-1914* (1980), André Burguière (*et al*) *“História de la familia”* (1986) e Alan Macfarlane, *“Marriage and love in England. Modes of reproduction, 1300-1840”* (1986).

Michael Anderson (1984) elaborou o primeiro balanço historiográfico para a compreensão da temática família, no qual identificou linhas de abordagens que deveriam ser conjuntamente levadas em consideração para o estudo do passado familiar. Diferenciando-as pela tipologia das fontes e dos métodos, classificou em três as abordagens principais: a da demografia, a da

⁵¹ Que reuniu em uma ontologia de textos intitulada *“Le sex du travail”* (1984), as grandes representantes da “divisão sexual do trabalho” na sociologia francesa: Danièle Kergoat, Martine Chaudrom, Françoise Battagliola, e Marre Agnès Barrère-Maurisson. Mais informações sobre os textos de cada uma das autoras em Torres, 2010, p.104-107.

⁵² Anne Phillips (1992); Lober e Farrel (1991); West e Zimmerman (1991); Blumberg (1991).

economia doméstica, e a dos sentimentos. A primeira abordagem, como já citada no item anterior, constituída de uma base empírica (registros paroquiais e listas nominativas) “*permitiu que as principais questões levantadas dissessem respeito ao estudo demográfico do agrupamento doméstico*” (Faria, 1997, p.355), dando origem aos primeiros estudos de família, e sugerindo uma variedade de temas para os historiadores sociais, que passaram a desenvolver temáticas sobre passado das famílias.

Desde los años innovadores de 1960, la demografía histórica ha ido profundizando nuestro concepto de pasado. Gracias a la documentación generada pela nueva burocracia civil de la monarquía absoluta [...], y por la Iglesia [...], se ha inaugurado una nueva etapa en la historiografía de la gente común [...] han proporcionado una visión bastante viva e íntima del hogar no sólo de la élite sino de campesinos y de obreros (Casey, 2014 *apud* Chacón, 2014, p.14, prólogo).

Os questionamentos que partiram dos dados demográficos, como idades elevadas para o casamento, baixa taxa de natalidade, número reduzido dos membros da unidade familiar, instigaram pesquisas sobre temas relacionados ao que Anderson denominou de “abordagem da economia doméstica”. Os estudos característicos dessa segunda abordagem, metodologicamente de caráter comparativo, influenciados pela sociologia e antropologia social, e pela ampliação da tipologia das fontes⁵³, tratavam de fazer uma leitura da relação da família, enquanto unidade produtiva e de consumo (*households*), com o sistema econômico predominante em regiões e épocas específicas. Nesta perspectiva, a análise do comportamento familiar é feito a partir dos recursos materiais e humanos que detém os grupos familiares, como mão-de-obra e patrimônio, considerando aspectos como vinculação ao mercado, ou interferência estatal nas atividades econômicas da unidade doméstica, ou ainda, as ofertas de serviços de assistência social. Segundo Anderson, a combinação dessas variáveis determina a estrutura, e a função dos membros da unidade familiar, ou seja, o modelo de família, do mais simples ao mais complexo. A terceira vertente classificada por Anderson, denominada “abordagem dos sentimentos”, se caracteriza, segundo o autor, pela preocupação de dar significado aos sentimentos que envolveram as relações

⁵³ Além dos registros paroquiais, censos e listas nominativas, também utilizaram como inventários *post-mortem*, testamentos, contratos pré-nupciais e de dotes e leis civis.

familiares, e as transformações pelas quais passaram as mesmas ao longo do tempo. Temas como amor, infância, e sexualidade, entre outros, são abordados a partir de fontes como relatos, diários, textos literários, pinturas, objetos pessoais, em um enfoque mais descritivo, sem desprezar totalmente os dados mensuráveis aportados pela demografia (Faria, 1997).

Embora a demografia histórica tenha fomentado estudos a partir de bases empíricas, com séries numéricas e não com sentimentos (Linz, 2011), alguns autores como Flandrin e Shorter consideraram aspectos mensuráveis, e utilizaram fontes quantitativas, como as demográficas e as econômicas, conjuntamente com as de fontes qualitativas, em busca de uma análise de contextualização mais ampla do documento (Faria, 1997). Mas foi, sem dúvida, o diálogo com a antropologia que instigou um movimento de diversificação das fontes, com o intuito de uma análise de uma história da família mais voltada para os aspectos socioculturais, em uma perspectiva comparada.

O antropólogo social Joan Bestard, no clássico artigo “*La historia de la familia en el contexto de las ciencias sociales*” (1980), chamava a atenção para alguns temas conflitivos da família enquanto objeto de análise das ciências sociais, como a necessidade da “disciplinariedade”, a periodização, o mito sociológico da família extensa, e a polêmica da família troncal. De acordo com Bestard, com a compartimentação feita pelas disciplinas (Demografia, Antropologia, História e Sociologia), em um espaço estanque de estratégias específicas de cada uma delas, o objeto família perdia consistência como campo de referência comum a todas, gerando uma “ilusão interdisciplinária” que não correspondia à realidade. Apontava já naquele momento a periodização como um ponto de conflito entre a antropólogos e historiadores. Para os primeiros, as relações de parentesco “*como vehículo de poder político, económico y social*”, e conseqüentemente, o matrimônio como estratégia de reprodução social, ainda era vigente nas sociedades rurais contemporâneas, enquanto para os segundos, o parentesco perdera o poder de influência no tecido social com a constituição da família moderna urbana a partir do século XVIII.

Muito importante também foram suas críticas ao fato de o historiador Peter Laslett, com objetivo de desmistificar domínio do modelo de família extensa de Frédéric Le Play, reduzir a estrutura do grupo doméstico à

composição de um grupo de residência. Bestard afirmava que, ao concederem à residência o *status* de variável principal para a classificação do modelo de estrutura familiar, os historiadores incorrem no paradoxo de não considerarem o tempo no processo de evolução histórica da família. Isso porque, os censos populacionais, suas principais fontes, forjam uma imagem estática do modelo de família, desconsiderando tempo (fases de ciclo de desenvolvimento da família extensa) e o espaço (diferentes regiões) de acomodação deste modelo. Para os antropólogos, “*es imposible mantener una separación estricta entre la estructura del grupo doméstico y el sistema de parentesco*” (Berstard, 1980, p.159).

A consolidação da temática família no campo da História Social está diretamente ligada à publicação em 1986 de “*La Historia de la Familia*”, primeira obra geral sobre o tema, organizada por André Burguière, Christiane Klapisch Zuber, Martine Segalen, e Francoise Zonabend. A obra está composta por dois volumes, “*Mundos lejanos, mundos antiguos*” e “*El impacto de la modernidad*”. O primeiro, dedicado a aspectos da família dos povos da Antiguidade Oriental, Antiguidade Clássica, Europa medieval, e aos denominados povos “lejanos” da China, Japão, Índia e Mundo Árabe. O segundo realiza uma leitura dos efeitos da modernidade sobre a família europeia e seus reflexos em “outros mundos” (América, Ásia e África), analisa ainda os impactos da industrialização e urbanização na família ocidental, com apresentação de alguns estudos de caso, como a família proletária, a francesa, a americana e a socialista. O feito reunir diferentes autores da temática família, das diferentes áreas das ciências sociais, e contemplar uma análise cronológica e geográfica para além das fronteiras da Europa Ocidental, fez de “*La Historia de la Familia*” uma obra clássica e de referência obrigatória na historiografia da família .

A família com temática da História Social e Cultural também foi contemplada em outra clássica obra da historiografia francesa, a “*Historia da vida Privada*”, produzida entre 1985 e 1987, sob a coordenação e organização de Philippe Ariès e Georges Duby. Três dos cinco volumes que constituem a obra trazem estudos específicos sobre a família francesa. No terceiro volume, “*A comunidade, o Estado e a família*” por vários autores; no quarto volume, “*Os atores*” (as famílias) por Michel Perrot e Anna Martin-Fugier; e no quinto

volume, dois itens, “*A família e o indivíduo*” por Antoine Prost, e “*Segredos de família*” por G. Vicent. Por inspiração, obras similares foram produzidas em outros países que seguiam a tradição historiográfica francesa⁵⁴.

2.9 A Sociologia contemporânea de Pierre Bourdieu: a família e as estratégias de reprodução social

Nos anos noventa, Bourdieu apresentou conceitos fundamentais para a reflexão sobre a família em “*Razões práticas. Sobre a teoria da ação*” (1994, reeditado em 1997), “Estratégias de reprodução e modos de dominação” (1994) e “*A dominação masculina*” (1998). Na primeira obra a temática é especificamente apresentada em um anexo intitulado “*O espírito da família*” no qual Bourdieu afirma que a definição normal de família conforme pretendida pelo direito ou pela antropologia⁵⁵ é uma construção simbólica a partir das representações de um discurso sobre a mesma, inculcado por processo de socializações levados a cabo pelo Estado, pela Igreja e pela própria família, a cada um de seus membros, construção esta, formadora do que ele denominou de *habitus*:

[...] una estructura mental que, habiendo sido inculcada a todos los cerebros socializados de cierta manera, es a la vez individual y colectiva; es una ley tácita (*nomos*) de la percepción y de la práctica que está en el fundamento del consenso acerca del sentido del mundo social (y del término familia en particular), en los fundamentos del *sentido común*. (Bourdieu, 1997, p.136).

De acordo com Bourdieu, a família como categoria mental, subjetiva, constitui-se através de suas representações e ações, a família social objetiva, cumprindo um ciclo de reprodução da ordem social. É o equilíbrio entre as categorias subjetivas e objetivas que concedem o caráter natural e universal à família, camuflando o aspecto de construção arbitrária que de fato a constitui.

⁵⁴ “*História da vida privada no Brasil*”, quatro volumes dirigidos por Fernando Novais (1997-1998); “*Historia de la vida privada en la Argentina*”, três volumes dirigidos por Fernando Devoto e Marta Madero (1999-2001); “*Historia de la vida cotidiana en México*”, dirigido por Pilar Gonzalbo Aizpuru (2004-2006); “*Historia de la vida privada en Chile*”, três volumes, dirigida por Rafael Sagredo e Cristián Gazmuri (2005-2013); e “*História da Vida Privada em Portugal*”, composta de quatro volumes, dirigida pelo medievalista José Matoso, e publicada em 2011.

⁵⁵ Como um conjunto de indivíduos ligados por aliança, filiação ou adoção, vivendo abaixo do mesmo teto (coabitação).

En efecto, la familia es el producto de un verdadero *trabajo de institución*, a la vez ritual y técnico, con vistas a instituir en forma duradera, en cada uno de los miembros de la unidad instituida, sentimientos adecuados para asegurar la *integración*, que es la condición de la existencia y de la persistencia de esta unidad. (Bourdieu, 1997, p.136).

O esforço pela integração e manutenção da unidade, segundo Bourdieu, dá a família um caráter do que ele definiu como “*corpo social*”, constituído de um sentimento familiar (espírito de família) que une seus membros em um “campo” de relações de coesão física, social, econômica e simbólica. Esse campo está inserido em um “espaço social” constituído por três princípios básicos: “o volume de capital, a estrutura do capital e a evolução histórica”, que se constituem nos fatores que determinam as diferenças sociais. O volume de capital é formado pelos recursos e poderes utilizáveis e se constitui em quatro tipos de capitais: capital econômico, capital cultural, capital social e capital simbólico. Sendo os dois primeiros hierarquicamente mais importantes para a formação da base de estruturação do espaço social, e os dois últimos como agentes de rentabilidade adicional aos primeiros. A estrutura patrimonial é a forma como o capital global é dividido entre os diferentes tipos de capital. (Gutierrez, 2011, p.18). A compreensão destes três princípios fundamentais para o entendimento do conceito do “sistema de estratégias de reprodução social” elaborado por Bourdieu⁵⁶, utilizado para explicar perpetuação da ordem social.

Es necesario conocer, en primero lugar, la estructura y la historia de la relación de fuerzas entre los diferentes agentes y sus estrategias [...] y conocer también el volumen y la estructura del capital que ellas tienen para transmitir, y por tanto la posición de cada una en la estructura de las diferentes formas de capital (Bourdieu, 2011, p.49).

Bourdieu coincide com os filósofos clássicos na concordância de que o mundo social possui a tendência de se preservar (*conatus*) que se sustenta sob a base da relação de princípios de construção e reconstrução de suas estrutura objetivas e subjetivas, e as estratégias de reprodução, e “*en la relación entre estos dos principios se definen los diferentes modos de reproducción, en*

⁵⁶ Elaborado inicialmente a partir da análise da “lógica de intercâmbios matrimoniais e práticas sucessórias” das sociedades de Kabila (Argélia) e de Béarn (França), na década de sessenta, e posteriormente difundido, principalmente pelo artigo “Estratégias de reprodução e modos de dominação” de 1994.

especial las estrategias de reproducción que los caracterizan” (2011, p.31). Essa reprodução não ocorre de maneira intencional e racional, mas por meio de *“disposiciones de habitus que tende a reproducir espontaneamente las condiciones de su propia producción”* (p.37).

Apesar de serem interdependentes e de mesclarem-se, as estratégias de reprodução social guardam diferenças suficientes para serem distinguidas, pelo sociólogo francês, em quatro principais grupos: estratégias de investimento biológico, estratégias de investimento econômico, estratégias investimento social e estratégias de investimento simbólico. Cada grupo de estratégias possui internamente estratégias mais restritas, que se complementam entre si, e atendem a objetivos específicos de acordo com os tipos de capitais envolvidos⁵⁷.

Embora a reprodução social também se efetive por outros campos sociais como o Estado, a igreja e a escola, a família foi o ponto de partida para a elaboração desse conceito e é considerada pelo autor a chave de todo o processo de perpetuação social, por se constituir no próprio sujeito das estratégias de reprodução.

Es cierto que la familia y las estrategias de reproducción son socias en este juego: sin familia, no habría estrategias de reproducción; sin estrategias de reproducción, no habría familia. [...] Para que las estrategias de reproducción sean posibles es necesario que la familia exista, lo cual no va de suyo, además de que esas estrategias constituyen un requisito para la perpetuación de la familia, esa creación continua. La familia, en la forma peculiar que reviste en cada sociedad, es una ficción social (a menudo convertida en ficción jurídica) que se instituye duraderamente en cada uno de los miembros de la unidad

⁵⁷ Dentre as principais estratégias de investimento biológico estão as estratégias de fecundação e as estratégias profiláticas. As estratégias de fecundação têm o objetivo de controlar o número de filhos, de maneira direta (técnica de limitação de filhos) ou indireta (matrimônio tardio ou celibato), com o objetivo, a longo prazo, de proteger o patrimônio material (capital econômico) e simbólico (capital simbólico) de um grupo familiar. As estratégias profiláticas têm o objetivo de assegurar o patrimônio biológico (capital corporal) através da manutenção da saúde de uma linhagem ou grupo familiar. No grupo das estratégias econômicas, que visam a perpetuação e o aumento do capital em suas diferentes formas, estão as estratégias matrimoniais e as estratégias sucessórias. As matrimoniais tendem a assegurar a reprodução biológica de um grupo sem ameaçar sua reprodução social através de casamentos desiguais, e as sucessórias garantem a transmissão do patrimônio material. Ambas estão relacionadas também ao grupo das estratégias de investimento social, uma vez que o matrimônio se constitua em uma aliança entre grupos socialmente equivalentes e a sucessão mantenha o grupo assegurado enquanto detentor de um patrimônio (desta forma estão envolvidos os ganhos e manutenção de capital econômico e capital social). Outras estratégias de caráter tanto econômico quanto social, são as educacionais, que podem significar aumento de capital econômico, monetário, cultural. As estratégias do grupo de investimento simbólico estão relacionadas à conservação e o aumento do capital de reconhecimento (através de um sobrenome ou do pertencimento a um determinado grupo social ou familiar).

instituida (especialmente por el casamiento como rito de institución) sentimientos adecuados para asegurar la integración de esta unidad y la creencia en el valor de esta unidad y de su integración. [...] El “sujeto” de la mayor parte de las estrategias de reproducción es la familia, que actúa como una suerte de sujeto colectivo y no como simple conjunto de individuos. (Bourdieu, (1972) 2011, p. 48 e 49).

A principal estratégia de reprodução da família é sem dúvida a “estratégia matrimonial” preconizada por Bourdieu (1972), ideia que antecedia os estudos de Alain Girard (1964) que já destacavam a permanência, em épocas modernas, do peso dos interesses e das determinações familiares na eleição do cônjuge, diluídas em formas invisíveis e até mesmo ocultas de controle social, que na prática, que segundo Girard, produzia uma homogamia social. Associado ao conceito de estratégia matrimonial está o conceito de “*mercado matrimonial*” definido por de A. Desrosières (1978). Combinadas, essas concepções conceituais, principalmente entre as classes sociais em que a questão patrimonial é central no processo de reprodução social, como a dos proprietários e camponeses, consideram que o casamento funciona como um “*mercado no qual se trocam e negociam bens e capitais com o objetivo de reproduzir e ampliar o patrimônio, buscando os cônjuges mais do que afinidades, verdadeiras alianças*” (Torres, 2010, p. 132). A principal crítica desta teoria, denominada “crítica a homogamia social”, vem da própria sociologia francesa, elaborada por François de Singly (1987), que a considera muito determinista, por não levar em conta as dimensões afetivas e amorosas que também compõe os elementos da estratégia matrimonial. O suíço Jean Kellerhals, também corrobora a ideia de tomar em conta não apenas as dinâmicas do condicionamento social, como também as afetivas no processo de eleição do cônjuge.

A princípio dos anos noventa Haraven (1991) fez uma avaliação do transcurso dos estudos de história da família, e das mudanças de abordagens, passados vinte e cinco anos do pioneiro trabalho de Ariès, que a elevou definitivamente ao status de disciplina independente, e constatou:

Estos han dejado de entenderse como la observación de una unidad estática en un instante determinado para convertirse en el examen de un proceso que se desarrolla a lo largo de la vida de sus miembros; se ha dejado de estudiar las estructuras domésticas discretas y se ha comenzado la investigación de la relación de la familia nuclear con ese grupo familiar más amplio, compuesto por los parientes; y por

último, se ha pasado del estudio de la familia como unidad doméstica separada, al examen de la interacción de la familia con los mundos de la religión, la educación, las instituciones penales y beneficencia... y con procesos como la migración, la industrialización y la urbanización (Haraven, 1995, p.102-103).

De fato, após os anos noventa a história da família se encontrava consolidada no campo da História Social, e sua produção já alcançava um vasto campo de diversidade cronológica e geográfica, como evidenciado na clássica *“Historia de la familia”*, de Burguière *et alli*, em 1986. Segundo Haraven, a família havia passado, nessas duas décadas e meia, de unidade estática a um agente ativo, que não apenas fazia parte da dinâmica social, como a transformava, deitando por terra estereótipo de passividade que imperava sobre esta instituição (Haraven, 1995).

O revisionismo das últimas décadas do século XX derrubaram o mito do patriarcalismo, e o mito da crise ou ameaça de desintegração da família devido aos movimentos migratórios, ou/e principalmente, devido às transformações econômicas e sociais trazidas pela industrialização, abrindo caminho para novas perspectivas de espaços e tempos diversos.

2.10 O estudo da família na atualidade e as possibilidades futuras

Os estudos sobre família entraram o século XXI com algumas características teórico-metodológicas bem consolidadas, como a perspectiva interdisciplinar, principalmente entre as áreas História, Demografia, Antropologia e Sociologia; a Demografia cada vez mais contextualizada em relação ao social, político e cultural; a necessária redução de escala de abordagem; a comparação como modelo metodológico, e a “constante e contínua” necessidade elaborar críticas, revisões e releituras das mais tradicionais e diversas fontes, para possibilitar a formulação de novas perguntas (Chacón, 2014).

Em *“conversacionais sobre sociedade y familia en el tiempo y en el espacio”* (Chacón, 2014) os historiadores Francisco Chacón, Ricardo Cichercia e Pablo Rodriguez, e o antropólogo Joan Bestard apresentam os principais fatores que caracterizam atualmente o estudo do objeto sobre família. Os especialistas apontam para a utilização das diversas fontes, *“literárias,*

etnográficas e históricas”, e para a integração das tradicionais fontes de arquivos civis e religiosos, às novas apropriações, “*como autobiografías, fotografías, museos de ropas y objetos personales*” e “*genealogías orais*”. Destacam ainda a necessidade do retorno às fontes demográficas para o estudo das “*dimensiones estructurais de los procesos sociales*”. (Chacón, 2014, p. 29-31).

Es decir, nos encontramos, actualmente, ante una historia de la familia mucho más social que demográfica y económica como fue en los primeros momentos (finales de los setenta), pero que no puede cometer el error de dejar de considerar, eso sí, en su exacto lugar, los factores contextuales demográficos, políticos, culturales o simbólicos; se trata, por tanto, de articular lo estadístico con el social. Un importante objetivo que se constituye sobre, y a partir, de la experiencia acumulada (Chacón, 2014, p.21)

Quanto às hipóteses e aos objetivos planteados no estudo da família, os historiadores Chacon, Cicerchia e Rodriguez apresentam as “*relaciones sociales, dominación, desigualdades, cambio y movilidad social o permanência y continuidad*”, também a “*dimensión cultural del análisis de las formas familiares*”, “*definir la familia como un sistema cultural*”, “*los grandes câmbios que esta vivió a lo largo de los tempos*”, e o antropólogo Bestard acrescenta, ainda, as hipóteses “*que tienen que ver con las preguntas que la sociedad tiene planteadas en cada momento histórico*” (Chacón, 2014, p. 32-34).

Em relação aos objetos de investigação, o professor Ricardo Cicerchia identifica diferentes correntes que se dedicam aos estudos de comportamento das elites, entre o mundo doméstico e o poder; estudos sobre demografia histórica (migrações, casamentos, fertilidade, estrutura das unidades domésticas, etc), relação estado-família e seus aspectos jurídico-legislativos (como a heranças); práticas de formação e organização das famílias (endogamia e exogamia); e ainda, estudos sobre redes internas, relações de gênero. São inúmeras as possibilidades de investigações sobre o objeto família.

Podríamos afirmar que hay tantos objetos como perspectivas, facetas o miradas ofrecen las familias en sus análisis temporales y en sus múltiples interacciones y relaciones sociales. Dichos objetos a la vez que se integran en la familia se proyectan hacia el exterior ofreciendo el análisis social imprescindible del conjunto de la sociedad y

haciendo posible que toda historia de la familia sea siempre, y se convierta, en una historia de la sociedad. (Chacón 2014, p.34)

Las familias es un objeto historiográfico único y excepcional en tanto que permite reunir el conjunto de miradas y proyecciones básicas procedentes de la sociedad, y a la vez integra al individuo en su contexto biológico y sociocultural, lo que supone una explicación del conjunto de la organización social (Chacon; Bestard, 2011, p.20-Introducción)

El paso de la familia biológica y de la familia como unidad de consumo, trabajo y reproducción a la familia relacional ha abierto en los últimos años nuevas perspectivas de investigación. La familia se ha convertido en una extraordinaria vía para comprensión de los sistemas de reproducción social, de tal modo que en la actualidad se está poniendo el acento en algunos de los conceptos claves para ello, como los de estrategia, red, trayectoria, movilidad y diferenciación social (García González In: Chacón e Bestard (dirs.) 2011, p. 160).

A Antropologia Social, segundo Bestard, constituiu-se em campo privilegiado de reflexão, para além do estruturalismo e do funcionalismo, e somado à perspectiva histórica, também de superação da dicotomia tradição e modernidade. Como antropólogos que “*cambiaron definitivamente la manera como narrar la historia de la familia en Europa*” nos últimos anos, Bestard destaca Jack Goody, Alan Macfarlan e e Martine Segalen (Chacón, 2014, p.36).

Quanto à produção, após a década de setenta, tanto a Antropologia Geral quanto a do Parentesco foram influenciadas pela linha teórica do marxismo e do feminismo, e ainda mais recentemente pelos os estudos da chamada Antropologia Simbólica. “*Amortizados os ecos da revolução schneideriana*”, nos finais do século XX e inícios do XXI, os estudos do parentesco voltaram a se destacar com a publicação de Ladisla Holy (1996), Robert Parkin (1997), Linda Stone (2000), e dos clássicos autores Jack Goody (1990), Harold W. Scheffler (2001) e Maurice Godelier (2004). (Aranzadi, 2003, p.45). Bestard afirma que ultimamente apareceram novos interrogantes no horizonte, com o objetivo de “*integrar el parentesco em su dimensión social; analizar y explicar los vínculos que ponen en relación a los individuos o situar las familias em la red social de solidariedade, relaciones de dependencia y ciclo de vida*” (Chacon; Bestard, 2011, p.243).

Após a reedição de P. Berger e H. Kellnes⁵⁸ (1964, 1975) os sociólogos dos anos oitenta e noventa retomariam a temática sobre a relação entre casamento e identidade pessoal, influenciando vários autores que também problematizaram a identidade e a conjugalidade como uma característica própria da modernidade, que levaria o primado do indivíduo sobre a família. A inglesa Janet Askhan (1984)⁵⁹, para além dos autores estadunidenses, trabalhava com uma perspectiva interacionista do casamento, destacando também a importância dele para estabilidade dos indivíduos; O francês Jean Claude Kaufmana (1988, 1992, 1993, 1997)⁶⁰ utilizando-se de dados qualitativos (entrevistas) trabalhou com a mesma temática analisando as dificuldades cotidianas como a divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres.

Além da diversidade de fontes e objetos, a perspectiva interdisciplinar é uma das características mais marcantes no estudo do objeto família. Esse diálogo entre as diferentes áreas, tem sido mais direcionado com mais propriedade desde o campo da história. O historiador Philippe Ariès (2002, p. 128 apud Vera, 2008, p.78) considera que a perspectiva histórica que envolve o debate interdisciplinar sobre o tema família nas ciências sociais, se deve ao movimento de renovação historiográfica impulsionado pelos Annales, e o intercâmbio entre os historiadores e outros cientistas sociais propiciados por aquele movimento.

La historia de la familia ha sido un campo muy rico para desarrollar la interdisciplinaridad. Historiadores, demógrafos, antropólogos e sociólogos encontraron en la familia y sus historias un rico campo para intercambiar perspectivas teóricas disciplinares (Bestard, 2014, In Chacón 2014, p.36).

No entanto, é bom ressaltar que mesmo antes do movimento francês fazer escola, a Demografia já fornecia as bases primeiras para o desenvolvimento da história da família. Embora Demografia e a História da Família tenham objetos e objetivos próprios, é extensa a área de intercessão entre ambas, e a segunda, inegavelmente teve suas origens estruturadas a

⁵⁸ *“Marriage and the construction of reality”* (1964, 1975).

⁵⁹ *“Identity and Stability in Marriage”* Londres, Cambridge University Press

⁶⁰ “La chaleur du foyer. Analyse du repli domestique” (1988); “La Trame conjugale. Analyse du couple par son ling”(1992); “ Sociologie du couple”(1993), “Le coeur à l’ouvrage. Théorie de l’action ménagère”(1997).

partir dos resultados da primeira (Faria, 1997). David Reher ressalta que *“desde sus comienzos, la demografía histórica y la historia de la familia han sido campos complementarios y su influencia mutua ha sido considerable”* (Reher, 1996, p.18). Robert Rowand (2011) também reforça a necessidade de se tentar articular os campos de investigação e reflexão da história da família (já influenciada pela antropologia), da demografia e da demografia histórica, porém reconhece que *“la articulación entre esta disciplinas y sus respectivos campos de investigación no ha sido fácil”* (p.605).

Martine Segalen (2000) destaca a perspectiva interdisciplinar do objeto família entre a História e a Sociologia, relatando que os historiadores redescobriram durante os anos setenta as obras clássicas dos sociólogos, aproximando-se desses ao problematizarem sobre as estruturas familiares. E por outro lado, a autora ressalta que *“desde hace unos diez años, los sociólogos han redescubierto los datos históricos, mas necesarios que nunca para comprender los comportamientos contemporâneos”* (2000, prefácio), confirmando, portanto, que o encontro entre a Sociologia e a História deveu-se também ao fato de os sociólogos deixarem de se interessar exclusivamente pela estrutura social e passarem também a se interessar pelas transformações das estruturas familiares e principalmente pelo contexto histórico nas quais as mesmas ocorriam.

Para Segalen, a Sociologia beneficiou-se da História, em primeiro lugar, quando a História permitiu uma reavaliação ou até mesmo desmistificação dos discursos sociológicos de crise da família contemporânea, ao desconstruir, a partir do conhecimento do passado, os estereótipos de virtude e harmonia continuamente atribuídos à instituição. Em segundo lugar, os historiadores contribuíram com as análises sociológicas quando relativizaram a relação entre as estruturas da organização familiar e as transformações sociais, técnicas e econômicas, demonstrando a existência de uma diversidade de possibilidades de contextos socioeconômicos e situações familiares. Com essa relativização, os historiadores sugerem a existência de diferentes tipos de organizações familiares no tempo e no espaço, o que segundo a autora, os aproximam também da perspectiva do antropólogo (Segalen, 2000).

Sobre a relação dessas três disciplinas, em torno do objeto família, a socióloga francesa conclui seu pensamento com as seguintes palavras:

Reencontrando la Antropología, la Historia y la Sociología aprenden a reconsiderar nuestros conocimientos y nuestras teorías sobre la familia, descubren que el hecho familiar es universal, pero con arreglos muy diversos según las sociedades. Entre las sociedades tradicionalmente estudiadas por los antropólogos y las sociedades contemporáneas existe una diferencia de grado, si no de naturaleza: en las primeras, el parentesco proporciona lo esencial de las categorías sociales, el marco de las relaciones de producción, de consumo, de poder, etc.; en las segundas, el parentesco tiene la concurrencia de otras instituciones sociales, y sobre todo del lugar que ocupa el Estado.

La organización familiar contemporánea es sólo uno de los arreglos posibles en el universo de las culturas. Si la Historia nos permite resituar la familia en el transcurrir del tiempo, la antropología la relativiza en relación a otros tipos de cultura (Segalen, 2000, p. 21-22).

Neste cenário de intercâmbios, a História da Família recebeu como influência da Antropologia o viés cultural de interpretação das fontes, portanto “la etnografía y la antropología han enseñado a considerar las familias como una construcción cultural y como la unidad elemental de la función social” (Chacón, 2011, p. 336).

Nos últimos anos, em relação a Europa e América Latina, os estudos sobre a família ganharam maior visibilidade e volume de produção a partir de dois Seminários que promoveram a integração de pesquisadores da temática e a divulgação de suas pesquisas a um público de língua inglesa, espanhola e portuguesa. O primeiro deles é o Seminário “Familia y Élités de Poder”, da Universidade de Murcia, que contou com edições consecutivas desde 2002, acompanhadas de publicações específicas. E o segundo, o Seminário Internacional de Estudos sobre Família (REFMUR), fundado pelo em 2010, também por iniciativa da Universidade de Murcia e apoiada pela Fundação Séneca que contou, na época de sua organização, com a participação de dezesseis outras instituições acadêmicas, entre elas, a Universidade de Londres e a Universidade de Barcelona, além de várias universidades latino-americanas. Este seminário conta com quatro edições internacionais, duas na Espanha (Murcia, 2011 e Barcelona, 2016) e duas na América Latina (São Paulo, 2013 e Cartagena 2018), nos foram apresentadas pesquisas desenvolvidas sobre uma variada temática como em sua última versão: demografia, migrações e redes; família e cuidado; legislações e políticas

públicas; história das famílias; novos discursos antropológicos e tecnologias de reprodução; infância e juventude, e gênero e identidades.

Esses são dois exemplos de como a diversidade e integração de pesquisadores de vários países e das várias disciplinas das ciências sociais, estão dando o tom e o ritmo dos estudos sobre objeto família na atualidade.

A partir do que foi exposto ao longo deste capítulo pode-se perceber a relevância do estudo da família para a compreensão da sociedade. As inúmeras leituras sobre diferentes perspectivas teóricas apresentadas a cerca da família, evidenciam a importância do papel desempenhado por ela e por seus membros, para o equilíbrio e funcionamento da sociedade. Na busca de soluções aos desafios e problemas enfrentados pela sociedade moderna industrial, a família foi a instituição, que embora sentisse diretamente os efeitos das mudanças provocadas pelo sistema de produção industrial, foi apontada pelos principais teóricos da sociedade como a chave para o funcionamento da engrenagem social. Diante de tamanha importância, a família passou a ser um dos alvos principais, juntamente com a propriedade, dos processos de codificação civil levado a cabo pelos Estados modernos ao longo do século XIX.

Estudar a sociedade a partir do grupo domésticos, do passado e presente, conceituando, classificando e comparado realidade diferentes, possibilitou um diálogo interdisciplinar que deu vazão à diferentes olhares sobre a família enquanto objeto de estudo das ciências sociais. Na sequência, apresentarem as principais abordagens que despertaram os interesses dos estudiosos da família na Espanha e no Brasil, e a contribuição desses estudos para a caracterização e conhecimento dos sistemas familiares que compuseram a estrutura social dos dois países.

O ESTADO DA QUESTÃO: ESTUDOS SOBRE A FAMÍLIA NA ESPANHA E NO BRASIL

*La familia...
su presencia es ubicua en la literatura española,
en la sociedad española, en su historia y en su vida.*

David S. Reher

3.1 O estudo da família na Espanha

As palavras de David Reher revelam o caráter onipresente da família na vida dos espanhóis, e dimensionam a sua importância para a compreensão da sociedade espanhola em todos os seus aspectos. Considerada a instituição mais bem avaliada, confiável e aceita pelos espanhóis, a família segue sendo, de acordo com pesquisas, o tema que desperta maior interesse da sociedade espanhola, e também o que gera as suas principais preocupações (Chacón; Bestard, 2011). Podendo ser considerada a chave do processo de reprodução social e econômica, a família se constituiu, por excelência, em um importante objeto de interesse das autoridades políticas e eclesiásticas, e por vezes se converteu em um campo de batalha entre o Estado e a Igreja em vários momentos da história da Espanha (Reher, 1996).

3.1.1 Do “abandono” ou “isolamento” historiográfico aos primeiros estudos

O estudo da família como objeto de investigação social na Espanha se verificou com muitas décadas de atraso em relação às pesquisas realizadas em outros da Europa. A tradição biográfica e genealógica, caracterizada por histórias locais de famílias dirigentes com passado glorioso, foi a principal marca da historiografia espanhola sobre família até a metade do século XX. Francisco Chácon (2005) afirma que a temática família na Espanha passou por um período de “abandono historiográfico”, e apresenta duas explicações para este fato. A primeira se refere à diversidade jurídica dos diversos reinos espanhóis que dificultou e retardou a elaboração de um código civil que

unificasse para todo território nacional a concepção de família, o que veio a ocorrer apenas em 1889. A segunda explicação seria o fato de que a família esteve ausente dos objetivos das correntes internacionais da historiografia dominante no século XIX e princípios do XX (*materialismo histórico, Sociologia, História e positivismo*), o que significa que “*él interés social, jurídico, político y cultural de la familia no se ha transformado en interés científico por explicar la organización social desde esta institución*” (Chacón, 2005, p.66). O i

As origens do estudo de família na Espanha se remetem às produções referentes ao direito de família como a de Joaquín Costa, “*La libertad de testar y las legítimas*” (1882) e a de Segismundo Moret, “*La familia foral y la familia castellana*” (1929). A temática sobre os dois principais modelos de estrutura familiar características da Espanha, família troncal (foral) e família nuclear (castelhana), e seus respectivos sistemas de transmissão de herança, indivisa (herdeiro único) e igualitária, esteve entre as principais preocupações dos estudiosos de família ao longo de todo o século XX.

Durante o período da ditadura franquista, devido a uma orientação direcionada pelo governo e à censura, a historiografia espanhola seguiu se mantendo ainda mais distante das correntes internacionais. De fato, como afirma Reher (1999), o isolamento, e até mesmo o rechaço às correntes historiográficas vigentes em outros países europeus, retardou o amadurecimento da temática história da família na Espanha, como afirmar Chacón, “en la historiografía, la tradición ha pesado, y mucho, a la hora de aceptar nuevas tendencias” (2002).

Das décadas de cinquenta e sessenta, são destaques os trabalhos de Caro Baroja, com *Linhajes y Bandos* (1956), e “*La hora Navarra del XVIII: personas, familias, negocios e ideas*” (1969), e Salustiano del Campo Urbano, “*La familia española en transición*” (1960). Nos anos sessenta, quando do surgimento dos primeiros grupos de investigação na França e na Grã-Bretanha, a historiografia espanhola matinha-se, ainda, à distância das correntes internacionais, como os *Annales*, e suas produções continuaram sendo marcadas por um caráter patrimonialista da família, imposto pela ditadura e pela igreja. As poucas produções até princípios dos setenta priorizavam matrimônio, reconstrução de famílias e tipologia de lares (Chacón, 2005).

3.1.2 Do “impulso” à consolidação do objeto família como campo específico de investigação das ciências sociais

Apenas no final dos setenta e início dos oitenta, por influência das correntes internacionais (francesas, inglesas e italianas), a historiografia espanhola começa a considerar com mais consciência a importância da família como uma linha de investigação histórica e como instrumento para examinar as estruturas sociais do passado. A partir de então, percebe-se um empenho na organização de programas de pesquisa que buscavam na relação entre a história social e a história a família um caminho para a explicação histórica da sociedade espanhola (Chacón; Bestad, 2011).

O primeiro evento acadêmico que reuniu antropólogos, historiadores e economistas em torno do tema em território espanhol foi o Colóquio *“La familia en el espacio e en el tiempo: el caso de los países del Mediterráneo Occidental”*, organizado por Bernard Vicente⁶¹, em 1978. Os estudos sobre família foram se aprofundando a partir da perspectiva da nova história sócio-cultural, de caráter interdisciplinar, por apresentarem uma estreita relação principalmente com a demografia e antropologia.

Es decir, entre 1978 y 1984 disponemos de un marco empírico y teórico de reflexión que se superpone a la influencia, tanto francesa – en cierto retroceso a partir de mediados de la década de los ochenta – como Cambridge Group, mucho más potente y viva por la fuerte personalidad científica de Peter Laslett y de los propios postulados de algunos de sus miembros; y la antropología social histórica, que tiene en Carmelo Lisón, Joan Bestard, Dolores Comas, Xavier Roigè, Andrés Barrera y Joan Frigolé algunos de sus mejores representantes (Chacón, 1991 In: Chacón, 2014, p.47)

Ainda muito jovem, nos anos oitenta, a temática família na Espanha carecida de base teórica e conceitual, o que justificava a transposição de pesquisas realizadas na França, Inglaterra e Itália, ao contexto espanhol (Reher, 1999). Chacón (2002) divide o estudo sobre família na Espanha nesta década, em duas etapas. A primeira etapa denominada de *“impulso”*, compreendida entre 1982 a 1984, considerada *“un paso adelante muy significativo”*, caracterizada por diferentes fases de evolução que converteram a família em um objeto autônomo das ciências sociais, independente da

⁶¹ École des Hautes Études en Sciences Sociales.

demografia histórica, sem prescindir das variáveis demográficas, que passaram a ser explicadas em um contexto sócio, político e econômico. A segunda etapa é caracterizada por um período de revisão da historiografia internacional, a partir das críticas ao Grupo de Cambridge, e publicação de importantes obras como a de Peter Laslett, (1983) e Jack Good (1983), e inúmeras obras de diferentes perspectivas de estudos sobre família, como a de Martine Segalen (1981), e outros⁶².

O início da década de oitenta também foi marcado pela realização dos primeiros seminários sobre a temática. Entre os anos de 1982 e 1985 ocorreram sob a direção do professor Robert Rowland, na Fundação Gulbenkian de Oeiras (Portugal), sob influência das publicações do Grupo de Cambridge (1978) uma série seminários sobre “Sociologia Histórica Comparada”, “Organização Social e Reprodução”, e “Formas Familiares e Padrões Demográficos no Mediterrâneo Ocidental”, que significou um avanço nas discussões sobre o tema na Península Ibérica.

No ano acadêmico de 1982-83, foi criado sob a coordenação pelo professor Francisco Chacón Jiménez⁶³ o Seminário “*Família y élite de poder en el Reino de Murcia (ss. XV-XIX)*”, que tornou-se referência para o tema família na Espanha, ocorrendo anualmente há 35 anos. Com o objetivo de investigar a importância das relações familiares como indicador das mudanças sociais foi responsável desde a sua criação, por uma vastíssima produção de caráter multidisciplinar, assinada por especialistas de família nas áreas da História, Antropologia, Sociologia, Filosofia e Direito, com uma abrangência espacial que comporta além da Espanha, também toda a Europa Mediterrânica e a América Latina.

⁶² Laslett, P. Family forms in historic Europe; Delille, G. Le modèle familial Européen. Normes, déviances, controle du pouvoir; Segalen, M. Antropologia historica de la familia.

⁶³ Francisco Chacón Jiménez, catedrático de História Moderna, professor da Universidade de Murcia. Investigador nas linhas de pesquisa: História da Família, Família e Sociedade, Mobilidade Social e Organização Social, Família e Transmissão de Propriedade. Criador e diretor do *Seminario Permanente de Familia y Élite de Poder, Siglos XV-XIX*, fundado no ano letivo de 1982-83. Diretor de projetos de investigação sobre temáticas de história da família desde 1990, como o programa Afla da União Europeia (1997-98), “*Mestizo: Familia y Cambio Social*”. Criador e diretor de uma série de coleções de livros relacionados à temática, dentre as principais estão o a coleções “*Mestizo*” e a “*Familia, elite de poder, história social*”. Fundador da *Rede de Estudos de Familia Murcia (REFMUR)*. Sua trajetória de docência, investigação, fundação e direção de projetos e seminários, e de autoria de uma volumosa bibliografia o torna, sem dúvida, o maior representante da história da família na Espanha na atualidade, com reconhecimento internacional.

Los intereses principales de este equipo han girado en torno a los grupos sociales, así como a las relaciones sociales y familiares que tejen en su seno. Parentesco, linaje, sangre, familia, de un lado; dominación, desigualdad, patronazgo, clientelismo, de otro. Conceptos que se utilizan para medir los procesos de reproducción, movilidad y cambios sociales (Chácon, 2013).

A criação da *Asociación de Demografía Histórica* (ADEH) em 1982, e de sua revista científica o *Boletín de la ADEH*, em 1983, resultaram em encontros, publicações e formação de grupos de investigação na área de Demografia Histórica na Espanha (Murcia y Palma de Mallorca) e em Portugal (Lisboa). O cruzamento de influências de diversas áreas como a Sociologia, a Demografia, a Economia e principalmente a Antropologia, proporcionou ao estudo da família na Espanha um caráter interdisciplinar.

Los historiadores han aprendido ciertos métodos y preocupaciones analíticas propias de las ciencias sociales, y los antropólogos, economistas, sociólogos y demógrafos han renovado su interés por el pasado. El resultado de este cruce de influencias ha sido muy positivo. Más que cualquier otra disciplina, la antropología ha proporcionado buena parte de lo que sabemos de sistemas tradicionales de vida familiar en España (Reher, 1999, p.14)

Nesse período, a temática família ainda entusiasmava mais aos antropólogos que aos historiadores, sendo, portanto atribuída à antropologia social histórica a responsabilidade pelos primeiros passos do estudo de família na Espanha, que a essa época apresentava um “*componente antropológico con el parentesco y matrimonio como objetivo de análisis*” (Chacón, 2005). Um trabalho referência desse período foi o do antropólogo social Joan Bestard, “*La historia de la familia en el contexto de las ciencias sociales*” (1980), que introduz importantes questões de reflexão e crítica sobre os conflitos relativos aos diferentes olhares das diversas disciplinas das ciências sociais para o objeto família.

Influenciada da metodologia do Grupo de Cambridge e pela abundância de fontes documentais nos arquivos espanhóis, o estudo da família na Espanha teve como principais temas a estrutura do lar, e a composição do grupo doméstico.

En España hasta principio de la década de los años ochenta no comenzaron a desarrollarse los estudios sobre el tamaño, la estructura y la composición de los hogares en el pasado. Aunque con retraso en comparación con el resto de Europa, sería a partir de este momento cuando comenzó a difundirse la metodología y los planteamientos formulados por el Grupo de Cambridge. Desde entonces el estudio de los agregados domésticos se impondría con claridad al método francés de reconstrucción de familias. A la atracción suscitada entre los investigadores por disponer de una sencilla y experimentada metodología hay que añadir la existencia en nuestro país de un abundante número de padrones, libros de cumplimiento pascual y otras listas nominativas de habitantes de extraordinaria calidad (García González In: Chacón e Bestard (dirs.) 2011, p. 159).

Conforme Francisco Garcia González, *“la familia entendida a través del hogar, marcaría la nueva historiografía sobre ella en el pasado, mientras que el interés por el parentesco sería postergado hasta fechas bien recientes”* (2011, P.160).

Também foram representativos desse período os trabalhos dedicados ao matrimônio e a sua relação com a transmissão da herança, como os dos historiadores Vicente Pérez Moreda, *“Matrimonio y familia: algunas consideraciones sobre el modelo matrimonial español en la Edad Moderna”* (1978/1986), Francisco Chacón Jimenez. *“Introducción a la historia de la familia española: el ejemplo de Murcia y Orihuela (siglos XVII-XIX)”*, e David Reher, *“La importancia del análisis dinámico ante el análisis estático el hogar u la familia: algunos ejemplos de la ciudad de Cuenca en el siglo XIX”* (1984), e do sociólogo Robert Rowland⁶⁴, *“Sistemas matrimoniales en la Península Ibérica (siglos XVI-XIX)”* (1983/1988).

Na segunda etapa, compreendida entre 1985 e 1988, o estudo de família na Espanha passou a ser reconhecido como um campo específico de investigação da História Social, dissociado do caráter especificamente demográfico ou biográfico, com suas próprias bases teórico-conceituais, maior complexidade temática e marcado por um olhar antropológico, cultural, regional e interdisciplinar. Representantes dessa fase foram o trabalho dos historiadores Isabel Testón Nuñez, *“Amor, sexo y matrimonio em Extremadura”* (1985) e Isidro Dubert Garcia, *“Los comportamientos de la familia urbana en la Galicia del Antiguo Régimen: el ejemplo de Santiago de Compostela em el siglo*

⁶⁴ Robert Rowland propõe nos anos 80 uma importante mudança no nível de análises das populações, segundo a qual os regimes demográficos devem ser tratados de maneira interdisciplinar.

XVIII” (1987), e dos antropólogos sociais Joan Frigolé, “*Llevarse la novia: estudio comparado ente matrimonios consuetunarios em Murcia y Andalusia*” (1984), Joan Bestard, “*Casa y Familia en Formentera*” (1986) e Xavier Roigé, “*Cicle familiar i transmissió de l a prproetat al Priorati: Els Fablregat*” (1988).

São do ano de 1987, as primeiras publicações do Seminário “Familia y Elites de Poder”, organizadas por Francisco Chacó Jimenez, e “Familia y sociedad en el Mediterráneo Occidental (*siglos XV-XIX*)” e “*La familia en la España mediterránea (siglos XV-XIX)*”, sendo essa a primeira obra global especificamente sobre a família espanhola, e foi assinada pelo hispanista James Casey, Francisco Chacón Jimenez e outros autores espanhóis que se dedicaram a monografias sobre as especificidades do tema nas regiões da Catalunha, Valencia, Murcia, Granada e Maiorca⁶⁵. A obra constituiu-se em um marco inicial para as produções historiográficas sobre a temática no país, dando-lhe visibilidade e consolidando-a enquanto campo de investigação da história social, convertendo-se no “*verdadero punto de arranque e iniciación de los estudios de familia en la historiografía española*” (Chacon; Bestard, 2011, p.16).

Internacionalmente, nos anos oitenta, foram poucos os trabalhos publicados que fizeram referência à família na Espanha. Podem ser destacados o artigo “*Recent Advances in Italian and Iberian Family History*”, dos estadunidenses Carolina Brettell, antropóloga, e David I. Kertzer, antropólogo e historiador, no *Journal of Family History*, em 1987, em um número especialmente dedicado a história da família na Península Ibérica, e o livro “*The History of the Family*” (1989) do historiador irlandês James Casey, que apresentou questões características da família espanhola, como o casamento, o pátrio poder e o sistema de transmissão de herança.

⁶⁵ Casey, J. y otros. *La familia en la España mediterránea (siglos XV-XIX)*. Centre D'Etudis D'Historia Moderna Pierre Vilar, Editorial Critica; Barcelona,1987. Constituido pelos artigos: “La Familia en España: una historia por hacer”, de Chacon Jimenez; “El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: una visión jurídica”, de Enrique Gacto Fernández; e por quatro monografias regionais: “La familia catalana en el Antiguo Régimen”, de Antoni Simon i Tarrés; “Familia y matrimonio en la Valencia Moderna. Apuntes para su estudio”, de Primitivo José Pla Alberola; “Notas para el estudio de la familia en la región de Murcia durante el Antiguo Régimen”, de Francisco Chacón Jiménez; “Casa y familia en la Granada del Antiguo Régimen”, e Bernard Vicent e James Casey; e “La estructura familiar del campesinado de Mallorca, 1824-1827, de Isabel Moll Blanes.

Diante do impulso, amadurecimento e independência teórico-metodológico do objeto família no campo das ciências sociais levado a cabo durante as fases de evolução dos anos oitenta, Francisco Chacón faz uma análise positiva em relação do estudo do tema na Espanha no início da década de 90, e elenca três razões que justificam o clima favorável ao tema.

Nos encontramos, por tanto, con una situación al comienzo de la década de los 90 favorable para avanzar en el proceso de conocimiento de la evolución histórica de España entre los siglos XVI y XIX. Primero porque tenemos definido claramente un objeto y un objetivo científico: familia y reproducción social del sistema respectivamente; segundo, porque es absolutamente imprescindible regionalizar la investigación por el distinto contexto socioeconómico y jurídico de las diferentes áreas territoriales que conforman a partir del siglo XVIII un estado falsamente integrado; y tercero, porque somos conscientes de la especificidad de dicho proceso histórico. (Chacón, 1991, p.84-85).

Paralelas a essas certezas e possibilidades de avanço, Chacón chamava a atenção para alguns obstáculos que deveriam ser superados pelos estudiosos de família, como a tipologia estrutural como objetivo central das investigações, a falta contextualização socioeconômica e cultural, a concentração de interesse nas mentalidades, e a dependência dos métodos de investigação estrangeiros. Em verdade, a regionalização das pesquisas no contexto mediterrânico e ibérico já era uma realidade a partir das iniciativas dos primeiros seminários regionais da década de 80, que confirmavam a diversidade de situações e comportamentos. Chacón ainda apresenta como mais uma problemática que se colocava ainda nos 90, de caráter metodológico-conceitual, a dificuldade de empregar o esquema do Grupo de Cambridge à realidade espanhola, isso devido à falta de precisão na definição e diferenciação dos termos “*hogar, casa y familia*”.

3.1.3 Os frutíferos anos 90

A década de noventa teve como referência para a consolidação da temática a criação de grupos de estudo em algumas universidades. Na Universidade de Barcelona, sobre a direção de Joan Bestard, foi criado em 1990, o Grup d'Estudis sobre Família i Parentiu (GEFP), que a partir da perspectiva da Antropologia Social tinha como objetivo principal analisar os

processos de mudanças e permanências, e de semelhanças e diferenças das formas de parentesco em sociedades urbanas e rurais. Atualmente, além da linha de pesquisa “Parentesco e Transformações Familiares”, que lhe deu origem, o Grupo conta com outras duas que foram acrescentadas ao longo de sua trajetória, “Patrimônio Cultural” e “Religião e Parentesco”, passando a ser denominado por “Grup de Recerca en Antropologia del Parentiu i el Patrimoni (GRAPP)”⁶⁶.

Marcados pela diversidade de temas abordado, e por “*una historia da familia mucho más social que demográfica e económica*”, os anos noventa testemunharam uma mudança de perspectiva em relação ao objetivo dos estudos sobre família, que passaram a ter a organização social como protagonista e principal preocupação de análise, a partir da mudança social, reprodução e mobilidade social como novas propostas conceituais e metodológicas, procedente da relação da História com outras ciências sociais. Essa mudança, fruto da experiência acumulada ao longo de quase trinta anos, significou a passagem de estudos de temas rígidos como estrutura do lar, sistema de herança e idades de primeiras núpcias, para questões relacionadas a sistema de organização e relações sociais, fundamentadas em conceitos como hierarquia, dominação, clientelismo, amizade, vizinhança, solidariedade e fidelidade. Como marco do início dessa mudança de perspectiva estão as obras de James Casey, “*History of the family*” (1989, traduzida para o espanhol em 1991), e “*Familia y sociedad*” (1991) (Chacón, 2002).

Nos primeiros anos da década de noventa, o Seminário “Familia y Elites de Poder” publicou mais dois livros sobre a família no Antigo Regime, que contaram com os trabalhos apresentados em seminários anteriores, um primeiro intitulado “*Familia, grupos sociales y mujer en España. Siglos XV-XIX*” (1991), organizado por Francisco Chacón Jiménez, Juan Hernández Franco, e Antonio Peñafiel Ramón, com temáticas sobre oligarquias locais, aristocracia e mulher; e um segundo com o título “*Linaje, familia y marginación en España (Siglo XIII-XIX)*” (1992), organizado por Vicente Montojo, dedicado a analisar o processo de reprodução social possibilitado pelas “articulaciones de las relaciones sociales” através da linhagem da nobreza, bem como através de

⁶⁶ Informações retiradas da página web do GRAPP: <http://www.ub.edu/grapp/>

outras relações de solidariedade, como a dos grupos intermediários e marginalizados⁶⁷.

De acordo com Mercedes Vázquez de Prada (2005), a busca da compreensão em longo prazo das mudanças históricas, através do estudo da família, e pela explicação em termos de comportamentos e estruturas familiares de alguns dos processos e acontecimentos mais significativos da história contemporânea, se destacam nesta década, os livros de David Reher (1996), e de Joan Bestard (1998)⁶⁸.

Como uma tentativa de dar um caráter geral à história da família na Espanha, diante da maioria de trabalhos regionais, David Reher (1996) em *“La familia en España: Pasado y presente”*, propõe-se a esboçar os perfis fundamentais da família na Espanha desde o século XVII, considerando sua dupla função, a de garantir a reprodução social, econômica, e demográfica da sociedade, como também a de defender, proteger e assegurar a sobrevivência e bem-esta de seus membros. Utilizando uma diversificada tipologia de fontes (registros paroquiais, registros demográficos, como padrões e censos, dados estatísticos anuais, protocolos notariais e entrevistas etnográficas) o autor enfocou a família para além da instituição, em sua variedade de temas caracterizados por acontecimentos da vida familiar, como estrutura das residências, mercado matrimonial, práticas sucessórias, as etapas da vida dos membros da família, economia familiar, e rede de parentescos.

O autor ainda apresentou as perspectivas presentes e futuras da família espanhola diante das “assombrosas” transformações políticas, econômicas e sociais pelas quais passou a Espanha no período compreendido entre os anos de 1960 e 1995. Reher afirmou que dentro de uma perspectiva europeia, a família espanhola moderna dá mostras de todos os indícios de uma família tradicional (baixos índices de divórcio, forte vínculo de solidariedade e coesão familiar, autoridade paterna e outros), e que esses indícios apontam para formas de condutas tradicionais ainda nos dias atuais.

Uma crítica de Chacón (2002) às tentativas de síntese da história da família na Espanha, até esse momento, era a ausência de uma perspectiva de

⁶⁷ Pagina web do Seminário “Familia y Elites de Poder”, disponível em: http://www.um.es/familia/materiales_estudio.html

⁶⁸ Reher, D. *La familia en España. Pasado y presente*. Madrid: Alianza editorial, 1996. Bestard, J. *Parentesco y modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

conjunto e de uma periodização por épocas históricas, uma realidade alcançada, como nos lembra, nas sínteses internacionais, como Burguière (1986), e nacionais, como a historiografia inglesa, com Lawrence Stone (1977) e Leonore Davidoff (1990), e italiana, com as obras de David Kertzer e Richard Saller (1992) e Marzio Barbagli e David Kertzer (1992), Cesarina Casanova (1997), e portuguesa, com Robert Rowland (1997)⁶⁹.

Joan Bestard apresenta em *“Parentesco y Modernidad”* (1998) um panorama da disciplina antropologia do parentesco ao longo um século, desde os fundamentos dos enunciados universalistas do século XIX às Novas Técnicas de Reprodução (NTR) do final do XX. O autor recupera as teorias clássicas, bem como as críticas e revisões a respeito das mesmas, e novos marcos teóricos do parentesco, contrapondo o tradicional e o moderno, a ordem natural e a ordem cultural. Uma obra que contribui para o estudo geral da família ao trazer conceitos-chaves da antropologia do parentesco, como “família” e “unidade doméstica”, entre outros, que são tomadas como categorias de análises também pelas demais disciplinas das ciências sociais.

Outra publicação representativa desta década foi fruto do I Congresso Internacional de Família, *“Historia de la Familia: una nueva perspectiva sobre la sociedad europea”* (1997), que ocorreu em Murcia em 1994, composta por cinco volumes que não apenas evidenciaram a mudança de perspectiva de carácter social, como também uma variedade de temas e uma vasta produção de estudos sobre família principalmente nos países mediterrâneos⁷⁰. Além das obras gerais, também foram características desta década, os estudos de caso

⁶⁹ STONE, L. *The Family, sex, and marriage in England (1500-1800)*, Londres, 1977. MacFarlane, A. *Marriage and Love in England (1300-1800)*, Oxford, 1987. Davidoff, L. “The Family in Britain” In: Thompson, F. (ed) *The Cambridge Social History of Britain (1750-1950)*, University London, 1990; Kerzer, D. e Saller, R. (eds) *The Family in Italy*, Yale, 1991. Barbagli, M. e Kertzer, D. *Storia della famiglia italiana (1750-1950)*, Il Mulino, 1992. Casanova, *La famiglia italiana in età moderna. Ricerche e modelli*, Roma, 1997. Rowland, R. *População, Família, Sociedade*, Portugal, séculos XIX-XX, Oeiras: Celta Editora, 1997.

⁷⁰ Volume I: *“Familia, casa y trabajo”*, coordenado por FRANCISCO CHACÓN E LLORENC FERRER I ALÓS, merecendo destaque para os ensaios de Richar Wall “Characteristics of European family and household systems”, e de Gérard Delille, “Dans l’Italie des XVIIeXVIIIe siècles: des comportements familiaux ou des cultures de la famille”.; Volume II. *“La demografía y la historia de la familia”*, coordenado por ROBERT ROWLAND E ISABEL MOLL, com ensaios de Peter Laslett e Vicente Pérez Moreda, entre outros.; III. *Familia, parentesco y linaje*, *Familia, Parentesco y linaje*, coordenado por JAMES CASEY E JUAN HERNÁNDEZ FRANCO. Volume IV. *“Familia y mentalidades”*, coordenado por ANGEL RODRÍGUEZ SÁNCHEZ E ANTONIO PEÑAFIEL, destaque para o texto Ricardo García Cárce; Volume V. *Historia de la mujer e historia del matrimonio*, coordenado por MARÍA VICTORIA LÓPEZ Y MONTSERRAT CARBONELL.

com os de Barrera (Catalunha, 1990), Mikelarena (Navarra, 1995), Arbaiza (País Vasco, 1996), Estrada i Bonell (Catalunha, 1998), Moreno (Navarra, 1999)⁷¹.

Embora, no início dos noventa, esse campo de investigação possuísse clareza quanto ao seu objeto e objetivo científicos, e tivesse a consciência da especificidade do processo histórico espanhol em suas diferentes regiões (Chacón, 1991), a história da família, ao final daquela década ainda era considerado um campo muito jovem que carecia de mais profundidade conceitual e refinamento metodológico no tratamento das fontes, bem como a necessidade de aprofundar e ampliar o conhecimento empírico sobre a diversidade de sistemas familiares existentes na Espanha (Reher, 1999).

Se inicialmente en la historia de la familia realizada en España se ponía el acento en los lazos biológicas, después iría primando por encima de todo el factor residencial. En menor medida, se atendió también a las cuestiones relativas al sistema de transmisión de propiedad y herencia. Fue, en consecuencia, en el propio ámbito de la demografía histórica y no tanto en el de la antropología como se pasó a interesarse por el hogar y por las personas que residían en su interior y a estudiar su morfología, su formación y evolución más allá de los acontecimientos estrictamente demográficos (García González, 2011, 159).

Os pesquisadores espanhóis impulsionados pelos trabalhos do historiador britânico Emmanuel Todd, *“La invención de Europa”* (1995) e do sociólogo estadunidense Jack Goody, *“La Familia Europea”* (2000), que relacionam os tipos de estrutura familiar europeia, ao sistema de herança, retomaram, a partir dos anos noventa, as investigações de um dos temas mais recorrentes desde as primeiras décadas do estudo de família na Espanha, a dualidade do sistemas de família, a troncal e a nuclear. Reher critica que, ainda, ao final dos anos noventa prevaleça como referência para os historiadores de família a *“tendência tradicional y acrítica”* da divisão de toda a

⁷¹ BARRERA GONZAÁLEZ, A., *Casa, herencia y familia en la Cataluña rural*, Madrid, Alianza. Universidad, 1990. MIKELARENAM PEÑA, F., *Demografía y familia en la Navarra tradicional*. Pamplona, Gobierno de Navarra, 1995. ARBAIZA VILALLONGA, M., *Familia, trabajo y reproducción social: una perspectiva macrohistorica de la sociedad vizcaína a finales del Antiguo Régimen*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1996.; ESTRADA I BONELL, F., *Les cases pageses al Pla d’Urgell: familia, residencia, terra i treball durant el segle XIX i XX*, Barcelona, 1998.; MORENO ALMARCEGUI, A. y ZABALZA SEGUÍN, A., *El origen histórico de un sistema de heredero único: el Prepirineu navarro, 1540-1739*, Pamplona, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 1999.

Espanha em apenas dois sistemas familiares, quando deveriam considerar uma variedade de formas familiares na Espanha. Critica também o fato de os historiadores e antropólogos se dedicarem mais ao estudo da família troncal, mesmo quando consideram majoritariamente a presença do modelo nuclear no território espanhol. Segundo Reher, essa preferência está relacionada às facilidades das fontes notariais produzidas por este modelo de família (capítulos matrimoniais) e dos interesses de reafirmação de identidades regionais ou nacionais, como Catalunha e País Vasco. O autor considere importante a realização de investigações sobre as condições internas dos membros da família dentro deste sistema (como os idosos e irmãos não herdeiros).

Para além da especificação estudo dos sistemas familiares, Reher (1999) considera muito relevante para a compreensão dos processos de reprodução social da sociedade espanhola os estudos sobre o papel da família dentro dos processos históricos de mudanças e estabilidade, e ainda sugere como temas a serem explorados nas próximas décadas, as relações de gênero, educação, processos migratórios, elites, estratégias familiares, entre outros. Sugere, ainda, que os historiadores de família se acerquem mais do século XX, cenário de profundíssimas mudanças sociais, políticas, demográficas e econômicas, necessárias para a compreensão da família no processo de modernização da sociedade espanhola.

Para James Casey, o período entre o início dos 80 e final dos 90 foi chave para o estudo da história da família na Espanha.

A lo largo de estos quince años tiene lugar una muy notable transformación en los presupuestos teóricos y metodológicos de la historiografía española. La familia se ha consolidado como un objeto científico cuyo análisis y explicación de la organización social, ha transformado los contenidos con los que se ha venido explicando la historia de España (Casey In: Chacón, 2014, p.20. Presentación).

3.1.4 Estudo de família na atualidade: temáticas clássicas e regionais, obras de síntese e de revisão

Marcados tanto por trabalhos gerais como por produções de caráter regional, os anos 2000, segundo Chacón (2011) podem ser divididos em duas etapas, uma primeira caracterizada pelo aprofundamento de exemplos regionais, através da revisão de temáticas clássicas (Barbazza, 2000; Cruz, 2000; Garcia González, 2000; Iglesias, 2002)⁷² e uma segunda formada por uma dupla corrente, composta de trabalhos regionais (Imízcoz Beunza, 2004; Roigé, 2006, Casey, 2007, Ferrer i Alòs, 2007; García González, 2008)⁷³ e sínteses gerais (Chacón et al, 2003; Chacón y Hernández Franco, 2007; Lorenzo Pinar, 2009)⁷⁴, que nas palavras de Chacón “*pone de manifesto la plena consolidación de la línea historiográfica que significa la familia*” (Chacón, 2011, p.1130).

Dentre as produções regionais, citadas acima, merece destaque o livro elaborado sob a coordenação do doutor Xavier Roigé, como resultado do trabalho desenvolvido pela Rede Temática de Estudos de Família (Xarxa Temàtica d'Estudis de Família), a partir das reuniões científicas e sessões de trabalho, ocorridas do ano de sua fundação, 1998, ao ano de 2001⁷⁵. A obra

⁷² BARBAZZA, M.C., *La société paysanne en Nouvelle-Castille. Famille, mariage et transmission des biens à Pozuelo de Aravaca (1580-1640)*, Madrid, Biblioteca Casa Velásquez, 15, 2000.; CRUZ, J., *Los notables de Madrid: las bases sociales de la Revolución liberal española*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.; GARCIA CONZÁLEZ, F., *Las estrategias de la diferencia: familia y reproducción social en la Sierra (Alcaraz, siglo XVIII)*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2000.; IGLESIAS,

⁷³ IMÍZCOZ BEUNZA, J.M.(ED.), *Casa, familia y sociedad*. Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004.; ROIGÉ, X.(ed.) *Familias de ayer y familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña*. Barcelona, Icaria/Institut Català d'Antropologia, 2006.; CASEY, J. *Family and Community in Early Modern Spain. The Citizens of Granada, 1550-1739*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 (trad. española: *Familia, poder y comunidad en la España Moderna: los ciudadanos de Granada (1550-1739)*, Valencia, Universitat de València, 2008). FERRER I ALÓS, L., *Hereus, pubilles i cabalers: el sistema d'hereu a Catalunya*, Catarroja, Afers, 2007.; GARCÍA GONZÁLEZ, F. (ed.) *La historia de la familia en la Península Ibérica (siglos XVI-XIX): Balance regional y perspectivas*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2008.

⁷⁴ CHACÓN, F.; IRIGOYEN LÓPEZ, A.; MESQUITA SAMARA, E. y LOZANO ARMENDARES, T. (eds.) *Sin distancias. Familias y tendencias historiográficas en el siglo XX*, col. Mestizo, 2, Murcia, Universidad de Murcia. Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁷⁵ Composta pelos seguintes grupos de investigação: Grup d'Estudis sobre Família i Parentiu (Universitat de Barcelona); Grup d'Estudis històrics sobre la població de Catalunya (Centro d'Estudis Demogràfics, Universitat Autònoma de Barcelona); Grup d'Estudis Transcultural sobre la Proceració (Universitat Autònoma de Barcelona); Grup d'Estudis sobre la Família i Estat del Benestar (Universitat Autònoma de Barcelona); Grup d'Estudis sobre Família i Canvi Social (Universitat Rovira i Virgili); Grup d'Estudis sobre Treball, Institucions i Gènere

intitulada “*Familias de ayer, familias de hoy: continuidades de câmbios en Cataluña*”, reúne mais de vinte artigos de autoria de professores e pesquisadores de Antropologia, Sociologia e História, das duas principais universidades de Barcelona e de pesquisadores do Centro de Estudos Demográficos. Nessa obra família catalã é analisada sob uma variedade de temas de compreensão do passado, como a origem da família rural catalã, a formação da identidade catalã, o modelo de família troncal e suas estratégias matrimoniais, o sistema de herança de herdeiro único, como também de compreensão do presente com temas atuais e conflitantes da sociedade contemporânea, referentes problemáticas de acesso a residência, apoio e solidariedade familiar, política de ajuda à família, divórcio, recomposição de famílias desfeitas, reprodução assistida, entre outros.

Ao revelar para a historiografia espanhola, e internacional, com uma abrangente temporalidade, passado e presente, as origens e características da família catalã e suas representações, a obra em questão deu mostras do nível de maturidade em que se encontravam os estudos de família na Catalunha, um dos principais centros de referência da temática na Espanha, e porque não dizer, da Península Ibérica. Maturidade construída ao longo de mais de três décadas de produções sobre a família na Catalunha, e cujos temas principais eram poder, parentesco, matrimônio e herança. Dentre os trabalho e autores mais destacados se encontram Xavier Roigè,

Naquela mesma década, a produção historiográfica sobre família na Espanha também foi protagonizada em grande parte pelo Seminário permanente de “*Familia y Élités de Poder*”, da Universidade de Murcia, que com uma sequência de lançamentos em anos consecutivos (2002, 2003, 2007, 2008, 2009, 2010) promoveu a divulgação de pesquisas regionais, gerais, e de integração intercontinental, reunindo autores que pensaram a família a partir de temas diversos, como redes e reprodução social, gênero e idade, valores e representações, bem como realizando comparações dos modelos de família e organização social na Europa e na América⁷⁶. Também houve a preocupação

(Universitat de Barcelona) e Grup d’Estudis sobre Població i Territori (Universitat de Barcelona).

⁷⁶ CHACÓN JIMÉNEZ, F., HERNÁNDEZ FRANCO, J. y GARCÍA GONZÁLEZ, F. (Eds.). *Familia y organización social en Europa y América siglos XV-XX*. Universidad de Murcia, 2007. MOLINA PUCHE, S y IRIGOYEN LÓPEZ, A. (Eds.). *Territorios distantes*,

em se estabelecer a integração das pesquisas sobre família desenvolvidas na Europa, em geral, e em especial na Península Ibérica e América Latina, que se concretizou na *Coleção Mestizo* (2000 e 2003) que teve o objetivo de estabelecer um diálogo, com perspectiva comparada, a partir da análise das fontes e das tendências historiográficas características da Espanha, Portugal, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba e México. As comparações foram orientadas no sentido de perceber as diferenças e as semelhanças nos processos sociais de mudança ou permanências em relação a realidade do objeto família. De fato, as diferenças de interesses, temas e fontes são evidentes e se explicam devido aos distintos processos sociais, diferenciados por sua origem, significação da instituição família em cada contexto, e pela relação de poder estabelecida entre as metrópoles e as colônias.

Os diferentes olhares sobre a historiografia de família dentro da Península Ibérica, e em especial, da Espanha, foi exposto pela primeira vez em uma obra intitulada “*La historia de la familia en la península ibérica (siglos XVI-XIX): balance regional y perspectivas*” (2008), em homenagem a Peter Laslett, coordenado por Francisco García González (Universidad de Castilla La-Mancha)⁷⁷. Nesse livro foram apresentadas as perspectivas regionais dos estudos sobre família.

Como citamos no capítulo anterior, A Rede de Estudo de Família Murcia (REFMUR), fundada por Francisco Chacón, em 2010, por iniciativa da Universidade de Murcia, tem reunido diversas instituições espanholas, europeias e sul americanas em torno da temática família. Já conta com realização de quatro edições do Congresso Internacional de la Red Internacional de Estudios de Familia (REFMUR) em Murcia (2011), São Paulo (2013, Barcelona (2016), e Cartagena, em cumprimento com suas linhas de ação, promovendo a integração e o intercâmbio dos pesquisadores e estudante

comportamientos similares. Familias, redes y reproducción social en la Monarquía Hispánica (siglos XIV-XIX). Universidad de Murcia, 2008. GONZALBO AIZPURU, P. (Coord.) y MOLINA GÓMEZ, M. P. (Comp.). *Familias y relaciones diferenciales: Género y Edad*. Universidad de Murcia, 2009. BESTARD, J. (Ed.) y PÉREZ GARCÍA, M. (Comp.). *Familia, valores y representaciones*. Universidad de Murcia, 2010. CHACÓN JIMÉNEZ, F. y VERA ESTRADA, A. (Eds.). *Dimensiones del diálogo contemporáneo sobre la familia en la época colonial*. Universidad de Murcia, 2009. LEVI, G. (Coord.) y RODRÍGUEZ PÉREZ, R. A. (Comp.) *Familias, jerarquización y movilidad social*. Universidad de Murcia, 2010.

⁷⁷Seminário sobre História Social de la Población (vinculado al Seminario Familia y Élite de Poder) com apoio da Asociación de Demografía Histórica (ADEH), días 26, 27 e 29 de dezembro de 2003.

de pós-graduação , “*em tono a la relación Historia, Sociedad y Familia en América Latina y Europa*”⁷⁸. A Rede também conta atualmente com duas produções que reúnem uma seleção de apresentações dos painéis temáticos de seus dois primeiros congressos⁷⁹.

Com objetivo de atender uma necessidade já anunciada (Chacón, 2002), uma síntese dividida por períodos históricos sobre a temática família na Espanha é publicada em 2011. Uma obra de fôlego, organizada por dois pesquisadores consagrados do tema, e representantes dos principais centros de estudos sobre família no país, o historiador Francisco Chacón, da Universidade de Múrcia, e o antropólogo Joan Bestard, da Universidade de Barcelona. Na obra intitulada “*Familias: Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*”. Os organizadores reuniram em dois livros, compostos por quatro partes temáticas, dezenove capítulos de autoria dos principais especialistas sobre o tema família na Europa e na Espanha⁸⁰.

O primeiro livro “*El proceso de imposición Cristiana y la consolidación de un modelo familiar*” corresponde ao período compreendido do final da Idade Média a 1889, e conta com duas partes, uma primeira dedicada à constituição do modelo de família cristã, e suas bases sociais e culturais, até o século XVI; e uma segunda, na qual os editores contrapõe a unidade familiar à diversidade social, em textos em que relacionam a família com recursos humanos, econômicos, sociais, culturais, e a analisam com sistemas hereditário, de poder e legislativo. O segundo livro intitulado “*La transformación de la sociedad agraria y los cambios de la industrialización*” abarca o período de 1889 aos dias atuais, com uma terceira parte dedicada às tensões da modernização, até 1970, como a transição demográfica, as tensões políticas, a consolidação jurídica através do Código Civil de 1889, e as representações de gênero e culturais da família, e a quarta e última parte está dedicada a “*La silenciosa*

⁷⁸ Informação retirada da página web oficial de REFMUR que pode ser consultada no seguinte endereço: www.um.es/refmur/index.php.

⁷⁹ CHACÓN, F.; CICCERCHIA, R. (eds.) *Pensando la sociedad, conociendo las Familias: Estudios de familia en el pasado y el presente*. REFMUR, Universidad de Murcia-Universidad de Cartagena de Indias, 2012. CICCERCHIA, R., BACELLAR, C.; IRIGOYEN, A. (eds.). *Estructuras, coyunturas y representaciones. Perspectivas desde los estudios de las formas familiares*. REFMUR. Edit.um, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2014.

⁸⁰ James Casey, Robert Rowland, Francisco Chacon Jiménez, Xavier Roigé, Joan Bestad; Julio Iglesias de Ussel, Francisco García González; Llorenç Ferrer i Alós; Antonio Irigoyen López, Ana Aguardo e outros.

revolución de la familia en al sociedad española actual”, com estudos que analisam as principais transformações da família ao longo do século XX e princípios do XXI em relação a temas como nupcialidade, adoção, filiação, reprodução humana, fecundidade, envelhecimento populacional, e violência; e conclui com algumas teses e desafios para o futuro a família.

A obra ainda apresenta uma criteriosa seleção de 56 bibliografias mais relevantes sobre história da família (23 em geral, e 33 da Espanha), além de uma lista de referências utilizadas pelos autores, que conta com mais de dois mil títulos. Esse volumoso trabalho dá mostras da maturidade e diversidade temática que o objeto família como análise da sociedade espanhola alcançou nos últimos trinta anos.

O mais recente trabalho de referência sobre a história da família na Espanha, é um compilação de textos de Francisco Chacón Jimenez, intitulado *“El viaje de las familias: en la sociedad española. Vinte años de historiografía”*. Publicado em 2014, se constitui no conjunto dos principais textos produzidos por Chacón durante o período de 1991 a 2011, e que representa o protagonismo do autor, em volume de pesquisa, teoria e metodologia, no processo de consolidação da temática família na historiografia espanhola. Como afirma James Casey, essa obra *“nos permite seguir la evolución del pensamiento del maestro sobre la familia y su significado”* (Chacón, 2014 p.15-Prólogo). Martine Segalen considera que o conjunto das produções de Chacón foi imprescindível para demarcar as especificidades espanholas, no estudo da história da família, e contribuiu sobremaneira para o processo do que ela denominou de *“feliz descentralización”* do debate sobre a temática família que se concentrou dos anos setenta aos noventa apenas na parte setentrional do continente europeu. A obra de Chacón, ao largo desses vinte anos, também estreitou o diálogo com outras disciplinas e com especialistas da América Latina, e trouxe como inovação um debate entre antropólogos e historiadores (Chacon, 2014). Também afirmam Juan Hernández Franco e Antonio Irigoyen López que *“decir Francisco Chacón es decir Historia de la Familia en España, sin menoscabo de los otros buenos investigadores que se han significado en nuestro país en esta temática”* (Chacon, 2014, p. 25 - Introdução).

O trigésimo Seminário “Familia y Élités de Poder”⁸¹, celebrado no ano de 2013, em sua sede, a cidade de Murcia, e o terceiro Congresso Internacional REFMUR, realizado em Barcelona, em janeiro de 2016, revelam a perenidade e maturidade do processo de investigação, publicação e divulgação dos estudos de família na Espanha, que tiveram suas bases lançadas há mais de trinta anos, momento em que o família, ainda que tardiamente, era anunciada como objeto de um campo específico de investigação social.

Esses dois importantes eventos revelam ainda, pela quantidade de trabalhos apresentados, pela diversidade temática, pelo rigor teórico-metodológico que apresentam, pela ampliação espacial dos estudos, e pelo diálogo intercontinental que estabeleceram que o estudo de família na Espanha se tornou um campo importante não apenas de pesquisa, para a compreensão do processo de reprodução social ao longo da história (em suas facetas antropológicas, sociológicas e demográficas), mas também de atuação e intervenção, a partir das pautas dos grupos de estudo, que refletem e discutem alternativas e soluções para atuais problemáticas as quais envolvem a família espanhola.

3.2 O estudo da família no Brasil

3.2.1 Os primeiros estudos: antropólogos e sociólogos

Os primeiros estudos que trazem a família como objeto de investigação social no Brasil foram realizados por antropólogos e sociólogos ainda na primeira metade do século XX. Constituídos a partir de fontes documentais como memórias, relatos de viajantes, documentos régios (cartas e alvarás), e

⁸¹ Comemoração do trigésimo aniversário ininterruptos de realização do Seminário “Familia y Élités de Poder”, celebrado em homenagem a James Casey, nos dias 22, 23 e 24 de maio de 2013, serviu de cenário para a apresentação de três livros: CHACÓN, F.; CICCERCHIA, R. (eds.) *pensando la sociedad, conociendo las Familias: Estudios de familia en el pasado y el presente*. REFMUR, Universidad de Murcia-Universidad de Cartagena de Indias, 2012. SÁNCHEZ IBÁÑEZ, R., *Linajes y Poder. Los Parientes Mayores de Verástegui. Siglos XIV-XVIII*. Universidad de Murcia, nº 1 Monografías de la colección Familia, Elites de poder, Historia Social, 2013. FRANCISCO CHACÓN JIMÉNEZ, F.; EVANGELISTI, S. (eds.). *Comunidad e Identidad en el Mundo ibérico. Homenaje a James Casey*. Universidad de Murcia-Universidad de Granada-Universidad de Valencia, 2013.

documentos legislativos (decretos e atas), os trabalhos pioneiros se constituíam em ensaios dedicados ao estudo e análise da formação da nação e da sociedade brasileira, do período colonial ao século XIX. Sendo a família uma parte importante deste contexto, foi concebida e analisada nestes primeiros estudos a partir das principais características formadoras da sociedade brasileira deste período: o latifúndio, a escravidão e o patriarcalismo.

Para os intelectuais a primeira metade do século XX, a família atuava como unidade colonizadora que condensava, em diferentes graus, as três raças formativas da nacionalidade brasileira e se via atrelada às especificidades de uma sociedade escravista e patriarcal, mesmo que entendia como tendo perfis distintos dependendo da temporalidade e da região tratada pelos autores (Muaze, 2016, p. 11).

O conceito e a estrutura da família patriarcal em sua complexidade de relações é o objeto de análise dos estudos pioneiros sobre a formação da sociedade e família brasileira, dentre os quais se destacam como principais autores de clássicos nacionais e internacionais: Francisco José de Oliveira Viana com *Populações Meridionais* (1920), Gilberto Freyre com *Casa Grande e Senzala* (1933) e *Sobrados e Mocambos* (1936), Antônio Cândido de Melo e Souza com *The Brazilian Family* (1951), e Sérgio Buarque de Holanda com *Raízes do Brasil* (1963).

Francisco José de Oliveira Viana, sob a precoce influência teórico-metodológica da Escola de Le Play, se propôs a analisar os diferentes “tipos sociais” formadores da população brasileira a partir de sua relação com os seus distintos “habitats”. Apenas a população rural da região centro-sul foi objeto de análise em *Populações Meridionais* (1920). A opção pelo rural foi justificada por ser este o espaço consolidado da produção latifundiária de monocultura por mais três séculos de história, e, portanto o verdadeiro “habitats” da sociedade brasileira, que não poderia ser compreendida fora dele. A família, nesse contexto está inserida no conceito de “clã” comandado pelo “chefe de clã”, o fazendeiro latifundiário, o grande patriarca, que controla todas as relações sociais dos grupos que sob sua proteção.

Em *Casa Grande e Senzala* (1933), Gilberto Freyre ressalta a importância da família enquanto instituição central da sociedade colonial e triplo papel que desempenhava:

A família, não o indivíduo, e nem tampouco o Estado, nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador do Brasil, a unidade produtiva, [...] a força social que se desdobra em política, constituindo-se numa aristocracia colonial (Freyre, 1933, p. 18 apud Muaze, 2016, p. 11).

E define a família colonial, como um “*vivo e absorvente órgão da formação social brasileira*” e que “*reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas [...] e a do mando político.*” (Freyre, 1994, p.23). A família patriarcal era, portanto um órgão caracterizado por uma tríplice dimensão (social, economia e política) e também por uma composição estendida para além do núcleo principal (esposa e filho), sendo constituída por outros parentes, agregados e escravos, sob a chefia de um patriarca. Em *Sobrados e Mocambos* (1936), Freyre evidencia as transformações pelas quais passou a família patriarcal a partir consequências advindas da decadência das duas principais bases de sustentação, a escravidão e o latifúndio, e do advento da urbanização. Ao contrapor o espaço privado da casa ao espaço público da rua, Freyre considera que a família exerce a função de mediadora dos dois mundos, e constata o predomínio do primeiro ao segundo, evidenciando assim a presença do caráter patriarcal nas relações, que passaram também a ter um caráter urbano após o século XIX.

Com o objetivo de identificar os motivos do atraso social brasileiro, Sergio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* (1936), elenca uma série de conceitos os quais constituem o tradicionalismo da sociedade brasileira que, segundo ele, é o principal empecilho ao desenvolvimento e modernização do Brasil. Dentre esses conceitos dois estão diretamente relacionados à tradicional estrutura familiar brasileira, o de *ruralismo* e o de *homem cordial*. Os dois conceitos identificam o caráter patriarcal, hierárquico e privatista desta estrutura que se torna a base da sociedade brasileira, substituindo a formalidade da esfera pública pela cordialidade das relações domésticas, baseadas na afetividade e intimidade típicas de um sistema de relações familiares.

Ao autor de *The Brazilian Family* (1951), foi atribuída a responsabilidade da ampliação, no tempo e no espaço histórico brasileiro, do conceito de família

patriarcal. Antônio Cândido também estudou as transformações pelas quais passou a família patriarcal colonial e analisou sua transposição para um ambiente moderno, caracterizado pela industrialização e urbanismo, no sudeste brasileiro do século XIX. De acordo com o autor essas transformações foram responsáveis pelo processo de nuclearização da família.

Os clássicos coincidem na constatação de que esse modelo de estrutura familiar exerceu um papel primordial no processo de formação do país, e, portanto se constitui em um objeto de análise sociológica privilegiado para a compreensão do mesmo. Também coincidem na afirmação de que o processo de urbanização e modernização se fez em bases patriarcais, mesmo diante de todas as transformações verificadas, como a redução do número de membros da família, do componente afetivo, do controle de natalidade, a inserção da mulher no mercado de trabalho, e outras. Apesar de todas as mudanças, verifica-se a permanência da “moral patriarcal” como base de uma família caracterizada pela hierarquia e diferenças de raça e gênero, e pela superposição do privado ao público, como herança colonial.

A partir dessas obras de referência que trouxeram o modelo da família para o centro das discussões da análise das estruturas de formação da sociedade brasileira, inúmeras outros estudos nas áreas das ciências sociais ao longo da segunda metade do século XX contribuíram para a consolidação da família como objeto de estudo da História.

Nos anos cinquenta e sessenta, a família ainda se constituía um objeto de investigação predominantemente de sociólogos e antropólogos. A incipiente produção histórica sobre a temática pode ser explicada por fatores como o domínio das correntes marxistas nos meios acadêmicos, pela carência de um quadro teórico-conceitual adequado e pelo estado de dispersão das fontes. Durante aquelas décadas são referências básicas para os estudos da família os trabalhos dos *brasilianistas*, com análise da economia doméstica e os debates sobre a interdisciplinaridade. Destacaram-se os autores Emílio Willems⁸² Donald Pierson⁸³, Oracy Nogueira⁸⁴, Thales de Azevedo⁸⁵, e Charles

⁸² WILLEMS, Emílio 'A Estrutura da família brasileira'. In: *Sociologia*. V.XVI,n4. São Paulo, 1954, pp.327-340.

⁸³ PIERSON, Donald, *The Family in Brazil, Marriage and Living*, Vol. XVI, número 4, 1954, pp.308-314.

Wagley⁸⁶, com temas relacionados à organização e estrutura da família, comunidades, casamento, divórcio, e o papel da mulher. Sendo esse último menos caracterizado pelo abandono do estereótipo da exclusão e submissão, e mais por uma abordagem integradora e participativa (Samana, 1997).

3.2.2 A influência da Demografia Histórica nos anos 70

No Brasil a compreensão da historiografia está relacionada ao processo de evolução das universidades e principalmente à estruturação dos cursos de pós-graduação em História após 1971, momento ainda caracterizado pelo predomínio da perspectiva teórico marxista, pela forte presença dos *brasilianistas*, mas também pela busca de novas opções teórico-metodológicas, e diversificação temática.

Com quase vinte anos de defasagem em relação às tendências teórico-metodológicas características das pesquisas sobre família desenvolvidas na Europa, a historiografia brasileira começa a dar mostras, nos anos setenta, das influências recebidas da técnica de reconstituição de família desenvolvida pelo demógrafo Louis Henry e pelos historiadores Pierre Goubert e Michel Fleury, ainda nos anos cinquenta; e nos anos 80 da influência da História Social francesa, com a publicação de "História Social da Criança e da Família", de Philippe Ariès, de 1960.

Os anos setenta foram principalmente caracterizados pela forte relação com a Demografia Histórica, sendo, portanto, a maioria dos trabalhos produzidos por demógrafos-historiadores, com evidente influência estrangeira no aspecto metodológico pela utilização de modelos comparativos. Além das dificuldades metodologias, as pesquisas dos anos 70 foram caracterizadas por estudos referentes a modelos e estrutura da família brasileira, do período colonial à República, com temas como nupcialidade, fecundidade e equilíbrio

⁸⁴ NOGUEIRA, Oracy, *Família e comunidade: um estudo sociológico de Itapetininga*, RJ. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, Instituto Nacional de Estudo Pedagógicos, MEC, 1962.

⁸⁵ AZEVEDO, Thales de, *Family, marriage and divorce in Brazil* *Journal of Inter-American studies* III, 1961, pp.213-237.

⁸⁶ WAGLEY, Charles. *An Introduction to Brazil. Cap.5- Family and Education*. Columbia University Press, New York and London, 1963, pp. 184- 204.

entre os sexos, sobretudo em contextos regionais (Mesquita, 1989; Faria 1997).

O vínculo entre os estudos de população e a História da Família é evidenciado pelo volume de trabalhos elencados na obra de Samara e Costa (1984), *“Demografia histórica, bibliografia brasileira”*. Os autores que se destacaram nessa área do trabalho pioneiro de Demografia Histórica no Brasil foram *“São Paulo: povoamento e população. 1750-1850”*, de Maria Luiza Marcílio (1973), e o de Iraci de Nero da Costa (1979), *“Vila Rica: populações do século XIX”*.

Seguindo a técnica de reconstituição de família a partir da utilização de documentos seriais como registros paroquiais (nascimento, batismo, casamento), e recenseamentos nominativos do período, Marcílio apresentou pela primeira vez na história do Brasil a dinâmica demográfica (natalidade, nupcialidade e mortalidade), em um estudo também envolveu a história social, religiosa e econômica (recortes de atividades econômicas) da cidade de São Paulo. Sobre a família, a autora contestou a hegemonia do modelo de família nos moldes patriarcal ao verificar a união estável como relação preponderante.

Também com base nos registros paróquias, Costa se dedicou ao estudo da estrutura populacional (por sexo, idade, estado conjugal, posição social), comportamento demográfico da população em seus diferentes segmentos (escravos, forros e homens-livres) e sua relação com a atividade mineradora (atividades profissionais por setores econômicos) para a realização de um ensaio econômico sobre a cidade de Vila Rica.

Outra referência da Demografia Histórica foi o trabalho de Eni de Mesquita Samara, no qual a autora adaptou o conceito de estrutura de domicílios (*household*) de Peter Laslett (Escola de Chicago, 1964) a documentos paulistas dos séculos XVIII e XIX, para analisar os agregados *“não apenas nas suas relações de trabalho, mas também integrados aos grupos domésticos, e as redes de solidariedade típicas do sistema patriarcal”* (Samara, 1977 *apud* Samara, 1997, p.9).

3.2.3 Anos 80: A Nova História e a História Social

O amadurecimento interno, e certa estabilização de fluxo de pesquisa verificada principalmente a partir da década de 1980 consolidaram os cursos de pós-graduação em história, que se caracterizavam pela predominância de pesquisas em história do Brasil, tendo como áreas de concentração a história social e econômica e linhas de pesquisa em que predominam os enfoques regionais (Fico; Polito, 1996). Nessa década será marcante o sucesso em torno do cotidiano e da subjetividade, a alteração do conceito e da prática com as fontes, cada vez mais diversificadas, a nítida alteração no panorama teórico no ambiente acadêmico com a diminuição da influência mais ortodoxa do marxismo e a ampliação da influência da historiografia francesa, inglesa como também estadunidense e italiana; o que possibilitou a publicação de trabalhos de caráter técnico e metodológicos vinculados à Nova História e a crescente profissionalização da comunidade dos historiadores⁸⁷.

É nesse contexto, de avanço da História Social, e da consequente diversificação temática, que a História da Família surge na historiografia brasileira, como um campo específico de investigação histórica, o que se evidencia pelo grande número de trabalhos publicados sobre o tema a partir dessa década⁸⁸. Embora os pesquisadores ainda se deparassem com dificuldades como a dispersão das fontes documentais e a falta de um quadro conceitual adequado, devido ao grande impulso da História Social no Brasil, a história da família passou a ser considerada *“um ramo específico de conhecimento e pesquisa, com área própria de atuação”*, devido à *“riqueza e o ineditismo das fontes primárias, associadas à pluralidade de assuntos que o tema aborda”*, cuja análise possibilita uma *“revisão profunda da História Social do Brasil”* (Samara, 1989, p.22).

⁸⁷ Com o propósito de promover a profissionalização do ensino e da pesquisa em história já havia sido fundada em 1961 a Associação Nacional de Professores Universitários de História (ANPUH) para combater tradição de uma historiográfica autodidata praticada até então. Passados vinte anos de sua fundação, na década de 80, já havia certa identidade profissional e formatação acadêmica dos trabalhos da comunidade de historiadores que se reuniam frequentemente em fóruns específicos de discussão temáticas e teórico-metodologias de suas investigações.

⁸⁸ Dos anos 60 aos 80, dos 260 trabalhos, entre livros, teses, artigos, comunicações e textos publicanos, mais de 180 foram publicados na década de 80, enquanto na década de 70 foram encontradas por volta de 45 publicações, 3 na década de 60 e o restante não estava datado (Samara, 1989).

Um marco importante na historiografia de família foi a realização do Seminário “*Pensando a Família no Brasil*”, em setembro de 1985, pelo Núcleo de Estudos da Família, do Centro de Pós-Graduação em Desenvolvimento Agrícola (CPDA) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). O objetivo era discutir de forma interdisciplinar, a partir de diferentes perspectivas e abordagens, temas relacionados à família. Fruto desse encontro foi a publicação de uma coletânea intitulada “*Pensando a família no Brasil: da Colônia ao Império*” (1987), organizada por Eni de Mesquita Samara e Ângela Mendes de Almeida, composta por três partes correspondentes às temáticas que estruturou evento⁸⁹. A temática “*Família através da História. Representações e práticas*”, assinada pelas organizadoras, apresentou a discussão em torno do conceito de família patriarcal a partir de duas perspectivas revisionistas ao modelo consagrado por Gilberto Freyre.

Além da revisão do modelo patriarcal e do estudo da multiplicidade de modelos de família existentes no Brasil, o casamento, o dote, o concubinato, a sexualidade, a condição da mulher, a educação, o processo de transmissão de herança, foram alguns dos temas das publicações mais representativas dos anos 80⁹⁰. A diversificação temática é acompanhada pela pluralidade das fontes utilizadas, tais como, inventários, testamentos, processos de divórcio e de legitimação, além dos livros de batismo e casamento, lista nominativas, já utilizados na década anterior.

Partindo da concepção patriarcal de família Maria Beatriz Nizza da Silva (1984), utilizando documentação eclesiástica, estudou e a vida conjugal nos primeiros séculos da colonização; Maria Odila Leite da Silva Dias (1984) e Samara de Mesquita (1989) se dedicaram ao estudo da relação de poder e vida familiar, destacando a situação das mulheres, no contexto de mudanças

⁸⁹ O livro está composto por três partes: 1. “Família através da História. Representações e práticas”; 2. “Família e construção da subjetividade”; 3. “Crise da Família: uma questão da atualidade?”.

⁹⁰ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistemas de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T.A Queiróz, Edusp, 1984; DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX*. São Paulo: Brasiliense, 1984; ALMEIDA, Angela Mendes de; GONÇALVES, Paula (Org.). *Pensando a família no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, UFRJ, 1987. KUZNESOF, Elizabeth Anne. *Household economy and urban development, São Paulo 1765 to 1836*. Boulder Westview Press, 1986. MATTOSO, Katia. *Família e sociedade na Bahia do século XIX*. São Paulo: Corrupio, 1988; SAMARA, Eni de Mesquita (Org.). *Família e grupos de convívio*. Revista Brasileira de História. São Paulo: Marco Zero, ANPUH, ago.1988/fev.1989.

geradas pelo processo de urbanização pelo qual passava São Paulo durante o século XIX (Samara, 1997).

3.2.3.1 O revisionismo da Família Patriarcal de Gilberto Freyre

Sem dúvida o fato mais característico da historiografia da família nos anos 80 e 90 foi o movimento revisionista em relação aos estudos clássicos da primeira metade do século XX. O principal alvo das revisões foi a generalização do conceito de família patriarcal de “*Casa Grande e Senzala*” de Gilberto Freyre, para toda a sociedade brasileira do período colonial, chegando ao século XIX, como defendeu Antônio Cândido em *The Brazilian Family*. Dentro desta perspectiva revisionista, merecem destaque os trabalhos de Eni de Mesquita Samara “*A Família Brasileira*” (1983); de Ângela Mendes de Almeida “*Pensando a Família no Brasil: da colônia à modernidade*” (1987); e de Mariza Correia, “*Repensando a família patriarcal brasileira*”, (1993). As três autoras se concentram em discutir e refutar os clássicos, e o modelo patriarcal preconizado por eles para toda a sociedade brasileira, bem como analisar a condição da mulher e da criança, a partir de temas como, o casamento, a transmissão de herança, o concubinato, a ilegalidade. Essas pesquisas tiveram loco principalmente na região sudeste do país, em especial em São Paulo e Minas Gerais.

Utilizando fontes primárias como os dados compilados nos recenseamentos, listas nominativas e nos testamentos referentes à família paulista do século XIX, Samara constatou que somente por volta de 26% das casas representavam o modelo de família patriarcal e extensa, e 74% apresentavam outras formas de composições familiares. Concluindo, portanto, o predomínio de famílias nucleares com estruturas mais simples ao contrário do que afirmava Antônio Cândido que analisa a família paulista do século XIX, a partir do modelo das estruturas familiares extensas e patriarcais das fazendas produtoras de café.

Samara considera a alta frequência do celibato, o concubinato e a ilegitimidade comprovada através das divisões de herança, aspectos que explicam as especificidades apresentadas pela família paulista do século XIX, e também responsáveis pelas diferentes formas de organização desta sociedade.

A autora condena a generalização de estrutura familiar patriarcal, colonial e rural, que há muito vinha sendo feita pela historiografia, e a considera a causa principal da crise conceitual que se fez presente nos trabalhos sobre família durante tanto tempo:

Essa descrição de família explorada por estudiosos como Gilberto Freyre e Oliveira Vianna, embora característica para a sociedade colonial circunscrita ao ambiente rural, desde que aceita pela historiografia, foi utilizada como um exemplo válido para toda a sociedade brasileira. Desta maneira confundiram-se aí vários conceitos: o de família brasileira, que passou a ser sinônimo de patriarcal, e mesmo o de família patriarcal, que passou a ser usado como sinônimo de família extensa. Nessa mesma perspectiva, ainda genericamente falando, família e parentesco passam a ter significado comum (Samara 1986,12-13).

Ângela Mendes de Almeida toma como ponto de partida o modelo patriarcal de Freyre, uma família rural, escravista, e poligâmica, para fazer uma relação com o modelo da família nuclear burguesa originado na sociedade industrial e urbana da Europa, entre os séculos XVIII e XIX. A autora conclui que, ao chegar ao Brasil no século XIX, o modelo europeu foi aclimatado a uma sociedade muito diferente da qual foi gerado, e a soma da família patriarcal com o aburguesamento de influência europeia gera um modelo totalmente atípico de família brasileira.

Ronaldo Vainfas (1997) considera que a problemática revisionista se apresenta em relação a ausência de definição da família patriarcal na obra de Freyre, sendo apresentada na historiografia sempre como sinônimo, ou “estereótipo” de extensa e numerosa. Vainfas considera que a extensão das famílias coloniais era um dilema de pouca relevância nas obras de Gilberto Freyre e Antonio Candido, e que o número maior ou menor de indivíduos “*em nada ofuscava o patriarcalismo dominante*” e o fato de existirem modelos de “famílias alternativas”, que não viviam na casa grande, e não eram tão numerosas, não significava que estivessem alheias “*ao poder e valores patriarcais*” predominantes (Vainfas, 1997, p.110).

Mariza Corrêa analisa as formas de organização familiar no Brasil, fazendo duras críticas à historiografia por ignorar ou tornar invisíveis as variadas possibilidades de estrutura familiar, resumindo, reduzindo ou generalizando a organização familiar no Brasil à característica das grandes

unidades agrárias de produção, quer dos engenhos de açúcar do nordeste (Pernambuco nos séculos XVI e XVII), quer das fazendas de criação de gado ou plantação de café do sudeste (São Paulo e Minas Gerais nos séculos XVIII e XIX).

Corrêa levanta uma série de questionamentos sobre o que foi esquecido pelos textos clássicos da historiografia ao trabalhar com o tema de organização de estrutura familiar, e sugere uma nova leitura e análise desses clássicos, principalmente dos trabalhos de Gilberto Freyre e Antônio Cândido, que tanto influenciaram a produção teórica sobre o assunto, a partir da utilização do conceito de família patriarcal. Em sua argumentação Correia relaciona outras formas de ocupação do espaço social e de distribuição do trabalho agrário no Brasil, que não podem se resumir aos engenhos nordestinos e às fazendas paulistas por possuírem características específicas. É o caso da própria região do litoral brasileiro, que além dos engenhos, abrigou atividades como a produção do tabaco e do algodão; outros exemplos de ocupação diferenciada do espaço são as fazendas de gado às margens do São Francisco, a indústria extrativa do norte e a mineração que exerceu forte influência sobre as demais atividades produtoras.

Essas diferentes formas de ocupação do espaço significam composições e relações sociais diferenciadas, e, portanto, variações na organização de estrutura familiar. Fazendo uma relação desse contexto com os trabalhos de Freyre e Cândido, Mariza Corrêa conclui:

O problema principal de ambos os textos – Casa Grande e Senzala e “The Brazilian Family” – é então o contraste entre essa sociedade multifacetada, móvel, flexível e dispersa, e a tentativa de acomodá-la dentro dos estreitos limites do engenho ou da fazenda: lugares privilegiados do nascimento da sociedade brasileira. Recuando para o interior da instituição dominante num certo momento no Brasil colonial, e fazendo dela seu ponto de observação, os autores assumem o olhar de seus habitantes – os senhores brancos e suas famílias (Correa, 1993, p.22).

Gilberto Freyre e Antônio Cândido apresentam o conceito de família patriarcal como o modelo de estrutura dominante no período colonial brasileiro, esse modelo esteve presente de maneira hegemônica na historiografia brasileira durante décadas. A análise sobre a apropriação, utilização e assimilação desse modelo patriarcal pela Historiografia em detrimento de

outras formas de estrutura familiar existentes, ou a sua contestação, é essencial para a compreensão da história da família no Brasil.

Outra importante temática da década de 1980 foi a família escrava, uma das formas de estrutura de família no Brasil que foi por muito tempo considerada improvável ou mesmo inexistente pela historiografia. Até meados da década de 70, talvez por influência dos registros dos viajantes, que consideraram toda e qualquer união fora das regras da Igreja como imoralidade, houve o predomínio do estereótipo de promiscuidade nas relações entre os escravos, considerando essas relações como instáveis, portanto, impróprias à formação de famílias. Autores como Gilberto Freyre, Florestan Fernandes e Fernando Henrique Cardoso não descartavam a possibilidade da existência da instituição familiar entre os cativos, mas elencava além da instabilidade das relações geradas pela promiscuidade e devassidão das senzalas, uma série de outros argumentos como o da inferioridade racial, a ação destruidora do regime escravista, o desinteresse do senhor, o desinteresse do próprio escravo, o tráfico interno e a desproporção entre os sexos, para justificar a sua pouquíssima incidência, o que justifica historiografia brasileira.

A mudança de enfoque sobre o tema ocorreu a princípios dos anos 80, quando os pesquisadores apontaram para a viabilidade de uma família escrava estável, monogâmicos e com relativa autonomia. Trabalhos como os de Luna e Costa, *“Vila Rica: nota sobre casamentos de escravos”* (1981), Alida Metcalf, *“Families of planters and slaves”* (1983), Horácio Gutiérrez, *“Casamentos nas senzalas, 1800-1830”* (1985), realizados com base em registros paroquiais, censos e matrículas de escravos, comprovam a existência da estrutura familiar entre os cativos, ao encontrarem consideráveis índices de casamentos em que um dos cônjuges fosse escravo.

3.2.4 A consolidação da temática família nos anos 90

Os anos noventa foram marcados pelo maior volume de produções, pela diversificação ainda mais acentuada da tipologia das fontes (cartas, diários, fotografias, cadernos de anotações, etc.) e por perspectivas teórico-metodológicas orientadas pela demografia histórica, história social, história das mentalidades, e micro-história. As temáticas eram estendidas ao campo

história das mulheres, da infância, da sexualidade, com escalas de micro análise para alcançar a compreensão das relações.

O patriarcalismo seguiu sendo um tema de destaque nos trabalhos de trabalhos de Muriel Nazzari e Alida Metcalf que estudaram os modelos antagônicos regionais através da análise dos sistemas econômicos e das estratégias de transmissão da propriedade nos diferentes estratos sociais. Nazzari (1991) analisou as funções das famílias e do casamento na elite paulistas dos séculos XVI, XVII e XVIII, através do estudo das transformações na prática dos dotes e transmissão de herança. O tema de transmissão de bens e sucessão de poder também foi objeto das investigações de Alida Metcalf (1992) que analisou as variações de forma deste processo nos diferentes estratos da sociedade paulista do século XVIII e seus reflexos na estruturação dos modelos de família existentes na região, como as desigualdades sociais.

A proposta de Angela Mendes de Almeida e Dain Borges parte da ideia do patriarcalismo como “modelo ideológico” que norteia o comportamento social dos brasileiros. Almeida (1992) ao estudar a história sentimental da família colonial, constatou que a mancebia, bastardia e prostituição características trazidas do antigo regime, não se constituíam em instrumentos de resistência à ordem estabelecida, como havia afirmado Samara (1987)). Borges (1993) em um estudo sobre a família baiana conclui que, em diferentes modelos, o papel da família passava pelo valor ético de um ideário comum de pertencer a um patriarcado monolítico, formador de uma família de caráter conservador “*como suporte básico da organização social brasileira*” (Samara, 1989, p.14).

As relações estabelecidas pelas diferentes culturas formadoras da sociedade brasileira foi outra temática de estudos dos anos noventa, apontada por Samara. Partindo da crítica ao modelo clássico de integração das culturas apregoado por Freyre e Candido, parte dos estudos admitia a relação integradora e clientelista, entre indígenas e colonos, entre escravos e senhores, característica do patriarcalismo, e parte defendiam uma relativa independência e até mesmo uma disjunção de experiências culturais e identidades, responsável pela exclusão ou diferenciação social (Metcalf, 1992).

Por inspiração da obra de Duby e Ariés, “*Histoire de la vie privée*” (1985-

1987), Fernando Novais dirigiu entre 1997 e 1998, a *“História da vida privada no Brasil”*, composta de quatro volumes⁹¹, dentre os quais foram produzidos quatro capítulos específicos sobre história da família. No primeiro volume, “Famílias e vida doméstica” por Leila Mezzan Algranti (cap.3); no segundo volume *“Laços de família e direitos no final da escravidão”* por Hebe de Mattos de Castro (cap.7); no terceiro volume, “Cartões postais, álbuns de família e ícones da intimidade” por Nelson Shapochik (cap.6); e no quarto e último volume, *“Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica”* por Elza Berquó (cap.6).

A publicação do primeiro volume (jan./jun.1998) da *Revista População e Família* do Centro de Estudos de Demografia Histórica da América Latina (CEDHAL), dedicado inteiramente à família escrava evidencia a importância alcançada pelo tema ao final dos anos 90. Encontram-se publicados nesse volume trabalhos de cunho regional assinados por Robert Slenes, Manolo Florentino & José Roberto Góes, Antonio Carlos Jucá de Sampaio, Andréa Jácome Simonato, Rômulo Andrade, Tarcísio Rodrigues Botelho e Carla Maria C. de Almeida⁹². Dentre os sete trabalhos publicados, um se refere a região de São Paulo, três seguintes à do Rio de Janeiro e três últimos concentram suas pesquisas sobre a formação de famílias escravas na região de Minas Gerais. No ano seguinte, Robert Slenes, lança uma obra que consolida o tema na historiografia, *“Na senzala, uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava: Brasil Sudeste, século XIX”* (1999).

Também relevante dos anos 90 foi o estudo da originalidade da família constituída em terras latinas americanas comparadas ao modelo de família

⁹¹ *História da Vida Privada no Brasil*, composta por quatro volumes, foi dirigida por Fernando Novais nos anos de 1997 e 1998. O primeiro volume *“cotidiano e vida privada na América Portuguesa”*, coordenado por Laura de Mello e Souza; o segundo, *“Império: a corte e a modernidade nacional”*, coordenado por Luiz Felipe de Alencastro; o terceiro, *“República: da Belle Époque à Era do Rádio”*, coordenado por Nicolau Sevcenko; e o quarto, *“Contrastes da intimidade contemporânea”*, coordenado por Lília Moritz Schwarcz.

⁹² SLENES, Robert W., “A formação da família escrava nas regiões de grande lavoura do sudeste: Campinas, um caso paradigmático no século XIX” ; FLORENTINO, M & GOÉS, J.R., “Tráfico atlântico e socialização parental entre os escravos do agro fluminense, séculos XVII e XIX.” ; SAMPAIO, A. C. J. de, “A família escrava e a agricultura mercantil de alimentos: Magé, 1850-1972”; SIMONATO, A.J., “O parentesco entre os cativos no meio rural do Rio de Janeiro em 1860” ; ANDRADE R., “Família escrava e estrutura agrária na Minas Gerais.”; BOTELHO, T. R., “Famílias e escravarias: demografia e família escrava no norte de Minas Gerais no século XIX”; ALMEIDA, C. M. C., “Demografia e laços de parentesco na população escrava mineira: Mariana 1750-1750”. In *População e família* – vol.1 n.1 (jan./jun./1998) - São Paulo: Cedhal/Usp/Humanitas,1998.

trazido das metrópoles ibéricas às colônias. A forma como o modelo de família europeia foi aclimatada aos territórios marcados pela miscigenação, com relações caracterizadas pelo concubinato e ilegitimidade, foi objeto de algumas desta década. Um dos trabalhos de destaque foi o da professora Ana Silvia Volpi Scott, que através dos estudos sobre família em Portugal buscou compreender “a influência e as adaptações que a matriz familiar lusitana teria tido nos territórios coloniais americanos” (Scott, 2009, p.21).

3.2.5 As pesquisas recentes sobre família no Brasil

O tema patriarcalismo segue recorrente em princípios dos anos 2000. Além do debate em torno do conceito e da abrangência territorial da família patriarcal apresentada pelos clássicos da primeira metade do século XX, outras perspectivas foram abordadas sobre o tema⁹³. Neste momento das discussões sobre o patriarcalismo, destacamos o trabalho do brasileiro Bart Barickman (2003), que considera *Casa Grande e Senzala* (1933) e as demais obras de Gilberto Freyre como referência não apenas para o estudo de família, como para todos os temas históricos do Brasil e questiona os trabalhos revisionistas das décadas de 80 e 90 por refutarem os clássicos a partir de conclusões de pesquisas realizadas em São Paulo e Minas Gerais, em um contexto sócio econômico distinto das grandes lavouras escravistas:

[...] as pesquisas demonstram que as unidades domésticas em Minas e São Paulo diferiam do modelo da casa-grande servem para revelar a diversidade regional e social que caracterizava o Brasil na época, mas pouco nos dizem sobre as estruturas domésticas e familiares nas principais áreas da agricultura de plantation. Como resultado, as pesquisas revisionistas podem, no máximo, refutar de modo indireto a visão tradicional da casa-grande patriarcal que se associa a Freyre (Barickman, 2003, p.84).

No título de seu trabalho, “*E se a casa grande não fosse tão grande?*”, Barickman instiga a polêmica do caráter extenso da família patriarcal de

⁹³ BARICKMAN, B. J. E se a casa-grande não fosse tão grande? Uma freguesia açucareira do Recôncavo Baiano em 1835. *Afro-Ásia*, v. 29/30, p. 79-132, 2003; MACHADO, C. O patriarcalismo possível: relações de poder em uma região do Brasil escravista em que o trabalho familiar era a norma. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 23, n. 1, p. 167-186, 2006; BRÜGGER, S. M. J. *Minas patriarcal: família e sociedade*. São Paulo: Annablume, 2007.

Freyre. Assim como Vainfas (1989) e Almeida (1992), o brasilianista também considera que a problemática revisionista era basicamente conceitual, e que o patriarcalismo de Freyre está muito mais relacionado a um modelo ideológico, baseado no pátrio poder e no poder marital, que em seu número de componentes. Por esse motivo, o autor sugere “grupo doméstico que compartilha a mesma habitação” e “rede de parentesco” composta de várias unidades domésticas, como alternativas para a conceituação do patriarcalismo freyreano.

Ana Scott (2009 e 2014) apresenta uma detalhada reflexão da recente produção historiográfica sobre a família no Brasil⁹⁴. A autora afirma que estudo de história da família no Brasil continuou apresentando até épocas bem recentes uma forte relação com a Demografia Histórica, sendo essa inclusive responsável pelo aumento dos estudos de família realizados por historiadores (Scott, 2009). Mas acrescenta que embora os estudos demográficos continuem fornecendo “*elementos importantes para a compreensão da organização e das dinâmicas familiares*”, as pesquisas recentes avançaram para além dos limites da demografia, associando-se de modo cada vez mais estreito às Ciências Sociais, dialogando principalmente com a Antropologia e com a Sociologia (Scott, 2014).

As pesquisas recentes também estão marcadas pela redução da escala de abordagem por orientação teórico-metodológica da Micro-História, que permite maiores possibilidades de visualizar as ações e comportamento dos atores históricos. Partindo de uma abordagem em menor escala, os autores de família avançaram nas discussões relativas às estratégias familiares e às redes sociais, segundo Scott, temáticas que tem recebido maior atenção dos historiadores de família nas primeiras décadas do século XXI. O patriarcalismo segue sendo um dos eixos temáticos principais para a abordagem da família, todavia a partir de uma análise em menor escala, é vislumbrado desde uma dinâmica interna que o constitui enquanto rede social, formado por relações de

⁹⁴ Publicações referência para historiografia recente de história da família no Brasil. O primeiro artigo publicado em 2009 intitulado “As teias que a família tece: uma reflexão sobre o percurso da história da família no Brasil”, publicado pela Revista História: Questões & Debates, n.51 (jul./dez) da Universidade Federal do Paraná, e o segundo, publicado em 2014, no livro “*História da Família no Brasil Meridional: temas e perspectivas*” (Oikos/Unisinos) intitulados “Descobrimos as Famílias no passado brasileiro: uma reflexão sobre a produção historiográfica recente”, no qual recupera parte da discussão apresentada no primeiro.

reciprocidade baseadas em parentesco, alianças matrimoniais, compadrio e amizade (entre desiguais) e legitimadas pela hierarquização do poder social (Scott, 2014; Muaze, 2016).

O enfoque preferencial do período colonial, e das regiões de monocultura escravocrata do nordeste e sudeste brasileiros característico das pesquisas dos anos 80 e 90, têm dividindo o protagonismo com outras regiões e períodos históricos. Do mesmo modo que aos tradicionais registros paroquiais e lista de população, tem sido acrescentadas uma variedade de fontes de outra natureza, como judiciais (inquéritos, testamentos, escrituras, tutelas, escrituras de dote), iconográficas e relativas a relatos de trajetórias de vida (diários e cartas). Outro fator característico das pesquisas recentes sobre história na família no Brasil tem sido a ampliação temporal e espacial dos temas estudados⁹⁵. As pesquisas ampliaram o recorte temporal, alcançando os ares republicanos e as mudanças implementadas pelo discurso modernizador, higienista e secular do novo regime e seus reflexos sobre a família. Em relação ao espaço, as pesquisas que majoritariamente concentravam-se na região sudeste e sul, vão contemplar, ainda que timidamente, outras regiões principalmente a partir dos anos 90. Somada à justificativa mais recorrente da ausência de documentação, estão a falta de estrutura financeira para organização dos arquivos e a falta de prestígio das unidades acadêmicas para levar a cabo as investigações, como fatores que explicam a ausência de estudos sobre família nas regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste do país (Faria, 1997).

Desde a primeira importante aparição como objeto de análise para a compreensão da formação da sociedade brasileira em “Populações Meridionais” de Oliveira Viana, de 1920, a família iniciou um largo caminho até a sua consolidação enquanto temática independente de investigação. Quase um século depois o tema adquiriu *status* de disciplina nas várias áreas das ciências sociais, a partir de um acúmulo de experiência e amadurecimento conceitual e teórico-metodológico, maior integração entre especialistas através da realização de eventos interdisciplinares, nacionais e internacionais. Todo o

⁹⁵ Além de livros e artigos, Ana Scott também elenca trabalhos de mestrado e doutorado sobre a temática de família apresentados em cursos de pós graduação em diversas regiões do país nas duas últimas décadas.

desenvolvimento da temática família tem sido demonstrado com produção de trabalhos em programas de pós-graduação, com cada vez mais diversidade de abordagens, de fontes e de recortes temporais e espaciais.

Pudemos perceber, como foi apresentado neste capítulo, que o surgimento dos estudos sobre família na Espanha e no Brasil foram contemporâneos. Vimos que um dos fatores que explicam este descompasso espanhol em relação aos vizinhos europeus, está diretamente ligado ao atraso do processo de codificação civil, e a consequente falta de uma referência de concepção unificada de família, devido aos diversas legislações e modelos familiares existentes na Espanha. A preocupação com a diversidade de modelos familiares se faz notar nos temas desenvolvidos nos trabalhos pioneiros, que relacionaram os diferentes modelos de família ao sistemas de transmissão de herança. No Brasil, os trabalhos pioneiros também diziam respeito à maior problemática para o entendimento das relações familiares no Brasil, a existência da escravidão, e as relações constituídas a partir dela, no processo de formação da população brasileira.

Quanto à recepção da influência das correntes e escolas teóricas, que ocorreu apenas entre os anos 70 e 80 nos dois países, o atraso espanhol deveu-se principalmente ao isolamento historiográfico provocado pelo longo período franquista, cujo controle do teor das produções e publicações acadêmicas diminuiu as possibilidades de um diálogo mais próximo com os vizinhos europeus. Enquanto que no Brasil, o descompasso em relação à Europa e América do Norte pode ser explicado pela falta de estrutura acadêmica universitária e, portanto, de um ambiente favorável à recepção das influências teóricas estrangeiras.

Na região Centro-Oeste, onde iniciamos nossa trajetória no estudo da história da família, o programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Goiás (UFG), reúne alguns importantes trabalhos sobre a temática. A maioria deles sob a orientação da Professora Heliane Prudente Nunes, autora de *“A Imigração Árabe no Brasil (1880-1970)”* (1996). Merecem destaque os trabalhos de Miriam Bianca *“Família e poder em Goiás”* (1996), Roseli Tristão, *“Formas de vida familiar na Cidade de Goiás nos séculos XVIII e XIX”* (1996), Rita de Cássia de Oliveira, *“A Laicização da sociedade brasileira e o código Civil de 1916: avanços e permanências na concepção de família”* (2001).

A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA: OS PROJETOS E AS LEIS CIVIS ESPECIAIS (1821- 1870)

Constituyen este período de nuestra historia legislativa una serie de hechos de diversas índoles, realizados bajo distintas iniciativas y con variedad de resultado, pero todos ellos inspirados y motivados por un solo pensamiento, el de la Codificación de nuestro Derecho civil.

Felipe Sánchez Román, 1890.

O processo de codificação civil espanhola teve como marco inicial os primórdios do século XIX, período em que a influência das ideias ilustradas e racionalistas coloca em marcha esse processo que culminaria, ao final deste mesmo século, com a aprovação do Código civil espanhol de 1888/89.

A técnica da codificação viria a fazer frente à existência de diversos corpos de leis, de distintas naturezas e vigências territoriais, que causavam dúvida, insegurança e gerava muitas contradições e desigualdades, incompatíveis com o racionalismo que ilustração preconizava para as áreas jurídicas pós 1789. Dentre os territórios que possuíam legislação própria, os denominados *foros*, estavam a Catalunha, as Regioes Vascongadas, a Galícia, Aragão, Valencia e as Ilhas Balerares.

A codificação na Espanha, assim como a maioria dos países europeus e americanos, também foi introduzida pela Constituição, e, 1812, através da reivindicação da unicidade de códigos quando dispõe que *“el Código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Corte (art.248)*. Esse propósito foi confirmado nas demais constituições do século XIX, quando legislaram a necessidade da codificação em todos os ramos do direito, como sendo o fator responsável pela igualdade entre todos os cidadãos. O senador Antonio María Fabié, ao final do século XIX, afirmava que *“uno de los signos más característicos de nuestro atraso social y político, consiste en no haber podido alcanzar la unidad legislativa”* (Código Civil. Debates Parlamentario, 1885).

O texto constitucional de 1876 estabeleceu que a Espanha fosse regida por códigos únicos, mas “*sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes*” (Art.75). É precioso observar que esta relativização deve-se ao fato de que a aquela altura, a unificação dos direitos civis era a única que ainda não havia sido levada a efeito, e que, portanto, a prerrogativa da diferença jurídica e de jurisdição, no ramo do direito civil deveria ser considerada no procedimento do codificador. Encarna Roca (1999) considera que mesmo permitindo relativa desigualdade, já que as leis poderiam admitir circunstâncias particulares, embora não especificassem quem estaria encarregado de distinguir tais circunstâncias; a Constituição de 1876, ainda assim proclamava uma codificação civil de caráter unitarista.

Dedicar-nos-emos a traçar um recorrido de todo o processo de codificação civil espanhol, a partir dos antecedentes da codificação, passando pelos principais intentos dos atores deste processo, através da apresentação dos projetos que antecederam o Código de 1888/89.

4.1 Os antecedentes da Codificação Civil Espanhola

O período anterior ao processo codificador do direito civil espanhol foi caracterizado por uma grande diversidade, advinda da falta de uniformidade jurídica na península durante o período de dominação muçulmana, iniciado no século VIII, cujas influências, nesse campo, perduraram até princípios do XIX (Baró Pazos, 1993). A “*pluralidade de legislaciones civiles vigentes en los dintintos territorios*”, fenómeno legislativo que segundo o autor Felipe Sanchez Roman (1890) era exclusivamente espanhol, constituiu-se na maior característica da história do Direito civil da Espanha e foi o maior obstáculo para o processo de codificação do direito espanhol. Essa falta de uniformidade não era possível devido a coexistência de diversos direitos dos reinos espanhóis, que configuram no total de seis legislações, a saber, as leis de Castilha e de mais cinco regiões forais: Aragão, Catalunha, Maiorca, Navarra e Viscaia.

Segundo Sanches Roman, o amontoado legislativo, formado por inúmeras leis, volumes e coleções chegaram ao ponto de converter a

legislação civil castelhana em um “*incomprensible labirinto*”. O Direito civil na Espanha anterior a Código foi assim caracterizado pelo autor:

[...] prolixo e complexo em suas fontes [...]
 [...] Los distintos Códigos se ofrecen en parte derogados y en parte vigente, supliéndose las disposiciones faltas de fuerza legal por preceptos de índole opuesta, que producen una extraordinaria desarmonia dentro de las próprias instituciones, influídas por tendencias contradictorias [...]
 La mayor parte de sus instituciones, son, y eran en mayor grado, la más anárquica multiplicidad, la mayor falta de armonía con la realidad histórica, y la vaguedad, la incertindumbre y el caos más completo [...] (Sánchez Román, 1890, p. 6-7).

Dentre as compilações que faziam parte deste cenário anterior ao período da Codificação, na Península Ibérica, que dão mostras dessa diversidade jurídica e territorial, as mais representativas foram El *Fuero Juzgo* (Castilha, século VII), *Los Usatges* de Barcelona (Catalunha, século XI), *El Fuero General de Navarra*, os “*Furs*” do Reino de Valencia e “*Los Fueros de Aragón*” (Século XIII). Duas legislações de referência, ambas do Reino de Castilha, elaboradas no reinado de Alfonso X, foram o *Fuero Real, de 1255*, e o *Código das Siete Partidas*⁹⁶, de 1265, passando a ter caráter legislativo pela Ordenação de Acalá, em 1384. Las *Siete Partidas* foram inovadoras para a época, pelo fato de conciliar os costumes castelhanos aos direitos romano e canônico. Também serão importantes no processo de romanização do direito espanhol e português, tendo evidentemente, alcance em terras latino-americanas.

Também por iniciativa do Reino de Castilha posteriormente foi organizado o *Livro de Bulas y Pragmáticas*, de 1503, resultado da reunião de disposições vigentes em épocas anteriores como os fragmentos do *Fuero Juzgo*⁹⁷, das *Siete Partidas* (1265), do *Ordenamiento de Acalá*⁹⁸ (1348), e

⁹⁶ Nome original *Libro de Leyes*, teve como fonte o *Corpus Iuris Civilis* e o direito canônico, sendo influenciadas, portanto por obras dos glosadores e canonistas, bem como por textos não jurídicos como a bíblia e de autores clássicos (gregos, romanos e orientais). Composta por sete partes, motivo pelo qual ficou conhecida como *Siete Partidas*: 1) direito canônico; 2) organização política; 3) direito processual; 4) direito matrimonial; 5) contratos; 6) sucessório e 7) direito penal e referências ao estatuto jurídico dos muçulmanos, judeus e aos delitos religiosos (Montagut, Motes i Bernet, 2001, p.119-120).

⁹⁷ *Fuero Juzgo* “colección legislativa vigente en el área castellana, procedente del *Liber Iudiciorum* que data del siglo VII y que fue traducida al romance en torno al siglo XIII, y aplicada como derecho del Reino de Toledo, en un principio, para difundirse después como derecho de

outras, com o intento de disponibilizar em uma única obra, sem supressões ou acréscimos, toda a legislação acumulada ao longo do tempo. Em 1544, como complemento a essa primeira iniciativa, foi organizado o “*Quaderno de algunas leyes que no están en el libro de las pragmáticas*” (Bellomo, 1996).

Posteriormente, com objetivo de dar a essas compilações certo sentido de novidade, foram de fato revogadas as leis que não fizessem parte dos compêndios oficiais, e esses passaram a ser denominadas *Recopilación ou La Nueva Recopilación de Castilla*, promulgada em 1567 (publicada em 1569), no reinado de Felipe II, que contava com nove livros nos quais eram contempladas todas as matérias do direito. No mesmo período, também, se destacam as recopilações organizadas pelos reinos de Navarra, Aragão, Catalunha e Valencia: “*Recolipación de todas las leyes del Reyno de Navarra*” (1614), “*Constitucions y altres drets de Cathalunya*” (1599-1589, 1704), e o “*Fori Regni Valentae*”(1547-1558).

O século XVIII, em termos de legislação, iniciou em 1707 com *Los Decretos de Nueva Planta*, de Felipe V, que até 1715, período da Guerra de Sucessão Espanhola, logrou uma relativa uniformização do direito peninsular impondo ao Reino de Aragão a base do direito de Castilha, mantendo algumas singularidades Forais, como Navarra, Guipúzcoa, Alava e Viscaya (Baró Pazos, 1993, p.50). Das doze edições que teve a Nueva Recopilación até 1777, as seis primeiras foram para inserir as leis posteriores, tendo chegado a última dessas edições a contar com “*500 pragmáticas, cédulas, ordenes y decretos*”. Nas últimas três edições (1772, 1775 e 1777), segundo José María Antiquera, no clássico “*La Codificación Moderna en España*”, de 1886, os acréscimos foram insignificantes, porém em 1798 foi encomendada pelo Conselho de Castilha, uma revisão da Nueva Recopilación ao juriconsulto D. Juan de la Reguera Valdelomar, que organizou a distribuição das novas leis junto às antigas, e denominou seu trabalho de *Novísima Recopilación*, decretada em

diversas plazas andaluzas y de Murcia, reconquistadas por Fernando III” (Baró Pazos, 1990. P.50)

⁹⁸ *Ordenamiento de Acalá*, promulgado em 1348, durante o reinado de Alfonso XI, composto por 32 títulos e 125 leis. Importante documento na evolução do Direito espanhol por ter sido o primeiro a estabelecer a ordem de aplicação das fontes de direito existentes. Ficou estabelecida que em primeiro lugar a aplicação do próprio Ordenamiento de Acalá, como lei geral, e a aplicação das leis municipais (*fueros municipales*) apenas quando esse falhasse, e como direito subsidiário o livro das Siete Partidas (Título 28) (Montagut i Maluquer (1997, p.120-121).

1804 e impressa em 1805. A nova estrutura contava com doze livros⁹⁹, nos quais eram distribuídos 340 títulos, compreendendo ao todo 4.020 leis (Antiquera, 1886, p.6-8).

Antiquera afirma que *“con la Novísima recopilación termina la serie histórica de nuestros antiguos Códigos, y en ella brillan los postreros reflejos del espíritu tradicional y religioso que á todos los animó”*, e acrescenta que o maior dos defeitos desta, segundo um de seus renomados críticos, foi o fato de não ter revogado as leis anteriores, mas, ao contrário, de ter confirmado-as como vigentes (Martinez Marina apud Antequera, 1886, p.8). Ao fazer exposição das leis espanholas que antecedem ao período moderno da codificação, inaugurado apenas ao final do século XIX, Antequera especifica a ordem hierárquica da utilização das mesmas, de acordo com o texto da Novíssima (Lei 3^a, tít.2^o. do livro 3^o.), segundo o qual:

Deben observarse y respetarse en primer término las leyes posteriores, considerando siempre á las más recientes, en caso de contradicción, derogatorias de las más antiguas; viniendo luego las de la Novísima Recopilación, después las del Fuero Real y los Fueros municipales, á los que debe agregarse el Fuero Juzgo; y en último término, y como supletorias, las leyes de Partida (Antequera,1886, p.8)

A vigência das diversas legislações anteriores, compiladas na Novísima, dava provas, segundo Antequera, de quão distante se achava a Espanha do *“espírito predominante en aquel tiempo de aceptar como bueno el sistema de codificación que en el presente siglo se ha hecho general, no sólo en Europa sino en todo el mundo”* (1886, p.16).

Acreditava-se que a variedade e a complexidade das antigas leis castelhanas eram características que somente seriam suplantadas

⁹⁹ El primero libro trata de la Santa Iglesia, sus derechos, bienes y rentas, Prelados y súbditos y Patronato Real. – El sebnales y Juzgados en que segundo, de la jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mista, y de los que ejerce. – El tercero, del Rey y de su Casa Real y Corte. – El cuarto, de la Real jurisdicción y su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla. – El quinto, de las Chancillerías y Audiencias del reino, sus ministro y oficiales. – El sexto, de los vasallos, su distinción de estados y fueros, obligaciones, cargas y contribuciones. – El séptimo, de los pueblos y su gobierno civil, económico y político. – El octavo, de las ciencias, artes y oficios. – El noveno, del comercio, moneda y minas. – El décimo, de los contratos y obligaciones, testamentos y herencias. – El undécimo, de los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos. – El duodécimo de los delitos y sus penas y de los juicios criminales (Antiquera, 1886, p.7-8).

efetivamente pela elaboração de códigos (Bellomo, 1996). No entanto, a realidade constatada por Sánchez Román, é de que, em tratando de leis civis na Espanha, nem mesmo um código foi suficiente para eliminar tais características, o que o levou a afirmar na clássica obra *“La Civilización Civil en España”* de 1890, apenas um ano após a promulgação do Código, que a o Direito civil espanhol ainda continuava necessitando de reformas.

4.2 Os Projetos de Código Civil

Na obra *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*, Juan Baró Pazos (1990) estabelece quatro etapas constituintes do processo de codificação do Direito civil espanhol: *“etapa de los prolegómenos de la Codificación (1880-1843)”*, *“etapa de oficialización de la Codificación (1843-1854)”*, *“etapa intermedia de la Codificación (1854-1875)”* e *“etapa de culminación de la labor codificadora (1875-1889)”*.

A primeira etapa, “de los prolegómenos”, compreende o período que se inicia com *La Carta de Bayona*¹⁰⁰, de 1808 e se estende até 1843, quando, segundo o autor, se inicia oficialmente o processo codificador com a criação de uma comissão específica para execução da tarefa de elaboração de um código civil. Esta primeira etapa é caracterizada pela elaboração de dois projetos de código, o de 1821 e o de 1836.

A segunda, denominada de *“etapa de oficialización de la codificación”*, tem como marco inicial a criação da Comissão Geral de Codificação (CGC), e finaliza quando aquela é dissolvida para dar lugar a uma nova comissão designada a elaborar leis civis avulsas, denominadas leis especiais. O ponto alto desta etapa foi o projeto de 1851, elaborado sob a direção de Garcia Goyena, que embora não tenha sido promulgado, foi considerado o protagonista de um considerável avanço no processo de codificação espanhol, servindo como fonte principal para a elaboração do texto do código de 1889.

¹⁰⁰ Carta Magna outorgada por D. José I, durante a ocupação francesa da Espanha, é considerada a primeira Constituição Espanhola. Nesse documento, o governo confirma a intenção de uniformizar as leis espanholas, como consta no artigo 96 do Título XI, *“Las Españas y las Indias se gobernarán por um sólo Código de leyes civiles y criminales”*. (Disponível em: <www.congreso.es/docu/constituciones/1812/Bayona_cd.pdf> acesso em 25.out.2016).

Considerada por Baró Pazos como uma fase “*intermedia de la codificación*”, a terceira etapa foi caracterizada por dois acontecimentos que tiveram repercussão no processo de codificação espanhola. O primeiro foi a mudança de estratégia de condução do processo de codificação das leis civis. Devido ao mau logro das tentativas anteriores, a ideia de um projeto único foi substituída pela elaboração paulatina de leis civis que se referiam a “*aspectos parciales del ordenamento jurídico civil*”. O objetivo dessa mudança de estratégia era amenizar o esforço e diminuir as dificuldades que envolviam a elaboração de um projeto único e completo como os anteriores. Com esse propósito, nesta etapa foram elaboradas as denominadas *Leis Especiais*, em diferentes matérias: Lei Hipotecaria (1861), Lei do Notariado (1862), Lei das Águas (1866), Lei de Registro Civil e Matrimônio (1870), e outras. O segundo acontecimento, de cunho político, foi a Revolução de 1868, e a consequente promulgação da Constituição de 1869, que preconizavam e supuseram “un reconocimiento expreso de los derechos individuales de los ciudadanos” (Barós Pazos, 1993, p.19).

A quarta e última é a etapa do processo de codificação civil espanhola, que tem como marco inicial a Restauração de 1875, a qual deu início a um momento político inaugurado pela Constituição de 1876, marcado pelas práticas parlamentares que significaram uma estabilidade política propícia aos esforços voltados à codificação. Esta fase culminou com a promulgação do código civil de 1889.

Descrevemos a seguir, o cenário e as iniciativas de unificação legislativa civil, através dos projetos e das leis que foram elaborados ao longo de cada uma dessas etapas que compõem o largo processo de codificação civil na Espanha.

4.2.1. O Projeto de 1821: “O Código Civil Total” de Nicolás María Garelly

A principal obra sobre o projeto de Código Civil de 1821 é assinada pelo historiador do direito Mariano Peset Reig, e intitulada “*Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*”, de 1975, na qual o autor apresenta uma consideração sobre o primeiro projeto de código civil de que se tem notícia na Espanha, cujo, segundo as palavras do autor, “*intento dar cuenta de él, de su*

significado y elaboración” (Peset Reig, 1975). De acordo com Peset Reig, a Espanha foi receptora da influência do fenômeno da codificação ilustrada que teve como propulsores alguns Estados da região centro europeia, como a Bavária e a Prússia, no final do século XVIII, e a França e Áustria no início do XIX. O *Code Civil* francês de 1804, foi sem dúvida o de maior repercussão, pois, além de ter sido imposto diretamente às regiões europeias dominadas por Napoleão, seu texto influenciou diretamente a elaboração de códigos de diversos reinos do continente, que não apenas o receberam, mas de fato, o imitaram.

Em terras espanholas essa influência se fez presente no texto constitucional de Cádiz, em 1812, no citado artigo 258, que expressa o desejo e a necessidade da elaboração de um código civil para uma nova Espanha, condizente com o espírito moderno e ilustrado que se introduzia em terras e mentes espanholas naquele momento. Esse propósito, anunciado no período gadatino, apenas foi levado a cabo pelo triênio liberal, que a 22 de agosto de 1821 designou uma comissão do código civil¹⁰¹. Esta comissão foi liderada por Nicolás María Garely¹⁰², deputado valenciano, progressista, considerado autor principal do projeto, e estava composta apenas por deputados, sem participação de *“juristas extraños a las Cortes”* (Tomás y Valiente, 2006, p.538). Em menos de um ano de trabalho, a comissão realizou a leitura do discurso preliminar e dos artigos do projeto, na sessão de 19 de junho de 1821.

Na análise de Peset Reig, a primeira característica destacada sobre o projeto de 1821 é a de que este, por motivos externos, foi uma obra inacabada, incompleta e fragmenta, não chegando nunca a ter vida jurídica¹⁰³, ainda assim, autor registrou as seguintes palavras, referindo-se ao projeto:

¹⁰³ O projeto deveria ser composto de três partes: Título Preliminar, *Parte Primeira* (composta por três livros) e *Parte Segunda* (composta por dois livros). Foram concluídos e impressos no total 476 artigos, que compuseram o *Título Preliminar* (arts.1-33), e os dois primeiros livros da *Parte Primeira*, denominada *“De los derechos y de las obligaciones”*, o Livro primeiro *“De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general”* (arts.34-276) e o Livro segundo *“De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición domestica de las personas”* (arts.277-476). Não foram elaborados o Livro terceiro da Parte segunda, *“De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas”*, e a Parte Segunda do projeto, que seria composta de outros dois livros, e se denominaria *“De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos e las obligaciones”* (Peset, 1975, p.31).

Es una obra curiosa, hábilmente trazada, a pesar de que se pueda señalar algunos defectos, debido a la prematura con que se trabajó. Es una obra muy doctrinal, con gran atención a las definiciones y a la sistemática, al encadenamiento lógico de los preceptos (Peset Reig, 1975. p.329)

O projeto contou de fato com o livro primeiro, *Das Pessoas*, e com uma *Parte Preliminar* na qual Garely introduziu os direitos fundamentais de liberdade, segurança e propriedade. Essa parte também constava as normas de elaboração de decretos e leis. Esse projeto foi considerado excessivamente doutrinal devido à sua sistematização formal, que contava com “*abundancia de definiciones y enumeraciones, y la precisión de una lenguaje formal evocando el método cartesiano*”(Baró Pazos, 1993, p.60-61).

Outra característica que o distingue dos demais projetos de código é a amplitude com que foi concebido, não se limitando estritamente ao direito civil, abarcava em seu bojo a intenção de abordar questões públicas, constitucionais e administrativas. Segundo Peset Reig, essa concepção ampla de código se deve a três influências muito claras, em primeiro lugar, os velhos códigos de leis que o antecederam, *Novissima Recopilación* ou as *Siete Partidas*, as quais possuíam essa característica de totalidade; em segundo, os códigos da Prússia e da Áustria, que também se constituem a partir de semelhante característica, e em terceiro lugar, a influência das obras de Jeremy Bentham (1748-1832), teórico inglês cujas obras jurídicas difundidas entre os juristas espanhóis da época, balizavam a ideia do código amplo. Essa intenção fica clara no texto do Discurso Preliminar do Projeto de 1821:

Sin duda semejante Código Civil no se limitaría al derecho, que comúnmente se llama de privado, sino que abrazaría también el derecho público interior, o sea la administración general del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político en todas sus dependencias. (Discurso Preliminar do Projeto de 1821, Peset Reig *apud* Baró Pazos, 1993, p.57)

Peset Reig utiliza a expressão “*código civil total*” para identificá-lo a partir desta característica de amplitude, como evidenciam as palavras do discurso preliminar, mais identificada com conceito de compilação, do que com o princípio da codificação. Baró Pazos (1993) considera essa característica do

projeto de 1821, uma das causas principais do fato deste não ter sido concluído.

A dificuldade de execução atribuída a esse caráter amplo somou-se a outros fatores que explicam o seu estado inconcluso. Um desses fatores foi a nomeação de Garely ao cargo de Secretário de Gracia y Justicia em 1822, responsabilidade que o subtraiu das atividades da Comissão de Codificação que presidia. Outro fator foi a inconveniência política causada pelo excessivo legalismo característico do projeto, que ao desprezar a importância dos usos e costumes, fontes do direito Foral, no processo de codificação, acabou por desconsiderar a singularidade jurídica dos territórios históricos, compostos por Catalunha, Navarra, Aragão, Províncias Vascongadas, Baleares e Galícia, impondo um caráter de unicidade jurídica privilegiando a legislação castelhana. Segundo Baró Pazos esse pode ter sido um dos principais defeitos deste projeto. Por fim, a decisiva influência doutrinária de Bentham¹⁰⁴, que defendia a anterioridade do processo de codificação penal ao civil. Em direção contrária apontam Thomàs de Montagut e Carlos J. Maluquer, em *Història del Dret Espanyol*, ao afirmarem:

Aquest Projecte no es podia qualificar com un project castellanista, sinó mé aviat com un projecte constitucionalista, já que el seu text, que no es complet, es compon d'un discurs preliminar, un títol preliminar i una part del llibre primer, en el qual destaca la superioritat de la llei sobre qualsevol altra classe de norma i que es proposa compaginar el dret tradicional amb les noves doctrines i concepcions jurídiques, manifestat que la seva funció també radica em el fet de recollir el dret civil que evidentment constitueix el dret comú (Montagut, T. e Maluquer, C. J. 1997, p.249).

A variedade de influências doutrinárias e legais é uma das características marcantes deste projeto. Algumas influências mais perceptíveis, segundo seus analistas, como a do Código de Napoleão, em relação ao conteúdo, e as doutrinas de Bentham, quanto à estrutura, e outras influências menos perceptíveis, como os dos códigos austríaco e prussiano.

¹⁰⁴ *Traité de legislation civile et penale*, obra traduzida ao castelhano pelo professor Dr. Ramón Salas, da Universidade de Salamanca, entre 1821 e 1822, na qual o autor apresenta a doutrina da necessidade da codificação do direito penal antes do civil. A influência desta obra se fez comprovada quando da promulgação do código Penal Espanhol em 1822, evidenciando a prioridade dada pela comissão de codificação a este ramo do direito.

Pela ausência de uma corrente doutrinal genuinamente espanhola, as obras da Escola Exegética¹⁰⁵ francesa serviram de base doutrinal aos membros da comissão, dando-lhe o já citado caráter extremamente legalista. Paradoxalmente, a comissão serviu-se das legislações estrangeiras, que conduziam a legislação espanhola a um movimento moderno da ilustrada sociedade liberal, o da codificação, ao mesmo tempo em que também ressaltou a importância das tradicionais instituições do direito espanhol, na figura das duas mais expoentes compilações, *Fuero Juzgo* e *Siete Partidas*.

Finalmente, considerando as palavras de Peset Reig (1975), como o maior especialista no tema, e também as de F. Alvarez (1842), maior estudioso da vida e olhar de Garely, o historiador Baró Pazos (1990) ao fazer uma avaliação final do projeto, destaca a sua importância como uma obra precursora e geradora de estímulo, que inaugurou a história da codificação civil espanhola. E que embora não concluída, e tendo sido fruto de uma geração a qual faltava experiência, diante de uma técnica desconhecida, e carecia de base doutrinal própria; logrou através da conjugação de diferentes influências legais e doutrinárias, a realização de uma obra complexa, que objetivou, através da sistematização jurídica, concretizar os princípios de liberdade, propriedade, e igualdade dos cidadãos perante a lei, anseios preconizados pela nova sociedade liberal burguesa espanhola, a qual representava o triênio 1820-22.

Após essa primeira e expressiva iniciativa, o processo codificador espanhol passou por um longo período, compreendido por trinta anos, qualificado por Tomás y Valiente como uma “*oscura etapa*”, no qual não houve “*ningún texto de importancia equivalente*” ao apresentado pelos liberais em 1821. Durante esse período houve apenas duas iniciativas (projetos de 1833 e 1836), que não tiveram prestígio, nem tão pouco exerceram influência considerável ao processo de codificação espanhol, que foi outra vez impulsionado apenas pelo projeto de 1851, como descreveremos a seguir.

¹⁰⁵ Escola jurídica de orientação hermenêutica que surgiu no início do século XIX, na França, após a promulgação do *Code de Napoleão*. A Escola Exegética tinham como objetivo interpretar o Código Civil francês, e foi caracterizada pela supremacia da razão no Direito, considerando que o Estado era a única fonte de Direito, pela onipotência do legislador, e pela Teoria da Plenitude da Lei. Foi um importante veículo de divulgação do Positivismo jurídico francês. A codificação espanhola recebeu influências dos seguintes autores: Delvincourt *Instruções do Direito Civil* (1808), Proudhon, *Curso de Direito Frances* (1809), Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (1811).

4.2.2 O Projeto de 1833 e o intento conciliador de Cambronero

Em 1832 Manuel María Cambronero (1761-1834), jurista e advogado dos Conselhos Reais, recebeu de Fernando VII a incumbência de elaborar um Código civil. Porém, apenas esteve à frente da Comissão de Codificação por oito meses, período compreendido de 9 de maio de 1833, quando da nomeação real, a 5 de janeiro de 1834, data de seu falecimento. Durante esse breve período, Cambronero elaborou parte do projeto¹⁰⁶, tomando por base, os registros da comissão de codificação do período liberal (Lasso Gaité, 1979).

Embora tenha muita similitude com o projeto de Garely, principalmente no que concerne a preocupação com as definições e conceitos, e também com a importância dispensada ao direito histórico¹⁰⁷, em especial às *Siete Partidas*, o projeto de Cambronero difere-se do anterior por incorporar elementos da legislação dos territórios históricos.

La parte del Proyecto redactada por Cambronero. [...] puede ser caracterizada por el intento de su autor de superar el principal defecto del Proyecto inconcluso de la época anterior, mediante la incorporación de diversos elementos procedentes no sólo de la legislación castellana, sino también de otros territorios históricos (Baró Pazos, 1993, p.66)

Sanchez Roman qualificou Cambronero de eclético por sua singularidade quando à utilização de material heterogêneo, e pela tentativa de aproximação do direito castelhano e Direitos Forais¹⁰⁸ (Sanchez Román, 1889, p.127).

4.2.3 Projeto de 1836: o primeiro projeto completo e exclusivamente civil

Foi elaborado por uma comissão nomeada por Nicolás María Garely, novamente ministro de Gracia e Justiça no governo conservador de Martinez

¹⁰⁶ Foram elaborados 13 capítulos sobre as instituições de tutela e curatela, 5 capítulos sobre a ausência, e 11 artigos sobre as pessoas morais, publicados por Lasso Faite em *Crónicas de la Codificación española*. 4 – Codificación Civil (Génesis y historia del Código). 2 volúmenes. Madrid, 1970, pp 73-88.

¹⁰⁷ Autor de "*Ensayo sobre los orígenes, progresos y estado de las leyes españolas*", de 1831, uno Plano de obra de Jurisprudencia nacional encomendado por Fernando VII.

¹⁰⁸ Segundo Lasso Gaité (1993), Sanchez Roma (1889) foi um dos poucos autores que escreveu sobre a codificação espanhola que fez referência a este projeto.

Rosa, e iniciado em janeiro de 1834¹⁰⁹. A comissão não era parlamentar, foi constituída por três juristas de renomado prestígio, e presidida por José Navarro Ayuso, e integrada também por Eugenio de Tapia, e Ramon Cobo de la Torre¹¹⁰.

Este foi o primeiro Projeto de Código civil a ser redigido por completo da história da codificação civil espanhola, e também o primeiro de caráter exclusivamente civil, limitando-se as matérias do direito privado, contendo apenas “*las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas*”, diferenciando-se do projeto de 1821, que havia incorporado ao texto também leis políticas e administração pública (Exposición de Motivos in Baró Pazos, 1993, p.69).

A comissão concluiu sua elaboração em setembro de 1836, sendo o projeto constituído por uma Parte Preliminar e quatro livros¹¹¹, que perfaziam ao todo 2.458 artigos. Os autores utilizaram tanto fontes nacionais quanto estrangeiras, mas segundo Lasso, fizeram-no mantendo certa independência e originalidade (Lasso Gaité, 1970, p.148 *apud* Baro Pazos, 1993, p.84).

As principais fontes utilizadas foram as leis tradicionais, *Fuero Juzgo*, *Siete Partidas* e a *Novísima Recopilación*. Na opinião de Baró Pazos, a utilização restrita das leis castelhanas deve-se ao fato de que a formação e a atuação jurídica dos membros da comissão tenha sido exclusivamente em todo do direito de Castilha, por esse motivo, não consideraram os Direitos Forais dos territórios históricos.

Além das leis pátrias, foram utilizados os códigos estrangeiros, em especial, o francês, embora tenham se distanciado desse por respeitar as tradições religiosas, principalmente em relação ao matrimônio. Porém, segundo Lasso Gaité, os redatores do Projeto elaboraram um texto com independência de critério em relação às doutrinas estrangeiras e às fontes históricas espanholas, caracterizando a obra por sua originalidade.

¹⁰⁹ Comissão nominada pelo Real Decreto de 29 de enero de 1834.

¹¹⁰ Substituído ao final dos trabalhos por Tomás María Vizmanos.

¹¹¹ O Primeiro Livro, das Pessoas; o segundo se refere aos Bens e Propriedade; o terceiro, Obrigações e Contratos; o quarto, às Sucessões.

Também foram utilizados os trabalhos de codificação anteriores, como os primeiros livros dos projetos de 1821 e de 1833 (Cambroner). Na opinião de Baró Pazos:

Es un buen proyecto, amplio, completo, redactado con moderna sistemática se adoptará en líneas generales por los redactores de los proyectos posteriores; y todo ello teniendo en consideración la época en que fue elaborado, y el escasísimo tiempo e que fue redactado. [...] dotado de una innegable calidad técnica, y de un plan perfectamente concebido y coordinado [...] (Baró Pazos, 1993, p.84).

Pese as qualidades acima citadas, o projeto de 1836 também foi objeto de críticas, como a de atender a uma linha moral tradicionalista, dando a alguns institutos um caráter conservador. Contra esse conservadorismo, os críticos progressistas¹¹² defendiam uma maior influência do Código francês, em detrimento da utilização majoritária das fontes tradicionais castelhanas. Esse conflito político-ideológico foi motivo de rechaço ao projeto promovido pelo novo governo constituído, de caráter progressista, liderado por Calatrava em 1836, que não defendeu a apresentação e discussão perante às Cortes de um projeto elaborado por uma comissão nomeada pelo governo conservador que o antecederia, o de Martinez la Rosa de 1834.

Ligada a essa crítica, se apresenta uma segunda que considerava o projeto conservador e inadequado aos princípios da Constituição liberal de 1837, e, portanto, passível de reformas que o vinculasse à lei fundamental. O teor de conservadorismo pode ser percebido nas palavras da Comissão ao se referir às inovações propostas pelo Projeto no texto da “Exposição de Motivos” quando da apresentação do Projeto ao Governo:

A cada una de estas innovaciones ha precedido un maduro examen y una detenida discusión; porque la Comisión conoce bien **cuán peligrosa es la novedad en estas materias**, y por otra parte la **razón aconseja que se conserve en cuanto posible y conveniente** lo que ha estado en práctica por largos años, lo que el uso ha sancionado como útil y el hábito ha hecho cómodo y familiar. Guiada en estos principios se ha limitado a hacer en nuestra legislación aquellas mejoras que reclamaban imperiosamente los progresos de la ilustración, las mudanzas acaecidas en las costumbres y el estado atual de los intereses sociales ((Exposición de Motivos del Proyecto de 1836, Lasso Gaité (1970) 1979, p.92) (grifo nosso)

¹¹² Progressistas que voltaram do exílio, pós período absolutista de Fernando VII, admirando as instituições e o direito estrangeiros (Baró Pazos, 1993).

Paró Pazos (1993) contesta o argumento do anacronismo apontado pelos críticos, e afirma “*se tratar de un cuerpo legal que se adapta a las circunstancias sociales y económicas en que fue elaborado*” (Baró Pazos, 1993, p.85), e considera prova desta modernidade a utilização de sua sistemática e conteúdo (em alguns casos literais) pela comissão do projeto de 1851. Ainda afirma Pazos, que sendo a constituição de 1837 a mais transacional da história constitucional espanhola, não encontraria dificuldades em conciliar-se com o projeto de código civil, porque ambos os textos “*responden a um mismo ideal político-legal, de ruptura con el Derecho público y privado del Antiguo Régimen*” (Baró Pazos, 1993, p.86). Essa separação foi uma preocupação evidenciada pela Comissão no texto da “Exposição de Motivos”, primeiramente considerando que “*uno de los defectos que se han tachado a la Novisima Recopilacion es el haber abrazado tantas materias de la administración pública, lo que además hacerla muy volumosa, ofusca y embaraza sobre manera*” (Lasso Gaité (1970), 1979, p.90) e declarando a favor da compartimentação das matérias do direito em códigos específicos, seguindo, de acordo com a Comissão, o exemplo da França, da Prússia, e de outras nações cultas:

[...] donde el Código civil se halla reducido al Derecho privado, la opinión de los juristas más acreditados está en favor de la subdivisión de Códigos, o sea cuadernos separados de leyes abrazando cada uno de éstos sólo aquellas materias que tienen entre sí un estrecho enlace y un objeto peculiar. Así, pues, aunque emanadas de un mismo origen son diversas por el distinto fin a que se encaminan, las leyes que declaran las obligaciones y los derechos políticos, a lo que se ha dado en los tiempos modernos el nombre de Constitución, de las que prescriben las obligaciones los derechos civiles, o sea los intereses individuales y privados, cuyo cómputo se llama Código civil (Exposición de Motivos del Proyecto de 1836, Lasso Gaité (1970) 1979, p.91)

Uma terceira crítica ao projeto, como já mencionado quando nos referíamos às fontes utilizadas, foi o fato da desconsideração aos Direitos Forais, e o privilegio dado à legislação genuinamente castelhana. Embora esse não tenha sido um motivo forte de rechaço ao projeto, já que os territórios forais não tiveram a oportunidade de se opor objetivamente, por sequer terem sido apresentados às Cortes. Outro fato a ser considerado em relação à crítica é o de que nos quadros de formação jurídica na Espanha ainda se fazia

incipiente o processo de recepção dos princípios da Escola História de Savigny¹¹³, que viria a dar sustentação doutrinária à essa discussão, o que ocorreu apenas após 1841, com o jurista e historiador Pedro José Pidal¹¹⁴.

As críticas internas ao projeto, somadas aos motivos externos, de ordem política, caracterizados por guerras e sucessões governamentais, resultaram na impossibilidade de sua promulgação. Embora tenha sido submetido à apreciação das Cortes, em 16 de novembro de 1836, as circunstâncias políticas não foram favoráveis à sua apresentação e discussão. As Cortes haviam sido convocadas pela regente María Cristina, em agosto do mesmo ano, com um objetivo maior e mais urgente: o de revisar a Constituição de 1812, objetivo ao qual se limitou estritamente.

A parte das críticas, Baró Pazos considera que, embora o projeto de 1836 não tenha se convertido em lei, o projeto é de grande importância para a história da codificação civil espanhola, por ter sido o primeiro a ser concluído.

Una principal característica destaca en este Proyecto de Código civil, y que hace del mismo un documento muy interesante en nuestro proceso codificador: es el primer Proyecto de Código civil que se redacta completo en la larga historia de nuestra Codificación, aunque no fuese deliberado por las Cortes, por razones ajenas a la Comisión, y por supuesto, por razones ajenas a su calidad técnica, indiscutida por la doctrina de la época y por actual (Baró Pazos, 1993, p.69).

Esse Projeto teve sua importância reconhecida pela Comissão Geral de Codificação constituída em 1843, que o utilizou como fonte, bem como pelo autor do projeto de Código de 1851, García Goyena, e posteriormente por Cárdenas¹¹⁵. Se não no conteúdo, consideradas as críticas dos progressistas,

¹¹³ Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), jurista alemão fundador e maior representante da Escola Histórica do Direito, que preconizava que o direito se originava nos costumes e tradições de um povo, em seu processo de evolução histórica. Essa corrente do pensamento do direito fazia oposição ao movimento Codificador do século XIX, desencadeado pós Revolução Francesa, pelo Código de Napoleão.

¹¹⁴ Pedro José Pidal, jurista e historiador, considerado precursor da Escola Histórica na Espanha, a partir de 1841, com o curso *“Lecciones acerca del gobierno y legislación en España”*, oferecido no Ateneo de Madri. Baró Pazos observa que a difusão da corrente pode ter sido anterior a esta data, conforme referência de Figueira Pamies, que considera o ano de 1936 (para Catalunha).

¹¹⁵ A Comissão constituída em 1943 teve um exemplar do Projeto de 1836 à disposição; Garcia Goyena reconheceu ter utilizado este projeto para a elaboração do de 1851, e Cárdenas se serviu de sua doutrina para justificar as observações que formulou sobre o Projeto de Goyena, de 1851. (Baró Pazos, 1993).

na forma, a modernidade da codificação se viu representada em território espanhol pelo projeto de 1836.

4.2.4 O Projeto Isabelino de 1851 e a oficialização do processo codificador

Também conhecido como projeto de Garcia Goyena¹¹⁶ ou projeto Isabelino, o projeto de 1851 inaugura uma nova etapa da história da codificação espanhola, identificada por Baró Pazos como a etapa de oficialização de todo o processo. O caráter oficial é definido pela criação de uma Comissão Geral de Codificação¹¹⁷ (CGC), como uma tentativa de mudança de estratégia, do que até então era o padrão dos esforços codificador, que foram levados a cabo por comissões parlamentares ou especiais, de caráter transitório, e/ou ainda por iniciativas particulares de juristas isolados. A ideia era que uma comissão permanente, sem conotações políticas, possibilitaria a dedicação exclusiva de seus integrantes¹¹⁸ e, portanto, uma maior profissionalização na condução dos trabalhos, que passariam a ter mais unidade. Essas características eliminariam a influência das transições e conflitos políticos que constantemente assolavam o país, interrompendo ou

¹¹⁶ Florencio García Goyena (1783-1855) nasceu em Tafalla, Navarra. Catedrático de direito da Universidade Salmantina, onde estudou. Liberal, exerceu diversos cargos políticos, com destaque para o cargo de Ministro da Gracia y Justicia e presidente do Conselho de Ministro, e a Magistratura o levou ao Supremo Tribunal. A quem a paternidade do projeto é atribuída em diversos documentos e por boa parte da historiografia espanhola. Baro Pazos, afirma que tanto nas atas das sessões da comissão, quanto nas próprias declarações de García Goyena fica evidente que “el proyecto de Código Civil de 1851 debe ser estimado como una obra redactada por un conjunto de juristas, entre los que destaca sobremanera Florencio García Goyena, que se erigió em su impulsor y miembro más activo de la Sección, y que por haber dado a la imprenta su famoso libro que recoge el resultado de las deliberaciones de la Sección, ha pasado por ser el autor único del Proyecto” (Baro Pazos, 1993, p.109-110).

¹¹⁷ Presidida inicialmente por Manuel Cortina e constituída por: Juan Bravo Murillo (substituiu Manuel Cortina na presidência em 15 de maio de 1844), Pasual Modoz, Manuel Pérez Hernández, Luís González Bravo, Francisco de Paula Castro y Orozco, José María Tejada, Manuel Seijas Lozano, Domingo María Vila, Manuel García Gallardo, Claudio Antón de Luzuriaga, Manuel Urbina y Daoiz, Javier de Quinto, Florencio García Goyena, Cirilo Álvares, Domingo María Ruiz de la Veja, Manuel Ortiz de Zúñiga, Joaquín Escriche (substituído por Tomás María Vizmanos, em 13 de outubro de 1843).

¹¹⁸ Para garantir a exclusividade dos membros aos trabalhos da comissão, o governo determinou uma retribuição de setenta mil *reales* para cada um de seus integrantes, e dez mil para os auxiliares. No entanto, a maioria renunciou a remuneração que garantiria sua independência econômica, argumentando estarem suficientemente recompensados por fazerem parte da honrosa comissão. Essa atitude comprometeu o andamento dos trabalhos, porque muitos continuaram se dedicando aos seus cargos na magistratura e as atividades advocatícias. Sendo esta inclusive, a justificativa do governo ao dissolver a Comissão Geral de Codificação em 1946. (Baró Pazos, 1993, p.99).

paralisando definitivamente os trabalhos das ditas comissões. (ou empreendimento codificador).

Criada a 19 de agosto de 1843, durante o governo de Joaquín María López, a CGC foi instalada formalmente no dia 28 do mesmo mês, e iniciou os trabalhos em 16 de setembro. Foi dividida em quatro seções: Civil, Penal, Procedimentos Cíveis e Procedimentos Criminais. Na primeira sessão foi deliberada a necessidade de elaboração de bases gerais para facilitar o processo de codificação, proporcionando certa homogeneidade nos trabalhos das quantas seções, e essas, deveriam estar em harmonia com os princípios constitucionais de uniformidade dos direitos.

A Seção responsável pela elaboração das Bases do Código civil foi composta por Florencio García Goyena, Presidente; Domingo Vila; Joaquim Escriche e Manuel Ortiz de Zúñiga, Secretário (Antiquera, 1886, p.69). A partir das bases gerais da CGC, a sessão do Código civil elaborou quarenta e sete bases específicas apresentadas à comissão em 4 de janeiro de 1844.

Com o argumento de conciliar a legislação castelhana e a foral, a CGC solicitou junto às Audiências e Colégios de Advogados dos territórios, um informe sobre os antecedentes de suas legislações, que segundo Baró Pazos, *“coincide por outra parte con aquello que es el ínsito a todo intento codificador: dotar de la imprescindible unidad jurídica a todos los territorios de la Monarquía”* (Baró Pazos, 1993, p.97).

Porém, segundo Baró Pazos (1993), não constam nos arquivos da comissão nenhum registro dos informes regidos pelos territórios Forais, como Catalunha, País Basco e Navarra. Duas são as hipóteses consideradas pelo historiador para justificar a ausência de informações tão relevantes, ou de fato os territórios não enviaram os relatos, ou os mesmo podem ter sido extraviados devido à instabilidade da sede da Comissão Geral de Codificação. O autor lamenta o fato de não ter sido conhecida a opinião desses territórios e as particularidades de seus “usos e costumes”, e que essa falta de diálogo conferiu a posteriori a conotação de centralista e antiforalista ao projeto de 1851.

A comissão foi suprimida por um decreto de 31 de julho de 1846, referendado pelo Ministro D. Joaquim Díaz Caneja, por motivos de mudanças políticas e por duras críticas feitas pelo governo à sua organização,

relacionadas ao elevado número de integrantes, que prolongava as discussões e impunha um ritmo lento aos trabalhos, conforme palavras do decreto que a dissolveu:

La organización que se dio a esta Comisión, hubo sin duda de ser defectuosa, cuando en cerca de tres años no ha podido aún presentar al Gobierno más que una parte de los proyectos que se le confiaron, á pesar de la asidua constancia con que sus individuos han trabajado por espacio de tanto tempo. Indagando las causas que hayan influido en esta lentitud, de presumir es no sea otra que el número de vocales y el régimen interior de sus secciones, porque en trabajos científicos de tanta extensión, la concurrencia muy numerosa de pareceres encontrados ofusca y prolonga sin término las discusiones, y priva á la obra de aquel concierto, sencillez y unidad que deben distinguirla (Antequera, 1886, p.60-61).

Com o intuito de dar mais celeridade ao processo, o ministério criou em 11 de setembro de 1846, outra Comissão¹¹⁹ com um número de membro mais reduzidos, e dividida em apenas duas seções, uma civil e outra de procedimentos civil e criminais¹²⁰. A seção civil, presidida por Bravo Murilo, e composta por Luziriaga, Goyena e Sánchez Puy (secretário), finalizou o Livro III, e revisou os dois primeiros que haviam sido elaborados pela primeira comissão, e concluiu o Anteprojeto de Código civil em 10 de setembro de 1849. Com poucas modificações em relação ao anteprojeto, o projeto foi aprovado em 5 de maio, e publicado a 12 de junho de 1851.

O Projeto de Código civil de 1851 contava com três livros, divididos em 41 títulos, 153 capítulos com 1992 artigos. O Livro 1º. tratava de “*Las Personas*” (onde estão as disposições referente à família, como, matrimônio, divórcio, paternidade, filiação, adoção, pátrio poder, etc), o Livro 2º. “*De la división de los bienes y da propiedad*” (classificação das diferentes espécies de bens, propriedade, posse, usufruto, o uso e habitação, e servidões), e o Livro 3º. “*De los modos de adquirir propiedad*” (herança com e sem testamento, doações entre vivos, contratos e obrigações em geral, etc.) (Antequera, 1886, p.70).

¹¹⁹ Composta por Juan Bravo Murilo, Presidente; Florencio García Goyena, Claudio Antón de Luziaga; Pedro Jiménez Navarro; Manuel de Seijas Lozano e Manuel Perez Hernández.

¹²⁰ A penal foi suprimida pelo fato de que o Código Penal já estava praticamente concluído. Foi submetido às Cortes e aprovado como Lei em 19 março de 1848.

É unânime entre os historiadores do direito, a vinculação do Projeto de 1851 aos projetos e iniciativas particulares anteriores, elaborados ao largo da primeira metade do século XIX, e como resultado da soma dos trabalhos de comissões anteriores, como afirma Baró Pazos, *“el Proyecto de Código civil de García Goyena no está desprovisto de una certa vinculación con los proyectos anteriores”* (1993, p.102).

Dentre as principais características do Projeto de 1851, destaca-se em primeiro lugar, a forte influência da doutrina estrangeira, com destaque para as obras dos juristas franceses Portalis e Premaneu. Em segundo, o caráter individualista e liberal da propriedade; e em terceiro, a regulação do casamento, reconhecido apenas em sua versão religiosa, o canônico, indissolúvel, mas com a possibilidade de divórcio para a suspensão da vida de casados, sendo os motivos do divórcio exclusivamente de conhecimento dos tribunais civis, o que causou forte resistência por parte dos grupos conservadores ligados à Igreja (Tomás y Valiente, 2006, p.542).

A forte influência da doutrina estrangeira também é uma das maiores críticas dos historiadores do direito ao Projeto de 1851, por ele ter sido concebido sob uma única influência teórica, a corrente unificadora do direito, dominante no meio jurídico espanhol, caracterizado por uma grande debilidade doutrinária e pela conseqüente dependência dos postulados franceses, como os de Portalis, defensor de uma lei comum para todos os franceses. A ideia de fazer do Código civil um fator de unidade nacional implicava na supressão dos Direitos civis forais.

Segundo o professor Miguel Masot, era impensável um Código civil *“en el que se intentara recoger y sistematizar el Derecho español si se pecaba de olvido y omisión de los Derechos forales”* (1985, p.126). Contrários ao propósito unificador, os simpatizantes da Escola Histórica caracterizavam o Projeto de 1851 como “castellanista” e “antiforista”. Motivo pelo qual foi duramente criticado por ter utilizado o Direito de Castilha como base para sua elaboração. Segundo Sánchez Román, um *“espírito algo estrecho y exclusivista, y la falta de decisión del gobierno”* (Sanches Román, 1889, p.23), são motivos que explicam o fato de o projeto não ter sido aprovado.

Con relación al espíritu, parécenos exclusivo y estrecho el criterio observado en la proyectada reforma, y por tanto, poco adecuado á su propio fin. Más parece un Código de Castilla, atendida la parcialidad favorable á esta legislación, que un proyecto de Código general. Verdad es que el Derecho de Castilla era más completo y acertado en la mayor parte de sus preceptos; pero no puede desconocerse, sin incurrir en la merecida nota de apasionado y parcial, que la legislación foral ofrece algunas instituciones que debieron ser en parte respetadas y fundidas en una totalidad orgánica y conciliadora con las leyes castellanas, que por su generalidad, y aun por su indudable y relativa perfección, debieron ser preteridas en su mayor parte, pero no otorgárselas un exclusivo imperio. Ese exclusivismo hizo estéril una reforma [...] (Sanches Román, 1889, p. 35).

Sanches Román também apresenta críticas em relação à estrutura do projeto e ao plano de redação por ser “*muy análogo al del francés*”. Afirma ser o projeto defeituoso na divisão das matérias, por inadequação, e nos conceitos, por falta de exatidão. Considera ainda um defeito a implantação de instituições estrangeiras na Espanha, como o caso do Conselho de Família. Porém, reconhece “*la bondade y progreso científicos de muchos de los principios en el contenido*”, e o fato de o projeto ter servido de base para reformas posteriores e para o próprio Código de 1889.

Entretanto, a estrutura resultante do trabalho realizado principalmente pelas comissões de 1843 e 1846, publicado em 1851, não resultou em Código de lei. José Maria Antequera¹²¹, no clássico “*La Codificación Moderna en España*”, de 1886, apresenta os motivos que o próprio Governo elencou para justificar a decisão de não executar o projeto em Lei de Código civil: em primeiro lugar, “*porque sus disposiciones afectan esencialmente a las relaciones entre la familia y la orden social [...]*”, sendo essa uma referência aos artigos relativos ao matrimônio, que enfrentariam uma resistência dupla, da Igreja e dos territórios Forais. A segunda justificativa foi “*que la existencia de fueros, legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas [...] aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicación y ejecución de todo Código general*”, e por último a terceira justificativa, de que sería “*conveniente y necesario que antes de tomar*

¹²¹ José Maria Antequera y Bodadilla (d/d – 1991) jurista, historiador do direito, membro federativo, sem direito a voto, da comissão de 1875, e secretário da Sessão de Assuntos Cíveis da Comissão Geral de Codificação (1875-1891), advogado membro do Colégio de Advogados de Madri. Segundo Baró Pazos, seu nome injustamente não aparece entre os “agraciados” pela Real Ordem de 8 de dezembro de 1888, mesmo tendo uma participação ativa no todo o processo de codificação desde 1875, e principalmente no processo de elaboração e revisão do texto final da Lei de Bases de 1888.

resolución definitiva [...] se discuta previamente por personas competentes para ello, se ilustre y se prepare la opinión y se reúnan y adquieran los datos y conocimientos generales y locales". De fato, essas justificativas explicam os motivos pelos quais o Projeto de 1851 não foi executado pelo governo, e não se converteu no Código civil espanhol.

Embora não tenha sido considerado pelo Governo como o projeto adequado ao empenho codificador espanhol, principalmente por "*el error de desconocer y olvidar la existencia de los Derechos forales, lo cual, en definitiva, fue el motivo determinante de que no llegara a convertirse en ley*" (Masot Miquel, 1985, p. 126), o Projeto de 1851 foi honrosamente descartado pela *Real Orden* de 12 de junio de 1851, que determinava:

- 1º. Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual titulado EL DERECHO MODERNO, a fin de facilitar su examen y estudio.
- 2.º Que se excite el celo de todos los Tribunales del fuero común para que expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su -126- ilustración les sugiera acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones.
- 3.º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los colegios de Abogados, de las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código, y 4.º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia al 1 de enero de 1852 (Orden Real de 12 de junio de 1851 apud Masot Miquel, 1985, p. 126-127)

A família e a variedade de Direitos Forais foram sem dúvida os temas responsáveis pela recusa do projeto de 1851, e, portanto, pelo atraso do processo de codificação civil espanhola. Embora não tenha sido elevado ao status de Código civil, o protagonismo que teve o projeto de 1851 no processo de codificação civil espanhola é incontestável. Considerando ainda que projeto de García Goyena foi por decreto real, em 1880, indicado como base para a elaboração do Código que viria a ser concluído de 1889, guardando com este "*una completa hermandad*". Baró Pazos resume a relevância do projeto nas seguintes palavras:

El proyecto de Código civil de 1851 marca un hito en el proceso de la Codificación del Derecho civil en nuestro país. Su indudable interés radica en que sus autores, sin hacer tabla rasa de nuestro derecho

histórico, supieron conciliar sus instituciones con la doctrina más moderna al uso en los países de nuestra órbita cultural y jurídica. [...] bien parece que o Proyecto de 1851 deba ser considerado como un eslabón más, aunque decisivo y prácticamente concluyente del proceso de Codificación de nuestro Derecho civil, que culmina con la reacción del Código de 1889 (Baró Pazos, 1993, p.101 e 103).

Embora não tenha sido promulgado à época, o projeto de Código civil de 1851 foi revisitado quando se tornou peça fundamental na fase final do processo de codificação, pelo Decreto Real de 2 de fevereiro de 1880, que o definiu como a base para as discussões e elaboração do último projeto, como conta da 1ª. Base da lei de 11 de maio de 1888, que viria a se tornar o Código Civil Espanhol de 1889. Sua influência também se difundiu por toda a América Latina, onde os países recém independentes romperam com a estrutura política, mas mantiveram a tradição jurídica da metrópole, principalmente no que tange à codificação do direito privado, e em especial, o civil. Inúmeros autores espanhóis e latino-americanos destacam a sua utilização nos processos de elaboração dos códigos do México (1861), Uruguai (1869), Argentina (1871), Costa Rica (1888) e Honduras (1898).

4.2.5 O Projeto de 1869: o Código da Revolução Liberal de 1868

A “Gloriosa”, como ficou conhecida a revolução de setembro de 1868, consequência do agravamento da crise econômica, com sérios desdobramentos políticos e sociais, destituiu do trono Isabel II. O governo provisório¹²² convocou eleições para as Cortes, eleitas pelo sufrágio universal, com o objetivo de elaborar uma nova constituição que consolidasse os princípios defendidos pela Revolução. Antecedendo ao término do texto constitucional, o ministro liberal de Gracia e Justiça, Antonio Romero Ortiz, apresentou às Cortes, a 21 de maio de 1869, um projeto de Código civil, de autoria incerta¹²³, e de caráter parcial¹²⁴, declarando em seu preâmbulo a urgente necessidade de codificar as leis civis na Espanha:

¹²² Presidido pelo general Serrano, e formado por Juan Prim, como pasta da Guerra, Topete na Marinha, Ruiz Zorrilla no fomento e Sagasta na Governadoria

¹²³ A historiografia faz diferentes referências à autoria do projeto de 1869, indo desde uma “comissão legislativa” formada por um conjunto de juristas, passando por autores individuais como o jurista Felipe Más y Monzó, e o próprio ministro Antonio Romero Ortiz.

Dados los nuevos y recientes progresos de la vida moderna, activada con el desarrollo intelectual, abierta con resuelto ánimo á ideas que acusan progresión social, fecunda en aspiraciones de incesante independencia personal [...]

[...] permanecer inactivos ante semejante espectáculo lo sería atentar en nombre de la timidez a la marcha lenta y segura que en su magnífico desino lleva la humanidad.

[...] las tradiciones no deben ser rémora al paso firme y resuelto de la marcha de la humana civilización, y que la ciencia exige y los adelantos sociales reclaman grandes reformas en el estado civil de las personas (Romero Ortiz, 1869 *apud* Antequera, 1886, p.104-105).

As aspirações da codificação civil do Governo liberal espanhol já haviam sido contempladas no Código do país vizinho, promulgado a 1º. de julho de 1867, em vigor a partir de 22 de março do ano seguinte. Segundo o estudo monográfico, publicado em 2013, pelo professor Carlos Petit, catedrático de História do Direito, da Universidade de Huelva, é evidente a influência do Código lusitano no projeto de Código espanhol de 1869. Segundo o Petit, esta influência se evidenciava mais fortemente em relação aos chamados *Direitos Originários*, que incluem, entre outros, liberdade de credos, igualdade de direitos perante a lei, liberdade de imprensa e expressão, e matrimônio civil. No clássico “*Crônica da codificação espanhola*”, Juan Francisco Lasso Gaité também confirma tal influência:

Los vasos comunicantes que unían a España y Portugal favorecieron el diseño de un proyecto de Libro I (“De las personas) del Código civil presentado a las Cortes constituyentes de 1869, por Antonio Romero Ortiz, ministro da Gracia y Justicia [...]. Y el rastro de Seabra resultaba evidente” (Lasso Gaité, 1970, p. 352).

E essa influência chega antes mesmo da promulgação, com a primeira das três traduções do Código português ao idioma castelhano (respectivamente 1868, 1879 e 1890, as duas últimas na íntegra). Até esse momento a única legislação civil comparada que havia sido traduzida ao castelhano havia sido o *Code* de Napoleão, que dominava o cenário jurídico e acadêmico espanhol, e havia exercido total influência na elaboração do projeto de 1851.

A publicação do Código português na imprensa espanhola evidenciou o atraso do processo de codificação civil espanhol, e propiciou um momento de

¹²⁴ O projeto se constituía apenas do Livro I, relativo aos direitos individuais, composto por 429 artigos, reunidos em 16 títulos.

grande interesse dos civilistas envolvidos direta ou indiretamente nele. O código de Antônio Luís de Seabra e Sousa (Visconde de Seabra)¹²⁵, enquanto recebia críticas de alguns, por sua estrutura e particular sistematização das partes, como também pelo excessivo individualismo, por outro lado, e com mais contundência, era elogiado por sua originalidade, de técnica e de conteúdo, cientificidade, e considerado como fonte de grande contribuição jurídica para o Estado Liberal (Petit, 2013). Nas palavras de Izidro Aufrán, responsável por comentar a primeira tradução, o Código português era “*una empresa de primera orden*” [...] *una tabla de derechos tan completa, tan perfecta y tan adelantada, que sólo en esto lleva gran ventaja á todas las compilaciones legales modernas que conocemos*” (Aufrán, 1886 apud Petit, 2013, p.559). Também era a opinião de Rafael M. de Labra: *um “verdadero paso de gigante na historia jurídica de Portugal, y aún me atrevera a decir, en la historia jurídica de la Europa Latina*” (Labra, 1881 apud Petit, 2013, p.558)

A Constituição de 1º. de julho 1869¹²⁶ consagrou as ideias revolucionárias que haviam sido proclamadas pela Junta de Madri ao estourar a Revolução em 10 de outubro de 1868: a monarquia, de caráter democrático, como forma de governo do Estado espanhol, e uma ampla declaração de direitos, como o direito ao sufrágio universal, à liberdade de cultos, à liberdade de imprensa, liberdade de ensino, liberdade de reuniões de associações pacíficas, dentre outros.

Tendo sido elaborado no contexto político pós Revolução de 68, as reformas a que se refere o ministro tinham como objetivo principal adequar os princípios da Constituição de 1869 às leis civis, especialmente ao princípio de liberdade religiosa. Porém, o caráter secular do projeto gerou um clima de confrontação entre a Igreja e o Estado, principalmente devido a obrigatoriedade do casamento civil estabelecida pelo art. 61, no qual, “*La ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en forma prevenida en el presente Código*”, e justificada pela defesa ao princípio constitucional de

¹²⁵ Magistrado de Oporto a quem foi encarregada, em agosto de 1850, a tarefa de elaboração de um projeto de Código civil, o projeto foi concluído em 1859, e aprovado por um corpo de especialistas, com poucas observações, em 1860. Depois de tramitar pelas duas Camarás, e amplamente debatido pela sociedade (principalmente em relação ao casamento), foi promulgado em 1º. de julho de 1867 e entrou em vigor a 22 de março do ano seguinte.

¹²⁶ Considerada a primeira constituição democrática da Espanha, composta de 11 títulos, divididos em 112 artigos, esteve vigente por cinco anos, da promulgação em 1869, à Restauração monárquica de 1874.

liberdade religiosa e, portanto, igualdade entre todas crenças. Entendida como uma ruptura com a tradição de um país majoritariamente católico desencadeou fortes críticas de diferentes setores da sociedade e uma imediata reação da Igreja. Antequera considerou o matrimônio civil:

Una de las fórmulas de la secularización moderna, que empeñada en arrojar la Iglesia del Estado, quiere sustituir á su santa y bienhechora intervención en los más solemnes momentos de la vida del hombre la intervención del poder secular [...] (Antequera, 1886, p. 105-106).

O “Projeto do Primeiro Livro de Código Civil”, como denominado por seu caráter parcial, não chegou sequer a ser discutido pelas Cortes, e por esse motivo, nenhum parecer foi elaborado a seu respeito antes de ser retirado por Cristóbal Martín Herrera, ministro de Gracia e Justiça do novo governo de Juan Prim. Nas palavras de Pazos o efêmero projeto de 1869 foi *“hijo de la época, y nacido al calor de las circunstancias políticas exaltadas, sin dejar huellas perceptibles en los Proyectos posteriores”* (Baro Pazos, 1993, p.164). Embora seja pouco comentado pela historiografia da codificação espanhola, o Projeto de 1869 teve repercussão, de maneira moderada, na elaboração das leis especiais de 1870¹²⁷.

4.3 As leis civis Especiais

As dificuldades encontradas ao longo do processo codificador para cumprir a tarefa de unificação das leis civis na Espanha, mesmo diante dos esforços empreendidos por governos, comissões, ou indivíduos, somadas à urgente necessidade de respostas às questões relativas a normativa do direito privado, deram passagem a uma “alternativa temporária”, unificadora da legislação, as chamadas Leis Especiais.

O objetivo era proceder a unificação do direito civil através de leis específicas que regulassem temas e institutos específicos, como forma de preparação do caminho para a consolidação de código civil. Com esse objetivo foram elaboradas duas Leis Hipotecárias (1861 e 1869), a Lei do

¹²⁷ Utilizado de forma moderada por Montero Ríos, autor das Leis Especiais de Matrimônio e Registro Civil.

Notário (1862), a Lei do Matrimônio Civil (1870) e a Lei do Registro Civil (1870). Apresentaremos na sequência as duas últimas, relacionadas ao nosso objeto de estudo.

4.3.1 A Lei do Matrimônio Civil de 1870

O processo revolucionário de 1868 fundamentado nos *“principios del liberalismo más radical”*, como afirmou o presidente do Governo Provisório, Francisco Santa Cruz, no discurso de abertura das Cortes Constituintes em 11 de fevereiro de 1869, culminou com a declaração de todas as liberdades:

Proclamadas están la libertad religiosa, la de imprenta, la de enseñanza, la de reunión y la de asociación. A vosotros os toca definir las y determinarlas ahora por medio de leyes sabias que ni las menoscaben ni las amengüen; pero que eviten que, chocando unas con otras por falta de limites fijos, lleguen a confundirse y a perderse (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Sesión de Apertura celebrada el 11 de febrero de 1869).

A Revolução consolidou-se com a derrogação da Constituição de 1845 e a promulgação da Constituição Democrática de 06 de junho de 1869¹²⁸, redigida pela *“La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España (Constitución de 1869, www.cepc.gob.es)*. Em consonância com o princípio de liberdade religiosa defendido pela Revolução e ratificado no texto constitucional, o Art. 11 da *Constituição Isabelina que estabelecia que “La Religión de la Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros”*, foi substituído pelo artigo 21 da nova Constituição de 1869:

¹²⁸ Constituição promulgada a seis de junho de 1869, considerada a Carta Magna do Liberalismo espanhol, caracterizada pelo princípio da soberania nacional, pelo sufrágio universal, concepção de Monarquia com poder constitutivo e declaração de direitos. Inspirada pela democrática Constituição Belga (1831) e pelas concepções de origens e limites do poder, direitos individuais e naturais preconizados pela Constituição dos Estados Unidos da América (1787). (informações disponíveis em: <www.congreso.es>. Acesso em: 23 Jun.2017).

Art. 21. La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.

El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho.

Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior (Constitución de 1868, disponível em: www.cepc.gob.es)

A Lei do Matrimônio Civil de 1870, nesse contexto, foi sem dúvida, a maior expressão do caráter laico que os liberais almejavam dotar o Estado espanhol. Suas origens remontam dos projetos anteriores em períodos de influencia liberal, desde as primeiras décadas do século XIX:

[...] una serie de proyectos legales del Gobierno, muy anteriores a la Revolución de 1868, una de cuyas banderas fue el derecho a la libertad religiosa, en los que claramente se advierten fuertes tendencias secularizadoras en materia matrimonial. Esos proyectos dan razón, por lo menos en ambientes "ilustrados", de un estado de opinión favorable al decidido intervencionismo estatal en cuestiones hasta entonces pacíficamente atribuidas a la jurisdicción eclesiástica. De ahí que la "explosión" radicalmente secularizadora que supuso la Ley de Matrimonio civil de 1870, traía de algún modo su origen en viejos proyectos legales, que por circunstancias de carácter fundamentalmente político, no llegaron a ser sancionados, y que por esto son poco conocidos (Crespo de Miguel, 1987, p.334).

De autoria de Monteiro Ríos¹²⁹, o Projeto de Lei que estabelecia o matrimônio civil como o único válido em toda a Espanha, foi apresentado às Cortes Constituintes, em 17 de dezembro de 1869, pelo então ministro Manuel Ruiz Zorrilla. O autor da lei manifestou na Exposição de Motivos, a sua intenção de adaptar a realidade de uma sociedade católica ao ideário liberal, reconhecendo a dualidade de caráter do matrimônio. Monteiro Rios reconheceu a sacralidade do matrimônio canônico e a importância da celebração e bênção, enquanto instituição religiosa, ao mesmo tempo em

¹²⁹ Eugenio Monteiro Ríos (1832-1914) jurista de participação ativa no processo de consolidação da legislação espanhola nas últimas décadas do século XIX: Lei do Matrimônio Civil, Lei do Registro Civil, Lei Orgânica do Poder Judiciário, reforma da Lei Hipotecária, Lei de Ajuizamento civil e criminal, Código Penal e outras. Político pertencente a partidos de esquerda, liberais, progressistas e radicais. Se declarava orgulho de professar o catolicismo, porém, era defensor da liberdade de religião e da separação da legislação da igreja e do Estado. Segundo Baró Pazos, Monteiro Ríos poderia estar influenciado por um catolicismo liberal, o que o tornava alvo de olhares desconfiados por parte da Igreja.

que defendeu a prerrogativa do Estado laico em relação à normatização do matrimônio para dar-lhe legitimidade, enquanto instituição civil. O autor do projeto assim expressou as ideias que o inspiraram na elaboração do projeto e os motivos que justificam o casamento ser legislado tanto pela igreja quanto pelo Estado:

El matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe. El matrimonio es también una institución religiosa. Cuando el hombre y la mujer, mutuamente atraídos por las más dulces afecciones del corazón, llegan a unir sus destinos para no separarlos jamás, el sentimiento religioso, por adormecido que se halle en su alma, les arrastra a postrarse ante el Ser Supremo para implorar las celestes bendiciones sobre un incierto porvenir, y su auxilio poderoso en el cumplimiento de los gravísimos deberes que para siempre contraen. Este doble carácter del matrimonio explica satisfactoriamente porqué aparece siempre en la vida de los pueblos como una institución doblemente sagrada, que concurren a solemnizar las prácticas religiosas y la sanción civil. En este doble carácter del matrimonio descansa como firmísima base la legitimidad de la legislación del Estado que lo regulariza y protege. La religión legisla sobre el matrimonio, porque éste es una institución trascendental a la vida espiritual y moral del hombre. El Estado legisla también sobre él, porque a la vez constituye unión tan santa, el elemento esencial de su existencia. Estas son evidentes y elementares verdades que ninguna escuela ha desconocido [...] Si la religión acepta la legislación por el Estado promulgada, esta legislación adquirirá el doble carácter civil y religioso (Roldán Verdejo 1980, p.321-322)¹³⁰

A lei tinha como características principais, a “perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio”, admitindo o divórcio apenas como supressor da vida comum entre os cônjuges e seus efeitos; o “*reconocimiento de efectos civiles sólo respecto de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones contenidas en la ley*”, porém permitindo que o matrimônio canônico fosse realizado, antes, depois ou a mesmo tempo do civil; “nulidade de los esponsales como fuente de obligaciones civiles”, por influência do Código civil português (1867), e por justificar seu autor que o homem deveria ser livre no ato que determinaria seu destino, e por último, a “*neta separación entre matrimonio eclesiástico y matrimonio civil*”, para que cada instituição fosse regulada pelas leis da ordem a que pertencesse (Baró Pazos, 1993, pp. 186-187).

¹³⁰ Exposición de Motivos proferida por Monteiro Ríos a las Cortes Constituyentes.

A apresentação do Projeto de Lei do Casamento Civil às Cortes Constituintes suscitou uma longa discussão entre os membros dos partidos conservadores e liberais revolucionários. De acordo com Professor Andrés Ollero (1981)¹³¹, os debates sobre o Projeto se concentraram nas duas perspectivas secularizadoras que o caracterizaram, a primeira dizia respeito a correlação entre o matrimônio civil e a liberdade religiosa, e a segunda, estava relacionada ao enfrentamento do poder do Estado e do poder da Igreja em relação às questões familiares.

A primeira perspectiva relacionava o Projeto de Lei do Matrimônio Civil à “liberdade de culto” estabelecida pela Constituição, que segundo o deputado Torres Mena, consistiu na “*conquista fundamental*” da revolução. O Projeto de Lei do Matrimônio Civil estabelecia em seu preâmbulo que com a “*libertad política de la consciéncia*” preconizada pelo movimento, faz-se preciso “*reconocer como legítimos muchos matrimonios que la Iglesia Católica no bendecía*” (Ollero, 1981, p.138), portanto, esta era a função da nova lei de matrimônio¹³².

Em relação à segunda perspectiva, sobre autoridade do Estado e da Igreja em relação às questões que envolvem a organização das famílias, trazemos algumas palavras do largo debate protagonizado pelos Deputados Moreno Nieto (membro da Unión Liberal, contrário ao projeto) e Martinez Ricart (membro do Partido Republicano, favorável ao projeto) . O primeiro afirmava que após a aceitação do Cristianismo os Estados católicos entendiam ser o matrimônio matéria de exclusividade da Igreja, e que, portanto, o matrimônio civil seria a negação da autoridade eclesiástica. E ainda, por ser de caráter ateu, manifestava completa indiferença religiosa do Estado, infringia a Constituição (art.21), além de ir contra a maioria conservadora daquela Câmara e de toda a Espanha (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 03/05/1870, n.271).

¹³¹ Texto apresentado no Colóquio “*Cristianismo, Secularización y Derecho Moderno*”, organizado por Lombardino-Vallauri, em 1980, no contexto da temática divorcista na Espanha. O Colóquio contou com a participação de ilustres nomes do pensamento jurídico europeu, como os alemães Coing, Wieacker, Hassemer, os franceses Carbonnier, Cottier, Ellul e os italianos Bobbio, Cattane, Tarello e outros.

¹³² Entre os constituintes que defendiam tal relação entre matrimônio civil e a liberdade de culto, destacaram-se principalmente os deputados Sorni e Madrazo , Martos, Martinez Ricart, e contrária a ela estava o Deputado Gonzalez Manon (para seus posicionamentos ver Diarios de Sesiones de las Cortes Constituyentes , abril e maio de 1870).

Em resposta ás afirmação de Moreno Nieto, Martinez fez uma longa explanação sobre *“la legislacion sobre matrimonio desde el principio del cristianismo hasta la época moderna”* , demonstrando que o poder temporal, representado pelos Príncipes, jamais renunciou o seu direito a legislar sobre o matrimônio.

[...] en tiempos anteriores se pudo legislar, y se legisló, por el poder temporal sin contradicción del catolicismo, hoy podrá hacerse otro tanto sin que para nada lo pueda impedir ni las oposiciones ni los combates. Porque, señores, según ya hemos visto, el poder temporal no renunció nunca al legítimo derecho que le correspondía, ni fué privado de él legítimamente por el poder católico; y no habiendo renunciado a ese derecho, ni habiendo sido privado de él ni podido ser privado aunque hubiesen pasado siglos sin legislar, muy bien podría hacerlo hoy reivindicando el antiguo derecho (Diario de Sesiones de las Córtes Constituyentes. Legislatura de 1869, 03/05/1870, No.21, p 7624).

Em defesa da aprovação do Projeto de Lei do Matrimônio Civil, o deputado Martinez Ricart, argumenta que o caráter civil não concorre com sentido eclesiástico do matrimônio enquanto sacramento, e ainda traz em sua defesa os exemplos do Direito Comparado europeu, afirmando que a Espanha apenas estaria acompanhando a tendência legislativa de outras nações católicas europeias:

Pero no se trata de legislar sobre el matrimonio católico, sobre el matrimonio como sacramento, este es repetado; no se altera ninguna de las disposiciones que lo rigen como tal sacramento; se dejan intactas, u lo único que se hace es establecer el matrimonio civil, es decir, adicionar al matrimonio, como sacramento, la sanción civil, que es lo que han hecho la mayor parte de las naciones católicas de Europa, y particularmente Bélgica, Italia y Francia.
Pues bien, lo mismo que han hecho estas naciones al ocuparse del estado civil de las personas y establecer en sus leyes el matrimonio civil, es lo que hace España ahora, presentando por medio de sus Ministros y de la comisión, este proyecto de ley sobre matrimonio civil [...](Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1869, 03/05/1870, No.21, p 7624).

Ainda contestando ao Deputado Moreno Nieto sobre os motivos de se trazer o matrimônio civil para a legislação espanhola, o deputado Martinez argumenta que *“hemos traído el matrimonio civil como efecto necesario e indispensable de la libertad religiosa”* (Idem, p.7624).

Dentre os principais críticos do projeto está o deputado Francisco Silvela, que afirmou, na sessão de 9 de maio, que “*el proyecto está reducido a traducir fiel y literalmente en una ley civil los preceptos de una ley eclesiástica; [...] y convertir el antiguo sacramento en una escritura pública*¹³³”. Por outro lado, argumentava o autor da lei de matrimônio civil na exposição de motivos do projeto:

[...] el Estado, pues, si ha de respetar la libertad de consciencia y si no ha de salirse del campo en que su legítima acción puede desarrollarse, debe tener una legislación matrimonial completa, que haya de servir en el orden civil, de tipo regulador a la fundamental institución del matrimonio (Baró Pazos, 1993, p. 183)¹³⁴.

Além das reações contrárias dentro das Cortes, a lei também foi alvo de duras críticas e contundente reprovação por parte da Igreja. O clero fez-se representar através de duas “exposições” dirigidas às Cortes Constituintes, duas cartas, uma assinada e remetida pelos quarenta bispos espanhóis que se encontravam reunidos em Roma, para o Concílio Ecumênico Vaticano I, e outra do Cardial Arcebispo de Santiago. Os representantes da Santa Sé na Espanha, os bispos, expressaram as motivações do contundente rechaço ao projeto de lei do matrimônio civil:

La lectura de este documento al propio tiempo que nos ha llenado de asombro, ha producido en nuestros corazones la más honda pena y profunda amargura. Increíble parece que en la Nación española, católica por excelencia, se haya presentado, e deba ocupar las deliberaciones y resoluciones legislativas de las Cortes, un proyecto de esta naturaleza, tan contrario a la índole y carácter religioso de los españoles. Cuando el triste estado de nuestra patria reclama imperiosamente toda la atención de la Asamblea, no se justifica el intento de distraerla hacia cosas inconvenientes, hiriendo con gravedad las fibras más delicadas del pueblo español en su sentimiento religioso, en su catolicismo tradicional.

Los prelados españoles, señores diputados, estimulados por nuestra consciencia y por el interés hacia nuestra amada patria, no podemos callar, y elevamos nuestra voz, tan respetuosa como enérgica, a las Cortes Constituyentes, rogándolas encarecidamente, y por el verdadero bien y prosperidad de nuestra España, se sirvan desechar el proyecto mencionado, porque es anticatólico e inconciliable con la

¹³³ Diario de Secciones de las Cortes Constituyentes. Apéndice 3ª. núm. 185, pág.3. Apud Baró Pazos, 1993, p.186 (nota de rodapé n. 90).

¹³⁴ Exposição de Motivos do Projeto, publicada no Diário de Sessões das Cortes Constituintes. Legislatura de 1869, apéndice 1º. al núm. 185, apud Baró Pazos, 1993, p. 183 (nota de rodapé n. 76).

disciplina, moral, y dogma de la Iglesia, porque no es de la competencia del poder civil, porque introducirá perniciosas novedades en el modo de ser de las familias. Porque impondría sobre ellas nuevos y varios gravámenes, y finalmente, porque sin llevar consigo ninguna apreciable ventaja, entraña toda clase de inconveniencias, hasta el poder político (Roldán Verdejo, 1980, p.321-322) ¹³⁵.

Além dos argumentos acima apresentados, os bispos confirmaram a sacralidade do matrimônio, e também questionaram a competência do Estado para legislar sobre o ele. Defenderam ainda, que todas as características de que é composto, como a natureza, a celebração, os impedimentos, a indissolubilidade, devem ser mantidas sob a competência da igreja, porque do contrário, correria o risco de cair em total degradação, não apenas o sacramento, como também a sagrada instituição familiar. Afirmaram, ainda, que *“el matrimonio civil jamás será entre católicos otra cosa que un inmoral concubinato, o un escandaloso incesto”*. Concluíram a carta advertindo às Cortes dos gravíssimos conflitos que seguramente ocorreriam em função dos protestos que a aprovação do projeto acarretaria, e invocando o bom juízo e o patriotismo dos deputados, para que afastasse a ameaça do matrimônio civil da sociedade espanhola.

O segundo documento canônico enviado às Cortes, solicitando a derrogação do Projeto de Lei do Matrimônio Civil, foi a carta redigida pelo Cardial Arcebispo de Santiago, a 6 de janeiro de 1870. O Cardial Garcia Cuesta apresentou uma larga exposição na qual justificava com elementos doutrinários e históricos as origens sagradas, o caráter universal e a relevância do matrimônio enquanto fundamento da família e da sociedade. Assim como os bispos, também questionava a autoridade e competência do juiz para dar validade ou anular o vínculo conjugal estabelecido por Deus, fundador da igreja, e único responsável pelo estabelecimento do matrimônio. Em suas palavras, se aprovada a lei, *“sería un ataque a nuestra consciencia religiosa,*

¹³⁵ Carta Remetida a las Cortes Constituyentes por los bispos españoles residentes en Roma, com motivo del Concilio Ecumenico Vaticano I, sobre el Matrimonio Civil. Roma 1º. de enero de 1879, lida nas Cortes em 11 de enero de 1870 (D.S.núm.277, pág.7.871). In: Roldán Verdejo, R. La Ley de Matrimonio Civil de 1870: historia de una ley olvidada. Granada, 1980, p.321-322.

*heriría en lo más vivo a la nación española, que en casi su totalidad es católica*¹³⁶.

Embora a oposição tendo marcado forte presença, suas críticas e argumentos não foram suficientes para impedir a aprovação do projeto por 142 votos a favor, e 43 contrários, após uma controvertida sessão de votação, a 24 de maio de 1870, e tornou-se lei provisória no dia 18 de junho, sendo regulamentada em 13 de dezembro do mesmo. Até então, o único matrimônio existente era o religioso, e por este motivo, de acordo com Iván Carlos Ibán (1979), somente a partir dela se pode falar em sistema matrimonial em Espanha, porque não há antecedentes de outra classe de matrimônio que não fosse o estabelecido pela igreja¹³⁷.

A obrigatoriedade do matrimônio civil estabelecida pela lei de 1870, mesmo sendo mais moderada, e, portanto, considerada por muito mais respeitosa com a igreja do que a proposta pelo projeto de código civil de 1869, foi uma imposição aos costumes e tradições da sociedade espanhola. Devido a inadequação da lei à realidade social, o matrimônio canônico continuou sendo a prática da maioria da população, que também o utilizava como forma de protesto e descumprimento da lei era considerada um afronto às crenças e tradições católicas. Segundo o senador Fabié, a sociedade espanhola reagiu de forma vigorosa:

No hay que negarlo: cualesquiera que sean las ideas, los principios, las doctrinas teóricas que se profesen, ante la evidencia de los hechos no habrá quien desconozca que la ley de 1870, relativa al matrimonio, fue rechazada de un modo enérgico y vigoroso por la opinión general del país, produciendo una serie de fenómenos por todo extremo graves [...] (Fabié, 1885, p.126).

¹³⁶ Carta Remetida a las Cortes Constituyentes por el Cardenal García Cuesta, arzobispo de Santiago. Santiago, 6 de enero de 1870. (D.S.núm.277, pág.7.873) In: Roldán Verdejo, R. La Ley de Matrimonio Civil de 1870: historia de una ley olvidada. Granada, 1980, p.395.

¹³⁷ O clássico historiador do direito Sanchez Román (1912) faz referência à coexistência das duas formas de matrimônio em Espanha, religiosa e civil, durante o período compreendido entre o século V e o XVI, quando da reforma Tridentina introduzida por Felipe II. Ivan C. Iban (1979) contesta tal tese por entender que Sanchez Román emprega a palavra “forma” no sentido de classe, e por ele considerar civil o matrimônio “a yuras”, que na verdade não passava de ser apenas outra classe de matrimônio aceito pela igreja, mesmo não sendo realizado na presença de um pároco. Esta tese foi tacitamente rechaçada pela historiografia de todo o século XX.

Ademais das críticas, outro motivo do atraso de sua entrada em vigor foi a necessidade de regulamentação da lei, que dependia de uma nova estrutura judiciária para ser aplicada, como a criação dos juizados municipais. Durante o processo de implementação da lei, novos pontos de conflito surgiram, como o caso da Ordem de 11 de janeiro de 1870, que estabeleceu que os filhos nascidos de matrimônio exclusivamente católico deveriam ser inscritos no registro civil como naturais.

A Lei do Matrimônio Civil de 1870 começou a ser alvo de reformas ainda durante o governo republicano, em dois momentos, com duas legislações de caráter antagônico. A primeira, por Decreto de 1º de maio de 1873, de cunho secular, suprimindo a ordem e o voto como impedimentos ao matrimônio civil; e a segunda, em forma de Ordem, do dia 20 de junho de 1874, de cunho conciliatório com a igreja, ao exigir a dissolução legal do matrimônio canônico contraído anteriormente, para que então pudessem contrair novo matrimônio civil.

Porém, com a restauração da Monarquia, e o retorno dos canonistas, as reformas tiveram como objetivo a adequação da lei ao caráter confessional do Estado, às tradições da sociedade, e à ideologia conservadora que passou a dominar o cenário político a partir de 1874. As reformas foram conduzidas pelo jurista Francisco Cárdenas y Espejo¹³⁸, que a procedeu através de dois decretos. O primeiro, de 22 de janeiro de 1875, derogou a Ordem de janeiro de 1872, decretou que os filhos nascidos de matrimônio exclusivamente católico fossem registrados como legítimos no Registro Civil, gerando na opinião de Ivan B. Ivan, um paradoxo ao dar legitimidade a filhos de um matrimônio que não era válido perante a lei vigente. O Segundo decreto, de 9 de fevereiro de 1875 restabeleceu a vigência do matrimônio canônico, com efeitos retroativos, atribuindo o reconhecimento aos que haviam sido celebrados partir da lei de 1870, e concedendo legalidade aos filhos procedentes destas uniões. *“Cuantos disgustos y conflictos produjo esta ley, y*

¹³⁸ Francisco Cárdenas y Espejo (1817-1898), advogado, periodista e político conservador sevilhano. Deputado e senador em várias legislaturas, Ministro da Gracia e Justiça durante o reinado de Alfonso XII, governo de Cánovas, e embaixador da Espanha em Paris e Santa Sé. Fundador da Revista Andaluza (2839), El Conservador (1839), El Derecho (1844) e El Derecho Moderno (1847). Foi membro da Academia de História e da Academia de Ciências Morais e Política. Autor de diversas obras jurídicas. (www. esacademic.com consulta em 23 Mar 2016).

como vino a traer la perturbación y la alarma al seno de las familias [...] Afortunadamente la dejó sin efecto en 9 de febrero de 1875”, dessa forma Antequera resume o pensamento conservador que se opôs à lei desde o princípio (Antequera, 1886).

A Lei de Matrimônio Civil de 1870, de acordo com Ussel (1990), teve mais significado político que social, representando um símbolo da ruptura com o regime político que se pretendia encerrar com a Revolução de 1868.

La Ley de Matrimonio Civil de 1870 fue el primer intento de sustituir a la Iglesia en la regulación del matrimonio. Introdujo durante varios años —hasta su derogación en 1875— el matrimonio civil obligatorio para todos los ciudadanos, suprimiendo los efectos civiles del contraído de modo religioso. Fruto de la Revolución de septiembre de 1868, su contenido rompió tajantemente con el control eclesiástico de la legislación familiar y matrimonial. Desde 1564, en efecto, había sido el matrimonio canónico la única forma válida en España. A partir de dicha fecha, el Estado intentó sustituir a la Iglesia en el control del matrimonio (Ussel, 1990, p.238)

O principal motivo que justifica a natureza política desta lei foi a urgência com que foi aprovada, não respeitando o compasso das mudanças sociais, mas aproveitando o ambiente revolucionário que exigia mudanças, gerando contradições como a exclusão do divórcio e a manutenção da indissolubilidade do vínculo, como também reações católicas que a julgavam ser “*contraria a los sentimientos y costumbres predominantes de los españoles*” (Baró Pazos, 193, 167).

A reação à lei verificou-se na prática pela manutenção do matrimônio católico com sendo o verdadeiro matrimônio socialmente reconhecido e praticado majoritariamente (como demonstrado nos dados censitários a cerca dos matrimônios na Espanha, apresentados no capítulo 7). Diante da pressão, em poucos anos a lei recuou para se tornar apenas um ato burocrático, reservados quase que exclusivamente aos que não professavam o catolicismo. Portanto, o intento de secularizar a instituição do matrimônio em uma sociedade católica por excelência, transferindo sua jurisdição das mãos da Igreja para o Estado, não logrou o êxito esperado pelas juntas revolucionárias que tinham a liberdade religiosa e o casamento civil como demanda na instalação do governo pós-revolução.

4.3.2 A Lei de Registro Civil de 1870

O registro paroquial, institucionalizado pelo o Concílio de Trento (1563), era o único documento que continham as informações relacionadas ao estado dos espanhóis. Eram os párocos, desde então, os responsáveis em manter os registros dos principais eventos que ocorriam na vida dos membros de sua paróquia: o nascimento, o batismo, o casamento e a morte.

Por influência do *Code Napoleônico* (1804), e principalmente do Código Civil Português (1867), os projetos de Código espanhol de 1851 e 1869 preconizavam a publicação dessas informações através de documentos civis. A discussão sobre a necessidade da laicização dos registros do estado dos espanhóis reaparece quanto da regulamentação do matrimônio civil, e a necessidade de criação de mecanismo para sua oficialização perante os tribunais laicos.

Monteiro Rios, provável autor do projeto, em uma respeitosa crítica considerou os registros paroquiais no ponto de vista civil, incompletos e defeituosos, não podendo ser diferente, segundo ele, devido a sua antiguidade e natureza (Baró Pazos, 1992). Em suas palavras, a lei do registro Civil viria preencher uma importante lacuna na legislação espanhola, pois tinha como objetivo substituir *“a los registros eclesiásticos, en cuanto sea concerniente al estado de los españoles; un registro también, de carácter esencialmente civil, irrecusable para todos, más compresivo, mejor ordenado y más perfecto [...]”* (Baró Pazos, 1992, p.191).

Os críticos do projeto, em minoria nas Cortes, autodenominavam-se defensores dos interesses da maioria católica, que eles representavam, defendiam a manutenção dos registros sob jurisdição da igreja, posicionavam-se contra o movimento secularizado que invadia o Estado espanhol:

La secularización es el gran pensamiento, ese pensamiento que no abandona noche y día a os legisladores de la mayoría: huir de todo cuanto tenga sabor a católico, a eclesiástico, a religioso; dar a todas las instituciones una forma y una esencia completamente civil, es decir, completamente atea: no se ve aquí siquiera la lucha de una idea religiosa contra toda idea religiosa, no; solamente la lucha de la idea atea contra toda idea religiosa. Este es el pensamiento generador del proyecto de ley puesto a la discusión de la Cámara (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de

1870. Deputado conservador Ortiz de sesión de 31/05/1870, No.294, p.8460).

Os conservadores reivindicavam ser da jurisdição eclesiástica a administração e o registro dos principais atos da vida de um católico: o nascimento, o matrimônio e a morte.

Los tres grandes actos de la vida humana, más que civiles, más que sociales, son indubitablemente religiosos. Quién puede negar, señores, que el nacimiento, el matrimonio y la muerte pertenecen entre católicos á la religión? Quien puede negar, señores, que estos tres grandes actos es la Iglesia la que los santifica y la que interviene en ellos, y que, por conseguirte, debe registrar-los en sus libros parroquiales? (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1870. Deputado conservador Ortiz de sesión de 31/05/1870, No.294, p.8461).

Além da falta de legitimidade dos registros civis, os “gastos e complicaciones” para a realização dos mesmos, também serviam de argumentação contrária à formalização.

Nem a oposição e argumentação dos representantes conservadores nas Cortes, tampouco as críticas da Igreja, foram suficientes para frear a aprovação da concessão ao governo para estabelecer o projeto como Lei provisória do Registro Civil, o que ocorreu na sessão de 2 de maio de 1870. A lei foi regulamentada, juntamente com a Lei do Matrimônio Civil, no dia 13 de dezembro do mesmo ano, passando a vigorar em 1º. de janeiro de 1871.

A competência para a publicação do estado civil do cidadão espanhol passou a ser da Direção Geral dos Registros civil e da Propriedade e do Notariado, dos juízes municipais na Península e dos agentes diplomáticos e consulares da Espanha no Exterior. E dentre as principais características da nova lei, estava a ampliação da abrangência dos registros civis, tanto em relação aos paroquiais quanto às propostas dos projetos anteriores; a exigência mais detalhada dos dados informados, com objetivo de dar maior autenticidade ao registro, bem como a exigência de firmas e selos; a gratuidade e o valor comprovatório que possuía o registro civil, em contrapartida aos expedidos pela Igreja (Baró Pazos, 1993, p.194).

Elaborada como parte do processo de implementação da polêmica Lei de Matrimônio Civil, ao contrário dessa, a Lei de Registro Civil, com mais

elogios que críticas, por sua vez, gozou de longevidade, chegando intacta à comissão do código de 1889, sendo declarada vigente por este (art.332), vigorando até 1º. de janeiro de 1959.

Até o momento, apresentamos uma primeira fase do processo da codificação civil espanhola, desde os antecedentes, caracterizados pelas legislações históricas, passando por todos as tentativas de efetivação de um projeto que conciliasse as diferentes concepções, as quais oscilavam entre perspectivas com maior ou menor teor de conservadorismo em relação ao matrimônio. E também de caráter mais ou menos unionista em relação aos Direitos Forais. Sendo estes, o matrimônio e os *Foros* como citamos ao início deste capítulo, os dois principais motivos do atraso da codificação civil na Espanha, e o alargando o processo até o último que antecede a promulgação do Código. Diante desse largo processo de riqueza das fontes, dividimos a codificação civil espanhola em dois capítulos, utilizando Lei do Matrimônio Civil com marco cronológico de finalização da primeira fase, na qual se chegou ao máximo teor liberal em se tratando de matrimônio; e a Restauração Monárquica de 1874, por seu significado em termos de mudança de condução política-governamental, como marco cronológico inicial da fase de finalização do processo codificador espanhol, que desenvolveremos na sequência.

A CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOLA: DAS LEIS DE BASE AO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL (1882 a 1889)

No basta leer el precepto legal, sino que es necesario conocerlo desde que nace, hasta la época en que se investiga, el propósito del legislador que lo ha dictado, las necesidades políticas de su tiempo, las alteraciones por que ha pasado, y las causas que han prolongado su existencia.

Durán y Bas
Congreso de los Diputados, 1885

5.1 A Restauração Monárquica e a retomada do processo codificador

A Restauração Monárquica ao final de 1874 foi marcada pela elaboração de um novo código político, a Constituição de 1876¹³⁹, que estabeleceu limites aos princípios liberais contidos na anterior e restaurou o Catolicismo como religião oficial da Monarquia. Nesse período de transição tem início a última fase do processo de codificação na Espanha, caracterizada pela reorganização de uma nova Comissão Geral de Codificação, por decreto de 10 de maio de 1875, que foi composta por quatorze membros e dividida em duas sessões, uma primeira de assuntos civis, e a segunda de assuntos criminais, com sete membros cada¹⁴⁰.

Porém, durante quase cinco anos de existência, a Sessão Civil dedicou-se a outras tarefas, como a reforma das leis de Cassação civil e Ajuizamento civil, e não avançou na tarefa para a qual foi organizada, de elaboração e discussão do Código civil (Antequera, 1886 e Baró Pazos, 1993). Antequera (1886) registra que apenas “al comenzar el año de 1880”, mesmo antes de concluir os trabalhos das Lei de Ajuizamento e de reformar o Código penal, a

¹³⁹ Constituição de 1876 foi redigida pelo Conselho de Ministros, presidido por Antonio Cánovas de Castillo, após a Restauração da Monarquia, com a proclamação de Alfonso XII. Caracterizada por um texto breve e aberto, permaneceu vigente até 1923, quando da tomada de poder por Primo Rivera.

¹⁴⁰ Sessão de assuntos civis, ou Sessão 1ª. Florencio Rodríguez Bahamonde, como presidente; e como membros. Manuel Alonso Martínez, Juan Manuel Gonzáles Azevedo, José María Manresa y Navarro, Benito Gutiérrez, Valeriano Casanueva e Domingo Rivera, e como secretário José María de Antequera. Em outubro de 1875 foram incorporados dois membros mais à sessão civil, Francisco Cárdenas e José María Fernández de La Hoz, passando a Comissão Geral a ser composta por dezesseis membros.

Comissão Geral de Codificação, da qual era secretário, dedicar-se-ia a um importante obra:

[...] que a mucho tiempo atrás deseada en España, cuya realización se había aplazado indefinidamente, no obstante su evidente necesidad, ante el temor de las complicaciones que podían traer consigo, á saber: la formación del Código civil, intentada ya, como hemos visto, en 1821, en 1836, en 1851 (Antequera, 1886, p. 133).

As “complicações” a que se referia Antequera, estavam diretamente relacionadas à diversidade das legislações vigentes no território espanhol, e que segundo o jurista e historiador, seriam resolvidas com a acatamento do pensamento que o ministro Alvarez Bugallal expressou no Decreto de 1880, e segundo ele, muito bem recebido, que foi *“el de respetar , en el código, esas legislaciones especiales, consignándolas, en cuanto de ellas fuese necessário conservar, al final del mismo y como excepciones, destinadas á las respectivas comarcas”* (Antequera, 1886, p.133-134).

O Decreto Real de 2 de fevereiro de 1880, promulgado pelo ministro da Graça e Justiça, Saturnino Álvarez Bugallal, marcou o início de uma fase que seria decisiva para a empresa codificadora espanhola, através da reorganização de uma nova Comissão¹⁴¹, composta por dezesseis membros, oito em cada uma das sessões, e do estabelecimento (art.4) do projeto de 1851 como de base para os trabalhos de redação do Código Civil. Com objetivo de dar maior celeridade ao processo, criou-se ainda uma Comissão Mista para tratar matérias que não fossem de exclusividade da sessão civil.

Estava aberta, portanto, a retomada dos trabalhos de codificação civil na Espanha, pautada em um espírito de conciliação da legislação castelhana com as dos territórios forais. Porém, até ser sancionada, a Lei de Bases de 1888 que estabeleceu definitivamente o Código civil, foi precedida por dois Projetos de Leis de Bases, o de 1882, acompanhado dos Livros I e II, e o de 1885, a partir do qual se iniciou os Livros III e IV, concluídos três anos depois, em 1888.

¹⁴¹ A Sessão Civil foi composta por: Manuel Alonso Martinez, Francisco Cárdenas, Salvador Albacete y Albert, Germán Gamazo y Calvo, Hilario Igón y del Roist, Santos de Isasa, José María Manresa, Eduardo García Goyena. Outros que fizeram parte do processo como membro da comissão, mas não chegaram à fase final de elaboração do projeto, também citados nos agradecimentos, foram: Francisco Silvela, Benito Gutiérrez, Cirilo Amorós, Antonio Romero Ortiz.

O primeiro foi redigido tendo a frente da presidência da Comissão Geral de Codificação o ministro da Justiça Alonso Martínez, e foi concluído a 22 de outubro de 1881, sendo apresentado às Cortes em abril de 1882. O segundo, foi elaborado sob a liderança do ministro Francisco Silvela, sendo apresentado por ele às Cortes no dia 7 de janeiro de 1885, em um segundo momento a condução do processo voltou às mãos de Alonzo Martinez até sua finalização em 1888. Da junção dos dois projetos se constituiu a Lei de Bases sancionada pela Rainha Maria Cristina a 11 de maio de 1888, a partir da qual se efetuou a redação final do Código Civil Espanhol de 1889.

Ocupar-nos-emos a seguir em recorrer o trajeto de elaboração das Leis de Base que deram origem ao Código civil de 1889. Trajeto condicionado por conjunturas políticas instáveis, composto de várias comissões no Senado e no Congresso dos Deputados, nomeadas para cada momento específico, por intensos debates de temas conflitivos, pelo enfrentamento entre o “direito comum” e os “Direitos Forais”, por alguns decretos, e dois projetos principais, que constituíram a última e decisiva fase da empresa codificadora espanhola.

5.2 O Projeto de Lei de Bases de 1882 e os Livros I e II do Código Civil

As discussões das primeiras sessões da nova Comissão criada pelo Decreto Real de 2 de fevereiro 1880 para a elaboração de um Projeto de Bases do Código civil centraram-se em torno da definição do método que deveria ser utilizado para o processo de codificação e da forma de apresentação do projeto perante as Cortes.

Quanto à definição do método, as discussões giravam em torno ao questionamento principal, se o Projeto de 1851 deveria ser utilizado como base exclusiva para o novo projeto¹⁴². Manuel Alonso Martínez posicionou-se favor a utilização das *Concordâncias de Goyena* como base, porém, consultando aos códigos estrangeiros. Em relação aos códigos estrangeiros, o senador José María Manresa planteou a utilização do Código Civil Português ou de qualquer outro código moderno que seguisse sistemática diferente do de Goyena, que em sua opinião parecia mais a uma doutrina que a um código. O senador

¹⁴² Este questionamento foi discutido na sessão de 18 de maio de 1880, de 18 e 28 de março de 1881, e que novamente seria planteado na sessão de 13 de maio de 1882.

Benito Gutierrez defendeu a manutenção das o Projeto de 1851 como base, mas com a sistemática do Código Civil Italiano, seguindo o método das Institutas, como o francês e o belga (Baró Pazos, 1993, p.228-231). Ao analisar o teor desses debates, Baró Pazos faz a seguinte reflexão:

Quizá conviene no olvidar que el Proyecto de 1851, acumulaba ya entonces, en 1881, treinta años desde que fue redactado. Desde aquella fecha, la doctrina científica, y la legislación, tanto española como extranjera, han variado significativamente a influjo de las nuevas corrientes de pensamiento que se desenvuelven por Europa, y de los cambios sociales y económicos. La consideración de un cierto "anacronismo" del Proyecto de 1851, preside, según vemos, los debates de la Sección, así como un deseo que parece unánime de dotar al nuevo Proyecto de la modernidad de doctrina de que adolece aquel Proyecto (Baró Pazos, 1993, p.229).

A preocupação com a atualização do Projeto de Goyena às modernidades da doutrina, para atender às mudanças sociais e econômicas, e não aos anseios políticos, passados trinta anos da primeira versão, e assim atender aos anseios de uma nova época, foi contemplada pelo próprio ministro Alonso Martinez na exposição de motivos quanto da apresentação às Cortes do Projeto dos livros I e II, no dia 24 de abril de 1882:

Con preferente interés se ja dedicado el Ministro que suscribe a estudiar y proponer las reformas que en la legislación vigente aconsejan la ciencia del Derecho y las condiciones peculiares de nuestro país [...]
 [...] obedeciendo a estas convicciones, sugeridas pelo estudio y fortificadas pela experiencia [...] después de tomar como punto de partida el proyecto publicado el año 1851, se indicaban las muchas novedades de importancia que en él habían de introducirse y que la opinión y la ciencia reclamaban vivamente.
 [...] Y en verdad que muchas de estas reformas revisten conocida importancia, pues o generalizan instituciones locales recomendadas por la ciencia, o abren nuevos horizontes y establecen sólidas garantías para el libre ejercicio de los derechos civiles, o se encaminan a dar fijeza y estabilidad a instituciones jurídicas de un orden transcendental, que en nuestros días han sufrido cambios profundos y modificaciones radicales y que urge sustraer a la influencia y vicisitudes políticas (Lasso Gaité (1970), 1979, p.545-546).

Quanto à definição da forma de apresentação do projeto, inicialmente foi aprovada a proposta do ministro da Justiça e também presidente da comissão Alonso Martínez, de que deveria ser apresentado para a discussão das Cortes apenas "*los grandes principios y las bases fundamentales de la legislacion*

civil”, com o objetivo de evitar os longos debates que poderiam desencadear a discussão de artigo por artigo, nos quais, segundo o autor da proposta, seriam muitas vezes considerados mais o caráter político que o técnico. Posteriormente, as Cortes rechaçaram a discussão do projeto por bases, porque não queriam renunciar justamente a prerrogativa de discutir artigo por artigo.

O Decreto de 1880, que definiu o Projeto de 1851 como a base principal para a elaboração final e definitiva do Código civil espanhol, reascendeu uma discussão, muito presente à época de sua apresentação, a respeito de seu forte caráter unionista, ou como denominou o professor Lacruz Berdejo (1974), “*su exclusivismo castellanista*”. A metodologia de unificação das leis civis espanholas a partir do direito histórico de Castilha, defendida por Goyena, que na segunda metade do século XIX já havia produzido a contestação mais contundente dos territórios forais até então, foi intensificada trinta anos após, em uma conjuntura de cultura jurídica espanhola mais influenciada pelas correntes e escolas internacionais do Direito, contrárias ao processo codificador, principalmente da Escola Histórica.

Caracterizado por um “espírito de ‘generosa’ transacción”, o Decreto de fevereiro de 1880 solicitou às legislações castelhana e foral um mútuo esforço de aceitação de suas respectivas instituições que fossem imprescindíveis para a “unidad legal” e que pudessem ser incluídas em um Código geral. Dentro desse espírito conciliador, a CGC incorporou “*con carácter de miembros correspondientes un Letrado de reputación por su ciencia y práctica por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, Galicia y las Islas Baleares [...]*” (Atas da CGC, in Pazos, 1993, p.211), com o objetivo de que elaborassem, em seis meses, uma “Memória” contendo as principais instituições do Direito foral que deveriam se incluídas no Código civil¹⁴³.

O projeto de Lei de Bases, redigidas por Alonso Martínez, foi apresentado ao Senado, em 20 de outubro de 1881, quando foi nomeada uma comissão composta por senadores, deputados e jurisconsultos para discutir e

¹⁴³ Para Catalunha, Manuel Durán y Bas; por Aragón, Luis Franco y López; por Navarra, Antonio Morales y Gómez; por Galicia, Rafael López Lago; pelas Províncias Vascongadas, D. Manuel Lecanda y Mendieta, e pelas Ilhas Baleares, Pedro Ripoll y Palau (Baró Pazos, 1993, p.212).

elaborar um parecer. A preocupação em dar ouvidos às diferentes opiniões para a elaboração de este Parecer foi demonstrada no discurso do ministro Alonso Martinez de apresentação do projeto Senado:

La comisión nombrada por este alto Cuerpo colegislador, antes de dar su dictamen, buscó conveniente oír las opiniones de nuestros más notables jurisconsultos, convocándoles el efecto, sin distinciones de parcialidades políticas y sin atender a más circunstancias que a las de su reconocido renombre y merecida reputación.

Concurrieron a estas audiencias públicas senadores y diputados de notoria competencia en el Derecho, sabios y venerables prelados y eminencias de la magistratura y del foro, que a la sazón no pertenecían a ninguno de ambos Cuerpos colegisladores; y en el palenque abierto en la todas las opiniones, el Gobierno de S.M. pudo conocer la tendencia dominante en la mayoría respecto a cuestiones determinadas que no se habría atrevido a resolver por sí, ni aun con el ilustrado concurso de la Comisión de los Códigos, en razón de su gravedad y transparencia (Alonso Martínez, apresentação do Projeto ao Senado, Secciones del Congreso de los Diputados, Sección de 22 de octubre de 1881. www.congreso.es).

Porém, e antes mesmo que a Comissão concluísse o parecer, o ministro, desejando dar celeridade ao processo, antecipou a apresentação ao Senado os Livros I e II do projeto de Código Civil. Os livros foram redigidos em um breve período de um ano, em setenta e duas sessões ocorridas entre 18 de março de 1881 e 27 de março de 1882. O livro I, “De las Personas”, composto de dez títulos e 334 artigos, e o Livro II, “ De la división de las cosas y de la propiedad”, composto de sete títulos e 274 artigos (Antequera, 1886, p.139).

Baró Pazos (1993) deduz que a rapidez com que foram redigidos a Parte Preliminar e os Livros I e II, pode ser explicada por alguns fatores relacionados ao conteúdo e a sistemática de trabalho definida pela Sessão Primeira da CGC, a responsável pela redação do projeto de Código Civil. Em relação ao conteúdo, o fato de não ter havido, em ambos os livros, de acordo com as palavras do próprio ministro Alonso Martínez “*una sola disposición que choque com el régimen foral*”, foi um dos motivos do abreviamento das discussões¹⁴⁴, como também a utilização das bases aprovadas como uma previa do que deveria ser redigido, e a utilização de Códigos estrangeiros (português, italiano, belga, chileno) e do Projeto de 1851 como referência. Em relação à sistemática

¹⁴⁴ A explicação de Baró Pazos para o fato de que quando os representantes dos territórios forais assistiram as reuniões, se mantivessem à margem dos debates, foi por não terem sido abordadas questões conflitivas entre os direito castelhano e os foros, tais como o direito de sucessões, direitos do cônjuge viúvo, ou contratos.

adotada para os trabalhos, com as devidas adaptações, foi a mesma do Projeto de 1851, com a divisão por exposições (ponencias) a serem redigidos entre os membros da Comissão, fator que contribuiu para a conclusão dos livros em prazo tão reduzido¹⁴⁵.

O Projeto de Lei de Bases contendo o Título Preliminar e os Livros I e II foi apresentado conjuntamente às Cortes em 24 de abril de 1882, segundo o Ministro Manuel Alonso Martinez, com o seguinte propósito:

[...] estudiar y proponer las reformas que en la legislación vigente aconsejan la ciencia del Derecho y las condiciones peculiares de nuestro país, acometiendo con solícito esmero la obra de la Codificación civil, varias veces intentada, sin que por circunstancias diversas y bien conocidas se haya podido llevar hasta ahora a feliz término (Lasso Gaité (1970) 1979, p.345).

O ministro argumenta, em seu discurso de apresentação, a urgente necessidade de proceder a Codificação da legislação civil em Espanha, caracterizada por um “*multitud de cuerpos legles que pertenecen a épocas y civilizaciones diversas, muy distintas unas de las otras, y que señalan estados sociales distintos y aun contrapuestos*” (p.235). Por estes motivos, e diante de uma opinião social unânime, o ministro afirma que:

[...] es ya llegado el momento de poner fin a la confusión producida por las diversas compilaciones que hoy rigen, con la publicación de un Código civil, en el que reflejen los principios modernos y tengan su natural desenvolvimiento las instituciones sociales que caracterizan la época presente (Lasso Gaité (1970) 1979, p.345).

De acordo com Baró Pazos (1993), as alterações propostas pelo Ministro em seu Projeto demonstrava uma tríplice preocupação, em primeiro, conciliar as diferentes legislações coexistentes no território espanhol, segundo,

¹⁴⁵ Benito Futierrez – ausência, filiação dos filios legítimos, comunidade de bens, usufruto, uso e habitação; Hilario Igón – autor do Título Preliminar, dos princípios gerais de Registro Civil, nacionalidade domicílio, e propriedade; Garcia Goyena – conselho de família (tema controvertido por ter se afastado do projeto de 1851); José María Manresa – legitimação e reconhecimento dos filhos naturais, e servidão; Francisco Silvela – adoção, pátrio poder, divisão de bens e de propriedade, e de posse; Germán Gamazo – tutela e curatela, alguns artigos do título preliminar (relativos a “status civitatis”) e auxiliou Silvela nos temas de adoção e pátrio poder; Alonso Martínez – matrimônio e algumas disposições acrescentadas ao título relativo a emancipação. José María Antiquera, secretário da Seção de elaboração do Código civil, também foi autor de alguns temas (Baró Pazos, 1993).

adequar as instituições jurídicas às novas doutrinas que surgiram pós-elaboração do projeto isabelino, e terceiro, diminuir a regulação política no processo. Segue a explicação do teor das alterações do ministro Alonso Martínez, efetuadas no projeto original de 1851, para a elaboração das 17 bases do Projeto de Lei de 1882:

Y en verdad que muchas de estas reformas revisten conocida importancia, pues o generalizan instituciones locales recomendadas por la ciencia, o abren nuevos horizontes y establecen sólidas garantías para el libre ejercicio de los derechos civiles, o se encaminan a dar fijeza y estabilidad a instituciones jurídicas de un orden transcendental, que en nuestros días han sufrido cambios profundos y modificaciones radicales que urge sustraer la influencia vicisitudes de la política (Baró Pazos, 1993, p.236, ver Gaceta de Madrid 22 maio de 1888).

As Bases foram elaboradas, com exceção da 3ª. Base¹⁴⁶, a partir da revisão do projeto de 1851. A família e a propriedade foram os pilares que sustentaram as reformas recomendadas pela ciência e pelo contexto de mudanças sociais e econômicas. A primeira estruturada sob os pilares da religião Católica da Nação espanhola, e a segunda, *“conciliando em lo posible la tradición romana com los principios de la escuela germânica” com o objetivo de “robustecer las solidas bases que la propiedad se asienta em nuestras tierras”* (Lasso Gaité (1970) 1979, p.346).

A excepcionalidade da redação da 3ª Base, relativa ao matrimônio foi considerada pela Comissão como *“cuestión de alto gobierno”* e se converteu no ponto mais conflitante, e, portanto, mais debatido, ao lado das legítimas, que seria apresentado nos livros posteriores, em todos os debates que se seguiram após a apresentação do projeto até a aprovação final do Código.

Além das alterações propostas pelo ministro, também foram demandadas pelos informes dos Tribunais, Colégios de Advogados, e da Comissão do Senado, constituída por jurisconsultos e representantes da Igreja, esses últimos interessados, principalmente, na elaboração da terceira base, relativa ao matrimônio.

Na exposição que o ministro e presidente da comissão, Alonso Martínez, apresentou às Cortes, especificou as principais novidades

¹⁴⁶ A 3ª. Base foi resultado de um acordo entre o conselho de ministros e a Igreja e será apresentada com maiores detalhes no capítulo 5 desta tese.

introduzidas em ambas as partes do projeto em relação ao anterior¹⁴⁷. Apresentaremos a comparação entre o Projeto de 1851 e o Projeto de Leis de Bases de 1882 e o de 1885, no capítulo cinco deste trabalho, apenas com referência ao recorte temático de nosso objeto de estudo

A Comissão Geral de Codificação passou por outra reestruturação levada a cabo por dois Decretos Reais, um de maio e outro setembro de 1882. Entre os dois decretos ficaram estabelecidos que os livros III e IV deveriam ser redigidos pela Comissão reunida em plenário, denominada de “Junta Magna” pelo ministro de *Gracia y Justicia* Alonso Martínez, que presidiria os trabalhos. A justificativa para tal ampliação do fórum das discussões foi a necessidade de um amplo apoio aos conteúdos, porque traziam as memórias e questionários sintetizados pelos representantes dos territórios forais¹⁴⁸, o que também acarretou mais dificuldades ao processo de discussão e aprovação dos mesmos, que ainda deveriam passar pela deliberação das Cortes. Por solicitação do presidente, para ajudar no processo de leitura e discussão das Memórias, no decreto de 23 de setembro de 1882, agregou quatro deputados e quatro senadores como membros da Comissão¹⁴⁹, e também agregou com voz e voto os membros representantes dos territórios forais.

No item a seguir, apresentaremos a relação dos Direitos Forais com o processo de codificação civil espanhol, objetivando mensurar o conflito e em que medida a oposição dos Territórios Forais ao caráter unionista do processo influenciou o desenvolvimento do processo de codificação, nos debates, nas emendas e, finalmente, no texto definitivo do Código de 1888/89.

5.2.1 Os Territórios Forais e os Acordos de 1882

A codificação civil espanhola foi a mais tardia da Europa ocidental, além dos motivos de caráter social e político, um das principais causas desse atraso foi, sem dúvida, o conflito entre o Direito Castelhana e os Direitos Forais. Em

¹⁴⁷ Para as principais novidades introduzidas nos Livros I e II do Projeto de Lei de Bases de 1882 em relação ao Projeto de 1851 ver Baró Pazo, 1993, pp. 237-240.

¹⁴⁸ Os questionários se referiam aos temas mais conflitivos entre o direito castelhano e o foral, como liberdade de testar, direitos dos filhos naturais, ordem de sucessão testamentária, entre outros.

¹⁴⁹ Os deputados Santos de Isasa, Antono María Fabié, Trinitario Ruiz y Capdecón, e Francisco de la Pisa y Pijares; e os senadores Eduardo Alonso Clmenares, Telesforo Montejo y Robledo, Justo Pelayo Cuesta e Augusto Comas.

todo o território, a falta de unidade era caracterizada pelas diferenças existentes nas legislações dos direitos de Castilha e dos Territórios Forais, como já mencionamos, era formado por mais cinco distintas legislações: Aragão, Catalunha, Maiorca, Navarra e Viscaia, e essas também apresentavam diversidades internas.

Evidência de que a preocupação com esta questão foral era latente foi a publicação em 1885 do livro *“El Código civil, en su relación con las legislaciones forales”*, de autoria do próprio ministro Alonzo Martínez, que dava testemunho de seu do contato e conhecimento que tinha dos Direitos Forais em um dos discursos que proferiu junto às Cortes, à época da aprovação do código:

[...] son opiniones de toda mi vida, porque cabalmente hasta en mi juventud empecé siendo Abogado de las Diputaciones Forales de las Provincias Vascongadas, por lo tanto tuve ocasión de conocer muy a fondo las costumbres de aquellos países, sobre todo sus leyes y sus preceptos [...] (Debates Parlamentarios, sessão do Congresso dos Deputados, 17de abril de 1889, p. 2.612)

A realização de um código civil parte da premissa que este servir-se-á de uma base legislativa anteriormente constituída, e sendo a legislação castelhana, até aqui apresentada, a mais importante constituída em terras espanholas, será essa legislação o objeto do processo codificador (Maluquer e Tomàs de Montagurt, 2001). Este protagonismo legislativo castelhano causará o aparecimento de manifestações por parte dos defensores do direito Foral. Antes, porém, fazem-se necessárias algumas palavras sobre a origem dessa dicotomia de conceitos das legislações existentes no Estado espanhol.

São frequentes os termos *“Derecho Comum”* e *“Derecho Foral”*, para designar respectivamente o direito de Castilha e o direito dos territórios chamados Históricos, ou Forais, referente direito das regiões de Catalunha, Aragão, Navarra, Províncias Vascongadas, Galícia e Ilhas Baleares, com tradições e costumes do direito privado diferentes do primeiro. Segundo a Enciclopédia do Direito Espanhol, Ureña y Smenjaud¹⁵⁰, do início do século XX, *“Derecho Foral”* significa:

¹⁵⁰ Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930) Historiador do Direito, catedrático e jurista, membro da Real Academia de História e da Real Academia de Ciências Morais e Políticas.

[...] un régimen de excepción para un determinado territorio, del general y común que regula la vida jurídica nacional”, “denominadas legislaciones forales”, “restos petrificados de y en gran parte anacrónicos del organismo jurídico-civil de tales ó cuales regiones españolas” que habían constituido en otro tiempo “Estados autónomos e independientes (Ureña y Smenjaud s/d apud Garcia Perez, 2012. p.149)

O professor Rafael Garcia Perez (2012), explica que Ureña utilizava o termo “*Derecho Foral*”, cuja origem remontava de meados do século XVIII, quando foi utilizada por um jurisconsulto valenciano Gregorio Mayans i Siscar para designar o direito municipal de Valencia, mas que o termo foi oficializado um século depois, em 1857, quando da criação de uma disciplina nas faculdades de direito denominada “*Historia é Instituciones del Derecho civil español común y foral*”. Desta forma, conclui o autor, o termo “*Derecho Foral*” passou a ser utilizado para designar todo direito que não era de Castilha, que em oposição ao primeiro, de caráter localista, era denominado de “Derecho Español” ou “Derecho Comum”, conotando o centralismo político e também legislativo do Reino Espanhol organizado a partir das leis, costumes e tradições contidos nas compilações de Castilha.

Até as primeiras décadas do século XIX, as legislações forais não se sentiam ameaçadas pelo fenômeno da codificação que varria o continente europeu. Segundo Benito Fraile (2012) a realidade política da Espanha naquele momento, caracterizada pela submissão a um governo estrangeiro, falta de compreensão do significado e alcance dos princípios liberais comprometidas com as tendências unificadoras, ausência de postulados constitucionais, decorrentes das convulsões políticas, impediam as iniciativas concretas de codificação. O autor ainda acrescenta que, naquela ocasião, as províncias não rejeitavam ao projeto codificador, mas demonstravam interesse quanto a forma de sua condução, de modo a respeitar as especificidades regionais¹⁵¹.

A primeira manifestação contrária ao movimento de unificação de códigos por parte das províncias forais ocorreu durante a elaboração da Constituição de Bayona (1808), quando deputados representantes desses

¹⁵¹ Conclusão de Benito Fraile ao analisar as respostas obtidas na consulta realizada junto a líderes locais, logo após o restabelecimento das Cortes, sobre diversos aspetos, entre eles os “médios de mejorar nuestra legislación” (2012, p.73)

territórios solicitaram ao imperador a conservação de seus foros e constituições¹⁵². Porém, a votação dos artigos que estabeleciam a unificação dos códigos da Espanha e Índias, Art. 96 “Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales” e o art. 113, “Habrá un solo código de Comercio para España e Indias” (Constituição de Baona, 1808) foi unânime, provavelmente porque as províncias forais se viram atendidas no artigo 144 no qual ficou estabelecido que os foros das províncias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa e Álava seriam posteriormente examinados pelas Cortes “*para determinar lo que se juzgara más conveniente al interés de mismas provincias y al de la nación*” (Benito Fraile, 2012, p.68-69). E também, segundo Benito Fraile, para evitar confrontação direta com o imperador, ou por falta de conhecimento para avaliar o que o novo regime constitucional poderia significar para a sua realidade.

Quando a Constituição de Cadiz (1812) previu no artigo 248, que os códigos, “*serán unos mismo para toda a Monarquía*”, o fez, observando na segunda parte do artigo, que o seriam, “*sín perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”, abrindo dessa forma a possibilidade, conforme conclui Benito Fraile, após analisar varias interpretações deste artigo¹⁵³, de que qualquer região da monarquia espanhola, continental ou de ultramar, pudesse reclamar tal excepcionalidade, acomodando nesta fórmula, também os territórios forais¹⁵⁴.

Os deputados dos Territórios Forais presentes nas Cortes Cádiz, oficialmente não se posicionaram contra a codificação, mas demonstraram as preocupações quanto a necessidade de se conhecer e considerar para o processo, as diversas legislações existentes:

El debate en las Cortes, suscitado y protagonizado en buena medida por los diputados catalanes, apuntaba hacia la formación de un Código civil (además de uno mercantil y otro penal) que uniformando el derecho de las diferentes provincias, tuviese en cuenta la variedad de instituciones presentes en ellas (García Pérez, 2012. p.153).

¹⁵² Solicitação formalizada pela declaração de José María de Yandiola, depurado representante de Vizcaya na Assembleia de Bayona, e seguida pelos deputados de Cataluha, Guipúzcoa, Álava e Navarra.

¹⁵³ Campsy Arboix (1972); Roca y Tria (1979), dentre outras.

¹⁵⁴ O professor Bartolome Clavero (1979) contesta tal interpretação e afirma que a segunda parte do artigo 248 da Constituição de Cadiz se refere especificamente aos territórios de Ultramar (Benito Fraile, 2012).

Embora a Constituição de 1812 não tenha sido efetivada, devido ao retorno de Fernando VII ao trono, Garcia Perez (p.157) considera que “*en cierta medida, la conciliación entre uniformidad y variedad*” dos códigos havia sido anunciada conforme consta no Discurso preliminar das Cortes ao apresentar o Projeto de Constituição

[...] la uniformidad de principios adoptada por V.M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación: debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español, y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones (Discurso preliminar de apresentação do Projeto da Constituição , 24 de dezembro de 1811, citato por García Perez, 2012, p. 15-158).

A seguinte iniciativa codificadora foi o Projeto de Código de 1821, no qual não há registros sobre a unidade jurídica ou vozes contrárias a ela, pelo simples fato de que “*en el derecho de las personas – marido y mujer, padres e hijos, amos y criados (o projeto) no se afectaba a puntos esenciales de los derechos forales*” (Peset Reig, 2010, p. 210-238). Embora nesse primeiro intento codificador os Direitos Forais não tenham sido atingidos pelo teor unificador baseado nas leis castelhanas, não significa que os autores os acolham. Ao contrário, de acordo com Lasso Gaité (1993), a orientação racionalista dava aos membros da Comissão um caráter excessivamente legalista, por tomarem a lei como a única fonte de direito e considerarem os usos e costumes como “*legislación flutuante e precaria*”. Nos demais projetos e períodos políticos, ao longo processo de codificação, principalmente ao final do século XIX, esse ponto de conflito foi uma constante, e aparecem de uma maneira mais contundente nas pautas das comissões e nos debates das Cortes.

Durante os anos trinta “*fue la primera guerra carlista el detonante principal que hizo posible una difusión generalizada de la imagen del fuero como elemento identitario de las comunidades del norte*” (Rubio Pobes, 2002 *apud* García Perez, 2012). O Projeto de Código civil de 1836 foi claramente caracterizado pela unificação legislativa ao dispor no Art. 12 do Título

Preliminar que “*Contra las leyes de este Código no puede alegarse el no uso ni los actos posteriores contrarios, ni costumbre o fuero particular de cualquier pueblo observados anteriormente a su promulgación*” (Projeto de Código civil de 1836 In: Lasso Gaité, 1979, p. 130). Como já citamos anteriormente, ao expor as características gerais do Projeto de 1836, a utilização exclusiva das fontes históricas do direito castelhano, e o desprezo aos costumes e tradições do direito foral, podem ser explicados pela formação castelhana dos seus autores. O caráter unitário da legislação castelhana não pode ser considerado o principal motivo para o rechaço do Projeto, porque mesmo que as guerras carlistas tenham reforçado o sentimento de pertença dos territórios forais, nesse momento as ideias de Savigny, e de sua Escola Histórica de direito, ainda não se faziam presentes como força doutrinária na Espanha.

Los primeros alegatos en su favor pudieron difundirse en España a partir de 1841, cuando Pedro José Pidal, jurista e historiador, y autentico precursor de la Escuela en nuestro país, desarrollo un curso en el Ateneo madrileño bajo el título “*Lecciones acerca del gobierno y legislación en España*”. Por ello, no es razonable admitir que los territorios folares opusieran resistencia a la aprobación del Proyecto, porque lo cierto es que ni siquiera tuvieron prácticamente ocasión de hacerlo porque no fue debatido ni en Comisión, ni mucho menos en el seno de las propias Cortes, y ni tan siquiera fue publicado como otros proyectos anteriores (Baró Pazos, 1993, p. 86).

Outro instrumento de distinção do direito foral, instituído ainda na década de 30, foi a Lei de 25 de outubro de 1839, que o reconheceu como modo de organização da legislação nas regiões forais, distinguindo-as do modelo legislativo do restante da Espanha. O foral foi adquirindo assim a conotação de particular, oposto ao geral, ou comum, como era denominado o direito do Estado espanhol.

Nas discursões do art. 4 da Constituição de 1845, que estabelecia que “*unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía*”, a legislação foral já apareceu como oposto à legislação comum, castelhana. Em consulta realizada pela primeira Comissão de Codificação, criada em 1843 encontrou-se muita resistência ao processo até em províncias fora dos territórios forais. Tanto nas discussões da Constituição quanto nos objetivos da Comissão de Codificação, havia tendência em se considerar as particularidades do direito foral que se harmonizasse com uma legislação geral (García Perez, 2012).

Segundo o professor Benito Fraile (2012), embora já houvesse um movimento claro e definido contra a unificação, já nas primeiras décadas do século XIX, a resistência dos Territórios Forais ao processo de codificação, foi fortemente acentuada a partir da segunda metade do século, devido principalmente à tendência unionista, em prol do Direito Castelhana ter sido formalizada como metodologia no Projeto de Goyena de 1851.

Art. 1.992 - Quedan derogados todos los fueros, leyes, y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código. (Projeto de 1851).

À época, os que defendiam a legislação castelhana como base para a unificação o faziam por entender, assim como o jurista Lorenzo Arrazola, que:

Ninguna otra de las que rigen en determinadas comarcas es tan perfecta, tan completa, tan estudiada; ninguna otra ha sido objeto de tantos y tan concienzudos trabajos; ninguna otra tiene vida y existencia propia en todas sus partes; ninguna es tan citada, tan conocida en general por los letrados españoles, sea cualquiera procedencia á que pertenezcan, ella es la enseñada en nuestras escuelas, aun en las mismas que está situadas en poblaciones regidas por leyes civiles diferentes (Lorenzo Arrazola, Enciclopedia española de Derecho y Administración, 1860, tomo IX, p.808, *apud* Antequera, 1886, p.73).

Baró Pazos (1993) considera acertada a decisão tomada pela da Comissão em ter optado pela unificação a partir do Direito Castelhana, e enumera três fatores que justificam sua opinião. O primeiro é o fato de que esta opção foi feita em observância e respeito aos princípios constitucionais, que em todas as constituições (1812, 1837, 1845) prescindem desta unificação do direito. O segundo refere-se ao fato de ser o Direito castelhana o “*sistema jurídico completo y homogéneo [...] convenientemente adaptado a las nuevas circunstancias sociales*”, e que, portanto, juntamente com as instituições forais compatíveis a ele, poderia sem dúvida, estar apto de ser aplicado em todo o território da monarquia. O terceiro fator que justifica a opção da unificação do direito no projeto de 1851, foi a lacuna existente na formação jurídica dos membros da comissão, que não foram instruídos nas universidades quanto às “*legislaciones forales vigentes en una parte considerable de la península*” (Gomes de la Sena, 1854, *apud* Baró Pazos, 1993, p.105).

No entanto, a corrente unificadora que dominou as sessões de discussão e elaboração do projeto de 1851, encontrou a resistência dos sentimentos de um “*incipiente nacionalismo*” por influência da recém-chegada à Espanha, Escola Histórica de Direito alemã, de Savigny (Tomás y Valiente, 2006, p.543), cujos postulados foram introduzidos nos meios jurídicos espanhóis “a través de la obra y las enseñanzas de Durán y Bas”, destacando:

[...] la importancia de la costumbre como primera fuente popular de creación del Derecho y la consideración de éste como una de las más importantes manifestaciones del espíritu de cada pueblo, revelado a través de sus instituciones vividas, sentimientos, tradiciones y, en definitiva, modo de resolver los conflictos (Masot Miquel, 1985, p.126).

A resistência dos Territórios Forais ao processo de unificação já era reconhecido por autores contemporâneos ao processo, assim com pelos atuais, como o maior obstáculo ao processo codificador na Espanha:

El verdadero obstáculo que en España se opuso siempre á la codificación civil, que no es otro sino la resistencia que ofrecen los países del Derecho foral, principalmente algunos, á cualquier cambio en la mayor parte de sus instituciones civiles, y sobre todo en la organización de su familia o de su propiedad. (Sánchez Román, 1890, p.10)

Se a oposição à unidade legislativa travou o processo codificador na Espanha, a falta dela, segundo seus defensores era o motivo de todo atraso social e político da nação, como afirmou o senador Fabié em 1885:

Creo, señores, que uno de los signos más característicos de nuestro atraso social y político consiste en no haber podido alcanzar la unidad legislativa: una de las pruebas más evidentes del escaso vigor que en lo que va de siglo cuenta y tiene esta Nación, antes tan grande, es, en mi concepto, el no haber podido conseguir su unidad legislativa en materia de derecho civil (Senado, sesión de 20 de febrero de 1885, núm. 67, p. 1270, In Debates Parlamentarios, Vol.1, 1989, p. 47).

Os representantes dos territórios forais como já mencionamos, não se posicionam contra a codificação, mas contra a unidade legislativa como sistema para levá-la a cabo. O senador catalão Maluquer sustentava a necessidade da codificação “*pero respetando el principio de la unidad, mas no el de la uniformidade, porque repito que considero esta como una tirania que*

choca con los principios liberales” (Senado, sesión de 20 de febrero de 1885, núm.67, p. 1266 In Debates Parlamentarios, Vol. 1, 1989, p.43). A forte oposição à unidade legislativa ficou evidenciada nos debates parlamentares sobre a “totalidade” que ocorreram durante o processo de discussão dos Projeto de Lei de Bases apresentados pelo Governo às Cortes em 1885, e reapresentado em 1888.

Sanchez Román descreve seu desalento quanto a falida intenção de unificação das leis civis espanholas, apenas um ano após a sua promulgação do Código Civil de 1888/89, com as seguintes palavras:

Tal es en realidad de verdad el estado de pluralidad y discordancia en las fuentes legales de nuestro Derecho civil, actualmente, ó sea después del Código; cuya situación es bien imperfecta y lamentable, así como escasísima, sino nula y contraproducente á los fines de la unidad y de la uniformidad, ó por lo menos de la simplificación de la ley civil española, la ponderada y pretendida codificación civil, llevada á cabo despues de tantos esfuerzos, no menos sacrificios de doctrina, ni falta tampoco de vicios de constitucionalidad y corrección en el procedimiento legislativo.

Más de lamentar es aún la oportunidad malgastada y tantos medios y tiempo de preparación esterilizados, con la más probable y desconsoladora perspectiva de un verdadero estado de petrificación irregular y multiforme en nuestro Derecho civil para muchísimos años, y quizá para algunos siglos(Sanchez Román, 1890, p.119)

Encarna Roca Trias (1999) afirma que os motivos que tornam impossível a unificação das leis civis na Espanha estão no que ela denomina de “*la larga noche del XVIII*”, caracterizada pelas consequências da Guerra de Sucessão e abolição do Antigo Regime, que se deu de forma desigual entre os antigos Reinos espanhóis. Especialmente na Catalunha, a indiscutível perda de liberdades “*de que gozaba Cataluna como organización política*” gerou um terreno fértil para a criação de símbolos nacionalistas. Os românticos do século XIX se equivocaram ao projetarem antes de 1714 uma Catalunha com uma sociedade claramente definida e entidade reconhecida, e que de fato, foi após a guerra, com a privação das instituições que lhe davam identidade, e através da criação de símbolos nacionais, de afirmação indenitária, que surgiu a nação catalã (Kamen, 1990, apud Trias Roca, 1999, p.46).

Os intentos de Felipe V, com os “*Derechos de Nueva Planta*”, de 1715, que com revogação dos Direitos Forais pretendiam uma razoável unidade ou

centralismo jurídico ao modelo borbón, foram fracassados, segundo Roca Trías, porque continuaram existindo na Espanha diferentes sistemas políticos em diferentes regiões, e também porque a Nova Planta não estabelecia uma regulação uniforme de sua aplicação e que o efeito produzido pela Nova Planta foi o de reafirmar ainda mais o sentimento nacionalista entre as regiões forais (Iglesia Ferreirós, 1992, p.440 apud Trias Roca, 1999, p.49).

Tomás y Valiente (2004) elenca três correntes distintas de interpretação da questão que envolve a relação conflituosa entre o direito castelhano e os Direitos Forais no processo de codificação civil espanhola. Uma primeira postura, consolidada pelo Congresso dos Jurisconsultos celebrado em 1863, defendia a necessidade da unificação do Direito civil espanhol, porém, sem o caráter centralista outrora defendido no projeto de 1851. Esta primeira postura defendia uma unidade que fugisse do extremo de sobrepor uma legislação sobre a outra, mas que adotasse *“con racional critério lo más aceptable de cada una”*.

A Escola Catalã liderada pelo senador Duran i Bas, defendia a segunda tendência, doutrinariamente sustentada pela afirmação da Escola História, de Saviny, de que *“la uniformidad de la legislación no siempre es justa ni conveniente, y que la codificación no siempre es necesaria ni oportuna.”* Ainda fazia parte dos pontos principais da doutrina histórica do direito que uma codificação nacional deveria informar todas as instituições jurídicas, e que os costumes são mais úteis que as leis para a criação e reforma do direito de um povo. Esses fundamentos básicos da Escola Histórica deram sustentação doutrinária para que os juristas dos territórios forais defendessem suas instituições frente ao centralismo castelhano, ou até mesmo, de forma mais radical, como preconizado pela dita Escola, se opusessem do processo codificador, defendendo a manutenção da vigência dos diversos direitos existentes no território espanhol.

A terceira tendência, liderada pelo jurista Allende Salazar, reconhecia a existência de cinco legislações civis na Espanha (Castilha, Aragão, Catalunha, Navarra e Viscaya), e defendia a conciliação das duas anteriores orientações através da elaboração de cinco Códigos civis diferentes. Segundo os defensores desta orientação, o labor codificador seria simplificado se fosse

desenvolvido a partir dos cinco diferentes códigos já consolidados (Tomás y Valiente, 2004).

Diante de uma realidade legislativa plural e diversificada, *“la labor codificadora posterior al proyecto de 1851 no quiso caer en el mismo error”* (Masot Miquel 1985, p.127) das tentativas anteriores que não contemplaram os Direitos Forais em seus projetos de codificação. O reconhecimento do Governo a respeito da imprescindível necessidade de harmonizar as diferentes legislações se efetivou através da do Decreto Real de 2 de fevereiro de 1880:

[...] si bien todos los gobiernos nacionales habían mostrado vivos deseos de llevar a cabo la obra de la codificación española, ninguno lo había alcanzado, porque eran parte a estorbarla el natural afecto que varias provincias tienen a los fueros que las rigen y sus fundados temores de que antiguas y respetadas instituciones que afectan a la manera como en ellas está constituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado (Decreto Real de 2 de febrero de 1880 *apud* Masot Miquel, 1985, p. 127)

A fórmula encontrada, mais próxima da primeira corrente elencada por Tomás y Valiente (2004), defendida no Congresso dos Jurisconsultos celebrado em 1863, foi contemplada pelo Decreto de 2 de fevereiro de 1880, quando da incorporação de membros representantes da Catalunha, Aragão, Navarra, Províncias Vascongadas, Galícia e Ilhas Baleares, à Comissão de Codificação, com caráter de membros correspondentes, *com o objetivo de respeitar e conservar as legislações especiais quando fosse necessário. Com esse propósito foi solicitado por parte da Comissão que cada representante dos Territórios Forais redigisse “en plazo de seis meses, una Memoria en que consignen y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones del derecho foral que deban incluirse em el Código civil”* (Baró Pazos, 1993 p. 103).

A participação dos representantes forais, segundo o ministro, marcava esta fase do processo de codificação por uma *“nueva mentalidad en los trabajos de la Comisión, que se refleja en un espíritu de “generosa transacción” entre las legislaciones [...]”* (Baró Pazos, 1993 p. 211). Sobre a autonomia jurídica dos Territórios Forais, o ministro Martinez declara em sua exposição às Cortes que:

El Gobierno mantiene en este punto su promesa solemne de respetar en su fondo y en su esencia el régimen foral, y traer en su día a las Cortes proyectos de ley especiales, que una vez aprobados, sirvan como de adición y complemento al Código General en las provincias aforadas (Exposición de Motivos do Proyecto de Código Civil de 1882, Exposición a las Cortes, anexo Lasso Gaité, 1970, p. 35).

José María Antequera (1886, p. 133- 138) e Baró Pazos (1993) trazem em suas obras uma breve referência de cada uma das memórias redigidas pelos seus respectivos representantes. Segundo os autores, esses representantes tinham como função redigir, em seis meses, uma memória sobre “*las instituciones vigentes en sus territorios, en que indicasen lo que es en ellas es de vital importancia, y lo es menos interesante, ó no tiene razón para subsistir*” (Antequera, 1886, p.134) , uma memória “*en que consignem y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones del derecho foral que deban incluirse el Código civil* (Baró Pazos, 1993, p. 211)¹⁵⁵”. Os territórios representados foram Catalunha, por Manuel Duran y Bas; Aragão, por Luis Franco y López Lago; Navarra, por Antonio Morales y Gómez; as Províncias Vascongadas (País Basco), por D. Manuel Lecanda y Mendieta; e as Ilhas Baleares, por Pedro Ripoll y Palau.

Conforme mencionadas nos debates parlamentários, as memórias foram definidas como “*la expresión colectiva del espíritu dominante en cada una de esas provincias*”, porque foram de fato a representação das distintas Corporações e Colégios de Advogados dos respectivos territórios.

A mais extensa e original de todas as memórias foi a elaborada pelo representante da Catalunha, Manuel Duran y Bas¹⁵⁶. Extensa, por contar com três partes, a primeira composta por uma introdução teórica sobre codificação, a segunda por um esquema completo de todas as instituições jurídicas da Catalunha (dividida em sete pares contendo ao todo 296 páginas), e a terceira, uma apresentação de abundante referências doutrinárias de juristas catalães, castelhanos e estrangeiros, e a apresentação de 8 títulos com 345 artigos contendo as instituições do Direito Foral catalão que em sua opinião deviriam

¹⁵⁵ Atas da Comissão Geral de Codificação. Seção 14 de maio de 1880.

¹⁵⁶ Manuel Durá y Bas (1823-1907), maior representante da Escola Jurídica catalã, de formação humanista, estudou línguas e humanidades em Madri e direito na Universidade de Barcelona, foi considerado um dos introdutores da Escola Histórica na Espanha. Além correspondente representante da Catalunha na CGC, também participou, como deputado, dos debates da Lei de Bases em 1885.

ser conservados. Original, por seguir critério próprio, ignorando a orientação dada pelo presidente da comissão aos representantes dos territórios forais, de considerar o plano do Projeto de 1851 para a elaboração de suas respectivas memórias, justificando ser este, um projeto defeituoso.

As memórias dos demais territórios, mais breves, apresentaram quase que exclusivamente as instituições singulares que deveriam ser conservadas do Direito Foral. Essas instituições em sua maioria estavam relacionadas a matrimônio e sucessões, especialmente sobre os contratos matrimoniais em relação aos regimes econômicos, dotes e liberdade de testar¹⁵⁷.

O Decreto Real de 23 de setembro de 1882 determinou que a discussão dos Livros III e IV seria realizada pela Comissão reunida em plenária, e todos os trabalhos seriam deliberados pelas Côrtes. Pelo decreto, a comissão foi acrescida de mais quatro senadores e quatro deputados, com a justificativa que as discussões das memórias e questionários elaborados sobre os Direitos Forais demandariam maior esforço da Comissão. O Decreto também determinou que os representantes dos Territórios Forais passassem a ter direito de voz e voto. A “*Junta Magna*”, como se chamou a Comissão reunida em plenário, dedicou-se aos debates das bases dos Livros III e IV, que ocorreram entre 14 de outubro e 27 de novembro de 1882). Antequera (1886) denominou de “solene debate” o que foi travado em torno dos temas levantados pelos mencionados questionários e memórias elaboradas pelos representantes dos Territórios Forais.

Nessas sessões foram expostas e debatidas as memórias e os questionários elaborados pelos representantes dos territórios históricos, e as Bases foram elaboradas a partir de acordos entre as diferentes legislações forais e o direito castelhano (Baró Pazos, 1993). Em um total de dezoito acordos, a maioria estava relacionada ao Direito de Sucessões, como a liberdade de testar, a legítima dos filhos naturais, a sucessão testamentária e os contratos, dentre os quais destacamos:

- No se aceptará para el Código general la libertad de testar como existe en Navarra, ni el sistema de sucesiones de Aragón, ni el sistema de sucesiones de Cataluña.

¹⁵⁷ Antequera faz uma exposição resumida das memórias de todos os territórios forais em seu livro “La codificación Civil en España”, 1886, p.135-138.

- Se dividirá el haber hereditario en tres partes iguales: una que será legítima de los hijos; otra de que podrá disponer libremente el padre, y otra que podrá el padre distribuir como mejora entre los hijos.
- La legítima de los ascendientes se les dará e propiedad, consistirá en el tercio de la herencia, y se adjudicará por líneas y no por proximidad de parentesco. El ascendiente podrá optar entre la legítima y los alimentos.
- La legítima de los hijos naturales reconocidos no será en ningún caso superior ni igual á la de los hijos legítimos.
- La sucesión intestada llegará al sexto grado de parentesco, y no más, en la línea colateral.
- Desaparecerá la diferencia que la legislación establece, respecto á los hijos naturales, entre el padre y la madre, dándoles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro.
- Se colocará á los hijos naturales, en la sucesión intestada, detrás de los ascendientes y antes que los hermanos.
- La cuantía de la porción hereditaria del cónyuge viudo será igual á la de cada hijo.
- El orden de colocación de los que tienen derecho á ña sucesión intestada, será el siguiente: 1º. Descendientes. – 2º. Ascendientes. - 3º. Hijos Naturales. - 4º. Hermanos y los hijos de estos. – 5º. El Cónyuge viudo (Antequera, 1886, p.140-141).

Imediatamente após a aprovação dos Acordos de 1882, outra mudança do cenário político, provocou em 1883, a saída do ministro Alonso Martínez, interrompendo assim o andamento dos trabalhos da CGC, que foram retomados apenas em março de 1884, três meses depois da nomeação de Francisco Silvela para o Ministério da justiça.

Embora constem reuniões dos representantes de Catalunha, Aragão e Navarra, com o presidente da Comissão, Alonso Martínez, para discussão dos pontos de conciliação entre as diferentes legislações, percebe-se pelas atas de sessões da Comissão, que a assistência dos representantes dos Territórios Forais foi esporádica, com pouca participação em debates e nenhuma autoria de matéria (Baró Pazos, 1993, p.213). As memórias não foram todas concluídas e a relação do Código com os Direitos Forais foi sendo construída nas décadas que se seguiram à sua promulgação¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Autores de Direito civil dessas regiões fizeram balanços sobre esta relação em textos específicos de cada legislação foral: “Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)”, de Rafael D. García Pérez (2012) “*Notas sobre el Derecho civil de Cataluña ante el proceso codificador español*”, de Baró Pazos (1917); “El Código y la aplicación del Derecho balear”, de Miguel Masot Miquel (1985), para “*Codificación civil y legislación foral de Bizkaia*”, de Gregorio Monreal Zia (2014); “Derecho civil navarro y Codificación general española”, de Roldán Jimeno Aranguren (2012)

5.3 O Projeto de Lei de Bases de 1885

Antes de passarmos aos debates que marcaram a última etapa do processo da codificação civil espanhola, faz-se interessante um breve olhar comparativo entre o Projeto de 1882 e o de 1885, que deram origem ao Código de 1889.

O Projeto de Bases apresentado por Francisco Silvela foi mais extenso, composto de 27 Bases, contra apenas 17 do de Alonso Martínez (1882), e mais conservador que o anterior, diferindo-se daquele, em relação a três questões principais, duas de conteúdo, relacionadas ao matrimônio e a legislação foral, e uma de método, referente à forma de utilização do projeto de 1851.

Quando ao matrimônio, Silvela tentou harmonizar a terceira base às legislações anteriores (decretos de 1875 e a Lei de Matrimônio de 1870), admitindo uma dualidade do matrimônio, ao conciliar os dogmas e princípios da Igreja ao princípio de tolerância religiosa. Quando à legislação Foral, foi o ponto em que, segundo Antequera (1886, p. 152) Silvela “*hizo más amplias concesiones*” confirmando, assim como Martínez, o Código como direito complementar nos Territórios Forais, porém, não suprimindo como fez o primeiro, mais liberal, o caráter subsidiário do Direito romano e canônico nesses territórios. A diferença em relação ao Direito foral ficou evidente entre os dois ministros, quando Alonso Martínez fez a seguinte reivindicação em seu voto particular apresentado ao projeto de Lei de Bases promulgado por Silvela:

Sin perjuicio de lo que se dispone en la base 1ª., en las provincias en que subsiste derecho foral se conservarán por ahora en toda su integridad aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en la costumbres no se puedan suprimir sin afectar hondamente á las condiciones de la propiedad ó al estado de la familia. En consecuencia, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos las Decretales en las provincias en que hoy se aplican como derecho supletório (Diário de Sessões, Congresso dos Deputados, 9 de junho de 1885, in Debates Parlamentarios, 1989, p)

Uma terceira diferença entre os dois Projetos de Bases foi o grau de dependência em relação ao Projeto de Goyena. Alonso Martínez afirmou ter seguido como plano geral o projeto isabelino, conforme consta na primeira base, determinado no início do processo codificador pós Restauração, fazendo

apenas a atualização da doutrina e considerando as modificações do contexto social e político do país.

Francisco Silvela distanciou-se quantitativamente do projeto de Goyena para a elaboração das Bases de 1885, ao ponto de elas serem consideradas um novo projeto, e não apenas o de 1851 reformado, como preconizado desde o princípio. Portanto, os Livros I e II foram elaborados com maior dependência do projeto de 1851, enquanto que os Libros III e IV foram elaborados de forma mais distanciada do modelo, quando esse divergia da doutrina. Inclusive na estrutura fez-se notar a diferença, quando Silvela divide o Livro II em duas partes, alterando assim o modelo original a ser seguido (Baró Pazos, 1993).

Outras alterações e acréscimos de novas matérias também fizeram parte do que configurou a diferença das Bases apresentadas por Alonso Martínez em 1882, e as Bases apresentadas por Silvela em 1885, muitas delas relacionadas às matérias de família e sucessões, tais como, o restabelecimento do conselho de família (Base 6), aumento da maioria para os 25 anos (Base 8), direitos sucessórios e acordos com os Direitos Forais (Base 14), doações de pais para filhos como legítima (Base 24).

5.3.1 Os Debates Parlamentares de 1885 a 1889

Esta última etapa do processo de codificação foi composta de duas fases separadas por um período em que os trabalhos foram interrompidos por motivo de suspensão das Cortes. A primeira fase compreendida da Legislatura¹⁵⁹ de 1884-1885, sob a liderança do ministro Francisco Silvela, e uma segunda fase, momento final do processo codificador, compreendida pela Legislatura de 1887-1888, quando Manuel Alonso Martínez estava à frente do Ministério de Gracia e Justicia. Essas fases foram caracterizadas pelo intenso debate ocorrido nas Cortes quando da apresentação dos Projetos de Lei de Base de 1885 e de 1888. Para acompanhar o debate procedemos a leitura dos discursos dos deputados e senadores proferidos nas sessões ocorridas no período final da codificação espanhola, e recortamos deles algumas falas que

¹⁵⁹ O termo Legislatura à época significava os períodos de sessões de um mandato parlamentar, e não o período de tempo que compreende o mandato parlamentar, como atualmente. (Debates Parlamentários, p.74 - nota 2)

evidenciam o teor das discussões, e suas principais temáticas, como apresentaremos a seguir.

5.3.1.1 Primeira fase: Legislatura¹⁶⁰ 1884-1885 – Ministro Francisco Silvela

O Conselho de Ministros autorizou, pelo Decreto Real de 7 de janeiro de 1885, o Ministro da *Gracia y Justicia*, Francisco Silvela apresentar o Projeto de Lei de Bases às Cortes, dando continuidade ao processo interrompido em 1882, segundo palavras do próprio ministro, “*lo verdaderamente útil es tomar la obra em el punto em que la encontramos y seguirla, variando poco su plan, hasta conseguir su remate [...]*” (Gaceta de Madri, janeiro de 1885).

Após a apresentação do projeto no Senado, foi nomeada uma Comissão¹⁶¹, “*que há de dar dictámen acerca del proyecto de ley de bases para publicar un código civil*” (Debates Parlamentarios, sección, 19 de enero de 1885, p.6, num.57). Essa Comissão presidida a princípio por José Cárdenas, por motivo de sua nomeação como Embaixador espanhol na França, foi substituído por Francisco Silvela, que deu continuidade à coordenação dos debates do projeto no Senado, ocorridos entre 12 de janeiro e 4 de maio¹⁶². Esse período foi dividido em dois momentos distintos, um primeiro, no qual foi debatido o projeto na “totalidade”, em sete sessões (de 19 a 26 de fevereiro de 1885), e um segundo momento, mais longo, no qual foi debatida a estrutura do articulado, em um total de vinte e cinco sessões (de 29 de fevereiro a 6 de maio). Durante os debates foram apresentadas sete emendas e quatro adições¹⁶³. Em 6 de maio o projeto foi definitivamente aprovado e enviado ao Congresso dos Deputados (Debates Parlamentares, 1989).

Neste capítulo nos deteremos apenas ao debate sobre a totalidade, um debate de questões gerais, deixando o debate sobre o articulado, para ser

¹⁶⁰ O termo Legislatura à época significava os períodos de sessões de um mandato parlamentar, e não o período de tempo que compreende o mandato parlamentar, como atualmente. (Debates Parlamentarios, p.74 - nota 2)

¹⁶¹ Presidida inicialmente por José Cárdenas, logo em seguida substituído por Francisco Silvela, e como secretário Benito Gutierrez, e como demais membros, Salvador Albacete, Manuel Silvela, Manuel Colmeiro.

¹⁶² Debates Parlamentarios (1885-1889) Secciones de 21 e 25 de febrero de 1885. P. 8-9, n. 71.

¹⁶³ As emendas e adições foram apresentadas pelos senadores Augusto Comas, Antonio Maria Fabié y Escudero, Sebastián de la Fuente Alcázar, Cayo López (marquês de Seoane), Antonio de Mena y Zorrilla, e Benito Ulloa y Rey.

apresentado no capítulo sobre o família espanhola no Código civil, no qual apresentaremos especificamente as discussões a respeito dos temas relacionados ao nosso objeto de pesquisa, o matrimônio.

5.3.1.1.1 Debates sobre a Totalidade no Senado

Os debates parlamentários que tiveram início no Senado, a 19 de fevereiro de 1885, depois de procedida a apresentação do projeto de Lei de Base às Cortes, pelo ministro e presidente da Comissão, Francisco Silvela, giraram em torno de duas questões principais. A primeira debatida pelos distintos oradores que tomaram a palavra durante os sete dias de sessões, foi a respeito da utilidade e conveniência de se proceder a codificação do direito civil na Espanha, e como desdobramento dessa questão, se a Espanha estava preparada para a realização desse processo. A segunda e mais conflituosa questão debatida foi se a forma proposta pela Comissão e pelo Governo para proceder a codificação era a mais “conveniente” e “oportuna”.

Durante as sessões de debates sobre a “totalidade” pronunciaram-se os senadores Escobar, Coronado, Malquier, Fabié, Ullhoa y Rey, e Marques de Seone. Em resposta aos questionamentos dos senadores, e em defesa do projeto, tomaram a palavra os seguintes membros da Comissão: Benito Gutierrez, Colmeiro, Albacete e o presidente Silvela. O presidente da comissão também realizou no último dia dos debates um discurso final, contestando de maneira geral a todas as questões que foram levantadas ao longo de todas as sessões. Nas palavras do próprio ministro as principais questões colocadas pelos senadores durante os debates sobre a “totalidade”, foram:

¿Es útil y conveniente la codificación del derecho civil en España? ¿Está suficientemente preparada? ¿Es oportuna? La forma que en que la traen el Gobierno y la Comisión, ¿es la más conveniente? [...] ¿Y es en efecto no una necesidad urgente la codificación del derecho civil? (Senado, sesión de 26 de febrero de 1885, Discurso final do presidente Silvela, Núm.72, p.1372 In: Debates Parlamentarios, V.1, 1989, p.105-106)

Quanto à primeira questão, a maioria dos senadores se manifestou afirmativamente à necessidade de codificação das leis civis espanholas diante da caótica situação da legislação civil da Espanha. O senador Escobar

defendeu a “*necedidad absoluta de codificar las leyes civiles y ponerlas en consonancia con e estado social de la Nación española en el actual momento histórico*”. Embora considerasse “*sumamente peligroso*” reformar as leis civis, concordava que a reforma deveria ser considerada, mesmo em um momento em que as condições sociais do povo fossem caracterizadas pela ruptura ou antagonismo entre suas ideias e leis, seus costumes e instituições. O senador admitiu a existência de um abismo, um verdadeiro antagonismo entre a sociedade espanhola do século XIII (fazendo referência às Partidas) e a realidade social, política e econômica do final do século XIX, momento do moderno processo codificador. Esse abismo era causado pela situação de “*verdadera anarquia legislativa*” da qual padecia o direito castelhano, com uma multiplicidade de disposições e compilações, e falta de consonância dessas leis com a realidade no Estado moderno (Discurso do Senador Escobar, Debates Parlamentarios, 1885-1889, p.19-24. Senado, Sesión de 19 de febrero de 1885, p.1240-1245, núm. 66).

Contrários à Codificação posicionaram-se dois senadores, Coronado e Marques de Seoane. O primeiro, catedrático de Direito Romano, e partidário da Escola Histórica de Direito, por acreditar ser a Codificação uma obra um tanto prematura, declarou-se opositor das “*reformas pouco meditadas*”, e foi considerado pela comissão como opositor radical do projeto de codificação.

[...] dudo hoy, desconfio que hay los elementos necesarios para verificar la codificacion y para verificarla à consciencia.

[...] Creo, Sres. Senadores, que no hay la preparación bastante para verificar la codificación civil, y mucho ménos para unificar esa legislación civil” (Senado, sesión 20 de febrero de 1885, Núm.67, p.1257 e 1262, Debates Parlamentarios, 1889, p.34 e 39).

A essas colocações o próprio presidente da Comissão, Francisco Silveira contestou em seu discurso de encerramento dos debates, afirmando que uma obra que havia sido anunciada em 1812 e que já levava mais de meio século sendo preparada, não poderia ser considerada prematura.

O segundo, senador Marques de Seoane, posicionou-se contrário ao processo codificador conforme apresentado por considerá-lo inconstitucional por descumprir os artigos 18 e 75 da Constituição. O Art.18 determinava que “La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey” e que,

portanto, a Comissão não possuía autoridade legislativa para fazê-lo. O Art.75 exigia que a Monarquia fosse regida por “*unos mismos Códigos*” e que se fosse necessário disposições especiais para alguma localidade, que essas estivessem contempladas no texto dos Códigos gerais. O senador Marques de Seaone também acusou a Comissão de descumprir o Regulamento do Senado, segundo o qual, no artigo 133, determinava que além da discussão da totalidade, os senadores teriam que realizar a discussão por livros, capítulos e artigos, o que, segundo o marquês, era impossível de ser realizado, pelo fato de a Comissão não apresentar um projeto completo.

¿Hacen un proyecto o aprueban un proyecto de Código civil las Cortes? ¿Se ha presentado siquiera este proyecto? Todos sabemos que lo que se ha presentado aquí es una autorización para hacer un Código civil con arreglo á tales ó cuales bases; pero estas son muy someras y tan vagas que se pueden variar, entender y redactar de diversos modos (Senado, 25 de febrero, Num.71, p.1357, Debates Parlamentarios, Vol.1, 1989, p. 93).

Durante os debates, os membros da Comissão fizeram a defesa do Projeto de Lei de Bases frente às críticas e oposições dos senadores, elencando uma série de argumentos que justificavam a urgente codificação das leis civis espanholas. O primeiro dos argumentos levantado pela Comissão foi a tradição codificadora do Estado espanhol, herdada dos romanos, demonstrada em todos os intentos anteriores de organização da legislação civil em um corpo de leis principal e definitivo, como apresentou Benito Gutierrez:

En España, por ejemplo, ¿Qué ha sido el Fuero Juzgo en su época? ¿Qué significa el Fuero Real? ¿Y qué diremos del Código de las Partidas? No es una obra esencialmente filosófica? No es un Código, no le llamo Código en la verdadera acepción de la palabra, pero demuestra una tendencia á la unidad legislativa, que habia de dar por resultado frutos análogos á los que va buscando el proyecto de codificación (Senado, Sesión 19 de febrero de 1885, Núm.66, p.1246, Debates Parlamentarios, Vol.1, 1989, p.25)

Outro forte argumento foi a urgente necessidade de colocar fim a confusão legislativa que empeirava em todo o território, anunciada desde a Constituição de 1812, como apontou outro membro da Comissão, o Senador Colmeiro:

Me parece, pues que la ocasión es oportuna, que cuanto antes llegue la reforma mejor, que es una necesidad tan grave y tan importante la de reformar nuestra legislación, que está tan confusa dividida en distintas regiones de la Península, que realmente es preciso abordar alguna vez la cuestión [...] Hay, señores, necesidad de emprender esta reforma. La prudencia cero que está apurada; el tiempo me parece que ha corrido bastante [...] [...] en todas las Constituciones aparece un artículo que puede afirmarse que es el grito de la opinión y una protesta contra la confusión de las leyes; un artículo estableciendo que haya un solo Código para todos los españoles (p.37. p.1260).

A necessidade de acompanhar “moderna ciência” e a “alta filosofia legislativa” que a codificação representava no contexto das ciências jurídicas do século XIX e que já tinha orientado a maior parte das nações europeias e também latino-americanas, foi outro dos argumentos dos membros da Comissão.

A segunda questão, e a mais conflitiva, levantou um grande debate entre unionistas e foralistas, e foi suscitada pela discussão do artigo 5º, que estabelecia:

[...] en las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, y éste tendrá para ellas tan solo el carácter de derecho supletorio en aquellas cuestiones que no tenga aplicación el derecho romano y el canónico (Gaceta de Madrid, 7 de janeiro 1885).

Ao deixar claro que o Direito Foral não seria derogado após a aprovação do Código, o artigo 5º provocou um intenso debate sobre a ideia de que a codificação civil na Espanha não significaria a unificação das leis, mas a manutenção de dois diferentes sistemas.

O principal argumento dos senadores ao se manifestarem contra ou a favor da unificação das leis civis no reino espanhol foi o de que elas “*tratan de la organizacion de la familia y de la propiedad, que son realmente las dos bases indestructibles sobre las cuales descansan la sociedad*” (Discurso do Senador Escobar, Senado, Sesión de 19 de febrero de 1885, p.1240, núm. 66, In: Debates Parlamentarios, 1885-1889, Vol.1, p.19), e ainda, é a legislação civil “*destinada à definir las grandes relaciones que entraña la organización de la familia y de la propiedad*” (discurso do Senador Gutierrez, Senado, Seción

de 19 de febrero de 1885, p.1245, núm. 66, In: Debates Parlamentarios, 1885-1889, Vol.1 p. 24).

Durante dos debates da “totalidade” as discussões mais intensas foram travadas entre os senadores sobre os temas do nosso recorte temático, dois pontos específicos relacionados aos artigos que definiam o modelo de família o qual seria definido pelo sistema matrimonial e pelo sistema de transmissão de herança. Portanto, reservaremos para o capítulo sobre a família espanhola alguns dos pontos debatidos pelos senadores sobre matrimônio e herança.

O ministro, tanto no preâmbulo do projeto quanto no discurso de apresentação do mesmo às Cortes, argumentou motivos em relação à forma de proceder da Comissão e do Governo em relação aos Direitos Forais:

Falta de preparación para hacer esa reforma respecto a las provincias que se rigen por el sistema foral; porque así como para el Código del derecho común hay preparación suficiente, cuatro años solamente que ha habido representantes de las provincias del régimen foral en la Comisión de Códigos, no habiendo hecho sino trabajos intermitentes, no es preparación suficiente para llevar adelante en la codificación da unidad legislativa (Debates Parlamentarios, 1889, p. 20, Sección 19 de febrero de 1885 - Núm 66, p.1240).

A falta de preparação, segundo o ministro, estava relacionada diretamente ao pouco tempo de contato e de conhecimento em relação aos Direitos Forais, e por essa razão seria perigoso tocar nos costumes do tão difíceis de conhecer. Outro motivo para a manutenção do Direito Foral, apresentado pelo ministro, era o fato de que havia uma imensa distância em relação aos elementos com os quais a comissão contava para proceder a unificação do direito de Castilha, e o que existiam nos apêndices ou projetos de leis especiais do direito foral e que, portanto, para não retardar a solução para a unificação do primeiro, separasse o segundo para um outro momento, mais consciente e amadurecido.

O ministro Silvela foi duramente criticado no Senado por seu “excessivo” cuidado em não entrar nas questões relacionadas aos costumes forais, e por perder a oportunidade de proceder a tão necessária unificação legislativa na Espanha, devido à sua timidez em tocar o projeto codificador. Diferente dos unionistas, os foralistas ressaltaram a importância da prudência da Comissão ao respeitar a diversidade dos direitos existentes no território espanhol, e

destacavam que a longa história e forte tradição dos costumes forais era a sua maior defesa diante dos intentos de unidade legislativa.

O Senador Escobar argumentou que a dualidade do direito civil espanhol, constituído em uma parte por províncias onde vigorava o chamado Direito Comum, e por outra, por territórios onde se aplicava um regime particular, denominado Foral, gerava uma inadequação entre as leis e a realidade social, destacando principalmente o atraso do Direito Foral, que era composto por uma *“infinidade de usos, costumbres, fueros e privilégios, que en su mayor parte no se hallan definidos em ninguna ley escrita; y otras que invocan como derecho supletório los Códigos romanos”* (Discurso do Senador Escobar, Debates Parlamentarios, 1885-1889, p.19-24. Senado, Sesión de 19 de febrero de 1885, p.1240-1245, núm. 66).

Diante da constatação da necessidade da codificação das leis civis na Espanha, o senador Escobar questiona em que sistema a codificação deveria ser realizada. Sua defesa vai de encontro ao que foi deliberado pela Constituição, um só código para toda nação, bem como o que foi decretado em 2 de fevereiro de 1880, que esse código contemplasse as os *“preceitos, disposiciones y leyes”* que constassem nas Memórias elaboradas por cada Província Foral, como indispensável à sua organização, e que pudessem ser estendidos à toda a Espanha.

Dentre os senadores que se posicionaram contra o processo de codificação e também contra ao sistema pelo qual estava sendo efetivado, o senador Marques de Seone foi o mais duro e extenso em suas críticas. Além da acusação de descumprimento da Constituição e do Regulamento do Senado, como já citado, o senador Seone apresentou outras críticas quanto a falta de utilização de *“principios da ciência moderna”*, como os que ele denominou de princípio de nacionalidade e princípio de civilismo. O primeiro referindo-se ao fato de o Projeto não reunir um direito nacional, ao insistir com a manutenção dos Direitos Forais, citando as legítimas como ponto principal de tensão entre a variação da legislação. O segundo relacionado ao fato de que na Espanha ainda não haviam confeccionado *“un cuerpo de derecho en que se prescindiera enteramente de toda idea religiosa y atendiese solo á lo que podemos llamar de civilismo, á esse principio, á esa ciencia nueva que se iba introduciendo em las sociedades modernas”*. (Senado, sesión de 26 febrero de

1885, Num.72, p. 1365. Debates Parlamentarios, 1989, p.99), referindo-se ao sistema matrimonial espanhol ainda atrelado aos princípios eclesiásticos. Sobre urgente necessidade da separação do Estado e da Igreja no que concerne às leis civis, pronunciou o senador Seone:

No cesaré de lamentar (aun cuando parezca que insisto en la repetición, y no salgo de esta idea) el que la Comisión de codificación civil española se haya puesto en el terreno atrasado, en un terreno abandonado, en lucha con el principio civil que debía dar el ser á obra: tratar de fundar aquí una codificación civil que responda á lo que significa en todos los países en los tiempos modernos, y dejar sin embargo en ella no solo un resabio de los tiempos antiguos, sino una grandísima influencia, una grandísima intervención como la que deja la Comisión respecto á las relaciones religiosas con las relaciones civiles, es en mi concepto, un ponto que no pone la obra de los legisladores españoles á la altura que debía tener después de tantos trabajos y tantos ensayos (Senado, sesión de 26 de febrero de 1885, num.72, p. 1365. Debates Parlamentarios, 1989, p.101).

Em resposta aos senadores que se manifestaram contra o projeto, o presidente da Comissão, Francisco Silvela, no discurso que pronunciou como encerramento dos debates deteve-se apenas às questões gerais, como de fato estava previsto para o período de discussão sobre a “totalidade”, reservando os assuntos específicos, como matrimônio e legítima para serem considerados apenas no momento da discussão do “articulado”.

Quanto às emendas apresentadas pelo Senado¹⁶⁴ merecem destaque a emenda do Senador Augusto Comas, de alteração à redação da 1ª. Base, pelo teor da discussão, extensão e conteúdo, e também as dos senadores que fizeram propostas de emendas às 3ª. e 15ª., respectivamente relativas a matrimônio e herança (legítimas), nosso objeto de pesquisa. Reservaremos a apresentação dessas últimas para o capítulo no qual trataremos exclusivamente o nosso recorte temático. Apresentaremos aqui apenas a primeira, do Senador Comas, por seu caráter geral e estrutural.

Defensor da tese historicista, Comas acreditava ser prematura a codificação civil na Espanha, porque essa carecia de maior conhecimento de

¹⁶⁴ Durante as sessões que ocorreram de fevereiro a abril de 1885, foram apresentadas emendas pelos senadores Comas (1ª. Base, 2 de março), Fabié (14ª., 15ª., 16ª. e 17ª., 21 de março), Fuente Alcázar (15ª. Base, 4 e 21 de março), Lopez (3ª. Base, 27 de fevereiro), Marquês de Seoane (17ª. Base, 28 de fevereiro), e Mena y Zorilla (Art. 6º, 24 de fevereiro); e propostas adições pelos senadores Marquês de Seoane (14ª. Base, 19 de fevereiro), Mosquera (26ª. Base, 13 de abril), Ulloa y Rey (26ª. Base, 13 de abril).

sua história antes de elaborar um único código, e que as leis específicas seriam o suficiente. Essa oposição ao processo de codificação é explicitada em suas palavras quando defendia ser essa uma questão muito séria, e irreversível, por não se tratar de uma simples reforma, mas da alteração de estruturas do direito privado que alterariam a vida de todos os espanhóis:

La cuestión, señores, es demasiado grave. No se trata aquí de una pequeña reforma de orden político y administrativo, y que mañana, que al día siguiente pueda venir otro proyecto de ley cambiando una situación creada, haciendo desaparecer todas las huellas, todos los malos rastros de una disposición de carácter público o administrativo. No; se trata de una reforma más grave: se trata nada menos, señores, que de la perturbación más honda que puede sufrir un país; de una verdadera perturbación social, porque perturbación social es todo lo que tiende de un modo directo o indirecto á modificar las instituciones que son más queridas, y más tradicionales, más antiguas, más autorizadas, y que constituyen nuestra vida y nuestra manera de ser (Senado, sesión de 10 de marzo de 1885, n.82, p.1635 In: Debates Parlamentarios, Vol. 1, 1989, p.152)

Segundo o senador, tal “perturbação social” poderia ser evitada ou suavizada através da feitura de uma legislação originalmente espanhola, que as tradicionais instituições do direito histórico espanhol, o que não ocorreria caso a base para este empenho codificador fosse o projeto de 1851. Comas afirmava nas discussões que sendo o projeto de Goyena uma cópia do Código francês, característico de um contexto político pós revolução, não poderia servir de base ao código espanhol, por esse trazer em sua a estrutura e sistemática um individualismo já superado.

Por eso decía que el Código civil francés está inspirado en un principio completamente individualista, y por consiguiente, que siendo el principio completamente individualista, y no siendo, ni debiendo ser nuestras instituciones actuales, ni nuestro derecho español actual un derecho individualista, es de todo punto imposible que nosotros nos acomodemos al proyecto de Código de 1851, que no es otra cosa que un remedo del Código francés. Por eso entiendo yo que es muy difícil, que es casi imposible hacer hoy un Código español (Senado, 10 de marzo de 1885, n.82, p.1636 In: Debates Parlamentarios, Vol.1, 1989, p.153).

Segundo Comas, caso a comissão não abrisse mão de realizar a codificação civil espanhola, que ao menos o fizesse em bases mais próximas a

realidade das suas instituições (Senado, 10 março de 1885). Segue abaixo o texto da 1ª base rechaçado pelo senador:

Base 1ª.:

El Código se ajustará en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuando se halla contenido en éste el sentido capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de Castilla, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y a atender á algunas necesidades nuevas con soluciones, que no solo tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, sino que hayan obtenido ya común asentimiento entre nuestros juriconsultos Senado, 10 de marzo de 1885, n.82, p.1636 In: Debates Parlamentários, Vol. 1, 1989, p.138)

O Senador, portanto, formalizou o seu posicionamento contrário à utilização do Projeto de 1851 como base e modelo para o projeto de Código civil, apresentando a seguinte emenda:

Emenda:

El Senador que suscribe suplica al Senado se sirva estimar que la base 1ª. del art. 7º. del dictamen de la Comisión relativo al proyecto de ley presentado por el Gobierno de S.M. á fin de obtener autorización para publicar un Código civil, sea sustituida por la siguiente enmienda:

Base 1ª. Sin perjuicio de las modificaciones que la Comisión de Códigos estime convenientes, el Código se ajustará en el trazado de su plan general al siguiente orden de instituciones [...] (Senado, 10 de marzo de 1885, n.82, p.1636 In: Debates Parlamentários, Vol.1, 1989, p.139)

A sua emenda contraria a utilização do Projeto de 1851 como estrutura base para o código, foi acompanhada de um anexo, um “Contra projeto”, ou melhor, um plano geral de sua autoria para que fosse utilizado como base de elaboração do Código civil espanhol¹⁶⁵. Seu Contra projeto foi posteriormente rechaçado pelas Cortes (Tomas y Valiente, 2006, p.550).

Concluídas as discussões, após terem obtido parecer favorável do Senado, as 27 Bases tiveram uma nova redação concluída a 29 de abril, foram

¹⁶⁵ O senador Augusto Comas, professor da Universidade de Madri, foi o autor de uma emenda sugerindo uma estrutura de Código mais original, dividida em 5 livros: Livro 1º. - *De las fuentes del Derecho civil*, Livro 2º. - *Del sujeto del Derecho civil*, Livro 3º. - *Del objeto del Derecho civil*, Livro 4º. - *Del hecho jurídico*, Livro 5º. - *De la justificación de las relaciones jurídicas*. A emenda não foi aprovada, e o código do senador Comas foi publicado como livro em 1885.

definitivamente aprovadas para publicação a 6 de maio de 1885, e encaminhadas ao Congresso dos Deputados.

5.3.1.1.2 Debates sobre a Totalidade no Congresso dos Deputados

No Congresso dos Deputados foi nomeada, a 8 de maio de 1885, uma comissão¹⁶⁶ presidida por Alonso Martínez para conduzir os trabalhos de discussão do projeto de Código e a proceder a elaboração de um parecer. Antecedendo ao debate sobre a totalidade, no dia 8 de junho, os Deputados Alonso Martínez e Durán y Bas procederam seus votos individuais ao Parecer redigido pela Comissão. Após a publicação do parecer, a 6 de junho de 1885, iniciou-se os trabalhos de discussão, de 9 a 11 de junho a comissão se dedicou aos debates sobre “a la totalidade”.

Assim como havia sido debatido no Senado, também no Congresso dos Deputados, durante a discussão do Parecer da Comissão que autorizava o Governo a “*plantear el Código civil y las bases que han de servirle de antecedente*”, entre os dias 9 e 11 de junho, os discursos foram orientados a partir das questões gerais que envolviam o processo de codificação, deixando as questões “*concretas e particulares*” para o momento em que fossem discutidos o articulado.

O primeiro a tomar a palavra, Sr. Marin Ordoñez, destacou a importância de desvincular a codificação civil das questões políticas, por considerar “*la familia, la propiedad y las relaciones particulares*” superiores e completamente independentes de qualquer cenário ou convulsões políticas. Segundo o deputado, em se tratando da totalidade, as questões que se colocavam como importantes eram:

Es útil, es necesaria la codificación? Es llegado el momento, es oportuna hoy la publicación de un Código civil en nuestra Península? Y si es útil y necesario, si por ventura ha legado la oportunidad, cuál es la manera conveniente propia de llevarlo á cabo? (Congreso de los Diputados, Diario de Secciones, 9/0/1885, p.4822).

¹⁶⁶ Presidida por Alonzo Martínez, secretariada por Santiago Liniers y Gallo, tendo como demais membros os deputados José Canalejas, Manuel Durán y Bas, Faustino Rodríguez San Pedro e Germán Germazo.

A partir de uma breve análise dos antecedentes do direito na península e da constatação do “cáos” e “situacion difícilísima” em que se encontravam o direito nas diversas províncias da Espanha, o deputado Marin Ordoñez considerava a resposta positiva para as duas primeiras questões. No entanto, questionava a maneira que essa empresa codificadora estava sendo levada a cabo, tendo como modelo o Projeto de 1851, ou seja, “*trayendo exclusivamente la codificacion del derecho de Castilla*”. Alertava ao ministro que o fato de não considerar as legislações especiais no processo codificador, criaria um antagonismo que traria cada vez maior discrepância entre as várias províncias espanholas (Congreso de los Diputados, Diario de Secciones, 9/0/1885, p.4827).

Outro crítico do Projeto de Lei de Bases de 1885, que se destacou nos debates, foi o Deputado Planas, contrário ao processo unificador, que sacrificava os direitos especiais (indevidamente denominado de foral) em nome de uma uniformidade legislativa para todo território espanhol. Segundo o deputado, este critério unificador foi o principal obstáculo ao processo de codificação do Direito civil na Espanha. O entrave materializava-se na utilização do Projeto de 1851, que “no respondia tampoco a las necesidades jurídicas de la época”, como modelo para o novo projeto. Evocava o Decreto de 1880, que orientou o projeto de Lei de Bases de 1881, de Alonso Martinez, no qual estava prevista a manutenção das legislações especiais (com seus usos e costumes) consideradas vitais à manutenção da família e propriedade de suas respectivas regiões, como por exemplo “*la libertad de testar en Catalunha que ha engendrado la costumbre del hereu*” ou “*la viudedad de Aragon y Navarra*”(Congreso de los Diputados, Diario de Secciones, 9/0/1885, p.4870).

A defesa do Projeto se fez ouvir nas vozes dos membros da Comissão, como os senhores Conde e Lugo e Rodrigues San Pedro. A principal justificativa passava pela ideia da modernidade do Direito, pela necessidade de acompanhar o que a ciência jurídica preconizava de fundamental na organização das Nações modernas: a codificação e a unificação da legislação.

Na sequência, até 22 de junho, o Congresso debateu o articulado, aprovando apenas do 1º. ao 8º. artigos e as duas primeiras bases, por motivo da dissolução das Cortes.

Os debates foram retomados apenas em dezembro de 1886, sendo realizadas somente duas sessões¹⁶⁷, e mais três durante todo o ano de 1887¹⁶⁸. Foram novamente interrompidos e concluídos em 1888¹⁶⁹. Assim como nas sessões do Senado, no Congresso, os deputados dedicaram-se durante as discussões da totalidade mais detidamente no Artigo 5º. que trata da condição em que devem ser mantidos os Direitos Forais, como também às duas matérias mais destacadas pelo Senado, a herança, referindo-se à legítima, e ao sistema matrimonial. Após o debate sobre totalidade foram apresentadas emendas¹⁷⁰ pelos deputados Na ausência de um Ministro de Gracia e Justiça, foi redigido um Parecer pelo Ministro de Ultramar, aprovado a 6 de junho de 1885.

5.3.1.2 Segunda Fase: Legislatura de 1887-1888 – Ministro Manuel Alonso Martínez

Na ausência do ministro de Gracia y Justicia, em 1886, o ministro de Ultramar reedita o Parecer elaborado pela comissão anterior, e nomeia uma nova comissão¹⁷¹, e em 17 de janeiro de 1887 apresenta o Projeto ao Congresso. Nas legislações de 1886 e 1887 apenas foram reproduzidos os Pareceres (14 de junho de 1887, 2 de dezembro de 1887), sem que esse pudesse ser debatido e aprovado. Durante os meses de fevereiro e março de 1888, foram realizadas sessões de perguntas¹⁷². Foi realizada uma adição à 3ª. Base pelo deputado Pedregal, em 19 de março. Em 20 de março de 1888, exatos três anos de interrupção do processo codificador, procedeu-se a uma nova leitura do Parecer e os debates foram retomados dois dias depois, dando início ao que seria a segunda fase da última etapa do processo da codificação civil espanhola.

¹⁶⁷ Sessões de 6 e 9 de dezembro.

¹⁶⁸ Sessões de 17 de janeiro, 21 de junho e 2 de dezembro).

¹⁶⁹ Sessões de 10 de março, 19-27 de março, e 3, 9 e 11 de abril.

¹⁷⁰ Gonzalez Carbaleda (10 e 11 de junho), Gil Berges (art. 7º, 17 de junho), Lastres (18 de junho).

¹⁷¹ Presidida por Germán Gamazo, tendo Marciel Gonzáles de la Fonte como secretário, e os demais membros: Fidel García Lomas, Eduardo Martínez del Campo, José Canelejas, Francisco Rodríguez San Pedro e Trinitário Ruiz Capdepón.

¹⁷² Sessões de 11, 20, 23 e 27 e 10 de março de 1888.

Tanto a comissão quanto o Parecer foram preservados pela legislatura seguinte (1887-1888) com poucas alterações. Além do conturbado contexto político do período, o atraso no processo de codificação gerado pelo longo período em que as Bases não tramitaram no congresso foi justificado pelas negociações “oficiosas” e “confidenciais” entre o Presidente da CGC, o Ministro de Estado espanhol e o Núncio do Papa Leão XIII, que estabelecia exigências a respeito da Base 3ª, relativa ao matrimônio.

Nas sessões realizadas entre 22 de março e 9 de abril de 1888 foram realizados os debates sobre o restante das bases (da 3ª. A 27ª.), do Projeto de Lei de Bases, o qual foi aprovado por votação em 11 de abril de 1888, após ter recebido modificações do Senado. Com exceção da Base 3ª. debatida em várias sessões, todas as outras foram debatidas em sessão única no dia 9 de abril.

5.4 A Comissão Mista e a promulgação do Código Civil Espanhol de 1888/1889

Com o objetivo de “*conciliar las opiniones de ambos Cuerpos Colegisladores*” em 18 de abril foi nomeada uma comissão Mista¹⁷³, composta por senadores e deputados, que se reuniu em um total de oito sessões¹⁷⁴, ao final das quais, redigiram em conjunto um único Parecer, aprovado posteriormente em ambas as Casas¹⁷⁵. Aprovado o Parecer, a Lei de Bases foi sancionada pela rainha Maria Cristina em 11 de maio de 1888¹⁷⁶, publicado na Gazeta de Madrid em 22 de maio, e no dia 25 nos Diários de Sessões do Senado e do Congresso dos Deputados. De acordo com o Decreto Lei de 11 de maio, a Lei de Bases foi sancionado como Lei de Bases, com as seguintes orientações:

¹⁷³ Formada por seis senadores e seis deputados. Senadores: Francisco Cárdenas (presidente) José Aldecoa, Estanislao Suárez Inclán, Gregorio Alcalá Zamora, Marquês de la Fuensanta del Valle, Manuel Silvela e Manuel Colmeiro; Deputados: Eduardo Martínez del Campo (secretário), Germán Gamazo, José Canelejas, Faustino Rodríguez San Pedro, Fidel García Lomas, Francisco Ansaldado, Demetrio Alonso Castrillo.

¹⁷⁴ Sessões de 13, 14, 15, 16, 23, 26 de abril, e 3 e 4 de maio de 1888.

¹⁷⁵ O Parecer final da Comissão Mista foi aprovado na sessão de 1 de maio de 1888 no Congresso dos Deputados, e a 3 de maio no Senado.

¹⁷⁶ Para acesso ao texto das 27 Bases, ver Sanches Román, 1890, p.41-48 publicadas em notas de rodapé.

a) El gobierno quedaba autorizado a publicar un Código civil redactado por la Comisión de codificación sujetándose para ello al contenido de la Ley de Bases; b) una vez publicado el Código, el Gobierno daría cuenta del mismo a las Cortes, para que estas comprobaran si el contenido del Código se ajustaba o no a las normas fijadas por la Ley de Bases, pudiendo las Cortes introducir en el Código las correcciones que estimaran pertinentes en el caso de que tales normas no hubiesen sido enteramente respetadas; c) el Código había de tomar como base el Proyecto de 1851; d) las provincias y territorios en que subsistía Derecho foral lo conservarían, “por ahora”, en toda su integridad; e) en ellas el Código sería tan sólo Derecho supletorio en defecto del que lo fuera en cada una de ellas según sus leyes especiales; f) se redactarían en el futuro, y como complemento del Código, Apéndices “en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar. (*Gaceta de Madrid*, 22/05/1888 e Tomas y Valiente, 2006, p. 550-551).

A primeira edição do Código Civil, em cumprimento à Lei de 11 de maio de 1888, foi anunciada pelo Ministro Martinez na Gazeta de Madrid em 8 de outubro e publicada nas edições compreendidas entre 9 de outubro a 8 de dezembro do mesmo ano¹⁷⁷.

Após ser comunicado da publicação pelo ministro de Gracia e Justiça, o Senado nomeou uma Comissão¹⁷⁸, em 19 de dezembro de 1888, que iniciou os trabalhos de revisão e elaboração final do texto do Projeto, considerando as observações de todos os membros da Comissão, como também as do Governo, principalmente em relação dos acordos firmados com a Santa Sé.

Os livros I e II, que já haviam sido finalizados desde 1882, passaram apenas por revisão para possíveis correções, no período compreendido de abril a junho de 1888, sendo de fato concluída em setembro do mesmo ano. A principal modificação do Livro I foi referente a Base 3ª, relativa ao Título do Matrimônio, devido aos acordos realizados com a Santa Sé. O Livro III, também concluído em 1884, por uma subcomissão, foi distribuído entre os membros da Seção Civil para que fossem realizadas as observações, tendo sido estas solicitadas reiteradas vezes pelo próprio presidente da CGC, Alonzo Martínez, que afirmava ser desejo “*de que adelanten todo lo posible, le*

¹⁷⁷ A comissão continuou reunindo-se e produzindo outras alterações mesmo após o início da publicação, perfazendo um total de 37 sessões dedicadas a discussão e elaboração as observações (Código Civil: Debates Parlamentários 1885-1889 - 1989 p.74).

¹⁷⁸ Telesforo Montejo y Robledo (presidente), José de la Torre Villanueva (Secretário), Alberto Bosch, Nicolás de Paso y Delgado, Vicente Hernández de la Rúa, Vicente Romero Gijón, Jose Aldecoa y Villasante.

*recuerdo hoy las observaciones sobre el Libro 3º que con remesa del mismo tuve el gusto de pedirles en comunicación de 12 de diciembre último*¹⁷⁹. As observações do livro 4º foram solicitadas por decreto real e 30 de abril de 1888, sendo concluídas em outubro do mesmo ano. Alguns senadores consideraram vulnerável a discussão dos Livros 3º e 4º, por essa não ter sido realizada conforme anteriormente decretado em 23 de setembro de 1882 que, por motivo da complexidade da apresentação das Memórias e questionários dos Territórios Forais *“los libros III e IV del Proyecto de Código civil serán sometidos al examen y discusión de la Comisión General de Codificación [...]”* (Debates Parlamentares, 30 de marzo de 1889)¹⁸⁰, reunida em pleno, e não apenas pelos membros da Seção Civil, como se ocorreu de fato.

Lasso Gaité (1970) aponta as mais significativas observações que propuseram reformas ao Anteprojeto foram as realizadas pelos senadores Francisco Cárdenas, Manuel Danvila e Augusto Comas. Cárdenas formulou observações para os quatro livros, a maior parte delas foram de *“correcciones de estilo, o supresiones de reiteraciones”* e *“otras suponen adiciones o modificaciones sustanciales em los textos originales”*, entre as quais se destacaram a que se refere ao matrimônio, no Livro I, e ao direito sucessório no Livro III¹⁸¹.

O senador Augusto Comas queixou-se do pouco tempo que os senadores tiveram para formular as observações, e se limitou a tratar *“solo las mas capilares”* das instituições, criticando principalmente a carência de conceituação de instituições como família, matrimônio, pátrio poder, poder marital e filiação. Criticou, ainda, o pouco desenvolvimento que o Anteprojeto reserva à instituição do matrimônio, gerando dúvidas quanto a autoridade para sua realização, quanto aos seus efeitos e às regras de julgamento da paternidade e filiação.

¹⁷⁹ Debates Parlamentares, 15 de fevereiro de 1889, p.179 In: Baró Pazos, p.268 (nota de rodapé n.263).

¹⁸⁰ Debates Parlamentares, 30 de marzo de 1889, p. 2198, In: Baró Pazos, p. 268 (nota de rodapé n.260).

¹⁸¹ Artículo 28: “Los esponsales de futuro no producen obligación *civil* de contraer matrimonio [...]” adicionando el término civil, y no excluyendo cualquier otro tipo de obligaciones que pudieran derivarse en orden distinto. Suprime el artículo 38, y redacta otro nuevo: “El matrimonio en forma legal continuará produciendo sus efectos civiles aunque cambien de religión los contrayentes o alguno de ellos”. Baró Pazos, 1993, p.269.

A partir de um estudo minucioso o senador Manuel Danvila Collado, apresentou cerca de quinhentas observações. Dentre as mais importantes destacam-se as observações referentes ao matrimônio, no Livro I, apresentadas da sessão de 21 de março de 1889, na qual o senador criticou o enunciado dos artigos sobre a matéria, por ser uma cópia da Lei de Matrimônio de 1870, e por dar mais ênfase ao matrimônio civil do que ao canônico. Segundo Danvila, os artigos sobre matrimônio são desarmônicos com a Constituição e com “*el sentimiento de la Nación española [...] de maioria Católica*”. Critica ainda o sistema econômico do matrimônio, em relação aos bens e dotes. As críticas foram mais amenas em relação aos Livros II e III, nos quais apontadas falhas no aspecto conceitual de alguns institutos como doação e associações, e correções de estilo de redação. Quanto ao Livro IV, as observações foram caracterizadas por elogios em relação à unidade de matérias e modernidade dos conceitos de obrigações e contratos.

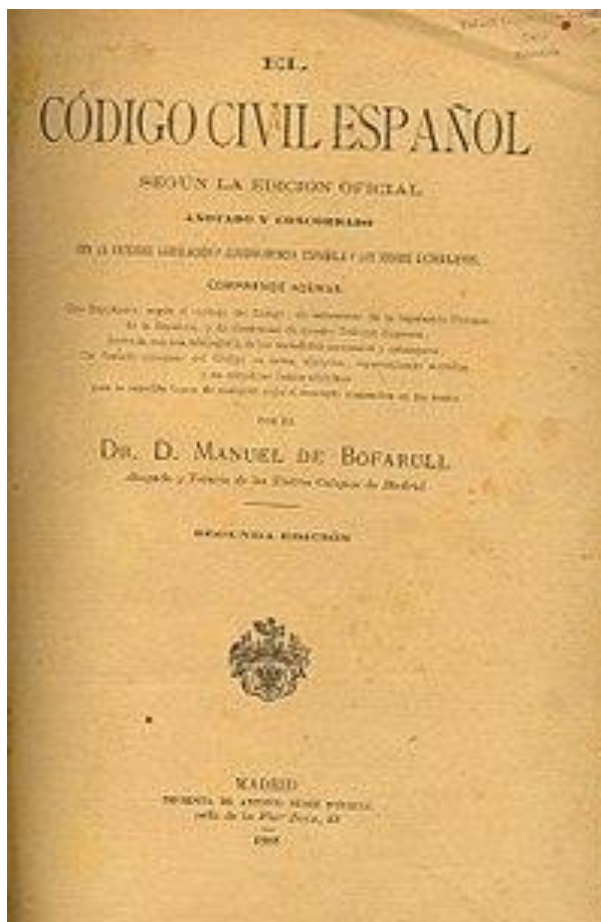
A data para o Código entrar em vigor, que a princípio era de sessenta dias após a sua publicação, porém, em 9 de fevereiro, a comissão aprovou uma proposição à Lei, prorrogando a data para 1º de julho de 1889, argumentando pouco tempo para proceder a redação completa devido às revisões e alterações (emendas e adições), propostas pelos senadores e deputados. Após comunicado pelo Governo e 13 de dezembro, o Congresso dos Deputados nomeou uma Comissão¹⁸² em 12 de janeiro de 1889 o com o mesmo propósito. A Comissão apresentou um Parecer em 14 de março, no qual constavam quatro emendas. Os debates sobre as emendas ocorreram de 14 de março a 17 de abril, quando foi aprovado. Ao final de março o Deputado Gumersindo de Azcárate apresentou uma preposição à Lei solicitando que o Governo autorizasse uma publicação oficial de uma segunda edição acrescida das emendas e adições aprovadas pelas Cortes. Em 4 de maio, o Congresso aprovou definitivamente o texto do Projeto de Lei, e remeteu ao Senado no dia 6, com todas as alterações para uma segunda edição, e o Senado estabeleceu que a publicação deveria ocorrer em um prazo de sessenta dias. Em 10 de

¹⁸² Salvador Albacete (Presidente), Macial Gonzáles de la Fuente (Secretário), Germán Gamazo, Eduardo Marínez de Campos, Santos Isasa y Valeseca e Fidel García Lomas.

maio o Senado nomeou uma nova Comissão¹⁸³, solicitando uma discussão de urgência, que ocorreu sem grandes debates no dia 18 de maio, quando o Projeto foi definitivamente aprovado.

A Lei foi sancionada pela monarca a 22 de maio de 1889, publicada no Congresso em 14 de junho, e no Senado a 15 de julho, e a 24 de julho de 1889 foi publicada uma segunda e nova edição reformada, em substituição a primeira de outubro do ano anterior. A edição revisada foi publicada em *La Gaceta de Madrid* entre os dias 25 e 27 de julho de 1889.

Figura 1 – Capa do Código civil Espanhol- 1889



Fonte: Google imagens

Nestes dois últimos anos, 1888 e 1889, nos quais foram efetivados o processo de codificação civil espanhol, quando da publicação da primeira e segunda edição do Código Civil, o Brasil passava por dois grande momentos

¹⁸³ Vicente Romero y Girón (Presidente), José de la Torre e Villanueva (secretário), Miguel Colmeiro, Nicolás de Paso y Delgado, Mateo de Alcocer y Arza, Emilio Bravo y José Aldecoa y Villasante.

de sua história social e política, a Abolição da escravatura (13/05/1888), e a Proclamação da República (15/11/1889). Estes dois acontecimentos seriam a chave para destravar o processo de codificação civil brasileira, impedido de se efetivar ao longo do século XIX, apesar das inúmeras iniciativas, pela insistência do velho Império em conservar a vigência do trabalho escravo, incompatível com a existência de leis civis para a nação como um todo. É portanto, ao processo codificador brasileiro, seus empasses e características, que dedicaremos o capítulo seguinte.

Capítulo 6

A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA: IMPASSES E CARACTERÍSTICAS

*Um Código Civil não é obra da ciência e do talento unicamente;
é, sobretudo a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra,
da civilização brilhante ou modesta de um povo.*
José de Alencar

O processo de codificação das leis civis brasileiras ocorreu tardiamente em relação à Europa Ocidental e América Latina, que durante o século XIX passaram por uma verdadeira revolução jurídica desencadeada pela influência da promulgação do Código Civil Napoleônico de 1804. Porém, na contra mão a do movimento de modernização do Direito, a cultura jurídica brasileira foi caracterizada pela permanência e continuidade da tradição jurídica portuguesa, em relação às leis civis, mantendo as Ordenações Filipinas de 1603¹⁸⁴, como o único ordenamento jurídico a vigor no Brasil até a promulgação do Código Civil Brasileiro em 1916. Neste sentido, considera o jurista Tullio Ascarelli que “a maior e mais curiosa marca da legislação brasileira era a ter carregado até a segunda década do século XX um direito com marcas visivelmente medievais” (Fonseca, 2006, p. 61).

O descompasso do Brasil em relação ao movimento de codificação levado a efeito nas nações europeias e latino-americanas durante o século XIX tem sua explicação em dois fatores principais. O primeiro é a herança do Direito português, principal fonte do Direito brasileiro, que traz em sua história um atraso na recepção do renascimento jurídico romano-canônico, que somente foi possível em terras lusitanas após a fundação da Universidade de Coimbra e da posterior tradução das fontes romanas. Esse atraso significou para Portugal a dependência da legislação produzida pelo direito leonês e castelhano, a demora da organização de uma legislação nacional, e a

¹⁸⁴ Promulgadas durante o reinado do e Felipe II da Espanha, durante o período da União Ibérica (1580-1640), foram confirmadas como legislação portuguesa mesmo depois da emancipação de Portugal.

perpetuação de um direito arcaico, tradicional, dos Forais, uma espécie de minis constituições medievais.

O segundo fator que explica esse estado de continuísmo é a peculiaridade da cultura jurídica brasileira, que durante o século XIX atendeu a um tradicional modelo sócio-político e econômico orquestrado pelos interesses da elite agrária escravocrata. Tais interesses impediram que a legislação no Brasil acompanhasse o processo de mudanças e rupturas, que se fazia presente no cenário jurídico internacional, advindas das ideias liberais. Esse descompasso jurídico brasileiro em relação ao efervescente processo de codificação no meio jurídico ocidental não foi alterado nem mesmo com a independência do Brasil em 1822, que manteve em termos de legislação civil, total dependência da legislação da ex-metrópole.

Buscaremos no estudo da história da formação do moderno direito privado brasileiro as influências que chegaram com maior propriedade ao processo de elaboração do Código Civil, e mais especificamente ao direito de família, que orientou a organização da estrutura familiar brasileira para um novo contexto, de uma sociedade que se pretendia laica e republicana.

6.1 Antecedentes portugueses e as Ordenações do Reino¹⁸⁵

Os estados aristocráticos lusitanos sucumbiram à dominação romana por volta do século II a.C. e a final do século I a.C. passaram por uma reforma administrativa que estabeleceu também uma organização jurídica que estava baseada na subdivisão das províncias romanas. Cada província possuía vários *conventus*, unidade responsável pela administração da justiça em seu território. O governador de cada província também possuía a assessoria de um conselho conhecedor do direito romano e das tradições jurídicas locais. Essa duplicidade de ordenamento jurídico permaneceu mesmo após a Constituição Antonina de 212 d.C. que concedia cidadania romana a todos os habitantes do império, e

¹⁸⁵ Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521), e as Filipinas (1603) que regeu a nação portuguesa até 30 de Agosto de 1865 quando foi promulgado o Código Civil de Portugal, elaborado pelo Visconde de Seabra, sendo as Ordenações Filipinas “a pedra angular do direito civil brasileiro”, até 1916.

portanto, acesso igualitário aos direitos e deveres das leis romanas (Castro, 2013).

Após o século V, o direito romano predominante em terras portuguesas, passou a coexistir com o direito germânico, especialmente dos Visigodos, que dominaram a Península Ibérica. Um fator responsável pela manutenção do direito romano, mesmo após a queda do império, foi a aplicação do princípio de personalidade do direito, ou seja, a permissão pelos povos invasores de que os romanos continuassem utilizando suas próprias regras. Isso só foi possível pela distância que existia entre as leis romanas e as leis “bárbaras”, dado, o alto nível de desenvolvimento das primeiras.

A ocupação muçulmana, do século VIII ao século XV, não trouxe influências significativas ao direito português, essa menor influência deve-se ao caráter de tolerância muçulmana em relação à manutenção de instituições dos povos dominados.

Durante a Idade Média, chegam à Coimbra as influências advindas do movimento de Renascimento do Direito Romano iniciado em Bolonha, tomando o *Corpus Juris Civilis*, juntamente com as compilações produzidas pelas duas escolas dos Glosadores e Comentados, a Glosa de Acúrsio e as Opiniões ou Comentários de Bartolo, como as principais fontes subsidiárias das Ordenações portuguesas, até a segunda metade do século XVIII. A outra forte influência formadora do direito português, como não poderia ser diferente nos países católicos, foi o direito canônico.

Pode-se considerar que o nascimento do direito nacional português ocorre no momento da formação do Reino de Portugal, no contexto do processo de expulsão dos muçulmanos da Península Ibérica, na Batalha de Ourique, liderada por Afonso Henriques, na chamada guerra de Reconquista, em 1139, com o reconhecimento da dinastia de Bolonha pela Igreja e pela coroa de Castela¹⁸⁶. Portanto o direito lusitano:

[...] pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em suas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influência visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justiniano, apenas

¹⁸⁶ O Reino de Portugal, sob o comando de Afonso I e a Dinastia de Bolonha, foram reconhecidos por Afonso VII de Leão e Castela na Conferência de Samora em 05 de outubro de 1143.

separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino das monarquias espanholas de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional. (Machado Neto , 1979 p. 311 apud Cristian, 2006, p. 296)

A primeira tentativa de organização de um direito nacional foi a decretação das Leis Gerais, em 1210, no reinado de Afonso II, de caráter centralizador em detrimento dos Forais, uma espécie de constituições em miniaturas que outorgadas pelos conselhos municipais, dos quais faziam parte “*não só as leis escritas e os costumes tradicionais, mas também qualquer diploma de concessão de privilégios, e ainda várias espécies de contratos sobre a propriedade territorial de que para um ou mais indivíduos resultavam direitos e deveres*” (Nascimento, 1984, p. 191 apud Cristian, 2006, p. 294). Essa dupla orientação legislativa caracterizou a história do direito português com um constante conflito entre o direito local, dos senhores de terras, e o nacional, representado pela monarquia.

No reinado de D. Diniz (1279-1325), a unificação do português como idioma oficial e a criação de universidades foi de grande importância para o desenvolvimento de uma cultura jurídica portuguesa de âmbito nacional. Mas ainda assim o processo de recepção do direito romano, iniciado em Bolonha, na Itália, no século XII chegou tardiamente a Portugal porque dependia da tradução das obras romano-canônicas, como o *Código de Justiniano* e as *Decretais de Gregório IX*, para o português, bem como da formação de um maior número de doutores nos centros universitários nos quais essas obras eram estudadas, o que veio ocorrer somente após o século XIV.

Com o objetivo de suplantar o “direito velho” D. Diniz fez vigorar em Portugal as fontes jurídicas de origem castelhana que traziam a influência do direito romano e do direito canônico, como o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*. As fontes castelhanas foram amplamente utilizadas como subsidiárias até aproximadamente 1426 quando, por ordem real, foram traduzidos para o português o *Código de Justiniano* e a respectiva *Glosa de Acúrsio* e dos respectivos *Comentários de Bártolo*, para serem acatados nos tribunais portugueses como as únicas fontes do direito subsidiário a partir de então.

Os textos castelhanos tiveram grande divulgação em Portugal, fundamentalmente devido a sua maior acessibilidade, inclusive, no caso das

Sete Partidas, vindo a se constituir em uma importante fonte das *Ordenações Afonsinas*, a primeira grande codificação portuguesa. A intenção de D. Diniz era fazer respeitar um ordenamento jurídico nacional, fortalecendo o poder central da monarquia, em detrimento de um poder local, dos senhores de terras. E para tanto também reestruturou o serviço judiciário com a criação do cargo de Juiz e de Procurador do Conselho, toda uma hierarquia que restringia a aplicação do direito aos detentores dos poderes judiciários autorizados pela Corte.

Assim, o início da história codificada do direito português é o início da luta contra o direito privado que existia em detrimento do direito público. Este passou a ser formado baseado no renascimento do direito romano (que foi propiciado pelas universidades que surgiram) e pela utilização do direito canônico como direito subsidiário e, como fonte de aprendizado do modo de feitura de códigos civis (Castro, 2013, p.272).

O primeiro projeto de codificação português foi concluído em 1446, as *Ordenações Afonsinas*. Iniciadas cinquenta anos antes, ainda no reinado de D. Joao I, que ascendeu ao trono como resultado do processo revolucionário de Avis, as *Ordenações* reforçaram o sentimento nacional e o caráter de emancipação político-dinástico entre Castela e Portugal.

As *Ordenações Afonsinas* foram divididas em cinco livros, o primeiro relativo à Administração (Governo, Justiça, Fazenda e Exército), o segundo sobre Direito Eclesiástico, o terceiro sobre Processo Civil, o quarto Direito Civil (Obrigações, Contrato, Coisas, Família e Sucessões), e o quinto de Direito Penal e Processo Penal. Com exceção do Livro I que foi genuinamente elaborado, as *Ordenações Afonsinas* constituem-se de uma compilação de uma variedade de fontes já existentes, com suas devidas observações, seja ela de confirmação, alteração ou anulação (Castro, 2013). Segundo Valter Vieira do Nascimento as *Afonsinas* se constituíram em “*um vasto trabalho de consolidação das leis promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, da influência do direito canônico e Lei das Sete Partidas, dos costumes e usos*” (Nascimento, 2009, p.193).

Com a promulgação das *Ordenações Afonsinas*, houve a necessidade de estabelecer uma hierarquia das fontes subsidiárias, para regulamentar o

que a lei nacional não contemplava, ou fazia de maneira incipiente. Fica estabelecido que os problemas jurídicos de ordem temporal sejam de prioridade do direito romano, e os de natureza espiritual, ou temporal em que a aplicação do direito romano implique em pecado, seriam de exclusividade do direito canônico. Se esses dois textos não fossem suficientes para resolver o caso, as *Ordenações Afonsinas* determinavam que fossem consultados consecutivamente, a *Glosa de Arcúcio* e a *Opinião de Bártolo*, e por fim, se permanecesse o impasse, o caso seria submetido à apreciação pessoal do monarca.

Essa hierarquia foi basicamente mantida, sofrendo poucas modificações nas Ordenações seguintes, Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Sendo que nas Ordenações Manuelinas foi adotado o critério da opinião comum dos doutores no que diz respeito a utilização da *Glosa de Acúrsio* e os Comentários de Bártolo. A grande mudança, envolvendo os critérios de interpretação e integração das lacunas do direito nacional utilizando as fontes subsidiárias, deu-se apenas com a *Lei da Boa Razão* de 18 de agosto de 1769, como veremos mais adiante.

Ao final do século XV o advento das Grandes Navegações a Expansão Marítima portuguesa, bem como os novos avanços tecnológicos e filosóficos, causaram uma mudança de mentalidade e a necessidade de uma legislação mais ágil que acompanhasse o momento de grandes transformações pelo qual passava o Reino de Portugal. O novo ordenamento jurídico português é organizado a mando do rei D. Manuel, que solicitou uma revisão de toda a legislação do Reino, que originou as Ordenações Manuelinas (1521).

As Ordenações Manuelinas diferiam-se das anteriores na forma de sua redação, pois essa foi escrita em estilo de decretos. Porém, guarda muita semelhança no que tange à estrutura, mantendo a divisão em cinco livros, em relação à forte presença do direito canônico (também não diferindo crime de pecado) e em relação à utilização do direito romano como subsidiário. Uma particularidade, devido ao momento pelo qual passava Portugal, foi a maior atenção ao direito marítimo, contratos e mercadores, no intuito de proteger os interesses mercantis da Coroa e seus empreendedores.

Ao lado das Ordenações Manuelinas também passou a vigorar a partir de 1569, no reinado de D. Sebastião (1568-1578), o Código Sebastiãoico,

documento composto pelas leis suplementares que surgiram após as ordenações e que foram compiladas por Duarte Nunes Leão.

As Ordenações Filipinas, que foram promulgadas em 1603, ainda durante o domínio da Espanha sobre Portugal, e após a restauração da independência, foram confirmadas pelo monarca português D. João IV. Eram consideradas defeituosas, devido à falta de clareza da linguagem empregada, das frequentes contradições, da prolixidade dos conceitos legislativos, e, sobretudo pelo caráter lacunoso de suas disposições. Essas lacunas eram evidentes no que diz respeito ao direito privado, ao qual pertence o direito civil e, portanto o de família. Neste aspecto as disposições em muitos casos eram esporádicas ou totalmente omissas.

As Ordenações lusitanas por serem muito deficitárias, como também o eram a legislação complementar (leis do Reino, estilo da corte e costume) acabou ficando a mercê do direito subsidiário romano-canônico, que era amplamente acatado, passando na prática a assumir um caráter normalizador, em detrimento das leis nacionais, como explica Guilherme Braga da Cruz:

E daí a necessidade dum larguíssimo recurso do direito subsidiário – o mesmo é dizer, praticamente, ao direito romano – para o preenchimento dessas lacunas e para o próprio entendimento das defeituosas disposições das leis pátrias.

O recurso ao direito romano, como fonte subsidiária, estava, aliás, autorizado pelas próprias Ordenações, que para ele remetiam expressamente a resolução dos casos omissos, com exceção daqueles que envolvessem matéria de pecado, e que deveriam, de preferência, ser resolvidos pelo direito canônico. E, como complemento do recurso do direito romano, autorizavam ainda as Ordenações a utilização da *Glosa de Acúrsio* e das *Opiniões de Bártolo*, desde que não fossem contrariadas pela opinião comum¹⁸⁷ dos doutores.

Essa literatura jurídica usava e abusava do recurso do direito romano, consentido pelas Ordenações, chegando abusivamente a invoca-lo contra o texto expresso das leis pátrias, ou forçando a interpretação destas num sentido mais consentâneo com a tradição romanista. (Cruz, 1954)¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Commun Opinio*, ou a *opinião comum* dos doutores somente será estabelecida como critério para a utilização da *Glosa de Acúrsio* e das *Opiniões de Bártolo* nas Ordenações Manuelinas, na anterior as Afonsinas, não havia essa restrição. Porém, a partir da Lei da Boa Razão (1769), a utilização dessas fontes complementares do direito subsidiário será totalmente eliminada.

¹⁸⁸ Comunicação ao II “Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros”, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV Centenário da cidade de São Paulo.

As Ordenações Filipinas são consideradas mera versão atualizada das anteriores, e representavam a tradição e o atraso jurídico português, que não condizia com os avanços nos campos políticos, econômico, mercantil e ideológico, pelos quais passavam as nações ocidentais do continente europeu.

Apresentavam-se antiquadas, porque a preocupação de respeitar a tradição jurídica portuguesa absolveu de tal forma o espírito dos seus compiladores – a fim de evitar possíveis descontentamentos que elas nasceram, pode dizer-se, já envelhecida: em vez duma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples atualização das Afonsinas. Modificadas na redação e na forma, as Ordenações de Filipe II conservam, assim, em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos. (Cruz, 1975, p. 35)

Este arcaico ordenamento de leis, de características medievais, foi transladado na íntegra para colônia portuguesa na América, onde perpetuou-se até as primeiras décadas do século XX, quando foi revogado pelo decreto de promulgação do Código civil de 1916.

6.2 A Colônia e a supremacia da tradição jurídica portuguesa

A imposição do direito português de forma centralizadora e totalizante é a principal característica da história jurídica do período colonial (1500-1822). Durante esse período, não houve no campo do direito, nenhuma contribuição, de costumes e tradições, por parte das outras duas etnias formadoras da cultura e civilização brasileira. O indígena e o negro nunca foram considerados sujeitos do direito e tão pouco tiveram suas estruturas normativas consideradas pelos brancos colonizadores.

Foram os valores e crenças trazidos pelos brancos colonizadores que predominaram na formação cultural brasileira, havendo, em consequência, a retração das culturas indígena e negra. Como, também, eram os colonizadores que detinham a exploração das riquezas, essa soma de fatores fez com que o direito do português, que legitimava aquele estado de coisas, imperasse de forma soberana. (Cristiani, 2006, p.304).

[...] Era, pois, o direito português que deveria construir a base de nosso direito nacional sem maiores competições. Também no âmbito jurídico temos aqui mais uma ocupação do que uma conquista. (Machado Neto, 1979, p. 311, Apud Cristiani, 2006, p.296).

Embora as Ordenações do Reino já estivessem vigorando em Portugal, juridicamente, o início da empresa colonizadora portuguesa no Brasil corresponde à aplicação dos Forais. Essa forma de operar o direito e aplicar a justiça a partir da autoridade do Senhor de Terras, com caráter municipal, será o transportado para a colônia, através do sistema Capitánias Hereditárias. Esse era um sistema de concessão de terras e privilégios aos colonizadores que empreenderiam o processo de ocupação e colonização do território. As terras eram concedidas através de uma Carta de Doação, e os direitos e deveres do donatário, eram estabelecidos pela Carta de Forais (Nascimento, 2008). As primeiras manifestações do Direito Civil no Brasil Colonial se fazem, portanto, através de contratos de concessão e arrendamento de terras aos primeiros colonizadores. Dentre os direitos dos donatários estava o exercício das funções militar, administrativa, legislativa e jurídica. Ouvidores eram nomeados pelos donatários para exercer jurisdição civil e criminal (Castro, 2013).

Em meados do século XVI, o alto investimento e risco que exigiam as Capitánias Hereditárias acabaram por desinteressar muitos dos seus donatários, o que acarretou no fracasso desse sistema de colonização. O passo seguinte, ao contrário do primeiro, introduziu uma forma de administração de caráter centralizador, o Governo Geral. A essa altura, em Portugal já vigoraram as Ordenações Afonsinas, cumprindo com o propósito de o governo português impor uma legislação nacional, em detrimento do poder local, reforçando o poder central, tanto na metrópole quanto nas colônias.

Como as Ordenações Afonsinas (1447) e Manuelinas (1521) tiveram um alcance temporal apenas do início do processo da colonização brasileira, foram as Filipinas (1603) que de fato se impôs como norma jurídica no território dominado pelos portugueses, mantendo sua longevidade até praticamente a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916.

As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, no período em que Portugal estava sob o domínio espanhol, e confirmadas pela Lei de 29 de janeiro de 1643, vigoraram durante todo o período monárquico e perduraram, nos termos do art. 83 da Constituição de 1891,¹⁴ nos primeiros 25 anos do regime republicano, até 31 de dezembro 1916, tendo completado 314 anos de vigência no Brasil (Gomes, 1958, pp. 8 e 13; Pontes de Miranda, [1928] 1981, pp. 41ss.). Seu anacronismo residia em atribuir “autoridade extrínseca às opiniões de Acúrsio e

Bártolo, numa época em que já estavam desacreditadas” (Gomes, 1958, p. 9 *apud* Neves, 2015, p.8).

A grande mudança envolvendo os critérios de interpretação e integração das lacunas do direito nacional utilizando as fontes subsidiárias se dá com a *Lei da Boa Razão* de 18 de agosto de 1769:

O seu primeiro cuidado, a este respeito, é o de reprimir os abusos, até aí tão vulgarizados, de recorrer aos textos de direito romano ou a outros textos doutrinários, com desprezo do disposto, em sentido diverso, pelo direito nacional. Proíbe-se, com efeito, que nas alegações ou decisões judiciais, se faça uso de quaisquer textos, ou se invoque a autoridade de algum escritor, enquanto houver determinação expressa das Ordenações, das leis pátrias, ou dos usos do Reino legitimamente aprovados.

Só perante a insuficiência dessas fontes é lícito o recurso ao direito subsidiário. Mas este direito subsidiário já não será agora, como era anteriormente, o direito romano em si mesmo considerado: será antes a *boa razão* (a *recta ratio* da escola jurinaturalista) onde quer que ela se encontre, seja nas leis romanas, sena no direito das gentes, seja nas próprias leis positivas das nações estrangeiras. (Cruz, 1975, p.43)

A *Lei da boa razão*, portanto, proibia a aplicação subsidiária do direito canônico nos tribunais civis, revogando o critério do pecado estabelecido nas Ordenações, relegando sua aplicação como fonte imediata somente para os tribunais eclesiásticos. Também baniu a autoridade da *Glosa de Arcúcio* e as *Opiniões de Bartolo*, não mais as admitindo nem mesmo pela *commun opinio* dos doutores que havia sido imposta com critério de utilização nas Ordenações Manuelinas.

Essa lei tinha um caráter modernizador do período iluminista, que em Portugal foi utilizado para reforçar o absolutismo monárquico, fazendo parte do movimento conhecido por Despotismo Esclarecido, executado por algumas casas reais europeias como forma de fugir das ameaças perturbadoras do Iluminismo revolucionário do modelo francês. Em Portugal, esse movimento foi orquestrado pelo primeiro Ministro de D. José II (1750-1777), Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal.

Também fazia parte do despotismo esclarecido de Pombal uma grande Reforma do ensino universitário. “Os Novos Estatutos da Universidade” (1772), que no campo do ensino jurídico significou a introdução do jusnaturalismo e do *usus modernus pandectarum*, que foram responsáveis pela criação de uma

mentalidade, entre os novos juristas, a qual correspondia com o novo espírito legislativo português *de interpretação e integração das lacunas da lei*. Essa mudança de mentalidade ficou evidenciada na literatura jurídica da época e na nova jurisprudência dos tribunais, que passaram a utilizar as fontes romanas com desconfiança e a exaltar as tradições jurídicas nacionais.

Essas correntes inovadoras, a doutrina do Direito Natural e doutrina do *Usus Modernus Pandectarum* foram introduzidas em Portugal através do *Despotismo Esclarecido* do Marquês de Pombal em meados do século XVIII, acompanhadas pelo individualismo crítico, no início do XIX, expressão jurídica do liberalismo político e econômico, predominantes na época.

Esses dois períodos distinguidos acima formam os períodos da história do direito privado moderno em Portugal e no Brasil. Coincidindo as duas nações no primeiro período correspondente aos das doutrinas jusnaturalista e pandectista, de meados do XVIII e início do XIX:

Se por um lado é verdadeiro que as ordenações mantiveram-se vigente no Brasil atravessando ainda todo o século XIX, não é menos verdade que sua aplicação, no fim do século XVIII, não pode ser considerada como incólume às influências do *justaruralismo* racionalista que a moldou e tingiu com cores iluministas. (Fonseca, 2006, p.65)

Além da imposição do direito português durante todo período colonial, podem-se elencar dois outros fatores que explicam o atraso da formação da cultura jurídica brasileira e de um direito nacional. O primeiro deles é a estrutura judiciária montada pela metrópole para atender unicamente aos seus interesses, desconsiderando totalmente qualquer demanda jurídica local. Essa estrutura era composta por magistrados portugueses que se associaram a uma elite colonial, formada basicamente por proprietários de terras, e estabeleceram uma relação de reciprocidades de favores firmadas através de relações sociais de parentesco. Portando, a que se considerar que:

[...] o impacto da magistratura na sociedade colonial deve ser visto não só em termos de suas atitudes profissionais, mas, também, à luz do estilo de vida e das motivações pessoais dos magistrados e das reações ou iniciativas de certos elementos da população colonial (Schwartz, 1979 apud Cristiani, 2009, p. 301).

Os magistrados portugueses que aceitavam o desafio de transferir-se para colônia, o faziam com interesse de obter benefícios materiais. A aliança com a elite local se fazia principalmente através de casamentos com filhas dos proprietários de fazendas e engenhos. A união matrimonial representava os interesses tanto dos magistrados, de adquirirem patrimônio compatível com sua posição, quanto da elite local que via nesses os representantes legais de seus interesses.

Foram os operadores jurídicos do Brasil-Colônia, principalmente os desembargadores, os verdadeiros formadores de opinião, intelectuais orgânicos legitimadores do *statu quo*, que nunca souberam diferenciar o público das relações privadas e os interesses da coletividade com os seus próprios interesses e os da classe dominante que representavam. (Cristiani, 2009, p. 302)

Essa precariedade de distinção entre o público e o privado nas relações jurídico-burocráticas é uma característica do Estado Patrimonialista Português. De acordo com Weber (1994, p.152), patrimonial é *“toda dominação que, originariamente orientada pela tradição, se exerce em virtude de pleno direito pessoal”* (1994, p. 152). Sergio Buarque de Holanda foi o primeiro historiador a utilizar o conceito weberiano para explicar a história política brasileira. No clássico *“Raízes do Brasil”* (1936), afirma que no Brasil a sociedade civil ou política é ampliação da comunidade doméstica (Holanda, 2006, p.83). Portanto o tipo de dominação tradicional instalado no período colonial é o patriarcal, centrado na figura da autoridade doméstica, o patriarca. Senhor de terras e escravos, símbolo da autoridade política e jurídica local. Essa ideia é corroborada por Gilberto Freyre, *“Casa Grande e Senzala”* (1934), no qual caracteriza esse modelo de sociedade colonial como oligárquico patriarcal e escravocrata.

Esta categoria teórica de Max Weber também passa à historiografia como categoria de análise da formação do Estado brasileiro, por Raymundo Faoro, em outro clássico *“Os Donos do Poder”* (1958) no qual analisa a experiência da monarquia patrimonial portuguesa identificando nela as origens do “clientelismo” característico nas relações de poder entre as classes dominantes e a estrutura administrativa do Brasil, desde a colônia até a década de 1930.

Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma exprimir e veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal. (Kozima, 2009, p. 317).

Um segundo fator que explica o atraso na formação de uma cultura jurídica brasileira é a inexistência de universidades e cursos de direito na colônia, diferentemente da América espanhola que possuía ao final do período colonial por volta de 23 universidades¹⁸⁹. A formação na área das ciências jurídicas não foi uma preocupação nem mesmo no momento da transferência da família real para a colônia, em 1808, quando foram trazidos cursos de formação militar, e de áreas técnicas, como medicina e engenharia. Dessa forma, durante todo o período colonial, Portugal manteve um controle ideológico da formação dos juristas coloniais, que tinha que recorrer à Universidade de Coimbra para adquirir o título de bacharel em direito. Os primeiros cursos de direito do Brasil foram criados apenas em 1827, após a independência, nas cidades de Olinda (posteriormente transferida para Recife) e de São Paulo.

A chamada cultura jurídica nacional formou-se a partir dessas duas faculdades de São Paulo e Recife foram, assim, os centros responsáveis pela formação ideológica da elite dirigente, homogênea na medida do possível, que deverá consolidar o projeto de Estado Nacional (Kozima apud Wolkmer, 2009, p 318).

De fato era de se esperar que fosse esse o germe da formação de uma cultura jurídica nacional, mas segundo a historiografia, dessas faculdades saíram mais bacharéis para preencher os quadros da administração burocrática do novo Estado, do que de realmente ter uma elite intelectual preparada.

Os cargos públicos e a ascensão social se tornaram o objetivo mais comum entre os estudantes de direito, criando durante o império e início da República o fenômeno do bacharelismo, “caracterizado pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país”. Ocuparam importantes cargos e

¹⁸⁹ Entre os anos de 1772 e 1872 passaram pela universidade de Coimbra 1.242 estudantes brasileiros, enquanto na América espanhola nesse mesmo período 150 mil estudantes passaram pelas universidades. (Fonseca, 2009, p.70)

participaram efetivamente dos grandes acontecimentos da história política do Brasil, como a abolição da escravidão e a proclamação da república. Mas a defesa das ideias liberais, nos jornais e nas tribunas, o fizeram em conformidade com o Estado patrimonialista, sem de fato romperem com o modelo tradicional, não significando nenhuma substituição dos valores, da prática, configurando um antagonismo entre o discurso e a prática cotidiana (Kozima, 2009).

6.3 O Império e as primeiras iniciativas de Codificação

A emancipação política de Portugal, em setembro de 1822, não significou, de fato, uma total ruptura político-jurídica com a metrópole, ou algum tipo de mudança estrutural para a sociedade brasileira. Instituições como a escravidão, faziam o contraste com as ideias liberais que bradavam pela independência. O liberalismo vindo da Europa aclimatou-se nas terras tropicais aos interesses dos grandes latifundiários. Neste contexto de manutenção dos grandes pilares da estrutura colonial, resistira também às estruturas jurídicas, o sistema jurídico brasileiro permanecera mais próximo da velha tradição portuguesa, enquanto Portugal recebia as influências do liberalismo ilustrado francês.

É esse o ponto, aliás, onde as jurídicas portuguesa e brasileira se separam: enquanto a antiga metrópole, a partir de 1822, sofrerá uma forte influência do pensamento liberal, como uma consequente suscetibilidade aos princípios e premissas contidas no *Code Civil* napoleônico de 1804, a antiga colônia constituirá a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais sem proceder a grandes e radicais rupturas, adaptando-a às tradições específicas dos brasileiros, à cultura jurídica então em formação e, sobretudo aos interesses econômicos das elites agrárias brasileiras. (Fonseca, 2006, P.66)

O principal pilar dessas “tradições específicas dos brasileiros” era a escravidão africana¹⁹⁰, que denotava o tom contraditório da adaptação dos

¹⁹⁰ A abolição definitiva da escravidão no Brasil ocorrerá apenas em maio de 1888 com Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel, em um contexto social, político e econômico que não dava alternativa ao governo imperial. Antes dessa lei final, houve um processo gradativo de abolição composto pelas Leis: Eusébio de Queiróz, de 1850 (proibia o tráfico de escravos para o Brasil; Lei do Ventre Livre, de 1871 (libertava os filhos de escravas nascidos após essa lei e

princípios liberais aos interesses da elite agrária escravocrata colonial, que permaneceu sendo representada na administração política e na normatização legislativa, regidas pelo governo imperial. “A presença de ideias e instituições liberais de origem europeia no Brasil são expressões diversas de uma autocompreensão que foi chamada, sugestivamente, de ‘ideias fora do lugar’.” (Schwarz, [1977] 2000 In: Neves, 2015, p.5).

A Lei de 20 de outubro de 1823, que dava diretrizes políticas ao novo Estado independente, ao mesmo tempo em que reconheceu a necessidade de organização da “*esparsa, antinômica, desordenada e numerosíssima*” legislação civil vigente no Brasil, confirmou a continuidade da tradição portuguesa enquanto o Brasil não tivesse um Código:

[...] que continuassem em vigor as Ordenações, leis, regimentos e alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizar um novo código ou que não forem especialmente alteradas. (Biblioteca da Presidência, Mensagem ao Congresso Nacional, Campos Salles, 1902, p. 6).

A elaboração de um Código Civil “*fundado nas sólidas bases da justiça e equidade*” foi prevista na Constituição de 1824, em seu artigo 189, parágrafo 18, e ao longo do século XIX foram realizadas várias tentativas de cumprimento deste artigo por parte do governo imperial, no sentido de sistematizar e codificar as leis civis em um ordenamento jurídico nacional.

O largo período história do direito privado brasileiro, totalmente atrelado à tradição jurídica portuguesa, caracterizado pela “*recepção do direito português pela sociedade colonial e sua adaptação aos usos e costumes locais*”, iniciou um processo de transição com a transferência da família real em 1808, e com o início do processo de separação das instituições jurídicas em relação à Portugal. Mas de fato, a transição começou a ser efetivada apenas durante o Segundo Império, quando ocorreu um “*aumento da densidade institucional*” brasileira, e a possibilidade de formação de um quadro de bacharéis oriundos das faculdades de direito de Olinda e São Paulo, embora

quando fizesse dezoito anos); e Lei dos Sexagenários, de 1885 (concedia liberdade aos escravos maiores de sessenta anos).

essa formação ainda sofresse a forte influência dos juristas formados na Metrópole (Veronese, 2011).

Mesmo diante de um quadro político e social de manutenção da tradição e resistência à mudança, fizeram-se presentes as alternativas à formalização de uma codificação nacional. A primeira foi a sugestão que Euzébio de Queiroz, então Ministro da Justiça, apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados, em 1851, de se adotar provisoriamente a *Digesta Portuguesa*¹⁹¹, de Correa Telles. Porém, após longa discussão o Instituto concluiu que a ideia não era conveniente. Talvez temendo o fato de que tal medida retardasse ainda mais a elaboração de um código próprio.

Dentre as primeiras iniciativas efetivas de codificação das leis civis brasileiras estão as de Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1845), Augusto Teixeira de Freitas (1855 e 1858), Visconde Seabra (1871), José Tomás Nabuco de Araújo (1872), Antônio Coelho Rodrigues (1881) e Joaquim Felício dos Santos (1882–1891). Destacaremos dentre essas, as duas elaborações de Teixeira de Freitas, por sua relevância teórica e metodológica ao processo de codificação civil no Brasil e no exterior. Porém, apresentaremos antes algumas breves informações sobre as demais iniciativas, acima citadas, pouco estudadas pela historiografia do direito, das quais obtivemos escassas informações.

6.3.1 Francisco Inácio de Carvalho Moreira: “Da Revisão Geral e Codificação das Leis Civis” (1845)

A primeira das iniciativas, considerada a obra pioneira do processo de Codificação civil brasileira, foi a organizada pelo jurista e diplomático Francisco Inácio de Carvalho Moreira¹⁹², o Barão de Penedo, denominada “*Da Revisão*

¹⁹¹ *Digesta Portuguesa* ou “*Tratado dos direitos e obrigações civis : accommodado as leis e costumes da nação portuguesa : para servir de subsidio ao novo Código civil*”, elaborada por José Homem de Correa Telles, de 1837. A primeira edição impressa no Brasil foi a de 1839.

¹⁹² Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1815-1916) advogado, político e diplomático. Deputado por Alagoas (1849-1852), representante diplomático brasileiro nos Estados Unidos (1852) e Inglaterra (1855), doutor pela Oxford (Inglaterra), um dos fundadores e segundo presidente do Instituto de Advogados Brasileiros (IAB). Sobre a sua trajetória diplomática ver o livro “*Um diplomata na corte de Inglaterra: o Barão do Penedo e sua época*” (2006), de Renato Mendonça, Edições do Senado Federal, vol.74.

Geral e Codificação das Leis Civis e do Processo no Brasil” (1845)¹⁹³. Em suas palavras o estado de “confusão das leis” e o “tão monstruoso caos” em que se encontrava a legislação civil brasileira, certamente resultaria em *“terríveis consequências para a estabilidade da justiça, e segurança dos direitos civis, para a paz e felicidade das famílias, efetividade dos contratos, e manutenção da propriedade”* (Hirato, 2011).

6.3.2 O Projeto de Visconde de Seabra (1871)

António Luís de Seabra¹⁹⁴, principal autor do Código civil Português (1867), foi também autor de um projeto de Código civil para o Brasil. Segundo Silvio Meira (s/d) este era um “desejo vivamente acalentado por Seabra”, um propósito que o jurista português não escondia, e que inclusive o demarcou através de correspondências trocadas diretamente com o Conselheiro José Tomas Nabuco de Araújo.

Para legitimar-se como possível autor do Código civil Brasileiro, o Visconde de Seabra se auto declarou brasileiro nato. No entanto, sendo um jurista de “alta personalidade da cultura lusitana”, foi rechaçado pelos nacionalistas *“que não admitiam que se convocasse um jurista de além-mar, quando em nosso país havia uma plêiade de homens capazes, muitos deles formados em Coimbra”* (Meira, s/d, p. 207).

A campanha de desaprovação do nome de Seabra para “tão alta missão” foi desencadeada pela imprensa nacionalista, que saiu em defesa dos jurisconsultos pátrios. Segundo Meira, Clovis Beviláqua declarou ter encontrado na Secretaria de Justiça manuscritos de Seabra com artigos de um projeto para o Brasil. Ao todo foram elaborados 380 artigos, sendo falida a intenção, o projeto ficou incompleto.

6.3.3 O Projeto Nabuco de Araújo (1872)

¹⁹³ Apresentada por Francisco Inácio de Carvalho Moreira no Instituto de Advogados Brasileiros (IAB) a 7 de setembro de 1845.

¹⁹⁴ António Luís de Seabra (1798-1895) jurisconsulto e magistrado português, exerceu por diversas ocasiões o cargo de deputado por várias províncias portuguesas. Autor principal do Código Civil Português, de 1867, que passou a vigorar em 10 de março de 1868, e ficou conhecido também por Código Seabra.

Após os intentos de Teixeira de Freitas (1855) e do Visconde de Seabra (1871), o primeiro inacabado e o segundo rechaçado, o governo imperial incumbiu ao Conselheiro imperial José Tomás Nabuco de Araújo¹⁹⁵ de escrever em um prazo de cinco anos o Projeto de Código Civil Brasileiro.

Em 1902, em mensagem ao Congresso Nacional, o Presidente Campos Salles expressou a relevância do nome do conselheiro Nabuco para o processo codificador e lamentou o fato de não ter podido concluir o projeto.

Para a empresa de tal magnitude nenhum nome, naquele momento, poderia preceder o do notável estadista do Imperio, que havia sido um dos mais esforçados paladinos da ideia e a quem como ministro da Justiça e conselheiro de Estado, coube tirar a questão dos domínios de uma simples aspiração abstracta par imprimir-lhe o cunho positivo dos actos da publica administração.

Ainda desta vez o commettimento não poudo ser levado a termo, tendo sobrevindo o falecimento do conselheiro Nabuco de Araujo, justamente quando ele devia entrar na phase mais fecunda do seu trabalho. (Biblioteca da Presidência. Mensagem do Presidente Campos Salles apresentada ao Congresso Nacional, 1902, p. 7-8).

Suas contribuições ao direito Civil brasileiro foram reconhecidas em uma nota do Jornal do Comércio por ocasião de seu falecimento:

Se não bastassem os regulamentos dos tribunais de commercio, o regimento de custas, a lei hipotecária e o seu regulamento, o projeto de lei de locação de serviços, e tantas outras provas do seu alto mérito, lega ele à família e ao país, para eternizar o seu nome, o projeto de Código Civil, que felizmente completara e que na opinião dos entendidos e insuspeitos, será um monumento para a jurisprudência pátria (Jornal do Commercio, Março de 1878).

Nabuco de Araújo chegou a elaborar apenas 182 artigos até 1878, ano de sua morte.

6.3.4 Joaquim Felício dos Santos - “Projeto de Código Civil Brasileiro” (1882)

¹⁹⁵ José Tomás Nabuco de Araújo (1813-1878), magistrado e político. Foi Senador (1858-1878), Ministro da Justiça, presidente da Província de São Paulo (1851-1852), e 7º presidente o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Joaquim Felício dos Santos¹⁹⁶ foi um importante jurista na área do Direito Civil, autor de *Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro* (1882), do *Projeto do Código Civil e Comentários* (1884-1887) e *Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil* (1891). Os “Apontamentos”, remetidos ao Ministério da Justiça em 1881, foram elaborados por Feliciano dos Santos durante três anos de retiro em chácara no interior de Minas Gerais. O documento foi submetido ao Parecer de uma Comissão de juriconsultos¹⁹⁷ nomeada pelo Ministério da Justiça, que o analisou entre os meses de julho e setembro do mesmo ano, considerando-o “de muita valia e grande mérito”, porém metodologicamente carente em relação à classificação científica. A Comissão considerou os “*Apontamentos*” um trabalho preparatório para um projeto definitivo, e com o intuito de levar a cabo tal projeto, constituiu-se em Comissão Permanente, integrando Feliciano dos Santos como um de seus membros. Desanimado com a morosidade dos trabalhos, após alguns meses, Feliciano dos Santos abandona a Comissão (França;Viana,2010).

Entre 1884 e 1887 Feliciano dos Santos elabora uma obra composta de cinco volumes, denominada “*Projeto do Código Civil e Comentários*”, contendo respostas às críticas ao seu Projeto, e comentários. Em julho de 1891, como senador, apresenta ao Senado um Projeto de Código civil, revisado sob as bases jurídicas do novo regime político, o republicano. O Projeto foi encaminhado a uma comissão especial que descumpriu o prazo para emissão de um Parecer, porém, logo em seguida, em setembro do mesmo ano, foi por proposição aprovada pelo Senado indicado a ser adotado. Uma comissão técnica e o plenário decidiram aguardar a finalização do projeto encomendado pelo Governo à Antônio Coelho Rodrigues, que viria a ser recusado por uma Comissão especial em 1893. Em 1894 o Senado novamente propõe a adoção do Projeto do senador Feliciano Santos, sendo esse também recusado pelo Parecer da Comissão em junho de 1895 (França; Viana, 2010).

6.3.5 O protagonismo de Teixeira de Freitas

¹⁹⁶ Joaquim Felício dos Santos (1822-1895) jurista, jornalista, historiador, político liberal republicano, professor e escritor. Foi deputado geral (1884-1886) e Senador (1891-1895).

¹⁹⁷ Composta, dentre outros, por Lafayette, Ribas, Coelho Rodrigues, que examinou os “Apontamentos” entre julho e setembro de 1881.

Dentre as principais iniciativas de Codificação da legislação civil brasileira destacam-se as duas obras de Augusto Teixeira de Freitas de Mendes. A primeira, considerada a obra preparatória para a codificação foi a “*Consolidação das Leis Civis*”, de 1858. O objetivo do empreendimento era o de levar a cabo uma revisão da “numerosa e espessa legislação brasileira”, que nas palavras do próprio Teixeira de Freitas, era “*um imenso caos de leis complicadas e extravagantes*” (Ordenações, alvarás, decretos, provisões, resoluções e leis extravagantes) que ainda vigoravam no país. O objetivo, segundo Pontes de Miranda, era “*primeiro conhecer-se para depois expressar-se*” e para tanto Teixeira de Freitas dedicou-se a organizar “os mais esparsos e infirmos elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857” ([1928] 1981, p. 79 e 80 In: Neves, 2015, p.8). Se o propósito foi elaborar uma compilação das “*leis civis até então existentes e válidas no país*”, não podendo ser diferente, essa compilação teve como base o direito português (Salgado, 2012). Nas palavras de Orlando Gomes “*não fora essa exímia condensação, por certo as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917. É verdade que o Código Civil a ela não se ateuve. Mas a Consolidação facilitou a obra do codificador*” (2006, p.12). Foi sem dúvida, segundo esse autor, um trabalho preparatório para o processo definitivo de codificação das leis civis brasileiras que estava por ser efetivado. Tendo sua importância unanimemente reconhecida pelos principais civilistas nacionais e internacionais, a “*Consolidação das Leis Civis*” de Teixeira de Freitas “*excedeu as expectativas*” e constitui-se “*em um marco decisivo na constituição do Direito civil brasileiro*” (Gomes, 2006, p. 12).

Carregada das influências das Ordenações Filipinas a Consolidação representou um instrumento do continuísmo e permanência da tradição portuguesa, já que essa passou a ser um referencial durante todo o governo imperial, e primeiras décadas do governo republicano, como a expressão do Direito Civil brasileiro.

A Consolidação das Leis Civis, levado a cabo somente com o propósito de, nas suas palavras “mostrar o último estado da legislação”, foi recebido com elogios por toda a comunidade jurídica nacional. E a tal ponto foi o julgamento positivo do trabalho do jurista brasileiro, que a partir de então, dada a sua sistematicidade e

organização, fez as vezes de verdadeiro guia da legislação civil brasileira e referência quase obrigatória a ser seguida pelos tribunais e juristas do Brasil. Assim é de se notar que este trabalho de Teixeira de Freitas – que foi meramente a sistematização de uma legislação já existente – acabou cumprindo a função de perpetuar a permanências de um direito antigo (Fonseca, 2009, p.69).

A permanência e perpetuação deste direito antigo foram a maneira de preservar as particularidades das estruturas econômicas, políticas e sociais da nação brasileira, frente às “ameaças” de mudanças estruturais que poderiam ser provocadas pela influência do ideário liberal nas instituições jurídico-políticas do império. O professor Marcelo Neves (2015) analisou o período da codificação do direito civil brasileiro, a partir dos *“dos pressupostos da teoria dos sistemas em uma perspectiva crítica”* e verificou que *“a relação entre estrutura social e semântica no Estado brasileiro”* produziu um contexto de adequação das ideias liberais às características da sociedade e política brasileiras.

O liberalismo como semântica jurídico-política tem uma forte dimensão normativa. Isso significa que, nos séculos XIX e XX, a semântica liberal da sociedade mundial não só passou por testes de adequação em face de estruturas normativas dos respectivos Estados em que ela foi adotada, mas também foi entrecortada por uma semântica local que lhe subverteu, em grande parte, o sentido e a função originários (Neves, 2015, p.7).

Esse deslocamento de ideias para adaptá-las ao contexto da localidade, onde o liberalismo era recebido, foi claramente percebido nas palavras de Teixeira de Freitas, quando da apresentação da justificativa de seu silêncio quando ao instituto da escravidão na obra *“Consolidação das Leis Civis”*.

Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de – escravos – temos é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade (Teixeira de Freitas, consolidação das Leis Civis, cit., p. XI apud Fonseca, 2006, p.68; Neve, 2015, p.8).

Neste contexto de escravidão, as ideias jurídicas liberais eram sem dúvida *“ideias fora de lugar”*, e sofriam oposição por parte dos antiliberais que representavam os interesses da classe dominante. Mesmo sendo

propositadamente olvidado no discurso dos juristas liberais, em meados do século XIX, o sistema escravocrata ainda permanecia indiretamente reconhecido pelo artigo 6º. da Constituição de 1824¹⁹⁸ (Neves, 2015).

Uma das dificuldades de levar a cabo o processo de codificação civil brasileira pode, portanto, ser explicada pela dificuldade de encontrar mecanismos de adequação do liberalismo à realidade social e política do império. Fica evidente, nas várias tentativas de elaboração de um Código civil, a partir da segunda metade do século XIX, que a falta de conexão entre a estrutura social e semântica liberal, que torna-se um dos obstáculos ao consenso em relação às reformas das leis civis no Brasil.

Efetivamente o processo de codificação teve como base a compilação de Teixeira de Freitas. Após a aprovação do Parecer sobre a “*Consolidação das Leis Civis*”, pelo Decreto no. 2.318, de 22 de dezembro de 1858, o governo imperial autorizou o Ministro da Justiça, José Thomaz Nabuco de Araújo, a escolher um jurisconsulto de sua preferência para a elaboração de um Projeto de Código civil para o Brasil.

Decreto nº 2.318, de 22 de Dezembro de 1858.

Providencia sobre a confecção e organização do Codigo Civil do Imperio.

Visto e approvedo o parecer da Commissão encarregada de rever a consolidação das Leis Civis, Hei por bem Decretar o seguinte:

Art. 1º O Meu Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justiça contractará com hum Jurisconsulto da sua escolha a confecção do Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Art. 2º Feito o Projecto, será examinado por huma Commissão de sete Jurisconsultos da Côrte e Imperio, presidida por hum dos Meus Conselheiros d'Estado, vencendo os seus membros as gratificações que forem marcadas.

Serão dadas as necessarias instrucções para as conferencias da commissão, protocollo dos motivos do Projecto e demais providencias que convier á boa organização deste trabalho.

José Thomaz Nabuco de Araujo, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado Negocios da Justiça, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em vinte dous de Dezembro de mil oitocentos cincoenta e oito, trigesimo setimo da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador. José Thomaz Nabuco de Araujo. (Coleção de Leis do Império do Brasil - 1858,

¹⁹⁸ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação” (Constituição de 1824).

Devido o êxito obtido com a “Consolidação”, e sua proximidade com o ministro Nabuco de Araújo, Teixeira de Freitas foi o jurisconsulto escolhido pelo Governo, diferentemente do que esperava o Marques Seabra, que guardava ilusões de que assim ocorria em Portugal, também pudesse ser o principal agente do processo de codificação civil brasileira. Teixeira firmou um contrato com o Governo Imperial, no qual ficou estabelecido o prazo de cinco anos (1860- 1965), para a elaboração de um Código civil, período em que Seabra dedicava-se ao processo de elaboração do Código português.

Silvio Meira, um dos maiores biógrafos de Teixeira de Freitas, discorre sobre uma polêmica discussão sobre a análise do código lusitano na qual se envolveu Teixeira de Freitas. A polêmica apresentada por Meira no texto “*O jurisconsulto Teixeira de Freitas e o Código Civil Português*” (ano) foi inicialmente protagonizada pelo jurisconsulto português, Antonio de Moraes Carvalho, do Conselho de Sua Magestade, que escreveu uma primeira crítica ao Projeto de Seabra intitulada “*Observações sobre a primeira parte do Projeto de Código Civil Português do Exmo. Conselheiro Antonio Luiz Seabra*”, em 1857 (composto por 214 páginas de análise até o artigo 361 do projeto). As discussões que iniciaram por uma “análise serena e em termos puramente científicos” estenderam-se durante os anos de 1857 a 1859, nos quais, segundo Meira, “*o espírito científico se via assim turbado pela paixão*” que caracterizava os largos textos de críticas e de respostas, elaborados por ambas as partes¹⁹⁹.

Teixeira de Freitas inseriu-se na polêmica discussão quando publicou, em 1859, um largo comentário intitulado “*Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto de Código Civil português*”, no qual criticou fortemente a pouca importância que o jurista lusitano dava às questões de método.

¹⁹⁹ Seabra respondeu as duras críticas de Moraes Carvalho em uma “Primeira Apostila”, publicada ainda em 1857; Moraes de Carvalho publica em 1858 a “Resposta à Primeira Apostila de Antonio Luiz de Seabra”; Seabra publica uma “Segunda Apostila”, também contestada por seu crítico em 1859.

O rápido exame, que logo fizemos do Projeto de Código Civil português, foi para nós uma decepção tremenda. Recaíra ele antes de tudo sobre o elenco de matérias do projeto, cuja distribuição e ordem dar-nos-á de pronto uma ideia do sistema seguido pelo autor; e a impressão não podia ser mais alheia de tudo o que devíamos esperar (Teixeira de Freitas, 1859, p.6.-7 apud Meira, 1983, p. 209-210).

Segundo Meira(1983), o longo debate entre os dois jurisconsultos foi caracterizado por “críticas fortes, expressões duras e ‘ diatribes’ reciprocas”. E que a divergência entre ambos, além do caráter de ordem pessoal, era profundamente doutrinal. O jurista português doutrinariamente estava filiado a corrente ligada ao *Code* de Napoleão, contra a qual se posicionava Teixeira. Ao apresentar uma comparação entre atuação codificadora de Teixeira com o autor do Código Português, Visconde de Seabra, Meira destaca o caráter inovador e original do jurisconsulto brasileiro em relação ao lusitano.

A discordância era liminar. Começava pelo método. Haveria de estender-se por todo o projeto. Freitas partia de premissas diferentes. Ambos tratavam a matéria-prima legislativa de maneiras divergentes. Vale dizer que ambos apresentavam suas razões. O codificador brasileiro se fixou em ideias próprias. Criou um sistema ou método até então não explorado pelos legisladores de todos os tempos, apenas latente, como ele o declarava, nos códigos e legislações. Antonio Luiz de Seabra seguia a distribuição das matérias segundo o Código de Napoleão, matriz dos códigos de outras nações (italiano de 1865, espanhol de 1889, e muitos outros) (Meira, 1983).

Já desgastado pela trabalhosa obra da “Consolidação”, para o biógrafo, esse polêmico debate serviu apenas para desviar Teixeira de Freitas de seu principal objetivo, a de concluir o Projeto de Código civil Brasileiro.

O esforço despendido pelo jurisconsulto brasileiro poderia ter sido encaminhado em outra direção, com a redação do ultimo livro (IV), de seu Esboço de Código Civil. Desviou a atenção de para discussões paralelas, debates e polemicas que o afastavam de sua missão principal, à qual deveria ter dedicado todos seu recursos mentais, ingloriamente dissipados (Meira, 1983, p.214).

Além do desgaste mental e físico, Meira também chama atenção para o fato que o debate tenha sido o motivo do desgaste político de Teixeira de Freitas frente ao desagrado que as críticas ao projeto português tenha causado ao Imperador D.Pedro II, explicando assim o “*abandono a que foi relegado o*

jurisconsulto brasileiro, por parte do trono” (ano, p.214), após o episódio relatado.

O “Esboço” de Freitas, como ficou conhecido, teve partes publicadas de 1860 a 1865, não foi concluído também e principalmente devido às discussões parlamentares, e as críticas da própria comissão de justiça instituída pelo Ministério da Justiça para analisá-lo. As discussões e obstruções estavam relacionadas à concepção de um Código Geral defendido por Teixeira, acrescidas ao seu espírito liberal que se negava a estabelecer uma doutrina sobre a escravidão. A manutenção dos interesses da elite agrária escravocrata, a maior opositora do projeto, pode ter sido a causa do fracasso do *Esboço*, e seu total abandono em 1872. Portanto, elaborado a partir dos princípios liberais, o projeto de Código proposto por Teixeira de Freitas evidenciou “a incompatibilidade entre o individualismo jurídico e as condições objetivas da realidade econômica brasileira” (Mercadante, 1980, p.191 *apud* Neves, 2015, p.9).

Embora inconcluso, o projeto se destacou pelo volume de quase 5.000 artigos²⁰⁰, e por sua influência sobre a elaboração do Código Civil de 1916.

A influência de Teixeira de Freitas não se faz presente apenas através da construção magistral em que reuniu e sistematizou os elementos esparsos da desordenada e contraditória legislação emigrada. Exerceu-se também por meio do “Esboço”, que embora não houvesse sido aproveitado entre nós, como o foi em outras nações ibero-americanas, inspirou numerosas disposições do Código Civil (Gomes, 2006, p.12-13).

A obra de Teixeira de Freitas foi referência mundial e respeitada por grandes autores do direito comparado internacional, como Renè David, que reconheceu que o jurista brasileiro se adiantando ao gênio alemão, Savihing, o sendo o primeiro no mundo a distribuir as matérias de um Código civil, em parte geral e parte especial. Renè David descreveu com as seguintes palavras a obra de Freitas:

Pode-se dizer que a obra de Teixeira de Freitas é a pedra angular do direito e da doutrina brasileira. No Brasil, seu papel é o mesmo daqueles brades juristas, Acúrsio, Bartolo, Domat, Pothier, Bracton, Coke, Blackstone, Stair, que, em épocas variadas e em diversos países, expuseram o direito de seu país, e cuja autoridade foi tal, que

²⁰⁰ 3.702 artigos já publicados, acrescidos ainda de 1.314 prontos para publicação.

as novas direções do Direito foram por eles determinadas e que toda ciência jurídica seguiu sua orientação e seus princípios. Antes de Freitas, não houve ciência do direito brasileiro. Freitas se apresenta e, onde reinavam o vazio e o caos, de acordo com a palavra de um grande jurista que o sucede no Brasil, Clovis Bevilacqua, constrói ‘um edifício de grandes proporções e de extraordinária solidez, talhado na rocha dos bons princípios pela mão vigorosa de um artista superior. O direito brasileiro fluido e incerto até então, tomou consistência: os juristas brasileiros têm a partir de então um alicerce sobre o qual possam se apoiar (David, René, 1986, apud Oliveira, 2008).

Sua obra exerceu grande influência no processo de codificação das leis civis de alguns dos principais países da América Latina, Serviu de base para Código Civil Argentino, de Vallez Safofild, de 1865, e de inspiração aos Códigos civis do Paraguai e do Uruguai²⁰¹ (Fonseca, 2009, p. 68-69). Dos juristas latino-americanos a obra Teixeira de Freitas recebeu inúmeras manifestações de respeito e admiração, como de Tristán Narvaja, autor do Projeto que deu origem ao Código Civil do Uruguai, que declarou ser “*el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela*”; de Luiz de Gasperi, jurista paraguaio, que afirmou ser Teixeira de Freitas “*el único jurista americano que puede alternar en la historia con Savigny y los padres de la codificación germana.*” E ainda, o jurista argentino Martinez Paz:

Después de su muerte, una memoria llena de veneración conserva su nombre, y su fama ha ido acrescentándose, a tal punto que sin hesitación puede afirmarse que ocupa hoy el puesto más saliente en la historia del pensamiento jurídico americano; otros habrá de acción más universal, más humana, que se hayan agitado y participado más intensamente de las preocupaciones de su tiempo, que hayan contribuído más eficazmente a la solución de los problemas nacionales, pero ninguno, sin excepción, ha alcanzado como jurista las alturas escaladas por Freitas; con él comienza en América la línea original de la dogmática jurídica, sin que pueda afirmarse que sus continuadores hayan tenido el poder de comunicarles un mayor esplendor (Oliveira, 2008.)

O “*Esboço*” inacabado de Teixeira de Freitas serviria, ainda no Império, como já apresentamos, de inspiração a outras tentativas sem êxito, dos juristas Nabuco de Araújo, em 1872, que morreu antes da conclusão de seus trabalhos, e a de Feliciano dos Santos, 1881, que elaborou os “*Apontamentos*”

²⁰¹ O “*Esboço*” de Teixeira de Freitas foi fonte de inspiração explícita na formulação do Código Civil da Argentina, a cargo de Dalmácio Vélez Sasfield, de 1865, bem como do código paraguaio (que adotou o diploma argentino) e do código do Uruguai de 1868. (FONSECA, 2006, p.69).

para o *Código Civil Brasileiro*”, recusados pela emissão de um Parecer negativo da comissão nomeada pelo governo para analisá-los. A essa mesma comissão foi dada a ordem pelo Ministério da Justiça de elaboração de um projeto de código, não cumprindo seu propósito no tempo estabelecido, foi dissolvida.

Enquanto na antiga Metrópole o efeito do pensamento liberal iluminista e do jusnaturalismo culminou com a promulgação do Código Civil Português, de 1867, sob a forte influência do Código Napoleônico de 1804, na antiga colônia permaneceu em vigor a arcaica legislação herdada da primeira. Durante o período imperial, não houve rupturas, apenas adaptações dos princípios liberais aos interesses econômicos da elite agrária brasileira, gerando particularidades e contradições, no lento processo de formação de uma tardia e peculiar cultura jurídica brasileira.

6.4. A República e o Código civil de 1916

Com o advento da República em 1889, torna-se ainda mais urgente a necessidade da institucionalização do Brasil como modo de se libertar das amarras jurídicas que ainda o fazia dependente de Portugal, mesmo após 1822. Para o Brasil, codificar leis, estabelecer condutas de comportamentos que o aproximasse da realidade do mundo europeu e estadunidense, com o intuito de melhor se integrar ao mercado internacional, será primordial para os seus primeiros passos como a mais “nova democracia nascida da América Latina ao final do século XIX”.

Com a intenção de aproximação e adaptação da legislação brasileira às regras do mercado internacional, recorda Veronese (2011) que ainda durante o Império foram realizadas importantes “atualizações legislativas” para dotar a propriedade de um “caráter liberal e moderno”, como a reforma hipotecária de 1864 e, *“sobretudo a “Lei de Terras” de 1850, que, com o intento de transformar a propriedade rural em verdadeira mercadoria de livre circulação no mercado, buscou promover radicalmente uma até então inédita separação das terras públicas das privadas”* (2011, p.300).

A nacionalização do Direito efetivou-se após a independência (1822) quase que exclusivamente no âmbito do direito público, com as Constituições de 1824 e 1891, e com os códigos Criminal (1830), Processo Criminal (1832), Comercial (1850) e Penal (1890), embora ainda com um cunho acentuado da legislação portuguesa, vinha de encontro à urgência que se fazia ao novo regime de uma identidade nacional de suas instituições inspiradas pelo ar da modernidade.

Destarte, nas regiões do direito político, do direito penal, tanto no criminal quanto no comercial, a legislação pátria emparelha com as mais perfeitas dos modernos tempos.

Nas relações puramente civis, porém, nos domínios do mero direito privado, a cousa muda assas de figura: temos ficado até hoje sob o império de uma desordenada legislação três vezes secular, que não foi obra nossa e de lavra própria (Anais da Câmara 1902, p. 16).

Em termos de legislação civil, um ano após a Proclamação da República, a Lei do Registro e do Casamento Civil de 1890 significou o início do processo da codificação civil brasileira que se consolidaria com a promulgação do Código Civil de 1916.

Desde a indicação feita a Teixeira de Freitas, para elaboração do Projeto do Código Civil, até 1916 quando o Código foi publicado, percorreu mais de meio século de esforço para sua elaboração, e quase um século da promessa contida na Constituição. A nomeação a 01 de junho de 1889 da derradeira comissão de jurisconsultos com tal propósito foi o último ato do Governo Imperial. Essa Comissão tinha a responsabilidade de elaborar o Projeto do Código Civil, que não havia sido concluído nas primeiras tentativas.

No contexto caótico em que se inaugurava a República, ainda não havia um consenso, ou uma compreensão no que se refere à autonomia dos estados estabelecida pelo sistema federativo instaurado pelo novo regime de governo. Então, seis dias após a proclamação, a Comissão convocada, ainda no Governo Imperial, para elaborar o Projeto do Código, fora dissolvida, pelo Governo Provisório da República, com a seguinte alegação:

[...] a confecção das leis, que regulam as relações civis dos cidadãos dos diferentes Estados, não entra na legítima esfera de ação do Poder Legislativo federal; que, pois, seria restringir a autonomia dos Estados, em limites indevidamente preestabelecidos, decretar, ou sequer redigir leis civis obrigatórias para toda a União, devendo pelo

contrário, ficar a Legisatura de casa Estado, à sua soberana iniciativa e livre competência, o direito de regular, como a cada um deles mais convenha, as relações civis dos cidadãos que os compõem. (*Jornal do Comércio* 02/01/1917, p.2)

A confusão inicial quanto à autonomia das esferas federal e estadual só iria se dissipar à medida que o novo regime caminhasse para institucionalização de seus princípios.

Já no projeto de Constituição, elaborado por uma comissão nomeada pelo Governo Provisório, se reconheceria o erro da orientação dada quanto a não aprovação de um Projeto de Código Civil nacional. A primeira iniciativa republicana, o projeto de Coelho Rodrigues, concluído em 1893.

6.4.1 O Projeto de Antônio Coelho Rodrigues (1893)

O jurista, político e catedrático da Escola de Recife, Coelho Rodrigues²⁰², foi o autor do Parecer do Projeto de Código civil de Joaquim Feliciano dos Santos na Câmara dos Deputados em 1881. Recebeu a 1º. de setembro de 1890, do Ministro da Justiça Campos Salles, durante o primeiro governo republicano de Deodoro da Fonseca, a incumbência de elaborar, em um prazo de três anos, o Projeto de Código civil da República. Para a realização da solicitação feita pelo governo, retirou-se do cenário político brasileiro fixando-se em Zurique, na Suíça. O projeto foi concluído no prazo estipulado, porém foi duramente criticado pela forte influência do direito internacional, principalmente do Código civil do Cantão de Zurique, de Johann Caspar Bluntschli (Hirato, 2011).

Em 1893 o projeto, que contava com 2.734 artigos, foi rejeitado pelo redator da Comissão especial, por este motivo não foi encaminhado ao Congresso. A mudança de governo, e a incompatibilidade com conceitos políticos e filosóficos da nova administração, bem como as desavenças que Coelho Rodrigues acumulou com membros da comissão revisora do projeto foram os principais motivos para a rejeição do projeto (Carvalho, 2010).

²⁰² Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) jurista, político conservador e jornalista. Deputado Provincial do Piauí (1874), deputado geral (1869-1872, 1878-1886), Senador (1893-18896), e prefeito do Distrito Federal (1900-1903). Catedrático de Direito Civil, Direito Romano e Direito Internacional da Escola de Recife.

Enquanto membro do Senado, Coelho Rodrigues apresentou em 1896 o Projeto aos seus companheiros de Casa, que o acolhem e encaminham para a Câmara dos Deputados, onde foi rejeitado. Foi cogitado como base para o projeto encomendado à Clovis Bevilaqua, como consta em *A Notícia* de 1 de março de 1890:

[...] o plano formulado pelo Sr. Ministro e exposto na carta convite de Clovis Bevilaqua consiste em tomar como base do trabalho o Código formulado pelo Sr. Coelho Rodrigues, que S. Ex. reputa co mais completo e o mais perfeito projeto sobre o assumpto (Diários do Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão do Código Civil, sessão de 28 de julho de 1901, p. 1066).

Em parecer registrado na sessão do dia 28 de julho de 1901, na Câmara dos Deputados, ficou notório o descontentamento de Coelho Rodrigues com a atitude “antipática” e “indiferente” que o Governo teve para com ele e seu projeto. Além de declarar ter entrado com uma ação contra a Fazenda para reaver o contrato que o Governo Provisório tinha firmado com ele para a elaboração do projeto, também proferiu duras críticas à intenção do Governo em “fazer uma *obra nova e rápida*”, referindo ao projeto de Clovis Bevilaqua, seu sucessor na tarefa, e por esse ter desconsiderado a sua disposição em auxiliar gratuitamente nos trabalhos (Diários do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão de Código Civil, Sessão 28/07/1901, p.1067-1068).

6.4.2 O projeto triunfador de Clóvis Beviláqua (1899)

O Projeto de Coelho Rodrigues também rejeitado pela comissão nomeada para estudá-lo, não foi aceito pelo governo (Oliveira, 2014). A 21 de novembro de 1889, o Ministério da Justiça confirmou como atribuições do Congresso Nacional o dever de codificar as leis civis do país, em um prazo de cinco anos, concedendo aos Estados o direito de fazer alterações para adaptá-las convenientemente às suas condições particulares. A seguinte iniciativa de codificação, que viria a ser a última e triunfadora, foi encomendada pelo Ministro da Justiça em 1899 ao jurista Clóvis Beviláqua.

Em mensagem ao Congresso Nacional em 1889, o presidente Manuel Ferraz de Campos Salles (1898-1902) reconheceu “*ser já tempo de entrar em esforços decisivos para dotar a República com seu Código civil*”, já há muito

uma “*aspiração nacional*”, que foi iniciada com a Consolidação das leis civis de Augusto Teixeira, seguida de diversas ações governamentais que promoveram a elaboração de alguns projetos não consolidados. Reconheceu, ainda o presidente, que desse quase “*meio século de esforços contínuos, consagrados à satisfação de uma necessidade reconhecida e proclamada por todos os órgãos da sociedade brasileira*”, e das numerosas tentativas de elaboração de um projeto, “*ficaram os consideráveis e valiosos subsídios, que podem ser agora aplicados, com vantagem decisiva, em último e definitivo tentame*”. Exaltou ainda, a vantagem da unidade do Direito, característica da organização da República brasileira, permitindo-lhe a aspiração da unificação das leis em um único Código, por não encontrar resistências de costumes e tradições locais, como ocorreu no processo codificador dos Estados Germânicos e nos Cantões da Suíça (e acrescentamos aqui, como ocorreu também na Espanha, em relação aos Territórios Forais).

Estabelecida, como foi, a unidade do direito, o legislador brasileiro não tem encontrado diante de si os obstáculos dessa natureza excepcional, que não significam nem significaram, jamais, a dificuldade de condensar num código as cláusulas de direito, mas unicamente a dificuldade de destruir um direito tradicional. (Biblioteca da Presidência. Mensagem do Presidente Campos Salles apresentada ao Congresso Nacional, 1899, p. 16-17)

O Governo já havia determinado ao Ministro da Justiça, Epiácio Pessoa, a escolha de um jurista para a elaboração de um Projeto definitivo de Código civil para o Brasil. A resolução de retomar e concluir o processo codificado iniciado a meados de século anterior, e a escolha de Clovis Beviláqua para levar a cabo tal propósito, foram anunciadas presidente da República com as seguintes palavras:

Convencido de que é tempo de agir resolutamente, resolvi providenciar no sentido de se elaborar um projeto de código civil, que vos será oportunamente apresentado. O ministro da Justiça acaba de confiar esse importante trabalho ao Dr. Clovis Beviláqua, lente da Faculdade de Direito de Recife (Biblioteca da Presidência Presidente Mensagem apresentada ao Congresso Nacional. Campos Salles 1899, p. 16-17)

A Clóvis Beviláqua, cearense de Viçosa, professor da faculdade de Direito do Recife, foi designada a redação do Código Civil Brasileiro, em 1899,

pelo Ministro da Justiça Epitácio Pessoa, seu companheiro de curso de Direito na Faculdade de Recife. Beviláqua era conhecido por sua formação eclética, sintetizador de várias doutrinas. Foi influenciado por Tobias Barreto, um dos principais mentores da Escola de Recife e divulgador do pensamento de Haeckel, Noiré e principalmente Hebert Spencer e seu positivismo evolucionista. Com Sílvio Romero, outro importante adepto do evolucionismo naturalista, passou a se interessar pela psicologia do povo brasileiro e por suas manifestações. E foi também influenciado pela filosofia liberal inglesa, pautada no individualismo, evolucionismo, racionalismo. Características também presentes no primeiro e maior modelo de código civil ocidental, o Código Napoleônico, de 1804, que pretendia ser a “Constituição do Indivíduo”, sendo portanto, o racionalismo e individualismo iluministas, e os ideais de 1789, paradigmas sobre os quais fundamentou o processo codificador ocidental de todo o século XIX.

Outra grande influência em sua formação jurídica foi exercida pela Escola das Pandectas²⁰³, levando Beviláqua a considerar Jhering, um dos grandes representantes dessa escola e autor do livro “*Espírito do Direito Romano*”, como o “*maior jurista do século XIX e do futuro*”. Foi dessa fonte que Beviláqua reteve o caráter romanístico que o levou a afirmar que “*o direito é uma ciência romana, por excelência*”. Aos pandectas deve também a ideia da “Parte Geral”, que engloba “Pessoas”, “Bens” e “Fatos”, antecedendo a “Parte Especial” que estuda os ramos do direito civil. É interessante destacar que, a divisão e a colocação dos livros da Parte Especial são subordinadas à Parte Geral, o Direito de Família corresponde às Pessoas, o Direito das Coisas aos Bens, o Direito das Obrigações e o Direito de Sucessão aos Fatos Jurídicos. Considerando o contexto social e a formação do jurista Clóvis Beviláqua, Cláudio De Cicco conclui que:

[...] o Projeto tentou sintetizar os dados da realidade jurídica social brasileira, dando-lhe uma roupagem romanística, erigindo em conceitos do Direito Romano simples situações historicamente condicionadas. Assim, a importância da propriedade, da família para uma sociedade burguesa ainda patriarcalista, são elevadas à condição de mais nobre de “instituições de Direito”, de acordo com a

²⁰³ A grande influência da Escola das Pandectas é percebida em seus Comentários ao Código Civil que estão repletos de citações de autores pandectistas e de lições dos juristas romanos

técnica pan-dectísca e com as definições do Direito Romano. (De Cicco, 1993, p.131-132)

Como citamos anteriormente, a genealogia de nossa legislação remontava a Roma, passando pelas leis germânicas, até as “Ordenações do Reino”. Isso se evidenciara no projeto de Clóvis Beviláqua que trouxe em sua formação jurídica as influências das escolas que na Europa ditavam as tendências jurídicas seguidas pelos legisladores responsáveis pelas codificações do século XIX, bem como as ideias liberais europeias que norteavam a mentalidade brasileira nesse período. A limitação das especificidades sociais do Brasil foram consideradas pelo autor do projeto, que segundo suas próprias palavras *“foi tão liberal quanto lhes permitiam ser”*, como corrobora Santiago Dantas.

Clóvis Beviláqua propôs um código que correspondia basicamente ao modelo de codificação liberal do século XIX, nos termos da tradição conceitualista do direito. Não pretendeu apresentar, “como Freitas, uma obra original e revolucionária”, mas sim selecionar soluções encontradas nos projetos anteriores, nos códigos estrangeiros e no direito vigente no Brasil (Dantas, 1962c, p. 89).

A escolha de Clóvis Beviláqua recebeu duras críticas do Senador Rui Barbosa, que já acumulava descontentamentos políticos com o presidente Campos Salles e com o ministro Epitácio Pessoa. Críticas publicadas pelo próprio Rui Barbosa no jornal *Imprensa*, do qual era o diretor-chefe.

Aí está por que, ao nosso ver, a sua escolha (de Beviláqua) para codificar as nossas leis civis, foi um rasgo do coração, não da cabeça. Com todas as suas prendas de juriconsulto, lente e expositor, não reúne todos os atributos, entretanto, para essa missão, entre todas melindrosa. Falta-lhe ainda, a madureza de suas qualidades. Falta-lhe a consagração dos anos. Falta-lhe a evidência da autoridade. Falta-lhe um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência da linguagem, a vernaculidade, a casta correção do escrever. Há nos seus livros, um desalinho, uma negligência, um desdém pela boa linguagem que lhe tira a concisão, lhes tolda a clareza, lhes entibia o vigor (Jornal *Imprensa*, 1889, 14 de março de 1898).

Em outubro de 1899 Beviláqua conclui o Projeto, cuja elaboração iniciara em abril do mesmo ano. Em 1900, na mensagem proferida no Congresso Nacional, o Presidente Campos Salles anunciava:

Na minha anterior mensagem tive ocasião de manifestar-vos o particular empenho do Governo em satisfazer à necessidade, geralmente reconhecida e urgentemente reclamada, da decretação do Código Civil, acentuada e velha aspiração da sociedade brasileira. É-me grato poder anunciar-vos hoje que o projeto está concluído e foi submetido ao estudo de uma comissão especial de juriconsultos. Nutro a esperança de sujeitá-lo em breve ao vosso esclarecido exame. (Biblioteca da Presidência. Mensagem do Presidente Campos Salles ao Congresso Nacional. 1900. p, 20-21)

O Projeto foi submetido a uma *Comissão Revisora* presidida pelo próprio Ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, e composta de respeitados juriconsultos²⁰⁴. Seus membros receberam a incumbência de proceder a uma análise completa do projeto.

[...] quer quanto ao conjunto- método, classificação, divisão e subdivisão das matérias, orientação doutrinária e estrutura geral; quer quanto ao detalhe- conteúdo jurídico, forma e seqüência lógica dos artigos e parágrafos, acréscimos e supressões de dispositivos, propriedade dos termos (Lacerda, 1917, p.16 apud Salgado, 2012).

A comissão analisou o Projeto no período de março a novembro de 1900, em um total de sessenta sessões, tendo as últimas nove contado com a presença do autor do Projeto. Além dos membros da comissão, foram ouvidos também os membros do Instituto da Ordem dos Advogados, bem como pareceres das Faculdades de Direito e dos Tribunais Superiores dos estados que se manifestaram, além de outros juristas. A imprensa em geral também demonstrou interesse, sendo publicadas as críticas e opiniões sobre o projeto em jornais como *O Jornal do Comércio*, *A Imprensa* e *o Paiz*.

A essa seguiram outras críticas, porém a urgente necessidade da codificação das leis civis foi responsável pelo maior número de vozes

²⁰⁴ Teve como membros: Olegário Herculano de Aquino e Castro, Joaquim da Costa Barradas, Amphiphio Botelho Freire de Carvalho, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, João Evangelista Sayão de Bulhões Carvalhos, e secretariada por A.F. Copertino do Amaral. E como convidados: Manuel Antonio Duarte de Azevedo (professor aposentado da Faculdade de Direito de São Paulo), Antonio Coelho Rodrigues (autor do projeto anterior, recusou por ter assumido como prefeito do Rio de Janeiro), Lafayette Rodrigues Pereira e Rui Barbosa (Salgado, 2012).

favoráveis ao projeto, que foi aprovado pela comissão revisora, e enviado ao Executivo. De acordo com Beviláqua, embora a divisão geral do projeto tenha sido mantida, e tenham sido respeitadas as sub-divisões e classificação dos institutos nos diversos títulos e capítulos, as emendas apresentadas pela comissão revisora fizeram com que o projeto perdesse alguma coisa de sua feição original (Beviláqua, 1940).

A comissão que analisou o projeto do Código de Beviláqua apresentou dois dos principais argumentos elencados pela historiografia do direito para justificar o atraso na elaboração de um Código civil no Brasil: a manutenção da tradição do direito português, que devido as suas lacunas e imperfeições, recorria indiscriminadamente ao direito romano, e o atraso na formação de uma cultura jurídica brasileira devido à tardia fundação das faculdades de Direito no Brasil, com um ensino que efetivamente pouco contribuiu para formação de uma elite intelectual preparada (Wolkmer, 2009). Essas são as palavras do parecer apresentado pela dita comissão de avaliação:

O demasiado aferro ao espírito e tradições do direito romano em que nos temos mantido, nas relações civis, ainda mais tenazmente do que nossos progenitores da mãe-pátria, e, por outro lado, na eiva de incontestável inferioridade em que, até bem pouco tempo, andou o ensino das ciências jurídicas entre nós (Anais da Câmara, 1902, p.16).

Apesar do argumento acima apresentado, a Comissão deu parecer positivo. Revisado e recomentado positivamente pela Comissão, o Projeto foi apresentado ao Presidente da República, pelo ministro da justiça Eptácio Pessoa, a 10 de novembro de 1900. Uma semana depois, em 17 de novembro, o Presidente Campos Salles, o encaminha ao Congresso Nacional. A partir de então, o Projeto de Clóvis Beviláqua percorreu na Câmara dos Deputados e no Senado, um longo caminho de discussões, aprovações e reprovações, ajustes e emendas, e é esse caminho que nos interessa neste trabalho, para perceber as influências e as permanências nele contidas, especificamente as que foram responsáveis pela normatização da família brasileira.

6.4.2.1 A Tramitação na Câmara dos Deputados - Comissão Especial de Código Civil (1901-1902)

Após a revisão da comissão de juristas, o Projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados, onde foi nomeada em 26 de junho de 1901, uma Comissão Especial do Código Civil²⁰⁵, composta de 21 deputados, um grupo de doutores na lei²⁰⁶, e o próprio autor do projeto.

Na primeira sessão, 27 de julho de 1901, a Comissão elegeu como presidente o deputado J. J. Seabra, e como relator Sylvio Romero (cada um obteve 17 votos, contra apenas um de seus respectivos concorrentes). O presidente nomeou Francisco Tolentino com secretário. Seabra abriu os trabalhos agradecendo a confiança para dirigir os *“trabalhos de uma comissão tão importante”* e expressou o desejo de *“que todos se esforçarão por dotar o país, em breve prazo, de um Código Civil”* (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão do Código Civil, 27 de julho de 1901, p. 1022). Em seguida, *“para facilitar o trabalho da Comissão”* procedeu a divisão do Projeto em 16 partes, seguindo a mesma sistemática acertada feita pelo Instituto dos Advogados, entregando-as para seus membros, segundo a justificativa de que *“fiquem desde logo habilitados a conhecer das emendas que forem apresentadas e que se referirem aos artigos incluídos nas*

²⁰⁵ A Comissão Especial do Código Civil era composta por 21 Deputados: J.J. Seabra, presidente, deputado pela Bahia; Sá Peixoto, Amazonas; Luiz Domingues, Arthur Lemos, Pará; Luiz Domingos, Maranhão; Anízio de Abreu, Piauí; Frederico Borges, Ceará; Tavares Lyra, Rio Grande do Norte; Camillo de Hollanda, Paraíba; Teixeira de Sá, Pernambuco; Araújo Góes, Alagoas; Sylvio Romero, relator geral, Sergipe; José Monjardim, Espírito Santo; Sá Freire, Capital Federal; Oliveira Figueiredo, Rio de Janeiro; Alfredo Pinto, Minas Geraes; Azevedo Marques, São Paulo; Alencar Guimarães, Paraná; F. Tolentino, secretário, Santa Catarina; Rivadávia Correia, Rio Grande do Sul; Hermenegildo de Moraes, Goyaz; Benedito de Souza, Mato Grosso (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, 27 de julho de 1901). E juristas convidados a participar das discussões: Clovis Bevilacqua (autor do Projeto), Andrade Figueira, Amaro Cavalcanti, Gabriel Ferreira, Alencar Araripe, Lima Drummond, Torres Neto, João de Sá, Fábio Leal, e outros.

²¹⁰ Andrade Figueira, Coelho Rodrigues, M. Francisco Correia, Lima Drummond, Salvador Muniz, Gabriel Ferreira, Solidônio Leite, Sergio Loreto, Amaro Cavalcane, Didimo da Veiga, Bandeira de Mello, Fabio Leal, Villela dos Santos, Araripe, Torres, Netto.

²¹¹ Azevedo Marques, Parte Preliminar, do art.1 ao art.41 e Parte Geral, do art.1º. ao art.96; Frederico Borges do art.97 ao art 217; Anízio de Abreu do art.218 até 411- direito de família; Monjardim do art. 415-575- relações de parentesco; Luiz Domingues do art. 576-745 – posse; Arthur Lemos do art. 746-801- propriedade literária; Benedito de Souza do art. 802 -888- direitos reais sobre coisas alheias; Rivadávia Correa Duarte 889-1010- direitos reais de garantia; Oliveira Figueiredo do art. 1011 -1227- das obrigações; Tavares de Lyra do art. 1228-1324- dos contratos; Teixeira de Sá- art.1325-1481- da doação; Araujo Goes do art. 1482-1687- depósitos, etc.; Sá Peixoto do art.1688-1828- constituição de rendas, etc.; Sá Freire do art. 1829-1897- liquidação das obrigações; Alfredo Pinto do art. 1898-2020- direito das sucessões; Alencar Guimarães do art. 2021-2203- disposições testamentárias em geral (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, 27 de julho de 1901, p. 1022).

*respectivas partes*²⁰⁷ (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão de Código, 27 de julho de 1901, p. 1022).

Os trabalhos dessa comissão foram realizados em sessões de 27 de julho de 1901 a 18 de janeiro de 1902, e *“como eram públicas as sessões, a assistência foi sempre numerosa. Nem podia ser indiferente à sociedade a reforma das leis relativas à personalidade civil, aos bens, e à família”*. (Beviláqua, 1940, p.39). A ampla participação foi possível pela mudança do Regimento da Câmara (proposta por uma comissão de deputados, liderados por Alfredo Varella), que deu origem à Lei n.30 de 1900, que além de prever *“as diversas etapas pela qual passaria o projeto”*, também permitiu que *“faculdades de direito, juristas, tribunais e outros cidadãos enviassem emendas ao projeto para que essas fossem apreciadas”*. A mudança do Regimento não apenas possibilitou a participação de mais pessoas no processo, atribuindo-lhe maior legitimidade, como também o dotou de um método (Salgado, 2012).

Na abertura da apresentação do Parecer da Comissão do Projeto de Beviláqua na Câmara dos Deputados, o 1º. Secretário da Casa, e também membro da Comissão, o advogado José de Oliveira Coelho afirma essa é uma magnífica obra, capaz de conciliar teoria e prática na medida certa para um Código que legisla assuntos civis:

Fruto de grandes talentos, de aturados e úteis estudos, não esquecidas as fontes, nem desprezada a prática, a menos ainda posta à margem a teoria, a obra é de subido valor, e revista, como foi, é um trabalho consciencioso, que, sem ser exclusivamente prático, ou exclusivamente theorico, olha bem da sociedade brasileira e satisfaz palpitante necessidade (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão do Código Civil, 27 de julho de 1901, p. p.1.038)

Além de apresentar o Projeto e submetê-lo à apreciação do Congresso Nacional, a Comissão também solicitou vários juristas e Tribunais Superiores estaduais que enviassem seus pareceres e sugestões de emendas ao mesmo. Como fruto desta solicitação, a Comissão recebeu, já no início das sessões de debate, vários pareceres e várias emendas, formuladas

pelos especialistas e membros dos Tribunais, os quais foram publicados no Diário do Congresso Nacional.

Uma das manifestações favoráveis à codificação e ao Projeto de Clóvis Beviláqua foi a do então Presidente do Superior Tribunal do Rio Grande do Norte, Francisco de Salles Meira e Sá, em forma de Parecer (redigido a 22/05/190) publicado no Diário do Congresso Nacional pela Comissão do Código Civil em 30 de julho de 1901. Destacamos este Parecer como representativo do espírito codificador preponderante à época, defensor da necessidade urgente de consolidação das leis civis brasileiras através de um Código civil:

Considerando que desde muito está amadurecida e assentada no Brasil a idéia da codificação do nosso direito civil, idéia ainda mais necessariamente sentida e urgentemente reclamada, depois do novo regimen politico consagrando na Constituição de 24 de fevereiro [...] [...] Considerando que o Projeto do Código Civil elaborado por incumbência do Governo pelo egrégio professor Dr. Clóvis Beviláqua, revisto por uma comissão especial de juristas e pelo mesmo Governo apresentado ao esclarecido exame do Congresso Federal, traduz os sentimentos e corresponde às necessidades nacionais no actual momento histórico à luz dos princípios da sciencia e de modo que sem esquecer as tradições ethnicas de nosso passado. Atende às novas exigências da vida,, reconhecidas, depuradas e encaminhadas pela doutrina, sem com tudo procurar asphyxiar a natural expansão do que deve desenvolver-se sob a feição do novo regimen [...].

[...] Considerando que, se, não obstante estas belas e seguras qualidades [...] não se trata de uma obra nascida nos moldes de uma perfeição ideal [...] porem, incontestavelmente, de um trabalho de alto merecimento intelectual, condensação da, nossa cultura jurídica, adaptado às nossas condições políticas, sociais e econômicas, da maior oportunidade e que tem por fim satisfazer necessidades de longa data reconhecida e proclamada agora, mais do que antes, indeclinável e urgente.

Considerando que com a promulgação do Código Civil, a Nação consolidando e assegurando o seu direito privado, afirmará sob esta importantíssima relação a sua unidade, o seu avigoroamento, a sua força cohesiva e patriótica, vindo assim reflectir-se ahi constatando-se o fortalecendo-se por sua vez, o principio básico e fecundo de sua unidade politica e da sua soberania;

Considerando finalmente, que nestas condições a melhor colaboração, o mais valioso subsidio que se poderá ministrar no indicado sentido, é parece, no presente momento, não crear embaraços à realização de tão grande tentamen, não distrahir a ação esclarecida do Congresso Nacional, no exame do referido projeto: Proponho que este Superior Tribunal responda ao indicado officio, significando, e isto é tudo ou é o essencial, os seus mais sinceros votos para que a Nação seja, na sessão legislativa, dotada com seu Código Civil, o qual será, a um tempo, o inicio de uma nova era – ancora e segurança dos direitos mais do que nunca, incertos na actualidade e mal contidos em moldes disseminados, incongruentes,

sem ordem, sem systemas, sem harmonia, e, na sua maior parte vasados há cerca de tres séculos atrás (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão do Código Civil, 30 de julho de 1901, p. p.1.038-1.039)

O parecer do presidente do Superior Tribunal do Maranhão também foi apresentado na mesma sessão do dia 30 de julho de 1901, corroborando o apoio ao projeto codificador, destacando *“a inegável necessidade de promulgação do Codigo Civil há 77 annos prometido à Nação Brasileira”*, e denunciando o atraso do direito civil brasileiro, cuja principal base ainda estava nas Ordenações do Reino, compilada em 1603, para uma nação que já as havia renunciado por anacronismo, o que indicava o *“verdadeiro caos em que às vezes se perdem as mais esforçadas intelligencias”* (Diário do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Comissão de Código, 30 de julho de 1901, p. 1039).

O debate do Projeto na Câmara dos Deputados se dividiu entre Conservadores e Liberais. Durante as sessões de discussão, o primeiro grupo, formado por políticos conservadores e monarquistas, contrários à elaboração de um Código, ou a qualquer reforma da legislação vigente no Brasil, defendiam a manutenção das leis e costumes existentes, inclusive, respeitando as prerrogativas da religião católica. O segundo grupo seguia a orientação do autor do Projeto, e defendiam a laicização das leis civis e a necessidade de um ordenamento sistematizado baseado na moderna ciência do Direito.

Terminados os trabalhos da comissão, foi convocada para o dia 26 de fevereiro de 1902, uma Sessão Extraordinária na Câmara dos Deputados presidida pelo deputado Vaz de Mello, por solicitação da Comissão Especial do Código Civil, de acordo com a resolução de 17 de novembro do início daquela legislatura, para dar o Parecer sobre o Projeto de Código Civil²⁰⁸, que havia sido oferecido à apreciação, discussão e aprovação do Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

A resolução previa que a Comissão Especial deveria apresentar seu trabalho no prazo irrevogável de 60 dias, o que não foi possível, tendo, portanto, a dita comissão, pedido por três vezes a prorrogação do prazo, concluindo seus trabalhos em 26 de janeiro de 1902, com a publicação do

Projeto, podendo-se verificar as modificações feitas no projeto oferecido pelo Governo. O atraso na conclusão dos trabalhos da comissão foi justificado, segundo o seu presidente, o Deputado Seabra, com as seguintes palavras, em discurso proferido naquela sessão:

A comissão não pode terminar os seus trabalhos nos precisos termos da resolução de 17 de novembro, porque ella entendeu que, sendo o Código Civil uma obra nacional, deveria abrir sobre a matéria a mais larga, ampla, absoluta e liberal das discussões, e assim procedeu, convidando a quantos quizessem cooperar nessa abrangente: - membros da Câmara, do Senado, jurisconsultos desta capital e de fora della foram convidados.

Muitos delles accudiram a este appello e a despeito das convicções políticas as mais diversas, compareceram e cooperaram para a organização do Código Civil, que não tem cor política, que deve ser e é uma obra nacional (Apoiados.) (Anais Da Câmara, 1902, p.12)

A sessão extraordinária havia sido convocada para que a Comissão, finalmente apresentasse seu Parecer. O Parecer foi favorável a aprovação por parte do Congresso Nacional ao Projeto de Código Civil, que segundo o presidente da comissão, satisfazia “às exigências do nosso meio jurídico”, e complementava:

A Comissão não tem a pretensão e vir apresentar à Câmara um projecto perfeito, a Comissão não tem a pretensão de affirmar que elle é a última palavra da sciencia do direito; mas a Comissão tem a pretensão de dizer que este projecto é o resultado de um estudo acurado, quotidiano, afanoso, patriótico e que na sua elaboração não teve ella intuito, nem obdeceu a outros sentimentos que não aos de seu senso jurídico e seu patriotismo. (Apoiados.). (Anais Da Câmara, 1902, p. 12-13)

Porém, o Deputado Seabra justifica ainda com mais propriedade o ato de grande responsabilidade em pedir a convocação de uma sessão extraordinária, principalmente diante do estado financeiro do país, por entender que sendo o Código Civil uma aspiração nacional, não poderia mais ser adiada uma sessão de discussão e aprovação do mesmo. A Comissão ainda considerou que “*era preciso por termo a estes esforços que vêem da monarchia para dotar a Pátria de um Código Civil, abolindo assim as velhas e obsoletas Ordenações do Reino, que a própria mãe pátria já há muito abandonou*”. (Anais Da Câmara, 1902, p.13)

O deputado e presidente da Comissão Especial do Código Civil apelou ao patriotismo dos “nobres deputados”, que constituíam aquela Câmara Republicana, para que considerassem que, sendo o Código uma obra nacional, na qual poderiam colaborar “gregos e troyanos”, de quaisquer convicções políticas, que eles não fizessem daquela uma sessão infrutífera, esperando que se espelhassem na presteza e no patriotismo alemão ao se posicionarem com a urgência que a matéria exigia:

Oxalá que os commentadores do Código Civil Brasileiro possam, a respeito do Poder Legislativo Brasileiro, atestar e louvar o mesmo patriotismo, ordem e elevação de vistas, que os commentadores do Código Allemão atestam ter havido por parte do Parlamento Allemão, que em dez dias approvou o Código. (Anais Da Câmara, 1902. p.13)

O fato do projeto do código brasileiro ter sido encomendado ao juriconsulto Clóvis Beviláqua já em 1899, e em tão pouco tempo ter saído um parecer favorável, justificava os argumentos do deputado Fausto Cardoso, de que a Alemanha teria tido um tempo maior para a elaboração do projeto e que por essa razão a aprovação pôde se efetuar em um tempo tão reduzido. Entretanto, esse argumento foi facilmente combatido por Seabra ao lembrar aos deputados que se a Alemanha havia levado dez anos para a elaboração do código, o Brasil já levava cinqüenta, visto que data de 1855 a consolidação das leis civis, realizada por Teixeira Mendes, em preparação para o Código, não sendo aquela a única iniciativa a partir de então.

Apresentado o Parecer da Comissão da Câmara dos Deputados, o projeto foi remetido ao Senado a 3 de abril de 1902, para ser discutido e aprovado com as emendas propostas pelos senadores.

6.4.2.2 A tramitação no Senado: uma década de atraso (1902-1912)

O Senador Ruy Barbosa, que já havia expressado claramente sua oposição à escolha de Beviláqua para autor do Projeto, uma vez que o projeto tenha sido concluído, direcionou suas críticas ao pouco tempo em tardou a ser elaborado, “ao seu espírito repugnava a pressa na confecção de um corpo de leis que, por sua natureza, não deve responder às necessidades de um momento histórico, senão reger uma época” (Dantas, 1962, p. 48). A “total e

veemente oposição” de Rui Barbosa e as inúmeras emendas propostas por ele ao Projeto de Clóvis Beviláqua foi um dos principais motivos do atraso de sua tramitação no Senado, onde permaneceu por uma década, de 1902 a 1912.

Justamente na chegada do Projeto ao Senado, em 3 de abril de 1902, o Senador Rui Barbosa apresentou um Parecer *“perante a Comissão do Senado, esmiuçado tôda a linguagem do Projeto, sem mover uma objeção sequer ao fundo jurídico”* (Dantas, 1949). As críticas em forma de *Réplicas* foram direcionadas ao professor Ernesto Carneiro Ribeiro, quem havia realizado a correção do Projeto após ter sido aprovado pela Comissão Revisora. Em um segundo momento, em 1905, iniciou outro Parecer com clara conotação jurídica, segundo Dantas, com a intenção de refazer o Projeto.

De acordo com os Anais do Congresso Nacional, das emendas aprovadas pelo Senado, 1.544 são de redação e somente 186 afetam a substância do Projeto. As emendas de redação foram formuladas, em quase sua totalidade pelo Senador e também juriconsulto, Ruy Barbosa. A redação final das emendas do Senado foi publicada no Diário Oficial de 19 de dezembro de 1912, sendo devolvido à Câmara dos Deputados para a apreciação das mesmas. Posteriormente, o próprio Ruy Barbosa justificou a necessidade de todas as correções e alterações por ele sugeridas, e aprovadas.

São as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte communica durabilidade à escrita humana, só elle marmoriza o papel e transforma a penna em escopro. das Necessário é, portanto que nessas grandes formações jurídicas a crystalização legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparência das mais puras formas da linguagem, expressões mais clássicas do pensamento. Dir-se-há que ponho demasiado longe, alto em demasia, a meta, que a sublimo a um ideal praticamente irrealizável. Mas eu não exijo que egualemos essa perfeição custosa e rara. Basta que, ao menos, della nos acerquemos, não a podendo alcançar: que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solesista. (Anais Da Câmara, 3 de abril 1913, p.1-2).

O Marechal Hermes da Fonseca, presidente da República, convocou para 2 de abril do ano seguinte uma Sessão Extraordinária do Congresso, na qual a Comissão da Câmara deveria apresentar o seu parecer sobre as emendas propostas pelo Senado. O Presidente da República justificava a necessidade dessa Sessão Extraordinária com as seguintes palavras:

O lento processo, por que o projeto do Código Civil tem passado, nas duas Casas legislativas está mostrando quão difícil seria conseguir a sua definitiva aprovação no correr de uma sessão ordinária, quando tantos assumptos de ordem política e administrativa mais intensamente solicitam a atenção e o estudo dos legisladores. E não seria justo, que , após o esforço feito pelo Senado, na última sessão legislativa, discutindo largamente, emendando o projecto, que , há mais de 10 annos, lhe enviou a Câmara dos Srs. Deputados, ficasse , ainda, incompleta uma obra, que vem occupando a atenção dos Governos e dos mais eminentes jurisconsultos pátrios, há quase 60 annos. (Diário do Congresso, 03/04 /1913)

Nesta instância, o projeto já havia sido aprovado pelas duas Casas, Câmara e Senado, o que desejava o governo era que fossem agilizadas as tramitações formais necessárias à sua regulamentação, e por isso a urgência requisitada da Câmara para que se pronunciasse sobre as modificações feitas pelo Senado.

Concluídos os trâmites legais, o Projeto voltou à Câmara por mais duas vezes, para a aprovação ou rejeição das emendas dos senadores. Uma nova Comissão de deputados se empenhou na elaboração da redação final, que foi apresentada à Câmara para a aprovação a 26 de dezembro de 1915. A aprovação ocorreu sem discussões, na presença de 120 deputados.

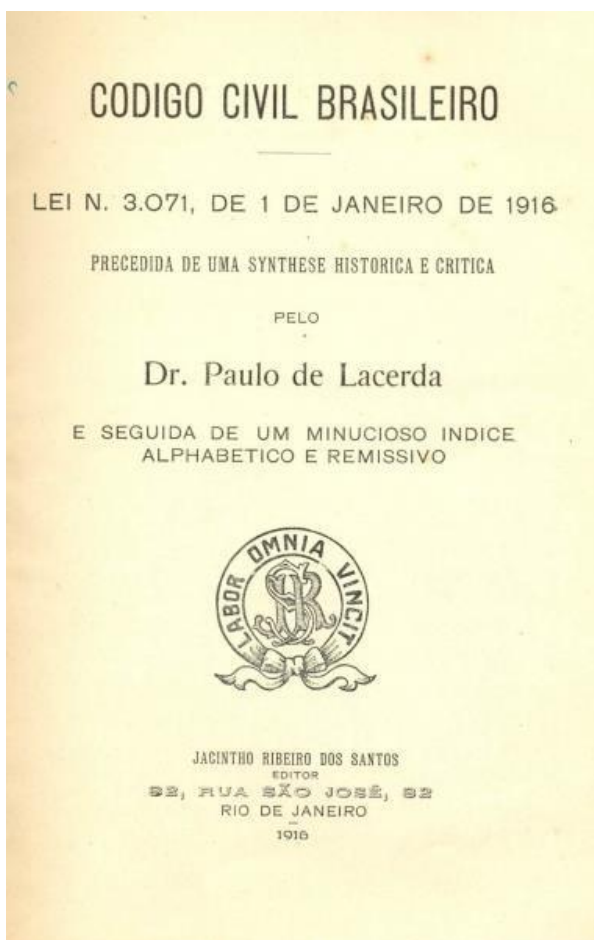
A 1^o. de janeiro de 1916 como a lei no. 3.071, foi sancionada solenemente, sob o governo do Presidente Wenceslau Braz que se referiu ao Código Civil Brasileiro como “*a maior obra legislativa do parlamento da República*” (Beviláqua, 1940. p.60).

Na noite de 01 de janeiro de 1917 aconteceu no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro, uma sessão solene que comemorava a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro.

De fato, o dia de hoje marca o início de uma nova era. Todo o complexo aparelho das relações civis de todo um povo começa a se movimentar sob a proteção de novos princípios; princípios, certamente, que não representam formas radicais, nem modificações profundas. A lei, se quiser ser cumprida e atender as necessidades sociais, não pode dar saltos, mas deve corresponder a um desdobramento natural das velhas normas o sentido das aspirações nacionais. Assim, os princípios a que nos submetemos de hoje em diante não são radicalmente diversos de ontem, mas se apresentam sistematicamente expostos e completados, expurgados das velhas sobrevivências de leis obsoletas e apurados no critério do espírito do nosso tempo. (Jornal Do Comércio, 02/01/1817, p.2)

Esse é discurso proferido na sessão solene de janeiro de 1917, o Dr. Rodrigo Octavio, presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, relaciona o momento da entrada em vigor do Código Civil, às mudanças ocorridas com o advento do novo regime que significava o anunciar de uma “*nova era*”, caracterizada por instituições compatíveis aos princípios laicos da República.

Figura 2 – Capa do Código Civil Brasileiro - 1916



Fonte: Google imagens

Expostas as circunstâncias em que se desenvolveram os processos de codificação civil na Espanha e no Brasil, com suas principais fases e principais iniciativas, passaremos ao recorte temático desta investigação, buscando especificamente o lugar do nosso objeto, o matrimônio, em cada um dos projetos que antecedeam aos Códigos. Nos dois próximos capítulos, debruçarnos-emos especificamente sobre as propostas apresentadas pelos juristas e legisladores em relação ao matrimônio, procurando perceber nas

discussões e avaliações dos projetos, os limites do alcance do modelo de sociedade liberal burguesa em relação à normatização deste instituto. E perceber a defesa dos setores tradicionais da sociedade dos dois países em questão, corroborados pelas diretrizes da Igreja no sentido de impedir ou limitar, no que fosse possível, o caráter secularizador da codificação.

O MATRIMÔNIO NO PROCESSO DE CODIFICAÇÃO CIVIL ESPANHOL E BRASILEIRO

7.1 Antecedentes da normatização civil do matrimônio na Espanha

A *Lex Visigothorum*, publicada no século VII (654) reuniu influências do direito romano, do direito germânico, e dos costumes locais, constituindo-se no principal código da Espanha visigótica²⁰⁹. O matrimônio e o divórcio eram ordenados no livro terceiro, com as seguintes características:

El régimen económico del matrimonio era el sistema de gananciales según el cual todas las compras y mejoras realizadas durante el matrimonio se consideraban comunes. El matrimonio tenía dos momentos, los *esponsales* y con un máximo de tiempo de dos años, se celebraba el matrimonio. El *morgingebae* (o dote marital) era la entrega por parte del novio de una dote que se fijaba en mil sueldos, diez esclavos, diez esclavas y veinte caballos, aunque posteriormente se rectificó, y la dote marital consistía en la donación de la décima parte de los bienes a la mujer por parte de los hombres más ricos (Ferrer i Allós, 2011, p.261).

Embora a concepção do matrimônio na Península Ibérica tenha em suas origens influência dos Direitos Romano e Germânico, indubitavelmente foi o Direito Canônico que deteve a hegemonia do processo de sua regulamentação ao longo da história do direito matrimonial espanhol e português. Desde o Concílio de Toledo, no século VI (589), paulatinamente a Igreja assumiu o controle dos assuntos relacionados ao matrimônio, principalmente entre os séculos XI e XV, através de um processo de formação de um “*corpus legislativo mediante cánones, decretos pontíficos e incluso estatutos*”

²⁰⁹ Quando publicada, a *Lex Visigothorum* também conhecida por *Liber Iudiciorum*, aboliu os códigos que regiam a Península (Breviário de Alarico, dos romanos e o Código Leovigildo, dos Visigodos). Era composta de um por um título preliminar, e doze livros, divididos em de cinquenta e quatro títulos, e quinhentas e setenta e oito leis (Ferrer i Alós, 2011, p.261).

diocesanos” (Irigoyen López, 2011, p.517), até monopolizar por completo a sua jurisdição no Concílio de Trento (1545-1563).

Até o século XV, a legislação canônica sobre o casamento foi fundamentada por dois documentos principais: o “*Tratado del Matrimonio*”, de Graciano (1140) e pelas “Sentencias”, de Pedro Lombardo (1152). Ambos responsáveis pelo processo de consolidação de suas características principais como a sacralização e indissolubilidade.

O professor Irigoyen López (2011) afirma que a apesar do modelo do matrimônio eclesiástico generalizar-se a partir do século XII, na Espanha, ainda na Baixa Idade Média, eram habituais outras formas de uniões, como o concubinato, tendo inclusive o reconhecimento jurídico das *Siete Partidas*. Documento esse traduzido ao português por D. Diniz (1279-1325). Destaca ainda a importância dos sínodos nacionais (Salamanca, 1410; Cartagena, 1475; Badajoz, 1501, e outros), que anteriores ao Concílio de Trento, inibiam as uniões irregulares e regulamentavam do matrimônio em terras espanholas. Quanto ao significado de Trento para a regulação do matrimônio e sua abrangência, afirma:

El concilio de Trento, entre sus muchas intenciones, se fijó el objetivo de alejar de forma tajante el estado clerical del seglar, de tal forma que la Iglesia construyó todo un discurso para dominar la sociedad. El matrimonio ha de entenderse como una parte fundamental de él. Los cánones confirman otras características del modelo matrimonial eclesiástico que, no por muy conocidas, deben dejar de señalarse, a saber: que se trata de una unión libre y voluntaria de un hombre con una mujer, que es un sacramento y que crea un vínculo indisoluble. El concilio de Trento inventó “el matrimonio legal”, con una forma de celebración publica que no obstante algunas dificultades iniciales de aplicación, en la práctica ha llegado hasta nuestros días (Irigoyen López, 2011, p.335 e 333)

A Compilação realizada por Afonso X no século XIII foi a obra que representou a recepção do Direito Romano na Espanha e em Portugal, como parte de um movimento que tomou toda a Europa Ocidental a partir de Bolonha. No entanto, “*la recepción del derecho romano en Europa, tan decisiva en otras áreas del Derecho privado, fue muy limitada en ámbito del Derecho matrimonial* (Ortiz, 2011, p.395)”. A Quarta Partida que trata dos “*esposorios y de los casamientos*”, relata na introdução que Deus deu ao homem a mulher por companheira e “[...] y estableció el casamiento de ambos en el paraíso, y

puso ley naturalmente ordenada entre ellos [...] de manera que no se pudieran separar [...]”, e define:

Ley 1 - Matrimonio es ayuntamiento de marido y de mujer hecho con tal intención de vivir siempre en uno, y de no separarse, guardando lealmente cada uno de ellos al otro, y no ayuntándose el varón a otra mujer, ni ella a otro varón, viendo reunidos ambos (Las Siete Partidas, Partida 4ª, Título II Ley 1).

Deste modo, a primeira compilação do Moderno Direito ibérico apresenta a definição de matrimônio, com um caráter sacralizado que tende a se oficializar na norma civil do arcabouço jurídico do que viria a ser o Moderno Estado Espanhol.

Até a Reconquista, havia na Península Ibérica a presença de dois outros regimes matrimoniais, o judeu e o muçulmano, em um sistema de tolerância religiosa que reconhecia socialmente o matrimônio contraído pelos membros de cada comunidade de acordo com sua norma confessional (Ortiz, 2011, p.398). A coexistência de diferentes regimes matrimoniais permitiu certa troca de influências, como o caráter contratual e privado do matrimônio islâmico e a possibilidade da mescla entre o religioso e o civil no caso dos judeus (Castán Vázquez, 2005, p.251). Entretanto, com a expulsão ou exigência de conversão de muçulmanos e judeus ao catolicismo, no processo de reconquista e unificação política e religiosa, a diversidade de regimes matrimoniais diminuiu, até todos caírem na clandestinidade, tornando-se o católico o único reconhecido.

A hegemonia do regime matrimonial católico concretizou-se de fato quando da aceitação dos decretos do Concílio de Trento, dentre eles o da reforma do matrimônio, o *Tametsi*. “Concílio de Trento têm a máxima importância na evolução do direito de família dos países católicos, especialmente nos que o receberam, como Portugal (e Espanha), mandando que as decisões do concílio se aplicassem em seu território” (Wald, 1999, p. 36). Na Península, foi total o seu reconhecimento, e através da Real Cédula de Felipe II, de 1564, da competência da Igreja Católica nos assuntos relacionados ao matrimônio, afastando assim, qualquer ameaça de influência do modelo matrimonial que pudesse advir da Reforma Luterana.

La institución matrimonial se consolida en el siglo XVI en tres puntos fundamentales: es un sacramento competencia de los tribunales eclesiásticos y no de los civiles; en una sociedad dominada por la aristocracia nobiliaria, la autoridad familia se muestra deseosa de controlar la unión, y, en tercer lugar, la Iglesia católica cumple un papel decisivo en la lucha contra la clandestinidad de los matrimonios. En definitiva, la evolución de la etapa medieval hasta Trento convierte al matrimonio en sacramento, consagra la teoría de consentimiento frente a la de los matrimonios clandestinos, y regula y ordena su celebración sacándolo de la esfera privada para darle un sentido publico pleno (Chacón, 2011, p.376).

Confirmada pela Nova Recopilação, de 1567, e posteriormente pela e Novíssima Recopilação, de 1805, a hegemonia do matrimônio canônico na legislação espanhola prevaleceu até 1870, quando da aprovação da Lei do Matrimônio Civil, pós Revolução de 1868. Portugal acompanhou a legislação espanhola com a aplicação das *Siete Partidas* traduzidas no reinado de D. Diniz (1279-1325), e posteriormente as Ordenações Filipinas (1603), do período da União Ibérica, derrogadas apenas pelo moderno Código civil de 1867.

Os Estados Modernos da Península, dos séculos XVI e XVII, tanto a Igreja quanto a nobreza e a monarquia veem na família e no matrimônio as bases fundamentais na manutenção da ordem econômica e da hierarquia social. Esses três estamentos, que controlavam a sociedade do Antigo Regime, reconheceram ser o matrimônio o instrumento de manutenção de poder político, econômico, e consequente de reprodução social.

A reação do Estado ao caráter de exclusividade de que a Igreja se investe no assunto é efetivada por influência da Escola de Direito Natural, do século XVIII, que apregoava o caráter de contrato civil ao casamento. Essa influência viria sobre forma de lei na Constituição Francesa de 1791²¹⁰ que efetivara a secularização do casamento, sendo posteriormente ratificada no Código de Napoleão de 1804.

Para além dos cânones eclesiásticos, o Estado também passou a criar normativas de intervenção interna na família, principalmente no que concerne ao controle matrimonial e patrimonial, frente às questões conflituosas desses assuntos trazidas aos tribunais civis. A associação família e Estado foi reforçada pelo discurso da Monarquia Absoluta durante o século XVIII, que

²¹⁰ A Constituição Francesa de 1791 declarava: *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* (Tít. II, art.7).

tornava a família como a menor célula da sociedade, e reguladora mais eficiente de seu funcionamento. Portanto, ter o controle da família, significaria ter o controle do Estado. A principal medida tomada pela Monarquia em relação a manutenção da ordem social foi o fortalecimento do *pátrio poder* para inibir os casamentos sem consentimento paterno, na maioria das vezes desvantajosos para as famílias mais abastadas. Essa medida foi sancionada pela *Pragmática de Carlos III*, de 1776, na qual a monarquia estabelece a obrigatoriedade de consentimento dos pais aos filhos e filhas menores que vinte e cinco anos para contraírem matrimônio. A Pragmática de Carlos IV, de 1803 confirma esta obrigatoriedade, porém, reforça ainda mais o *pater poder* ao não exigir dos pais nenhuma explicação frente a negativa de consentimento, como preconizava a anterior, de 1776.

A Constituição de 1812, que proclamou a religião católica, como única e oficial do Reino Espanhol, não legislou sobre o matrimônio, deixando-o como de costume, à jurisdição eclesiástica. Porém, diante do contexto ideológico liberal, e por inspiração do fenômeno da Codificação, que varria a Europa ocidental, a Carta Constitucional expressou o propósito de elaboração de um único Código civil para toda a Espanha, no qual o matrimônio viria a ser normatizado. O século XIX iria protagonizar uma disputa entre as esferas eclesiástica e civil em torno da institucionalização de um único modelo de matrimônio e família para toda a Espanha, como iremos verificar a seguir.

Em relação ao matrimônio, Espanha e Brasil (através de Portugal) foram herdeiros da mesma tradição jurídica ocidental, o que explicam as semelhanças de seus respectivos ordenamentos jurídicos civis em relação à configuração de modelos de família e de matrimônio. Vamos procurar ressaltar nas páginas seguintes as especificidades do processo de codificação das normas matrimoniais nos dois países, buscando visualizar nesta trajetória a constituição da forma e das principais características definidoras do matrimônio nos respectivos códigos civis.

7.2 O Matrimônio na fase inicial do processo de Codificação civil espanhola

Um dos dois temas mais discutidos no processo da codificação civil espanhola, como já dissemos, foi o sistema matrimonial que deveria ser estabelecido como oficial no Estado espanhol, motivo de atraso de quase um século no processo de elaboração do ordenamento jurídico devido a *“la tensión entre la concepción secularizadora del matrimonio y la concepción del matrimonio canónico, presente en los sucesivos proyectos del Código Civil”* (Fuenmayor, 1989, p. 225)²¹¹. Essa tensão sem dúvida deve-se ao longo período da história da Espanha em que a regulação do matrimônio esteve sob a jurisdição do Direito Canônico, proveniente da autoridade da Igreja Católica, enquanto religião oficial do Reino, e a confrontação das diretrizes sociais preconizadas pelo nascente Estado liberal burguês, ávido pelo controle social.

Até o momento da promulgação do Código de 1888-89, foram elaborados diferentes projetos e esses apresentaram variações na concepção de matrimônio, que apresentaremos na sequência, com o objetivo de verificar o que significou avanço ou permanência no que se refere à concepção do modelo matrimonial fixado pelo Código.

7.2.1 O matrimônio nos projetos que antecederam ao Código de 1888-89

Como apresentamos nos capítulos de codificação civil espanhola, a aprovação final do Código civil foi precedida pelos projetos de 1821, 1833, 1851 e 1869, pela Lei do Matrimônio Civil (1870), e na fase de finalização pelos projetos de Lei de Bases e 1881-82 e de 1885, que consolidaram o processo. Cada um dos projetos e leis sofreram a seu tempo as influências do modelo político vigente, ora com maior tendência ao conservadorismo da tradição católica espanhola, ora com influências dos ventos de secularização soprados desde o exterior. Compreender a proposta de modelo de família em cada um desses projetos é imprescindível para perceber a trajetória que o mesmo

²¹¹ Fuenmayor, A. “El Matrimonio en el Código Civil”. Conferencia pronunciada el 6 de febrero de -1989, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el ciclo conmemorativo del Centenario del Código Civil Español. JUS CANONICUM, XXX, n. 59,1990,223-241, p.225.

percorreu durante o século XIX, e como de fato as concepções sobre a família foram sendo estabelecidas como as bases fundadoras da família espanhola.

Portanto, dedicar-nos-emos nesta parte do trabalho a caracterizar a configuração do sistema matrimonial espanhol ao longo do processo de Codificação, destacando os momentos em que a suas características significaram permanência ou avanço de acordo como contexto histórico, político e sociocultural. Com este objetivo abordaremos, quando pertinente, alguns dos temas relacionados ao matrimônio em cada um dos projetos e leis que compõe o processo de codificação civil espanhola: a idade mínima para contraí-lo (que aparece nas Disposições Gerais), os *esponsales*²¹², o Conselho de Família, a maioridade, o consentimento dos pais ou tutores legais, o dote, as disposições legais exigidas para a sua realização, a (des) igualdade de gênero dispostas nos direitos do marido e da esposa, em relação ao pátrio poder e à administração dos bens do casamento, e finalmente, as condições legisladas para a anulação, separação e divórcio.

7.2.1.1 A secularização do matrimônio no Projeto liberal de 1821

De todos os projetos de Código civil, o de 1821 foi o que apresentou a proposta mais progressista em se tratando de matrimônio, sendo inclusive citado pelos civilistas como um percussor da Lei do Matrimônio Civil de 1870. A primeira mostra das intenções dos autores do projeto em estabelecer uma codificação civil à francesa em relação ao matrimônio foi evidenciada ainda no Primeiro Livro, no Título V, quando determina no art.134 que “*la ley exige que se extienda* instrumento público para a comprobación de todos los actos de nacimiento, matrimonio y muerte”, e após descrever os dados que deveriam constar neste documento comprobatório (art.135), o projeto estabelece no art.136 que “*para a extensión del instrumento [...] debe intervenir la persona pública que señala la ley [...]*”. No entanto, no artigo seguinte se evidencia a tendência à mescla entre o laico e o religioso quando estabelece que “*La ley señala a los párocos como personas públicas encargadas de autorizar la*

²¹² Promessa recíproca e solene de futuro matrimônio constava na legislação espanhola desde a *Novísima*, foi preservada no texto do projeto de 1836, e retirada do projeto de 1851 por influência do *Code* francês, que não tratava desta instituição.

autenticidade de dichos actos” (art.137), uma forma de adaptação da obrigatoriedade do que seria um registro civil ao caráter confessional do Estado espanhol.

De acordo com o projeto de 1821, matrimônio é *“el convenio entre varón y hembra celebrado según las leyes, por el que se obligan la recíproca cohabitación perpetua y la comunión de sus intereses”* (Art. 278) que se estabelece nos seguintes termos:

Art. 279. Para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita: 1º, capacidad de las personas; 2º., consentimiento de las mismas, expresado con las formalidades que señala la ley; 3º., su celebración solemne ante el párroco y testigos. (Projeto de Código Civil e 1821, Livro Segundo, Título Primeiro, Capítulo Primeiro)

Nos artigos subsequentes, está discriminado em detalhes o procedimento para observância de cada um dos três parágrafos que o compõe, sendo os dois primeiros constituídos de algumas importantes determinações de influência da codificação francesa. Em relação à idade para contrair o matrimônio, a elevação significou um avanço em relação ao direito canônico que era de 14 para os homens e 12 para as mulheres, e o projeto propõe 16 e 14 respectivamente, se aproximando dos 18 e 16 estabelecidos pelo Código francês. Outra influência em relação ao parágrafo 2º. que se refere ao *“consentimiento”*, foi a adoção do consentimento ilustrado (licença e conselho) que significa a obtenção da aprovação dos pais, avós, parente responsável ou tutor, concedida aos contraentes menores de vinte e cinco anos (como já constava nas Pragmáticas de 1776 e 1805).

Embora o parágrafo 3º. determinasse uma *“celebración solemne ante el párroco y testigos”*, o projeto previa mais adiante a obrigatoriedade da celebração de uma espécie de matrimônio civil, antes da celebração canônica, inclusive declarando nulo o matrimônio não precedido por essa formalização civil, até mesmo prevendo aplicação de penalidades aos *“contraventores”*. Essa é sem dúvida a maior demonstração de influência da laicização francesa no projeto de Código civil espanhol de 1821.

Art. 304. Para que el convenio de celebrar matrimonio sea solemne, las personas que aspiran a ello deben comparecer a expresar su

voluntad y determinación ante el Alcalde del domicilio de la mujer, estando presentes un Escribano y dos testigos varones mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir; acreditarán en el mismo acto documentalmente que tienen la edad prescrita por la ley y que han obtenido o pedido respectivamente la aprobación o el consejo de sus mayores en la manera que dispone la ley en este capítulo; u obtendrán en el acto mismo, si compareciesen también las personas que deben darla.

Art. 306. Del instrumento público que dispone el artículo anterior se dará copia auténtica a lo interesados, con la cual podrán presentarse al Párroco, a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos, y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia C.A.R. protegida por la ley.

Art. 307. Es nulo el matrimonio que de hecho se celebre sin haber precedido el consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304. (Projeto de Código Civil e 1821, Livro Segundo, Título Primeiro, Capítulo Primeiro).

O matrimônio se constituiria de acordo com esse primeiro projeto, de duas celebrações, uma formalizada por uma autoridade civil e outra perante a autoridade eclesiástica. De acordo com Peset Reig ao assegurar a intervenção do Estado o projeto adaptou as ideias liberais do Código francês às convicções religiosas do Reino Espanhol (*apud* Crespo de Miguel, 1990, p.357). O ambiente ideológico em que foi redigido, explica o teor de secularização que apresenta o Projeto de 1821 em relação ao matrimônio.

[...] la política progresista y liberal del Trienio, la recepción en nuestro país de las doctrinas regalistas sobre el matrimonio -que recibieron un fuerte impulso por el Sínodo de Pistoya y por la Revolución francesa-, y la influencia del matrimonio civil del Código de Napoleón, sirvió de ambiente propicio para que una Comisión de las Cortes introdujese, en el proyecto del Código civil de 1821, un matrimonio civil celebrado ante el alcalde, previo al matrimonio canónico celebrado *in facie ecclesiae* (Crespo de Miguel, 1987, p.350)

Entretanto, as influências francesas não ultrapassaram os limites da indissolubilidade do vínculo matrimonial, que foi mantida como um dos pilares da família católica espanhola, como comprovam os artigos seguintes:

Art. 331. El matrimonio válido sólo se disuelve con la muerte.

Art. 332. La ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito.

Art. 333. La muerte civil induce separación del matrimonio para todos los efectos civiles, salvo el derecho de que habla el artículo 81 de este Código.

Art. 334. La ley autoriza la separación indefinida del matrimonio por causas justas, que ha declarado como tales la autoridad competente.
 Art. 335. Son causa legítima para la separación del matrimonio: 1º., el adulterio de uno o de otro cónyuge; 2º., la crueldad de trato; 3º., las desavenencias capitales nacidas de causa permanentes. No lo son el furor o demencia, ni la enfermedad, aunque sea crónica o contagiosa. (Projeto de Código Civil e 1821, Livro Segundo, Título Primeiro, Capítulo Terceiro).

O Projeto de Código de 1821, fruto do contexto político liberal, foi estruturado sobre os grandes pilares da sociedade liberal burguesa, como consta no Art 34 *“La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principarels derechos legítimos de los españoles”*. Complementando este entendimento das liberdades e igualdades, determinou no Art.52:

Art. 52 Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanen de autorización de la ley; como el ejercicio de la potestad patria, de la tutela, y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos o para otros actos civiles, como testar, contratar, comparecer en juicio, adquirir o transmitir bajo las ampliaciones o modificaciones de que prescribe la ley (Projeto de Código civil de 1821).

A lei, conforme apresentada no Projeto de Código civil, no entanto, não daria autorização às mulheres de exercerem a maioria dos direitos descritos nos artigos acima citados, configurando, portanto, uma legislação caracterizada pela total desigualdade de gênero. No texto da exposição de motivos redigido pelos autores do Projeto de 1821 a superioridade legal do homem sob a mulher é a maneira natural de proteger *“la sociedadde conyugal, madre de todas las demás”, [...] el contrato más noble, el eslabón más fuerte del vínculo que reúne a los hombres entre sí; la base de la civilización del linaje humano [...]”* do perigo que poderia significar para a família a rivalidade e disputa entre os sexos. Agradecidos pela sabedoria e justiça das antigas leis, os autores do Projeto não se deixaram levar pela *“teoria de ciertos filósofos”*, que segundo eles foram *“guiados por nociones vagas de justicia y generosidade, o deslumbrados por uno o outro ejemplo, y quisieran establecer en el seno de las familias una rivalidade ominosa”* na qual a mulher, como parte mais débil, seria a vítima. O verdadeiro império da mulher, segundo os autores do projeto, *“es el que le dan sus virtudes, su esmero por el bien de la sociedadde, su afán por*

aliviar y complacer, y no contrariar al jefe natural de la sociedad” (Exposição de Motivos do Projeto de Código civil de 1821, In: Lasso Gaité, (1970) 1979, p.19).

Nas palavras dos próprios autores, hierarquicamente *“la condición doméstica de las personas es de marido y mujer; padres y hijos; de protetor y protegido; de superior y dependiente”* (Exposição de motivos do Projeto de 1821 In: Lasso Gaité (1970), 1979, p.19), o que reflète na diferença de direitos entre os membros da família estabelecida ao longo do projeto. Essa desigualdade ficou estabelecida em vários artigos que determinam a configuração da família e do matrimônio ao longo do texto, como os citados abaixo:

Art.311 El marido tiene derecho de dirigir y administrar las cosas comunes del matrimonio. Tiene igualmente derecho de ser obedecido pela mujer [...]

Art. 313 La mujer está obligada a seguir el domicilio del marido.

Art. 314 La mujer no puede comparecer en juicio en negocio alguno civil sin la autorización del marino, ni en los criminales como demandante [...]

Art.315 La mujer no puede celebrar contratos, ni aceptar o repudiar herencia sin autorización del marido.

Art. 322 Los actos otorgados o celebrados por la mujer sin la autorización del marido o la supletoria judicial son nulos [...]

Art. 370 [...] Durante el matrimonio sólo el padre ejerce los derechos de la potestad patria. La madre los ejerce en defecto del padre por su muerte, ausencia o incapacidad (Projeto de Código civil de 1821)

Nas palavras de Castro y Bravo citadas por *Crespo de Miguel “el matrimonio del proyecto de Código de 1821 parece el intento de una forzada conciliación entre los principios católicos inspiradores del derecho matrimonial tradicional español, y los principios liberales y progresistas de sus redactores”*, e ainda, "fue un intento de conjugar las ideas tradicionales católicas y el liberalismo del siglo" (Castro y Bravo, p.186-188 *apud* Crespo de Miguel, 1987, p.392).

7.2.1.2 A secularização moderada no Projeto de 1836

No Projeto de Código civil de 1836 a regulação da instituição matrimônio aparecia no Capítulo VI (“Do Matrimônio”) do Livro I, e era composta por 75 artigos distribuídos em sete capítulos²¹³. Estabeleceu no artigo 158:

Art. 158. Para que el matrimonio sea legítimo, es necesario que se haya hecho en faz de la Iglesia, conforme a lo dispuesto en el Concilio de Trento. Sólo el matrimonio celebrado de esta forma es válido y capaz de producir sus efectos civiles (Baró Pazos, 1992, p.84, nota 112)

E sobre a sua função, o projeto estabelecia que o *“Matrimonio es la unión legítima de hombre y mujer, con intención de prestarse mutuo auxilio, de procrear y educar la prole”* (Art. 145.). A capacidade de procriar e educar os filhos foram os aspectos considerados para o estabelecimento, nas disposições gerais do projeto, do aumento da idade da puberdade, em relação às legislações antigas, de 14 para homens e 12 para mulheres, para 16 e 14, respectivamente. A partir desta idade já se poderia contrair *esponsales* (Art.109, 1º.). *“Se puede afirmar que uno de los rasgos que más caracterizaron al proyecto legislativo de 1836, era el hecho de ofrecer un estudio meticoloso de la institución de los sponsales, dedicándole 37 artículos (del 108 al 144)”* (Laina Gallego, 2017, p. 8). Os *esponsales* deveriam ser contraídos através de uma escritura pública e prévio consentimento dos pais, avós, irmãos maiores de vinte e cinco anos ou tutores (Art.113).

A promessa futura de matrimônio poderia dissolver-se ou anular-se por diversas causas aceitáveis (Art. 142, 1º. A 7º.), mas o descumprimento unilateral sem causa justificada acarretaria perda dos “regalos” já realizados, ou prometidos, e ainda um reparação que era regulada por um juiz, de acordo com as circunstancias.

“Para contraer matrimonio es indispensable el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes y también el de los padres o curadores” (Art. 146). O professor Laina Gallego assinala que, embora este projeto não

²¹³ Embora também se estendesse a outros títulos como o Título VII, que regulava o divórcio; o Título VIII, que regulava o segundo casamento e os bens que deveriam ser reservados aos filhos do primeiro; e o XVI que regulava sobre a situação civil das pessoas (Laina Gallego, 2017).

tenha chegado a ser uma lei vigente *“tuvo una influencia notable en las regulaciones posteriores sobre licencias paternas para el matrimonio, como también la tuvo el Proyecto de Código civil español de 1821”* (2017, p. 8).

Seguindo de maneira moderada as orientações de secularização do anterior, o projeto de Código Civil de 1836 reconheceu os efeitos civis ao matrimônio canônico, desde que os contraentes cumprissem com determinadas *“diligencias previas”*, relacionadas a realização anterior do casamento perante uma autoridade civil, e para então poder contrair matrimônio ante uma autoridade eclesiástica. De acordo com o capítulo II do Título VI, do Livro Primeiro, as diligências que deveriam preceder a celebração do matrimônio eram que o homem deveria ter *“al menos dieciocho años cumplidos, y la mujer quince igualmente cumplidos”* (Art.151, 1º.), que ambos tivessem obtido *“ el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quien deve pedirse [...] o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento”* (Art.151, 2º.), que não existisse *“entre ellos ninguna de las causas que impiden la celebración del matrimonio”* ou que justificasse *“haber obtenido dispensa de las que fueren susceptibles de ella”* (Art. 151, 3º.).

Após os interessados declararem ao Juiz que cumpriram todos os requisitos para contrair matrimônio válido, o secretário da prefeitura estava autorizado a expedir um certificado que seria levado á autoridade eclesiástica para então proceder a cerimônia religiosa, deixando uma cópia do certificado arquivado na prefeitura. Também uma cópia da partida matrimonial redigida pela autoridade eclesiástica deveria ser remetida e arquivada junto à secretaria da prefeitura (Arts.151 a 155). Dotando o matrimônio de maior solenidade civil, assim como no projeto anterior, o Estado confirmava o caráter contratual do mesmo e o interesse em se envolver nas relações jurídicas de natureza privada (Lasso Gaité, 1979).

A prova de legitimidade de um matrimônio, segundo esse projeto, dar-se-ia através de uma certificação perante o secretário da prefeitura ou diante do padre da cidade onde havia sido realizado (Art.169). Essa certificação poderia ser adquirida através da declaração de três testemunhas idôneas que confirmassem ter estado presente na celebração do matrimônio, ou ainda pela comprovação de convivência de um período de no mínimo dez anos, com o

reconhecimento do status de marido e mulher na cidade durante todos estes anos (Art. 171).

Quanto aos direitos e obrigações que emanam do casamento, e a administração dos bens, merecem destaque os artigos que confirmam e mantêm a inferioridade da mulher em relação ao marido, e a condição de total dependência deste:

Art. 183. Al marido corresponde la dirección de la familia, y la mujer debe obedecerle, vivir en su compañía y no separarse de él sin licencia ni aun temporariamente.

Art. 185. La obligación que por regla general tiene la mujer de seguir a su marido al pareje que éste quisiese residir o establecerse;

Art. 190. La administración de todos los bienes correspondientes al matrimonio corresponde al marido;

Art. 195. El marido, en virtud de la administración que tiene así de los bienes propios conyugales como de los de su mujer, podrá ejercer todas las acciones dimanadas del derecho de propiedad o posesión que corresponden a los mismos;

Art. 196. La mujer, durante el matrimonio, no puede sin licencia del marido obligarse por contrato o cuasi contrato, apartarse ni desistir de cualquier obligación que hubiere contraído o relevar a otro de las suyas; ni comparecer en juicio como actora o como demandada, a no ser que hubiere recaído en ella la administración de los bienes del matrimonio o se hallare competentemente autorizada (Projeto de 1836, Lasso Gaité (1970), 1979, 146).

Para exercer qualquer atividade fora dos limites domésticos a mulher deveria receber do marido licença, geral ou especial, por meio de escritura pública ou privada, diante de três testemunhas (Art. 197 ao Art.214)

No Projeto de 1836, a indissolubilidade do matrimônio foi estabelecida pelo Art. 148, *“el matrimonio legítimamente contraído es indisoluble durante la vida de los consortes, a no declararse su nulidad por el Tribunal competente”*. Portanto, admitiu o divórcio quando se tratasse de simples separação dos consortes e não da dissolução do vínculo matrimonial, e atribuiu a competência a um juiz de direito quanto a todas as questões relacionadas a essa dissolução. E atribuiu a competência aos tribunais eclesiásticos para julgar casos de nulidade, por impedimentos naturais ou canônicos (Lasso Gaité, 1979, p. 95 ; Baró Pazos, 1992, p.75, e artigos de 230 a 243, p.150).

Embora no Projeto de 1836 tenha sido forte a influência do Direito Canônico em relação a regulação do matrimônio, por outra parte, fez-se notar a forte influência do Código francês, contra o poder da Igreja, ao estabelecer a licença paterna como condição para a realização do mesmo. A licença

revigorou a *patria potestate*, defendendo aos interesses familiares (patrimoniais), em contraposição à liberdade individual dos contraentes (*ius connubii*), que preconizava a Igreja (Laina Gallego, 2017).

7.2.1.3 O Projeto de 1851 e a manutenção da tradição católica

A Concordata firmada entre a Igreja e a Monarquia, Papa Pio IX e Isabel II, em março de 1851, confirmando no primeiro artigo o caráter confessional do Estado Espanhol, estabeleceu as diretrizes para o matrimônio no Projeto de Código de 1851. Portanto, diferente dos projetos anteriores, de acordo com este Projeto, Art. 48 *“El matrimonio há de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica, admitidos en España”* (Projeto de 1851, Lasso Gaité (1970), 1979, p. 324). Embora o autor do Projeto de 1851, García Goyena, defendesse a tese da separação do contrato e do sacramento, e reconhecesse a autoridade do Estado para regular o matrimônio sob o aspecto contratual, justifica que *“por razones de oportunidad y conveniencia política, el proyecto consagra un sistema de matrimonio exclusivamente canónico”* (Fuenmayor, 1989, p.227).

Por influência do Código francês derroga os *esponsales*, Art. 47. *“La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun Tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ellos”* (Projeto de 1851, Lasso Gaité (1970), 1979, p. 324) e introduz na legislação uma nova instituição: o Conselho de Família²¹⁴.

Em relação aos projetos anteriores, eleva a idade mínima estabelecida para contrair matrimônio sem autorização, que passou a ser de 23 para os homens, e 20 para as mulheres. Abaixo desta idade era obrigatório consentimento paterno para a celebração do mesmo, como também havia sido previsto no projeto anterior, o de 1836.

O projeto de 1851 mantém a total desigualdade de gênero, estabelecida no capítulo III, dos direitos e deveres que nascem com a instituição matrimonial, considerando o marido como o protetor da mulher e administrador de todos os bens do casal.

²¹⁴ O Conselho de Família era formado pelo prefeito e por dois parentes mais próximos de cada linha, materna e paterna, tinha como missão substituir o juiz em todas as ocasiões que se fizesse necessário e possuía atribuições relacionadas todos os tipos de decisões relacionadas à matrimônio, herança e pátrio poder.

Art. 58. El marido debe proteger a la mujer, y ésta debe obedecer al marido.

Art. 59. La mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que éste fije su residencia.

Art. 60. El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio.

Art. 62. El marido es el representante legítimo de su mujer. (Projeto de 1851, Lasso Gaité (1970), 1979, p. 325-326).

Como nos lembra Baró Pazos (1992) a “proteção” que o homem dispensa à mulher tem raízes na legislação histórica espanhola, na qual segundo as *Partidas* o marido se constituía em “*señor y cabeza de la mujer*”. De acordo com o autor do projeto, García Goyena, a submissão da mulher justificava-se como “*homenaje tributado al poder del protector, y una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al outro*” (Baró Pazos, 1992, p.117-118).

Mesmo sendo estabelecido o marido como o administrador de todos os bens do matrimônio, a mulher poderia dispor de seus bens por testamento e defender-se de juízo sem licença do marido. Esta foi uma influência recebida do Código francês.

Outra característica particular atribuída ao Projeto, que significou um avanço, foi a prescrição de igualdade dos deveres de ambos os pais em relação aos filhos, Art. 68. “*El padre y la madre están obligados a criar a sus hijos, educarlos y alimentarlos*”, diferentemente do Direito Romano, *Siete Partidas* e Código Napoleónico, nos quais eram exclusivos do pai, e a mãe aparecia com um caráter subsidiário em relação as obrigações com os filhos.

O Registro do estado civil, assim como também o de nascimento, falecimento e reconhecimento de filhos e sua legitimação, seriam mantidos pela autoridades eclesiásticas, como era anteriormente, porque segundo a Comissão “*los registros eran llevados bien y fielmente por unos hombre cuyo ministerio exigia instruccion y una probidade escrupulosa*” (Baró Pazos, 1992, p.122). A única intromissão civil neste aspecto foi o estabelecimento da obrigatoriedade de que os clérigos mantivessem dois livros de registros, e ao final de um ano natural, entregassem um dos livros ao prefeito, que após submetê-lo a uma inspeção realizada pela autoridade governamental

competente, o manteria depositado na Secretaria do respectivo Juizado (Baró Pazos, 1992).

Quanto ao divórcio, o projeto não o admitia como dissolução do vínculo, mas apenas como separação de habitação (de “*mesa y cama*”), como meio de superação de convivência entre os cônjuges, o que o autor do projeto denominava “*el divorcio improprio*”. São inúmeras as causas legítimas para o divórcio²¹⁵, cujo conhecimento correspondia aos tribunais civis, e essas eram advindas principalmente das *Partidas* e do Direito Canônico, e também do direito estrangeiro, como no caso da mudança de religião por parte de um dos cônjuges (art. 670 e 671), influência do Código Prussiano. Já a normas para dissolução ou nulidade do matrimônio o projeto remetia às normas canônicas (Baró Pazos, 1992, p.118-119).

7.2.1 4 O Projeto revolucionário de 1869 e a obrigatoriedade do matrimônio civil

Após a Revolução de setembro 1868, o matrimônio civil passou a ser o único modelo válido em território espanhol. O primeiro matrimônio civil do Estado Espanhol foi realizado na cidade de Reus, Catalunha.

Durante o período revolucionário, a prefeitura de Reus foi presidida por uma Junta Revolucionária, que decidiu em reunião realizada a 20 de outubro de 1868, poucos dias após o triunfo da Revolução de Setembro, continuar em funcionamento, apesar de ter sido indicada desde a Junta de Madri, a sua dissolução, assim como de todas as demais juntas revolucionárias de todo o país. Juntamente com a decisão de permanecer em funcionamento, nessa mesma reunião foram aprovados por unanimidade alguns projetos que reafirmavam o poder soberano conferido à Junta, pelo povo da cidade de Rues. Dentre esses projetos destacam-se a criação do registro civil e do matrimônio civil, bem como a liberdade de cultos.

Desta forma, a Junta revolucionária da cidade de Reus antecipou o Estado espanhol no que se refere à institucionalização do matrimônio civil, ao

²¹⁵ O adultério da mulher, “en todo caso”, e do homem, em caso de escândalo público, os maus tratos, a proposta do marido de prostituir a mulher, a apostasia, conivência na corrupção ou prostituição dos filhos.

aprovar sob a presidência de Jaume Aguadé, o seguinte decreto, datado de 22 de outubro de 1868:

La junta Revolucionaria de Reus, em nombre del pueblo, decreta:
Artículo 1º. Se establece voluntariamente el matrimonio civil entre personas habilitadas para contraerlo según la vigente ley de disenso paterno.

Artículo 2º. Será condición precisa á la que quedan rigurosamente sujetos todos los que quieran aprovecharse de esta garantía de la libertad, lo siguiente:

1º. Las partes contrayentes quedán obligadas a ratificar su matrimonio con los usos, ceremonias, obligaciones, etc., que hasta hoy se han exigido en España, en el caso de que las Cortes constituyentes que van a reunirse, no estableciesen com ley del Estado el matrimonio civil.

2º. En el caso que las Cortes instituyan el matrimonio civil, los contrayentes deberán sugertarse a lolas leyes orgánicas que al efecto se promulguen.

3º. Los contrayentes después de casados civilmente son libres de ratificar ó no su matrimonio, con las ceremonias y prescripciones que la iglesia católica ronana establece para estos casos (Gort i Juanpere, 2002, p.7).

Poucos dias após a publicação do do decreto, em 27 de outubro de 1968, o casal Francesc Batista Ximenez e Maria Hernández Carbonell iniciaram os trâmites para a realização do matrimônio civil. Porém, esse não foi o primeiro a ser realizado, outros dezesseis matrimônios o antecederam, evidenciando o considerável número de petições que foram feitas já nos primeiros dias vigência do Decreto.

Figura 3- Placa do Salón de Plenos del Palacio Municipal de Reus

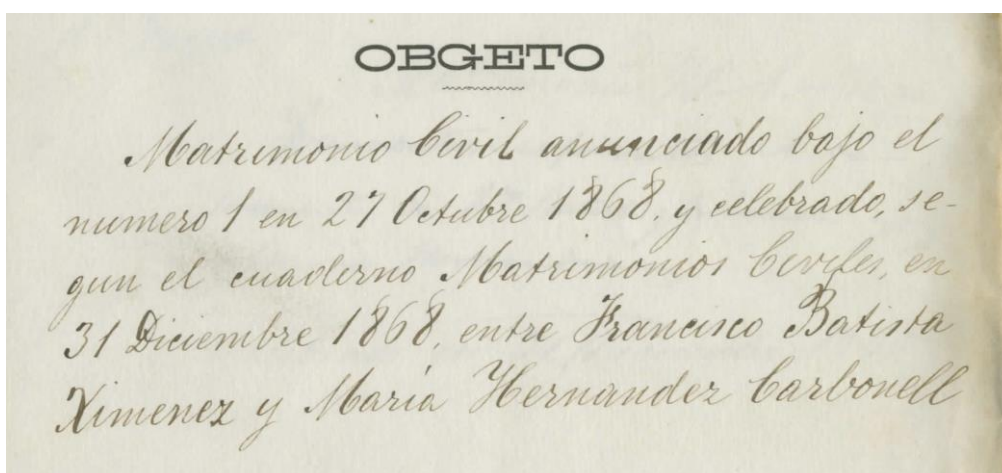


Fonte: Instituto Municipal de Museus de Reus

Segundo Pere Anguera (1980, *apud* Gort i Juanpere, 2002, p.14), em menos de um ano foram realizadas um total de sessenta petições para a realização de matrimônio civil na cidade de Reus. A adesão ao novo sistema matrimonial deveu-se principalmente ao baixo custo, que atraía casais que não tinham condições de se casar na Igreja Católica, e às dispensas. Casais de outras localidades também dirigiam-se à Reus com o propósito de realização do matrimônio civil.

Portanto, primeiro matrimônio civil realizado na Espanha teve lugar na cidade de Reus, celebrado no dia 14 de novembro de 1868, entre Pere Estela Gené, e Antònia Llurba i Aguardé. Embora não tenha sido preservada a Ata desse primeiro matrimônio, o Arquivo Histórico de Reus conserva a descrição do mesmo, publicada pelo Diário de Reus no dia 17 de novembro de 1868 (Gort i Juanpere, 2002, p.18)²¹⁶.

Figura 4 – Anúncio do Matrimônio Civil de Francisc Batista Ximenes e Maria Hernandez Carbonell de 31 de dezembro de 1868



Fonte: Arquivo de Réus

É relevante destacar, que também teve lugar na cidade de Reus a primeira publicação referente aos trâmites para a realização da cerimônia civil do matrimônio da Espanha. Datada do final de 1869, de autoria de Josep Guell

²¹⁶ Com também a primeira inscrição de registro civil de nascimento, em 22 de fevereiro de 1870.

i Mercader, a obra foi intitulada “*El matrimonio civil según se practica en la ciudad de Reus. Guia y formulário para la celebración de este acto importante*”. Além das informações administrativas a cerca dos procedimentos, a obra também trazia um parte introdutória na qual apresentava “*ligeras reflexiones sobre la justicia, razon y conveniência*” do matrimônio civil, em que o autor apresentava a defesa do matrimonio civil como um ato de liberdade e em inteira coerência com os princípios revolucionários de 1868. A obra era composta de trinta e seis páginas, nas quais constavam a publicação do Decreto da Junta Revolucionária que instituiu o matrimônio civil em Reus, os modelos de formulários de requerimento e da ata de matrimônio, o modelo do registro civil, a ata do terceiro matrimônio civil realizado na cidade, bem como comentários sobre os impedimentos e as dispensas, e era finalizado com uma lista dos primeiros vinte e quatro matrimônios realizados a partir do novo sistema (Gort i Juanpere, 2002)²¹⁷.

Em nível nacional, em 1869, o governo revolucionário apresentou o projeto de Código civil que preconizava o ideal revolucionário de separação da Igreja e do Estado, e trazia como principal bandeira a liberdade religiosa, da qual seria a consequência institucionalização do Registro civil e do Matrimônio Civil obrigatórios para todo o território espanhol.

Em relação ao projeto anterior a organização da família e o matrimônio foram as matérias nas quais ocorreram mudanças mais substanciais. Embora no preâmbulo do projeto os autores tenham afirmado que seria necessária a prudência para que “*en nombre de la libertad no se usurpem atribuciones esenciales a la iglesia Católica ni a ninguna outra religión*”, ao estabelecer a obrigatoriedade do matrimônio civil, esse projeto rompeu com a “*secular tradición espanhola*” do reconhecimento do casamento canônico, e contrariando todos os projetos que o antecederam, estabeleceu no artigo 61 que “*a ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida em el presente Código*” (Baró Pazos, 1992, p.167).

Em relação ao divórcio o projeto de 1869 coincide com o de 1851 (e com os anteriores) ao admitir a separação dos cônjuges e conservar a indissolubilidade do vínculo matrimonial, e difere-se por não reconhecer

²¹⁷ A obra foi publicada na íntegra, das páginas 27 a 63, do livro “El matrimoni civil a Reus”, publicado pelo Arquivo de Reus em 2002.

explicitamente a competência das causas do divórcio aos tribunais civis, e ao extinguir a apostasia de um dos cônjuges por ser incompatível com o princípio de liberdade religiosa preconizado pelo projeto.

O projeto de 1869, inconcluso, não chegou sequer a ser apresentado às Cortes, porém o matrimônio foi legislado pelo governo revolucionário através de uma lei especial, a Lei do Matrimônio Civil de 1870.

7.2.1.5 O Matrimônio Civil da Lei de 1870

Mesmo inconcluso, o projeto de 1869 influenciou no processo de elaboração das leis civis especiais: Lei do Matrimônio e Lei do Registro Civil. Dentro de um contexto político pós-revolucionário de separação da Igreja e do Estado, o matrimônio passou à jurisdição civil, sendo concebido como um contrato. A Lei do Matrimônio de 1870 estabelecia o civil como o único válido em toda a Espanha, e, portanto, também o único a promover todas as garantias jurídicas. E acordo com o Art.2º. *“el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuge y de sus descendientes (Ley del Matrimonio Civil de 1870).*

Entretanto, mesmo influenciada pelo forte teor secular que caracterizava o contexto político do momento, comparada aos projetos de 1821 e 1869, em alguns aspectos a Lei do Matrimônio Civil era mais moderada, por não declarar nulidade aos matrimônios realizados de outras formas que não fosse a estabelecida pela lei, e permitir que matrimônio canônico fosse realizado com antecedência ao civil.

Por éste y otros puntos, se puede decir que Montero Ríos intentó una secularización de la legislación matrimonial canónica inspirada en el régimen jurídico del matrimonio regulado por la Iglesia. El propio Montero, al confrontar la Ley con el proyecto de Romero Ortiz de 1869, aseguró que el de éste era más radical y avanzado que la Ley del 70, porque ésta, decía, se ajustaba fielmente a la doctrina de la Iglesia (Fuenmayor, 1989, p.228).

Outro fator que caracterizava a limitação do aspecto secular foi a admissão no Art. 1º de que o *“matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble”*, como todos os projetos que a antecederam.

Por ter definido como obrigatório o matrimônio civil para todos os espanhóis, e ter outorgado apenas à jurisdição civil todos os assuntos referentes ao contrato matrimonial, a lei de 1870 desencadeou contundentes reações da Igreja através da elaboração de cartas pastorais e outros documentos que proclamavam a repulsa ao que os párocos denominavam de “*concubinato legal*”. Também foi de esmagadora recusa a reação da sociedade, que continuou reconhecendo e praticando o matrimônio religioso como principal e legítimo, demonstrando o descompasso da legislação com a realidade social (como apresentemos mais adiante a partir dos dados censitários)

Da Revolução de setembro de 1869 à Restauração monárquica de 1875 a legislação sobre matrimônio passou por inúmeras alterações, saindo do matrimônio canônico como o único aceito, passando ao matrimônio civil obrigatório e retornando novamente ao canônico. Ivan C. Iban resumiu esta etapa da seguinte forma:

- a) El 18 de junio de 1870 se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio, con respeto al matrimonio canónico, respeto que se concreta básicamente en el establecimiento de los impedimentos de orden y de voto solemne.
- b) El 11 de enero de 1872, se indica con toda claridad que los hijos de matrimonio exclusivamente religioso son hijos naturales.
- c) El 1 de mayo de 1873 se suprimen los impedimentos de orden y de voto solemne.
- d) El 20 de junio de 1874 se establece que el matrimonio canónico hará surgir el impedimento de vínculo de orden civil.
- e) El 22 de enero de 1875 se dispone que los hijos de matrimonio canónico serán legítimos.
- f) El 9 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial misto, difícilmente conciliable.
- g) El 19 de febrero de 1875, se establece un sistema matrimonio civil subsidiario muy restrictivo.
- h) El 27 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial misto con grandes dificultades para acceder al matrimonio civil (Iban, 1979, p.104).

Dentre os decretos da Restauração, o mais importante foi o de 9 de fevereiro de 1875, que derogou a Lei do Matrimônio civil de 1870, em cujo preâmbulo são apresentadas as razões para tal ato.

[...] “desacuerdo lamentable entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil;

desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula a la inobservancia de la misma ley, con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes”, todo lo cual impulsa al Gobierno al “deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este Santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia” sin perjuicio de dejar en vigor dicha ley de 1870, para el matrimonio de los que no profesando la Religión Católica, “estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento” (Decreto de 9 de febrero, 1875).

Com os decretos de 1875, portanto, foi reestabelecida a legislação canônica sobre o matrimônio, restituindo a exclusiva jurisdição da Igreja sobre sacramento, com todos os efeitos civis. Determinavam ainda a permanência do matrimônio civil para os que não professassem o catolicismo, e a manutenção da obrigatoriedade da inscrição do matrimônio canônico no Registro Civil, prevista na lei.

Artículo 1. El matrimonio canónico contraído o que se contrajera con arreglo a los sagrados Cañones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de junio de 1870.

Artículo 5. Quedará sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico, el cual se registrá exclusivamente por los sagrados Cañones y las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta que se puso en ejecución la referida Ley (Decreto de 9 de febrero, 1875).

Este modelo misto, como também as linhas gerais do matrimônio, como as relações conjugais, direitos e deveres dos cônjuges, o pátrio poder da mãe, divórcio e separação, seriam o que futuramente estabeleceria o próprio Código civil, com poucas alterações, como veremos na sequência.

7.3 O matrimônio na fase final do processo de Codificação: entre a Constituição e a Santa Sé

A Constituição de 1876, que legitimou a Restauração da Monarquia dos Bourbon, estabeleceu em seu artigo 11 que *“la religión católica, apostólica, romana, es la del Estado”*, e na continuação do mesmo artigo, garantiu a tolerância religiosa ao afirmar que *“nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto”*. Ao

estabelecer o catolicismo como religião oficial do Estado, e ao mesmo tempo admitir outras “opiniões religiosas”, o texto constitucional suscitou uma discussão sobre o modelo de matrimônio a ser oficializado pelo futuro Código civil espanhol. Um modelo que atendesse as exigências da Santa Sé e respeitasse a tolerância religiosa preconizada pela Constituição. Portanto, a questão matrimonial, como foi denominada, que se constituiu um tema chave durante o processo de codificação civil ao longo de todo o século XIX, tornou-se nesta fase final (ao lado da questão foral) protagonista das discussões dos dois projetos de Lei de Bases, e importante pauta de negociação entre o Estado e a Igreja no que concerne a regulação deste instituto no texto final do Código em 1889.

O Decreto Real de 10 de maio de 1875 nomeou uma comissão para a efetivação da empresa codificadora, mas foi apenas cinco anos após essa nomeação, que de fato esse objetivo foi levado a cabo. O decreto determinou que a revisão do projeto de 1851 servisse de base para a elaboração do Código Civil. Até a sua entrada em vigor, em maio de 1889, o Código foi precedido por dois Projetos de Leis de Bases, o primeiro de 1882, constituído dos Livros I e II, e o segundo de 1885, constituído pelos Livros III e IV. O primeiro foi redigido tendo frente à presidência da Comissão Geral de Codificação o ministro da Justiça Alonso Martínez, foi concluído a 22 de outubro de 1881, e apresentado às Cortes em abril de 1882. O segundo, dando continuidade ao processo de codificação foi elaborado sob a liderança do ministro Francisco Silvela, sendo apresentado por este às Cortes no dia 7 de janeiro de 1885. A junção dos projetos gerou a Lei de Bases de 11 de maio de 1888, a partir da qual se efetuou a redação do Código Civil.

Durante a fase final do processo codificador, o matrimônio foi uma questão de Estado, tratada a parte, e fora de alcance do poder deliberativo da Comissão de Codificação.

7.3.1 O matrimônio no Projeto de Lei de Bases de 1882

Na exposição de motivos na qual apresentou o Projeto de Lei de Bases de 1882 às Cortes, o ministro Alonso Martínez fez questão de destacar que os

livros que apresentava (I e II) foram em geral *“resultado de las continuas y maduras deliberaciones de la sección primera de la Comisión de Códigos”* por ele presidida, com exceção *“del título del matrimonio, que no tiene más autoridad que la del Consejo de Ministros”* (Lasso Gaité, 1970 (1979), p.547). Confirmando o que já havia declarado ao indicar que a 3ª. Base *“relativa ao matrimônio, ‘que envuelve una alta cuestión de gobierno’ queda a reserva de lo que decida o Consejo de Ministros”*, não sendo, portanto, colocada em debate perante a Comissão, tampouco submetida para apreciação das Cortes (Baró Pazos, 1992, p.230). No texto de exposição do Projeto de Lei de Bases o próprio ministro justificou o fato de não ter levado o tema a discussão dos membros da Comissão:

La solución que en materia de tanta transcendencia hubiera de adoptarse, era una cuestión de alto gobierno, y el que suscribe, respetando las creencias y los compromisos de algunos de los individuos de la Comisión de Códigos, creyó previsor y delicado no llevar a ella un problema que podía dividir y encender los ánimos y convertirse en una verdadera manzana de discordia, corriendo el riesgo de verse privado, para lo sucesivo, de su inteligente y patriótico concurso (Alonso Martínez, discurso de apresentação do Projeto de Lei de Bases de 1882, anexo In: Lasso Gaité, 1970, p. 547).

Nesta última fase do processo de codificação, as negociações do Governo com a Santa Sé tiveram início em 1881, durante o processo de elaboração do Projeto de Lei de Bases, no qual o presidente da Comissão, Alonso Martínez foi encarregado expressamente pelo Conselho de Ministros, e sob sua orientação, como o único responsável pela redação do da 3ª. Base, relativa ao matrimônio. Os principais pontos de negociação colocados pela Santa Sé para serem atendidos no texto do projeto foram:

- a) que se reconociesen los efectos civiles del matrimonio canónico;
- b) que la presencia de un representante del Estado en la celebración del matrimonio canónico, tuviera como único fin su inmediata inscripción en el registro civil;
- c) que el Estado se limitase a establecer impedimentos prohibitivos (Fuenmayor, 1989, p. 226)

E de fato a 3ª. Base que foi determinada pelo Conselho de Ministros, como consta na sessão do dia 21 de outubro de 1881, delineou o matrimônio reconheceu plenos efeitos civis ao matrimônio canônico.

Nas palavras do próprio ministro Alonso Martinez ao apresentar o Projeto às Cortes a 24 de abril de 1882, a solução encontrada para o matrimônio seria a de que seus efeitos respeitassem e acatassem “*como es debido, el sentimiento religioso y las tradiciones católicas de la Nación española, sin desatender los derechos que al Estado asisten para conocer la situación legal de los contrayentes*” (Lasso Gaité, (1970), 1979, p. 546). A 3ª Base foi aprovada contento as seguintes linhas gerais:

Se admiten como matrimonios válidos, el canónico celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, y el celebrado con arreglo a las disposiciones del nuevo Código.
Se acepta el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial como principio general en la regulación del matrimonio. La ley civil no admite más que la suspensión de la vida común de os casados por causas legítimas y en virtud de sentencia firme (Baró Pazos, 1992, p.231).

Portanto, a dualidade de modelo de matrimônio, católico e civil, foi a fórmula do equilíbrio entre os interesses da Igreja, de manutenção do sacramento sob sua jurisdição, e dos interesses do Estado de estabelecer e de controlar o contrato civil entre os cônjuges.

Com apresentamos anteriormente, o Projeto de Lei de Bases aprovado em 1882 quando apresentado às Cortes em 1881 já foi acompanhado pelos Livros I e II do Código civil. No Título III, “Del Matrimonio”, do Livro Primeiro estava contida toda a configuração do matrimônio no que se referem à validade, proibições, efeitos, forma de celebração, e a possível suspensão. O Livro I compôs a Lei de Bases de 1888, que se converteu no Código civil, sendo aprovado com poucas modificações ou novidades em relação ao matrimônio. Apresentaremos mais adiante o articulado que regulamentou o matrimônio neste projeto, e que chegou com poucas alterações ao Código civil aprovado em 1888/89.

7.3.2 O matrimônio no Projeto de Lei de Bases de 1885

A instituição do matrimônio na 3ª Base do Projeto 1885 foi caracterizada pela tentativa de harmonizar a legislação preexistente, ou seja, a Lei de Matrimônio de 1870 (a parte que não foi revogada) e os Decretos Reais

de 1875, com os princípios constitucionais que garantiam a tolerância religiosa, admitindo, portanto, a dualidade de matrimônio, o católico e o civil. Através dessa harmonização, manteria-se *“como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia sobre los españoles que profesan a la religión católica”* e se garantiria o direito de constituir *“consorcio perpetuo y familia legitima sin la santificación del Sacramento”*, aos que assim desejassem (Baró Pazos, 1992, p.248).

De viés mais conservador, como admitido pelo próprio ministro Silvela em sua apresentação às Cortes, o sistema matrimonial proposto no projeto de 1885 foi duramente criticado pelos deputados e senadores que defendiam a efetiva secularização do matrimônio. Um dos grandes críticos deste sistema foi o senador Marques de Seoane, que citou como exemplo o Código francês, uma obra laica.

Y refiriéndonos á la cuestión del matrimonio, ya sabemos cómo la resolvió el Código civil francés. Este Código, partiendo del principio de que era una obra lega, de que nada tenían que hacer en ella las consideraciones y los principios eclesiásticos que habían sido lo esencial en los anteriores Códigos, estableció las circunstancias que había de celebrarse el matrimonio, y cuya validez o nulidad se dejase única y exclusivamente á las miras propias del Código y de los principios civiles (Senado, seção de 26 de fevereiro de 1885, num.72, p. 1365. Debates Parlamentários, 1989, p.99).

O senador lembrou que esses princípios laicos já haviam sido planeados pela Espanha quando da aprovação da Lei do Matrimônio Civil, de 1870, de Monteiro Rios. Que embora não tivesse totalmente secularizado, por não ter prescindido totalmente naquele momento dos princípios religiosos, havia avançado sobremaneira em direção a isso. A crítica principal do senador Seoane, em relação à 3ª. Base do Projeto de Lei de 1885 foi no sentido de que a Comissão presidida por Silvela não se decidiu por nenhum sistema matrimonial específico, *“no há elegido nada. Ni el sistema del Código civil francés, ni el sistema de la ley de 1870, ni há adoptado como definitivo o decreto del año 75”* (Senado, sesión de 26 de febrero de 1885, Núm. 75 p. 1366)

Acontecimentos desencadeados pela morte do Rei Afonso XII foram os responsáveis pelo atraso da aprovação do Parecer por quase três anos. A tramitação do Projeto no Congresso dos Deputados foi interrompida em 19 de junho de 1885. As discussões sobre a 3ª. Base foram retomadas novamente apenas em 22 de março de 1888. Durante esse período, foram noticiadas pelos jornais da época, as conversas frequentes mantidas entre o Presidente da Comissão de Codificação, o embaixador espanhol, Alejandro Groizand, e o Ministro espanhol de Estado, Segismundo Moret com o Embaixador do Vaticano, Monsenhor Rampola. As últimas comunicações entre o Estado e a Igreja que resultaram em um acordo final, foram assim resumidas por Amadeo de Fuenmayor:

El 9 de noviembre de 1886, Alonso Martínez escribió al Nuncio Rampolla para decirle que hay que respetar el espíritu del artículo 11 de la Constitución, y establecer un matrimonio civil para los no católicos. El 17 de enero, el Cardenal Jacobini, Secretario de Estado, manifiesta en carta dirigida al Nuncio que se acepta -para la celebración del matrimonio canónico con efectos civiles- la presencia de un representante del Estado, pero con el único fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Tras nuevos contactos - Nunciatura y Gobierno, Secretaría de Estado y Embajador ante la Santa Sede-, se llega al acuerdo. El 8 de marzo el Embajador Groizard recibe de Mons. Mocenni, Sustituto de la Secretaría de Estado, el siguiente documento, que, en su versión castellana, dice: «Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio de los católicos. La Santa Sede deja que el Estado regule los efectos civiles del matrimonio. La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos. El Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas» (Fuenmayor, 1989, p.230).

Segundo o autor, o teor do sigilo com que foram tratadas essas negociações pode ser comprovado na descrição dos arquivos que se encontram no Ministério das Relações Exteriores ao afirmarem que *“El expediente de las últimas negociaciones sobre el matrimonio civil es de un carácter tan reservado y de naturaleza tan delicada que no parece conveniente se facilite a las Cámaras”* (Fuenmayor, 1989, p.231) De fato, às duas Câmaras foi apenas apresentada a decisão final sobre a redação da 3ª. Base, em discursos em que predominavam as expressões *“concordia, pacificación, concordato; de transacción, de tolerância”*, para justificar as conversações com a Igreja. Segundo Baró e Pazos (1992), a comprovação do desfecho dessas

conversações foi a alteração da redação da 3ª Base aprovada pela comissão em 1882, introduzida na Lei de Bases de 1888.

Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la ley 13, tit. 1º. de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal ú otro funcionario del Estado, con el dolo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil (3ª. Base do Projeto de Lei de Bases de 1888, Gazeta de Madrid 22/05/1888).

O Parecer final, de 1888, aprovado trazia a essa Base praticamente o mesmo texto redigido para o Projeto de Lei de Bases de 1882, cuja Comissão Geral do Código Civil também era presidida por Alonso Martínez enquanto Ministro da Justiça. A única diferença em relação ao texto de 1882 foi a supressão do reconhecimento dos efeitos dos matrimônios realizados no exterior, motivo pelo qual os debates sobre a 3ª Base se prolongaram do dia 22 ao dia 27 de março de 1888. Todas as demais bases foram debatidas em uma única sessão no dia 9 de abril, sendo o Projeto aprovado em sua totalidade no dia 11 de abril de 1888. Como já mencionamos, após a aprovação do Parecer elaborado pela Comissão Mista, em ambas as Casas legislativas, o Projeto foi sancionado como Lei pela Rainha Maria Cristina em 11 de maio de 1888.

7.4 Antecedentes à codificação civil do casamento no Brasil

Como apresentamos anteriormente, as codificações civis que vigoraram em Portugal desde o medievo, haviam sido exportadas do Reino de Castilha, portanto, estas foram também transladadas aos territórios coloniais lusitanos. Em terras brasileiras as Ordenações de Felipe II estiveram vigentes até a promulgação do Código civil de 1916.

Como pudemos observar, a fonte principal do direito português, e conseqüentemente do brasileiro, em sua versão mais conservadora, foi o direito romano-canônico. A última das Ordenações portuguesas, as Filipinas,

foi elaborada sob o governo de uma monarquia absoluta, oficialmente católica, que reconhecia a autoridade da igreja através da observância de suas diretrizes reunidas no *Códex Júrís Canom* que era amplamente acatado, e que portanto, utilizado com fonte principal para também normatizar as relações civis dos súditos lusitanos. A evidência da influência canônica nas ordenações pode ser comprovada pelo fato de já as primeiras, as Afonsinas (1446), terem assumido o modelo das “Decretais” do Papa Gregório IX, característica que perdurou nas seguintes, as Manuelinas (1514-1521) e as Afonsinas (1603). As últimas, embora tenham sido obra do governo de Felipe II, da Espanha, durante o domínio espanhol sobre Portugal, foram após a independência (1640) confirmadas pelo rei português, D. João IV, pela lei de 29 de janeiro de 1643.

As Ordenações Filipinas foi o Código que mais tempo exerceu influência sobre o Brasil, da Colônia à República. Esse longo período em que esteve em vigor no Brasil, deve-se principalmente ao Livro IV, relativo aos direitos das pessoas e das coisas, contratos, testamentos, tutelas, e distribuição de foros de terras. Os demais foram sendo substituídos pelos códigos elaborados ainda durante o império. Porém, o Livro IV, constituiu-se no código civil durante os períodos colonial e imperial, alcançando as primeiras décadas da República, quando só então passou a vigorar o Código Civil em 1917.

Embora o casamento seja um contrato, ele não aparece legislado naquele livro, pois sendo o Estado Português oficialmente católico, o casamento ainda se encontrava à essa época, exclusivamente sob a jurisdição eclesiástica, como determina o texto do próprio Livro IV das Ordenações Filipinas, *“Ufuarios fendo alguns contractos fegundo as disposições de direito Canônico, e não estiverem declarados na Oredenação, fe hade observar o mesmo Direito Canônico”* (Liv. IV, tit.67, parágrafo 9, p.922)

Para permanecer em vigor durante um período tão longo, tanto em Portugal até 1867, e no Brasil, 1917, o Código Filipino foi acrescido de uma *“considerável massa de leis extravagantes, alvarás, cartas régias, decretos, provisões dos tribunais e portarias”* (Meira, 1984, p.59).

A codificação civil brasileira teve seu processo dividido em dois diferentes períodos político: um monárquico e outro republicano. A primeira Constituição imperial, promulgada em 1824, após a Independência, foi que

primeiro legislou sobre a necessidade de consolidação das leis civis brasileiras através do método da codificação. Ao longo do século XIX, o governo imperial e, posteriormente, o republicano designaram aos principais juristas brasileiros a tarefa de elaboração de um código civil, o que viria a se concretizar apenas na segunda década do século seguinte. Anteciparam, portanto, ao código, vários projetos de código (1845, 1871, 1872, 1881, 1891, 1899) bem como decretos e leis imperiais e republicanos (1827, 1861, 1870, 1891). Apresentaremos a seguir, de acordo com o recorte temático do nosso objeto de pesquisa, especificamente, como cada uma dessas tentativas de codificação e Atos Normativos dos governos, configuraram o modelo de casamento ao longo do largo período codificador.

7.5 O casamento no processo de Codificação Civil Brasileiro

7.5.1 A legislação sobre o casamento no Império

A elaboração de um Código Civil *“fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”* foi prevista na Constituição de 1824 (Art. 189, parágrafo 18) e ao longo do século XIX foram realizadas várias tentativas por parte do governo imperial no sentido de organizar e codificar as leis civis em um ordenamento jurídico nacional. A resistência da sociedade a uma regulamentação jurídica de cunho privado, que *“certamente seria sentida como uma indesejada invasão no âmbito dos valores tradicionais”* (Fonseca, 2006:74) por parte do Estado, foi um dos principais fatores responsáveis pelo entrave ao processo de codificação das leis civis no Brasil, porque no âmbito doméstico, tradicionalmente era da Igreja a autoridade reconhecida para organização e manutenção da tradicional estrutura e ordem familiar.

O debate ideológico envolvendo a disputa de poder entre a Igreja e o Estado em questões relativas ao domínio privado, já se fazia presente anos anteriores ao da proclamação da República, e a imprensa era por exclusividade o palco desta disputa. Dentre os principais jornais que se dedicavam a propaganda republicana, destacaram-se, no Rio de Janeiro, *A República*, primeiro órgão de publicidade organizado pelos republicanos, no qual circulou o Manifesto Republicano de 1870 a 1874; *O Globo* de tendências democráticas,

e *O País*, que embora não possuísse cor partidária, também atacava a monarquia. Em São Paulo, com uma imprensa republicana mais ativa, destacaram-se *A Gazeta de Campinas*, e o *Correio Paulistano*. Ambos declaradamente republicanos, e outros simpatizantes, como *A Província de São Paulo*.

7.5.1.1 O casamento católico como único oficial - Decreto 3/11/1827

Com ato normativo infraconstitucional, o decreto de 3 de novembro de 1827, seguiu a orientação do Art.5º. da Constituição de 1824 que estabelecia:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo (Constituição de 1824, Biblioteca do Senado, 2018).

A Constituição legisla apenas sobre o casamento da família imperial (art.105 a 115), estabelecendo as regras sobre atribuição de títulos, dotes e alimentos aos príncipes e princesas imperiais. O decreto inaugurou o conjunto legislativo normativo que antecedeu ao Código civil referente ao casamento dos demais cidadãos do império.

Havendo a Assembléia Geral Legislativa resolvido artigo único, que as disposições do Concílio Tridentino na Sessão 24, capítulo 1 de *Reformatione Matrimoni*, e das Constituições do Acerbispado da Bahia, no livro 1, tit 68 parágrafo 291, ficão em effectiva observância em todos os Bispados, e Freguesias do Império, procedendo os Parochos respectivos a receber em face da igreja os noivos, quando lho requererem, sendo do mesmo bispado, e ao menos hum delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimento depois de feitas as denunciações canônicas, sem para isso ser necessária licença dos Bispos, ou de seus Delegados, praticando o Parocho as diligencias precisas recomendadas no parágrafo 269 e seguinte da mesma constituição, o que fará gratuitamente.

E tendo eu sancionado esta Resolução hei por bem ordenar que assim se cumpra.

A meza da consciência e ordens o tenha assim entendido e faça executar com os despachos necessários.

Palácio do Rio de Janeiro em 3 de novembro de 1827, com publica de Sua Magestade Imperador (Coleção de Leis do Império do Brasil - 1827, Página 83 Vol. 1 pt. I).

Desta forma, ficou resolvido que em matéria de casamento, assim como constava nas Ordenações, o Império brasileiro reconhecia oficialmente as determinações canônicas, através das determinações do Concílio de Trento, que no Brasil faziam-se contempladas nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707). No Primeiro livro das Constituições estavam apresentadas as três principais finalidades do casamento, sob as quais estavam colocados os pilares enquanto sacramento:

Foi o Matrimônio ordenado principalmente para três fins: e são três bens, que nelle se encerrão. O primeiro é o da propagação humana, ordenada para o culto, e honra de Deos. O segundo é a fé, e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos mesmos casados, significativa na união de Christo Senhor nosso com a Igreja Catholica. Alem desses três fins é também remédio da concupiscência, e assim S.Paulo o aconselha como tal aos que não podem ser continentes. (Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, 1853, p. 107).

Portanto, durante o Império, a Igreja Católica era a única instituição competente para a realização e regulamentação do casamento, e de todos os aspectos que o envolviam. O casamento religioso era portanto, o único válido em para toda a sociedade brasileira, majoritariamente católica. Porém, não tardou para que a configuração social, alterada pela imigração de europeus protestantes, exigisse novos posicionamentos legais quanto ao casamento aceito no território imperial.

7.5.1.2 Os efeitos civis aos casamentos não católicos – Decreto número 1.144 de 1861

Este decreto teve com objetivo atender às novas cenário social caracterizado pelo início do processo migratório, que viria atender à necessidade de mão de obra livre após a promulgação da Lei Euzébio de Queiróz (1850), que proibia o tráfico de escravos para o Brasil. Com o paulatino aumento de estrangeiros, maioria composta por protestantes europeus, a legislação referente ao matrimônio teve que atender aos cidadãos ou residentes do império que professavam religiões “toleradas” pelo Estado. Em 1861, o Decreto de número 1.144 reconheceu os casamentos realizados fora do Império e fez extensivos os efeitos civis dos casamentos, que fossem

celebrados na forma das leis do império, à todas as pessoas que professassem religião diferente da oficial do Estado. Também determinou que fossem regulados registros e provas desses casamentos, bem como as condições necessárias para que os ministros dessas religiões pudessem praticar os atos que produziram efeitos civis na jurisdição imperial.

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Imperio serão extensivos:

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

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

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado fôr em Regulamento (*Decreto* número 1.144 de 1861, Camara dos deputados, Legislação, 2018)

No entanto, a observância da legislação canônica para a realização do casamento durou até a proclamação da República, com a qual vieram os decretos de separação da Igreja e do Estado, e de promulgação da Lei do casamento civil.

7.5.1.3 O casamento canônico no “Esboço” de Teixeira de Freitas (1872)

No livro primeiro livro do projeto, “Das pessoas”, determina que *“todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas”* (Art.16), e que as pessoas *“podem adquirir direitos que o presente código regula, nos casos, e pelo modo e forma, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua capacidade, ou sua incapacidade civil”* (Art.17). Às mulheres, este projeto determina a incapacidade civil *“mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de exercer”* (Art.42), e incumbe ao marido a representação da mulher casada (Art.44). O autor justifica a incapacidade da mulher casada como apenas pelo motivo de sua dependência em relação ao marido, segundo

Freitas “*esta dependência é natural, indispensável para a vida conjugal; e não tem importância alguma as discussões a semelhante respeito*”. (1952, p.47).

O título “*Do Casamento*” encontra-se na 2ª. Seção do Livro Segundo referente ao “Direito das Pessoas”, intitulada “*Direitos pessoais em relação à família*”. No capítulo 1 que “*Dos Contratos do casamento*” prevê a liberdade de realização de contratos de futuro (Art.1.237), em forma de simples sponsalícios (promessa de casamento futuro) ou de forma mais complexa, com os objetivos detalhados em um acordo pré-nupcial (com várias cláusulas), lavrado em escritura pública (art.1244). Os contratos poderiam ser distratados, anulados ou adicionado antes da celebração do casamento, desde que estivessem presentes as mesmas testemunhas da anterior solenidade de contratação (art.1252). Entretanto, sob o risco de nulidade, não podiam ser alterados após a realização da cerimônia de casamento. Os *esposais* não eram exigidos para a realização do casamento, bastando apenas a manifestação do mútuo consentimento dos contratantes (art. 1260).

No projeto de Freitas a celebração do “*casamento entre católicos será celebrado, como foi até agora, pela forma e com as solenidades que estabelece a Igreja no Concílio Tridentino, e nas Constituições em vigor no Império* (Art.1261), sendo, portanto de competência da Igreja o julgamento dos impedimentos (O consentimento do pai era obrigado aos menores de vinte um anos, por ainda estarem sob o pátrio poder. A prova do casamento dava-se pelas certidões de Registros Públicos ou pelos Livros Eclesiásticos (Art. 1.270). Casamentos mistos (entre católico e não católico) deveriam ser autorizados e celebrado pela Igreja (Art.1273). O código proibia “casamentos entre cristão e pessoas que não professam o cristianismo (Ar. 1277). E os casamentos realizados no exterior, como contrato, não produziam efeitos no Império, “*enquanto não os fosse celebrado à face da Igreja Católica*” (Art.1259).

O projeto determinava o marido como chefe da família, e representante necessário da mulher, sob a qual exercia o *poder marital* que lhe conferia plenos poderes sobre a mulher e sobre os bens da sociedade conjugal (Art. 1300). A fidelidade recíproca era a tônica das relações entre os cônjuges, sujeitos a ação de divórcio e demanda criminal em caso de infidelidade comprovada (Art.1304). O marido estava obrigado a prover alimentos e proteção à mulher, e essa oferecer obediência e requisitar autorização escrita

do marido para exercer qualquer ato da vida civil. Estava presumidamente autorizada pelo marido a exercer profissão publicamente, e comprar objetos de consumo doméstico (Art. 1.306, 1.307).

Quanto ao regime econômico do casamento, o projeto entendia que era de comunhão de bens sempre que não houvesse contrato preliminar especificando outra modalidade, ou esse tivesse sido anulado, ou se havendo contrato, este declarasse a comunhão de bens. Também entendia-se como regime de comunhão de bens a simples declaração de que os contraentes de “se casam segundo o costume geral do império” (Art.1330). Além do regime de comunhão, o projeto previa o regime de separação de bens, simples ou dotal, no qual o marido era sempre constituído como administrador dos bens e dote da mulher (Art. 1343 – 1377).

Teixeira de Freitas previu o divórcio, enquanto separação de corpos, quando autorizado pela igreja, sob a competência de um Juízo Eclesiástico, se requerido por *“alguma das causas que estatuem os Cânones recebidos no Império”*, e também o divórcio sem autorização da igreja quando por causas relacionadas ao adultério, as tentativas contra a vida do cônjuge, maus tratos e injúrias graves. (Art. 1381 e 1386). Em ambos os casos, os efeitos civis do divórcio competia ao Juizado Civil (Art. 1382). O adultério (previsto criminalmente) da mulher deveria ser julgado em quaisquer circunstâncias, enquanto que o do homem, apenas se tivesse *“concubina teúda e manteúda”*²¹⁸ (1386, parágrafo 1º.).

O Esboço de Teixeira de Freitas serviu de base para os futuros projetos de código, que embora tenham sido orientados pela tônica da laicidade, em termos de família ainda trouxeram o caráter da tradição canônica da legislação imperial.

7.5.1.4 A regulamentação do Registro Civil (1870-1888)

Uma primeira legislação que afeta a relação Igreja e Estado, ainda durante o Império foi a instituição do registro civil, quando o governo determina a obrigatoriedade de manter registros da situação civil da população brasileira para além dos que estavam sob a jurisdição canônica. D. Pedro II instituiu pela

²¹⁸ Mulher “tida e mantida” financeiramente por um homem casado.

Lei n. 1.829, de 9 de setembro de 1870, o recenseamento da população do Império a cada década, e para tanto também instituiu a obrigatoriedade do registro civil de nascimento, casamento e óbito, sobre pena de prisão

Art. 1º De dez em dez anos proceder-se-ha ao recenseamento da população do Imperio.

Art. 2º O Governo organizará o registro dos nascimentos, casamentos e obitos, ficando o regulamento que para esse fim expedir sujeito á aprovação da Assembléa Geral na parte que se referir á penalidade e effeitos do mesmo registro, e creará na capital do Imperio uma Directoria Geral de Estatistica (Lei do Registro Civil, Camara dos deputados, Legislação, 2018).

O artigo 2º da lei em questão foi regulamentado pelo Decreto n. 9.886, *“Regulamento do Registro civil dos nascimentos, casamentos e óbitos”*, de 7 de março de 1888, assinado pela Princesa Isabel, que mandou observar a execução do mesmo. O Decreto n. 10.044, de 22 de setembro de 1888 fixou o dia *“1 de Janeiro de 1889 para que comece a ter execução, em todo o Imperio”* (Câmara dos Deputados, Legislação, texto original, 2018).

7.5.2 A República e a laicização casamento

A separação entre o Estado e a Igreja pelo Governo Provisório da República efetivada pelo Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que proibiu a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagrando a plena liberdade dos cultos, impulsionou a formalização do casamento civil no Brasil através de dois outros decretos, que serviriam de base legal para a normatização deste instituto no futuro código.

7.5.2.1 A Lei do Casamento Civil - Decreto 181, de 24/01/1890

As bases que configuraram os artigos sobre o casamento no Código Civil Brasileiro de 1916 foram lançadas pela Lei do Casamento civil implementada pelo Governo provisório da República através do Decreto de 24 de janeiro de 1890, assinado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, primeiro presidente da República brasileira. A Lei, de autoria de Ruy Barbosa (1849-1923), composta por treze capítulos e cento vinte e cinco artigos, formalizou o

rompimento com a tradição canônica do casamento vigente até o fim do Império, estabelecendo a única forma de casamento válida na República, a civil, realizada perante o oficial do registro civil, e de cuja certidão de registro civil daria prova. Porém, ao final do texto legal, o artigo 108 permitia que “*em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimônio pela religião delles*” (At.108 e Parágrafo único), retirando assim, a exclusividade da igreja católica quanto à realização do casamento religioso.

A Lei proibia o casamento às “*mulheres menores de 14 annos e aos homens menores de 16*” (Art 8º) e obrigava ao “*maior de 16 annos ou a maior de 14, menores de 21 annos*” obter consentimento dos pais, quando casados, em caso de divergência apenas do pai; e apenas da mãe em caso do(a) contraente não ser reconhecido (a) pelo pai (Art. 18).

A legitimidade da família e dos filhos era o principal efeito do casamento, juntamente com a confirmação da supremacia masculina através da consolidação do duplo poder atribuído ao homem como representante legal da família: o *poder marital*, exercido sobre a mulher, e o *pater poder*, exercido sobre os filhos.

Art. 56. São effeitos do casamento:

§ 1º Constituir familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da familia, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da familia do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brazileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórmula da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos (Decreto 181, de 24/01/1890).

Dentre os efeitos, merece destaque a inédita vinculação do casamento à instituição familiar, feita pela primeira vez em uma legislação brasileira (Vieira; Silva, 2015, p.26). Constituir a família, legitimar os filhos, administrar os bens, fixar domicílio, autorizar a mulher a exercer profissão, prover o sustento e

educar os filhos, eram as prerrogativas do chefe da família. A partir dessa diferença de gênero estabelecida na Lei do casamento civil, viriam a ser redigidos os artigos do Código que determinariam os direitos e deveres do homem e da mulher, e deles em relação aos filhos, que ainda não apareciam previstos nesta lei.

Quanto ao sistema econômico do casamento, a Lei estabeleceu que “*na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjugues são presumidos comuns [...]*” (Art. 57). A partir deste decreto todas as causas relacionadas a casamento, como impedimentos, anulação e divórcio ficariam sob a jurisdição civil, apenas as pendentas seguiriam o curso eclesiástico (Art.109).

Segundo a lei, o divórcio não dissolvia o vínculo conjugal, apenas autorizava a separação dos copos e anulava o regime de comunhão de bens, como se o casamento, de fato, houvesse sido dissolvido (Art.88). O pedido de divórcio poderia ser justificado pelas seguintes situações: adultério, sevícia²¹⁹ ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por mais de dois anos e, ainda, por “*mutuo consentimento dos conjugues, si forem casados ha mais de dous anos*” (Art.82, parágrafo 4º.), sendo este último retirado quando da aprovação do código. O divórcio litigioso implicava a determinação de um cônjuge culpado, e outro inocente, sendo, portanto, lícito de atribuição de pena. A lei previa a entrega dos filhos comuns ao cônjuge inocente, e a determinação de uma cota paga pelo culpado para contribuir com educação dos filhos. Sendo a mulher o cônjuge inocente, também previa a lei a entrega do dote para a sua própria administração (Art.90). No caso de ser a condenada como culpada, estaria vetada ao dote, e à utilização do nome do marido, sobre penas dos artigos 301 e 302 do código criminal²²⁰ (Art.92).

O primeiro casamento civil realizado no Brasil antecedeu em dez dias a Lei do casamento civil (ou Decreto 181, de 24/01/1890). Foi realizado no dia 14 de janeiro de 1890, no salão da Câmara Municipal da cidade de Uberlândia, no Estado de Minas Gerais, entre José Teixeira de Sant’Anna (o Zeca Teixeira) e Francisca Augusta Teixeira (a Dona Chiquinha). Este casamento

²¹⁹ Maus-tratos; ações de crueldade ou torturas que podem levar alguém à morte.

²²⁰ Art. 301. Usar de nome supposto, ou mudado, ou de algum título, distintivo, ou condecoração, que não tenha. Pena - de prisão por dez a sessenta dias, e multa correspondente á metade do tempo. Art. 302. Se em virtude do sobredito uso se tiver obtido o que de outro modo se não conseguiria. Pena - a mesma, em que incorreria o réu, se obtivesse por violência (Código Penal, 16/12/1830).

foi resultado de uma decisão judicial baseada no Decreto de 7 de março de 1888, assinado pela Princesa Isabel, no qual regulamentava o registro civil de casamento²²¹.

Veremos mais adiante como esta lei, de fato, foi a base da estrutura do capítulo referente ao casamento nos projetos de código que a seguiram, e observaremos se os seus principais pontos foram atendidos na concepção de casamento consolidada pelo Código de 1916.

7.5.2.2 *Reação católica à laicização do casamento*

Diante desse cenário secularizador dos primeiros meses da República os temas relacionados à organização da família foram alvos das discussões mais acaloradas, e tiveram na Igreja o principal oponente das investidas do governo nessa disputa por domínio ideológico e controle social dessa instituição, especialmente em relação aos institutos do casamento, divórcio, filiação e pátrio poder, e herança. Importantes documentos oficiais da Igreja foram utilizados com o objetivo de conclamar a população contra a secularização da sociedade e da família.

Em resposta às ameaças a igreja reagiu de forma enérgica e objetiva com a divulgação dos dois principais documentos pontífices, de 1864, publicadas durante o papado de Pio IX, a Carta Encíclica “*Quanta Cura*” e seu anexo , o “*Syllabus dos principais erros de nossa época*”²²² , que não deixavam dúvidas quanto à defesa de seus domínios dogmáticos frente aos avanços da sociedade civil e suas teorias filosóficas e políticas.

Baseados nesses documentos, os bispos do Brasil publicaram a Primeira Pastoral Coletiva da Republica²²³, em 19 de março de 1890

²²¹ A informação sobre ser este o primeiro casamento civil realizado no Brasil foi encontrada em sites que se referem ao Livro “História de Uberlândia” de Antonio Pereira da Silva, ao qual não tivemos acesso. Porém, buscando a confirmação desta informação, entramos em contacto com o Primeiro Cartório de Registros Cíveis de Uberlândia, do qual tivemos a informação de não ser este o primeiro registro de casamento civil do Brasil, porém, não tivemos como confirmar se procede tal informação.

²²² *Syllabus dos principais erros da nossa época*, anexo à Carta Encíclica “*Quanta Cura*”, de 8 de dezembro de 1868. O “*Syllabus*” é uma lista de oitenta proposições condenadas pela igreja. Foi trabalho de três comissões diferentes, e levou quinze anos (1849-1864) para ser concluído.

²²³ Esta Pastoral foi decretada logo após a proclamação da República, nela os bispos expõem os problemas advindos da separação da Igreja do Estado. Seu Principal redator foi D.Macedo Costa, o mesmo que havia sido condenado e preso pelo governo da Monarquia

condenando os dispositivos da legislação inaugurada com o novo governo. Nesta pastoral, os bispos expõem os problemas advindos da separação da Igreja e do Estado conclamam os católicos a se posicionarem contra a obrigatoriedade do casamento civil:

Tendo o decreto (o da separação) reconhecido solenemente a liberdade que temos de professar particular e publicamente a nossa crença, e praticar as nossas leis e disciplinas, estamos em nosso pleno direito, em face mesmo do Governo Civil, de só considerarmos, como valido para os cristãos, o contrato matrimonial que é celebrado na igreja, com a benção de Deus.

De fato, só então é que se contrai o vínculo indissolúvel com a graça do Senhor; só então é que ficam os nubentes legitimamente casados. Outra qualquer união, ainda que a decorem com aparências de legalidade, não passam de um vergonhoso concubinato. (Rodrigues, 1981, p.17)

Essa posição da igreja é reafirmada dez anos depois, pela Pastoral de 1900, ao condenar as medidas anticatólicas que o governo republicano tomara, dentre elas a instituição do casamento civil, repudiando que “(...) *Decretou-se que o Estado, isto é, o Governo de uma nação católica, só reconhecerá o chamado casamento civil, que diante de Deus e da Igreja é pura mancebia, coberta com a proteção das leis*” (Rodrigues, 1981, p. 63-64).

Sustentada por esses documentos, a reação católica concretizou-se em ações como a divulgação da doutrina através de jornais, livros, discursos das tribunas parlamentares e faculdades, como também, organizando associações católicas para aumentar o alcance da divulgação de seus princípios. Por diferentes meios, os fiéis eram conclamados a defenderem a igreja, a repelir a separação do poder espiritual do temporal, justificando que um governo sem religião seria um governo condenado ao insucesso político e à miséria social e moral. A igreja declarava as medidas em favor da secularização do Estado como imprudentes, anticatólicas, antipatrióticas, acusando os que as defendiam, de “fanáticos inimigos da Igreja”, e por extensão da sagrada família cristã e de toda a sociedade.

juntamente com D.Vital quando da famosa “Questão dos Bispos”. Embora reconheçam os bispos que na República a Igreja teria mais liberdade que no tempo da Monarquia, repudia a separação da igreja e do Estado. Na Pastoral de 1900, os bispos novamente voltarão a tratar das consequências da separação e da necessidade de manifestação dos católicos contra ela. Em outras pastorais serão assuntos: a educação religiosa da juventude e a oposição ao divórcio. (Rodrigues, 1981).

Um dos principais veículos católicos, o jornal *O Apóstolo*, publicou em 1890, o “*Guia prático do decreto do casamento civil para uso dos católicos*”, de autoria do Padre José Loreto, confirmando a sacralidade do casamenteo, e indicando o comportamento do católico diante da obrigatoriedade de realização do casamento civil andes do religioso, deveria ser de total desobediencia

Em nossas mãos está a reacção pacifica, condescendendo por enquanto prudentemente com aquellas disposições que não violentarem o respeito e o culto devidos a Deos. Nenhum catholico vá ao casamento civil, sem que primeiramente se tenha casado como manda nosso Deos e sua santa Igreja; e todos aquelles que, feito o casamento religioso, não se quizerem sujeitar- ás formalidades civis, fiquem sabendo queestão em seu pleno direito, e no próprio direito civil hoje vigente terão os que secassarem muitos modos legitimis de garantirem seu direitos civis e os direitos de seus caro filhinhos. Nenhum se persuada que seus filhos deixam de ser legitimis, desde que forem elles tidos segundo a lei de Deos, que é a lei da lei , e contra a qual são nullos e impotente quantos decretos emanarem de qualquer poder puramente humano.” (Loreto, 1890, p. 109/110 apud Santos, 2017, p.17).

Diante da oposição, o Governo declarava a unicidade do casamento civil, reafirmando que este era o único reconhecido no território brasileiro com ato jurídico que legitimava a familia, um ato do qual “ *não pode prescindir as pessoas que pretendem contrahir núpcias, pois elle é o único laço matrimonial que a República reconhece*” (Relatório do ministro da justiça,1897, p. 296 apud Santos, 2015, p.18).

O cenário de disputa entre Igreja e Estado também esteve presente nas sessões parlamentares, da Câmara e do Senado, onde se levantavam vozes contra e a favor. Este conflito confirmava a necessidade de elaboração de um Código civil que representasse formalizasse as questões da vida da população conforme a moderna concepção legislativa da República.

7.5.2.3 A proibição da celebração do casamento religioso antes do civil - Decreto 521 de 26 de junho de 1890

Seis meses após a decretação da Lei do casamento civil, o Governo Provisório da República revogou o princípio de tolerância consagrado pelo Decreto 181 de 14/01/1890, no tocante à permissão de que a celebração religiosa antecedesse à celebração do casamento civil, alegando que “*tem*

correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescripção civil".

Portanto o Decreto n.521 de 26 de junho revogou tal permissão, decretando:

Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, precederá sempre ás cerimonias religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnizar os nubentes.

Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do acto civil, será punido com seis mezes de prisão e multa correspondente á metade do tempo. Paragrapho único. No caso de reincidencia será applicado o duplo das mesmas penas (Decreto n.521 de 26/06/1890).

O teor de urgência com que esse de decreto foi publicado demonstram a gravidade da tensão entre a Igreja e o Estado, poucos meses após da proclamação da República e as tomadas de medidas secularizadoras por parte do Governo Provisório. Após a publicação da Primeira Pastoral, em março de 1890, na qual a Igreja já havia condenado energicamente a Lei do casamento civil, os párocos viram-se autorizados a aconselhar aos católicos a continuarem reconhecendo apenas o casamento religioso como o único a legitimar a verdadeira união indissolúvel do casal.

O senador Joaquim Ignácio Tosta, defendia a liberdade da população eleger entre as formas religiosa ou civil como ato legítimo de casamento.

O casamento civil, precedendo obrigatoriamente á cerimonia religiosa, dizia eu, é um attentado contra a consciencia catholica e contra a soberania da Egreja. E' contra a consciencia porque o casamento catholico não considera legitimo o casamento civil, que para elle é um concubinato condemnavel; o catholico só reconhece o casamento sacramento, instituído por Christo.

Nós legisladores devemos garantir a liberdade de consciencia sem entrar na apreciação dos motivos das diversas crenças, a menos que estas sejam contrarias á ordem publica e aos bons costumes." (Brasil, 1890, p. 892 – Volume 01 apud Santos, 2017, p.16).

Apesar da pressão da igreja, os projetos de código encomendados pelos governos republicanos mantiveram a unicidade e anterioridade do casamento civil como a única forma válida na legislação brasileira, mesmo não correspondendo à prática da maior parte da população.

7.5.2.4 O casamento no projeto de Joaquim Felício dos Santos (1981/1891)

Quando ao direito natural das pessoas o projeto estabeleceu que a “*a lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoa e nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados*” (Art.18) e a mulher casada aparece declarada como incapaz (Atr. 81)²²⁴, sob a tutela e representação do marido em todos os atos civis.

O conceito de família neste projeto é o mais amplo de todos, é o da família estendida, composta por parentes e não parentes que vivem sob o mesmo teto e dependem do mesmo *pater familias*:

Art. 91. Entende-se por família o complexo dos indivíduos que neste código são considerados como parentes.

Art. 92. Quando não se tratar de pessoas ou de direitos em geral, mas de pessoas determinadas. entender-se-ha por família o complexo do indivíduos, sejam ou não parentes, que viverem na mesma casa ou em diversas, mas sob o regime ou dependência de um pai de família

O projeto reconheceu e legitimou a família patriarcal, característico da elite agrária, como modelo da família brasileira. Considerando parentes, “*para efeitos civis, os ascendentes e descendentes em qualquer grau, e os colaterais até o décimo grau*” (Art. 93).

No capítulo “*Do casamento*”, contido no primeiro livro da Parte especial, “*Das pessoas em particular*” estabeleceu, em conformidade com o Decreto n.181, como único o casamento civil, realizado na presença de um juiz de casamento, tendo como prova a escritura pública (Arts. 675-676).

Assim como no “Esboço” de Teixeira (1872), no projeto de Feliciano dos Santos, as promessas de futuro casamento não produziam obrigação legal, sendo previstas apenas a devolução de qualquer doação realizada por um dos futuros esposos, e a indenização pelas despesas realizadas, com prescrição prevista para um ano após o cancelamento do casamento (Arts.688-690). A idade dos contraentes segue a mesma orientação tridentina que orientou Freitas, segundo a qual “*não podem contrair casamento os impúberes*” (Art.693), ou seja, “*os menores do sexo masculino que ainda não tiverem a*

²²⁴ Juntamente com os recém-nascidos, menores, alienados, surdos-mudos, ausentes e pródigos.

idade de 14 annos completos, e os do sexo feminino, que ainda não tiverem a idade de 12 completos” (Art.692). Exige ainda que o menor de 21 anos tenha a autorização dos pais para contraírem casamento, havendo desentendimento, apenas do pai, ou de apenas um caso seja um filho(a) perilhado²²⁵ (Arts.714-717).

Quanto aos “*direitos e obrigações*”, o projeto previa mutua “reciprocamente a fidelidade, auxílio, socorro e convivência” entre cônjuges (Art.726), obrigação do marido em defender a esposa (Art.727) e a obrigação da mulher de obedecer ao marido “*no que for lícito, e conforme a moral e bons costumes*” (Art. 728), podendo a esposa gozar das honras do marido (Art.729). O marido foi declarado chefe da família “*e sua palavra prevalece em todos os negócios domésticos*” (Art.730), e independentes do regime de casamento, também se constituía administrador de todos os bens do casal, incluindo os bens próprios da mulher, quando não acordado em contrato matrimonial (Art.731). Porém, a mulher estaria apta a anular qualquer ação de alienação ou disposição dos bens comuns do casal, movida pelo marido, sem a sua autorização (Art.735-338). A “autorização marital” (geral ou especial) era necessária para cada ato que a mulher quisesse praticar, podendo ser revogada a qualquer momento, mesmo quando previamente estabelecida no contrato matrimonial, estando presumidamente autorizada pelo marido apenas para os atos relacionados às “despesas diárias da família” (Art.744). A mulher casada não precisava de autorização do marido apenas para exercer o *pátrio poder* sobre os filhos tidos antes do casamento (Art.746).

O divórcio pode ser justificado apenas por adultério, ofensas contra a pessoa ou honra do outro, por abandono voluntário, ou por causas de impedimentos sabidas a posteriori²²⁶ (Art.752). Diferentemente da Lei do casamento civil, segundo o projeto “*não pôde ter logar o divórcio por mútuo consentimento das partes*” (Art.758). Uma vez julgado o divórcio, “*cessam entre os cônjuges os direito e obrigação resultantes do casamento*” e podendo ser requerido por qualquer um os cônjuges a partilha dos bens de acordo com o

²²⁵ Filho ilegítimo reconhecido.

²²⁶ Art. 702. Parágrafo único: “Pode o divorcio ser requerido em todo o tempo, por qualquer dos conjuges, que conhecia o impedimento ao tempo da celebração do casamento”.

regime de bens adotado, “*como se o casamento fosse dissolvido por morte de qualquer deles*” (Art.760).

7.5.2.5 O casamento no Projeto de Código civil de Antônio Coelho Rodrigues (1893)

Diferentemente dos projetos anteriores que traziam o casamento como o primeiro capítulo do livro dedicado ao direito de família, neste projeto, o autor abriu o Livro III, “*Dos Direitos da Família*” com um título específico sobre a “*família em geral e parentesco*”, contento um capítulo para família, e outro para parentesco. Nos artigos do capítulo “Da família”, Coelho Rodrigues apresentou a definição da instituição familiar, fazendo distinção entre família natural e família civil, bem como as suas subdivisões e membros integrantes.

Art.1821. Este Código considera a família como uma sociedade natural e necessária, elementar da civil e independente dela nas suas relações moraes; mas sujeita à lei positiva nas relações de direito, que a sua constituição estabelece entre seus membros, quer quanto às próprias pessoas, quer quanto aos respectivos bens.

Art. 1822. A família natural, compreende todas as pessoas descendentes de um mesmo tronco determinado, qualquer que seja o sexo deste ou daquellas. A família civil compreende todos os parentes sucessíveis, legítimos ou ilegítimos. A família legítima compreende o conjuge e os parentes que descendem de pais legitimamente casados. A família doméstica compreende todas as pessoas, que vivem sob o mesmo tecto, com a mesma economia e sujeitas à direção de um mesmo chefe, ainda que não sejam parente deste, nem entre si (Projeto de Código de Rodrigues Coelho, Imprensa Nacional, 1893, p. 220-221).

É interessante perceber que, com este projeto foi elaborado “em esboço” ainda durante o Império, embora seu texto tenha passado por uma adequação ao novo regime político, o texto deixa claro que o caráter civil trazido com a laicização do Estado não era bem-vindo às relações familiares para além das questões de legitimidade e sucessão. E que na esfera doméstica as relações eram pautadas nas relações morais, e essas não estavam sujeitas à lei positiva das leis civis preconizadas pela República.

Um capítulo no projeto de Código civil, especificamente, para conceituar a família de forma tão minuciosa, pode indicar uma preocupação do jurista de aproximar lei da realidade social, ao contemplar as possibilidades de família

existentes de fato na sociedade brasileira do final do século XIX. A existência da família legítima, de caráter nuclear, formada pelos pais legitimamente casados e seus descendentes, e também da família extensa, patriarcal, formada por pessoas que viviam sob o mesmo teto, sustento e chefe. No artigo seguinte, estabelece o conceito do casamento legítimo com *“a união indissolúvel e perpetua entre um homem e uma mulher, desimpedidos para constituírem família, concordada e celebrada na conformidade da lei civil”* (Art.1823). Quanto à prova do casamento ficou estabelecido que se desse *“pela certidão do respectivo registro, feito na conformidade da lei vigente ao tempo da sua celebração”*(Art.1897), não havendo conflito nesta questão após a lei de registros civil decretada ainda no Império e confirmada pela lei do casamento civil promulgada pelo governo republicano.

Também, como nos projetos anteriores, as promessas futuras de casamento, ou compromisso prévio, não induziam a obrigação de contrair o matrimônio, mas a recusa era passível de indenização à parte prejudicada, para custear as despesas feitas em consequência do compromisso (Art. 1835). A novidade desse projeto foi a introdução de um conselho de família, responsável pela verificação da inocência do noivo ou noiva, e comprovação da liquidação das despesas. O projeto prevê uma série de procedimentos e ritos que deveriam ser cumpridos pelo Conselho, o qual possuía membros das duas famílias, convocados por um presidente (sempre o mais velho), e nomeados judicialmente, com comparência obrigatória, sob pena de desobediência (Arts.1837-1841).

De forma mais amena que no projeto anterior, de acordo com o direito das pessoas, as mulheres casadas, enquanto se achassem sob a tutela marital, faziam parte do grupo das pessoas com capacidade civil restringida (Art.14), e qualquer ato civil deveria ser assistido por pais, tutores ou maridos, ou apresentar prova autêntica de seu consentimento desses (Art.16), caso contrário, os atos eram passíveis de anulação (Art.17). Esse caráter de capacidade relativa da mulher seria consolidado no projeto final aprovado pelo Congresso.

Outra inovação em relação aos projetos anteriores foi o aumento da idade dos contraentes, seguindo o direito moderno internacional, e rompendo com as idades estabelecidas pelo Concílio de Trento, estipulando que estavam

impedidos de contrair casamento “*as mulheres menores de quatorze anos e homens menores de dezesseis*” (Art.1848).

Embora o projeto admitisse o divórcio, este “*não dissolvia o vínculo conjugal, apenas autorizava a separação indefinida dos corpos*” e fazia “*cessar o regime do casamento, como se este fosse dissolvido*” (Art. 2105). Além das três causas do projeto anterior, Coelho Rodrigues admitiu também o pedido de divórcio fundamentado no “*mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados a mais de dois anos*” (Art.2098, parágrafo 4º.), constatava na lei do casamento civil de 1890. Porém, mantinha a indissolubilidade, afirmado que “o casamento válido só se dissolveria pela morte de um dos cônjuges” (Art. 2111). Ao final desse capítulo faz-se notar o quanto a permanência foi uma característica dominante nas propostas de constituição do matrimônio enquanto instituição social, formadora da família tradicional, onde as origens canônicas da legislação se fizeram ouvir com mais vigor. Porém, enquanto instituto do direito civil, tanto na Espanha, quanto no Brasil, o matrimônio atendeu às necessidades liberais do contexto de mudanças políticas e econômicas, as quais varreram o Ocidente e exigiram alterações campo legislativo. Veremos no capítulo seguinte, como o matrimônio se consolidou, quanto à forma e características, no texto final dos Códigos civis discutidos e aprovados pelas Casas legislativas representantes da sociedade dos dois países, e a quais interesses o modelo consolidado viriam atender.

COMPARAÇÃO DO MATRIMÔNIO NORMALIZADO NO CÓDIGO CIVIL DA ESPANHA (1888/89) E NO CÓDIGO CIVIL DO *BRASIL* (1916)

*A comparação das leis de um país com as estrangeiras
é sempre um estudo útil e proveitoso*

Anthoine de Saint-Joseph

Neste capítulo ocupar-nos-emos da comparação do modelo de matrimônio legislado nos códigos civis da Espanha e do Brasil, identificando as semelhanças e as diferenças, as permanências e os avanços que significaram para os seus respectivos contextos histórico-sociais.

Para proceder esta comparação, elencamos em três grupos os aspectos que entendemos serem os mais relevantes para a compreensão da concepção e da estrutura casamento nos dois códigos, por representarem os assuntos que mais refletem no comportamento social em relação à família, e por esse motivo, os que suscitaram maior discussão durante o processo codificador, e também perante a sociedade em geral. O primeiro grupo que se refere às formas ou classes de casamento admitidas pelos códigos, às exigências para a celebração e a prova do casamento; o segundo, aos direitos e deveres dos cônjuges, dando destaque à situação da mulher casada e seus direitos quanto ao regime de bens e pátrio poder; e o terceiro diz respeito à dissolução do vínculo conjugal, suas características, condições, e os direitos da mulher quanto aos bens e aos filhos após a separação. E ao final do capítulo traremos uma comparação sobre os efeitos da normatização do casamento sobre sociedade, apontados pelos dados censitários que revelam o movimento da população em relação estado civil.

Diante da *“interdependência dos conceitos e normas em toda a matéria de direito civil”* (Beviláqua, 1917, p.32) nosso objeto de pesquisa encontra lugar nos diferentes livros de um código. Para atender ao recorte temático que indicamos acima, estruturalmente nossa pesquisa tem lugar no Primeiro e no Quarto livros do Código Civil Espanhol, respectivamente o Livro *“De las*

personas”, no qual se encontra o Título IV “*Del matrimonio*”²²⁷, que contem todos os temas que envolvem este instituto, e o Livro “*De las obligaciones y contratos*” no qual se encontra o Título III “*Del régimen económico matrimonial*”²²⁸. No Código Civil Brasileiro, nosso tema se resume ao Primeiro Livro da Parte Especial, intitulado “*Do Direito de Família*”, no qual se encontram contemplados o Título I “*Do Casamento*”²²⁹, o Título II “*Dos efeitos do Casamento*”²³⁰, o Título III “*Do regime de bens*”²³¹, e o Título IV (Capítulo I) “*Da dissolução da sociedade conjugal*”.

8.1 As formas de casamento e suas formalidades

8.1.1 As Formas admitidas de matrimônio

A primeira diferença entre o Código Civil Espanhol e o Código Civil Brasileiro, e a principal de todas, é quanto às formas de matrimônio admitidas por cada um deles. A forma do matrimônio estabelecida da Espanha e do Brasil traz uma relação estreita com o modo como o regime de governo desses dois Estados Nacionais, a Monarquia e a República, respectivamente, se relacionam com a religião. O Reino Espanhol de caráter confessional católico, e o caráter laico da República dos Estados Unidos do Brasil, fundada em 15 de novembro de 1889.

²²⁷ Capítulo I. De la promesa de matrimonio; Capítulo II. De los requisitos del matrimonio; Capítulo III. De la forma de celebración del matrimonio; Capítulo IV. De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil; Capítulo V. De los derechos y deberes de los cónyuges; Capítulo VI. De la nulidad del matrimonio; Capítulo VII. De la separación; Capítulo VIII. De la disolución del matrimonio; Capítulo IX. De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Capítulo X. De las medidas provisionales por demanda de nulidad divorcio; Capítulo XI. Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio.

²²⁸ Capítulo I. Disposiciones generales; Capítulo II. De las capitulaciones matrimoniales; Capítulo III. De las donaciones por razón de matrimonio; Capítulo IV. De la sociedad de gananciales; Capítulo V. Del régimen de participación; Capítulo VI. Del régimen de separación de bienes.

²²⁹ Capítulo I. Das formalidades preliminares; Capítulo II. Dos impedimentos; Capítulo III. Da oposição dos impedimentos; Capítulo IV. Da celebração do casamento; Capítulo V. Das provas do casamento; Capítulo VI. Do casamento nulo e anulável; Capítulo VII. Disposições penais.

²³⁰ Capítulo I. Disposições gerais; Capítulo II. Dos direitos e deveres do marido. Capítulo III. Dos direitos e deveres da mulher.

²³¹ Capítulo I. Disposições gerais; Capítulo II. Do regime da comunhão universal; Capítulo III. Do regime da comunicação parcial; Do regime da separação.

No caso espanhol, a aprovação final e sanção do Projeto de Lei de Bases de 1888 dependeram das negociações estabelecidas entre o Estado monárquico e a Igreja. O Livro Primeiro do Código civil, que já havia tido sua redação concluída em 1882, passou por correções realizadas pelos membros da Comissão (de abril a setembro de 1888) devido às modificações introduzidas no Título IV “*Del Matrimonio*”, fruto das negociações estabelecidas com a Santa Sé, como condição para aprovação final do projeto, que de fato, foi concluído após a publicação da primeira edição do Código em 1888, sendo necessária uma segunda edição, em 1889, que contemplasse as atualizações realizadas sobre a matéria.

El articulado referido al matrimonio canónico, es muestra del acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, y causa también del retraso en la aprobación de la Base 3ª; en su virtud, este tipo de matrimonio produce efectos civiles mediante la inscripción en el Registro civil, inscripción no prevista en los Proyectos anteriores, y que es el resultado de la aplicación de la Base concordada con León III (Baró Pazos, 1993, p.275)

O acordo manteve o caráter misto do matrimônio trazido na Lei de 1870, e o Código admitiu duas classes, ou formas, de matrimônio, possibilitando assim, a conciliação do caráter confessional da Monarquia com o artigo 11 da Constituição de 1876²³², estabelecendo assim um casamento canônico para os católicos, e um civil, para os acatólicos. Conciliação essa referendada também pela Carta Encíclica “*Libertas Praestantissimum*: sobre a liberdade humana” (20/0/1888) na qual, entre outras disposições, o papa “*León XIII incorpora al acervo doctrinal de la Iglesia la idea o noción de la tolerancia civil en materia religiosa*” (Fuenmayor, 1989, p.230).

Em relação à forma do casamento, o autor do projeto de Código Civil Brasileiro, Clóvis Beviláqua seguiu praticamente a redação do Decreto n.181 de 24 de janeiro de 1890 que promulgou a Lei do Casamento Civil, instituída pelo recém-proclamado regime Republicano, a qual deliberou sobre as formalidades preliminares, os impedimentos, os procedimentos para

²³² Art. 11. “La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana” (Constitución de 1876. Disponível em: < <http://www.cepc.gob.es>>. Acesso em: 21 mai 2018.

celebração, as condições do casamento com estrangeiros, os efeitos, a nulidade, divórcio e dissolução. A Lei do Casamento Civil passou a vigorar vinte e seis anos antes da promulgação do Código, que apenas confirmou a unicidade do matrimônio civil instituída pela República laica.

O Código Civil Brasileiro não regulamentou o casamento religioso com efeitos civis, e nem sequer foi considerado no projeto primitivo ou proposto no revisado. O teor de laicidade imposto pelos decretos republicanos, e pela Constituição de 1891, e ratificado pelo Código, retardou para a Constituição de 1934 a validade da celebração do *“casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil [...]”*, desde que perante a autoridade civil fossem observadas as disposições da lei e fosse inscrito no Registro Civil (Constituição Brasileira de 1934). A disposição deste artigo constitucional foi posteriormente através da Lei 379/37.

Durante a tramitação do Código foi enviada à comissão uma proposta do Movimento Operário da Capital, de reconhecimento da legalidade das uniões informais. Porém, a proposta não foi sequer debatida, sendo aprovada pelos deputados apenas a formalidade do casamento civil perante uma autoridade judicial, desconsiderando a realidade social das classes populares no Brasil (Marques, 2004).

Figura 5 - Quadro formas de matrimônio

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 42. A ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.</p>	<p>Artigo 180. A habilitação para casamento faz-se perante o oficial do registro civil [...];</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

A redação do artigo 42 do Código Civil Espanhol foi criticada pela imprecisão quanto à necessidade de comparecimento perante a uma autoridade civil, dos que não professavam a religião católica, e que, portanto desejassem realizar o matrimônio civil, do modo que determinava o Código.

Essa imprecisão foi comprovada pelo confuso processo de orientação legal sobre o artigo. Em um primeiro momento, o esclarecimento quanto à interpretação do artigo, teve lugar quando da publicação da Real Ordem de 28 de dezembro de 1900, que determinou a obrigatoriedade do não católico de manifestar, perante a uma autoridade civil competente, não professar o catolicismo, para então ser autorizado a contrair matrimônio civil. O Decreto não deixou dúvida quanto à determinação de que o matrimônio canônico era o único destinado a todos o que professavam a religião católica. Porém, em interpretação contrária, outra Ordem Real, em 1906, determinou que o “*el sistema de matrimonio de libre elección*”, ou seja, o católico poderia escolher a forma para contrair matrimônio, revogada no ano seguinte, sendo restabelecida a interpretação anterior, até a Segunda República.

Diferentemente da Espanha, no Brasil, após a República, o único casamento válido passou a ser o civil, realizado perante um Juiz de Paz, de acordo com Decreto n.181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil. De acordo com o parágrafo único do artigo 108 deste decreto, “*fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimônio pela religião delles*” (Decreto n.181, de 24/01/1890)²³³.

Porém, diante da oposição de parte do clero à obrigatoriedade da realização do casamento civil, e da orientação dada aos fiéis de realizarem apenas o casamento religioso, o governo republicano determinou pelo Decreto n.521, de 26 de junho de 1890, a proibição da “*realização de cerimônias religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores*”.

Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnizalo os nubentes.

Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do acto civil, será punido com seis mezes de prisão e multa correspondente á metade do tempo.

²³³ No Brasil, entre 1870 (Lei do Registro Civil) e 1890 (Lei do Casamento Civil), o casamento válido era exclusivamente o religioso, realizado sob a jurisdição eclesiástica, e registrado no Cartório de Registro Civil para efeito de recenseamento.

Parágrafo único. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas (Decreto n.521, 26/06/ 1890)

A celebração do casamento contra os dispositivos da Lei estava prevista no Código Penal de 1890 no *Artigo 284*. “*Celebrar o ministro de qualquer confissão as cerimônias religiosas do casamento, antes do acto civil: Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000*” (*Código Penal, 11/10/1890*). Sob ameaça de penalidades, os católicos realizavam os dois casamentos, na ordem determinada pela legislação vigente, ou seja, o civil com anterioridade ao religioso.

Embora o Código Civil Brasileiro tenha determinado o casamento civil como a única forma legal, quando legisla sobre as finalidades, proibições (algumas oriundas do catolicismo medieval) e sobre a indissolubilidade, compartilha da concepção eclesiástica descritas nas Constituições Primeiras Arcebispado da Bahia, documento de orientação tridentina vigente na igreja católica do Brasil. Esta concepção moralista do casamento é contemplada pelo Art. 229 que determina os efeitos do casamento, e “*Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos communs, antes delle nascidos ou concebidos*”. Legitimar a família, dominar os corpos, deputar sentimentos, reprimir paixões, procriar e prover o futuro dos filhos são os objetivos do casamento (Beviláqua, 1940). Com a finalidade de atender a tais objetivos, a família foi organizada dentro dos padrões de respeito da moralizadora ética cristã, mesmo estando envolta em um formato civil. São com essas características e finalidades, determinadas por Beviláqua no projeto primitivo e confirmadas pelo projeto revisado pelos deputados e senadores, que o Código Civil brasileiro deu formato à instituição do casamento transformando-o em disposição legal, cuja principal função era formar a família legítima.

É importante ressaltar que esta legitimidade também atendia aos interesses econômicos das famílias proprietárias, interessadas na versão laica do casamento pelo Estado, e pela consequente regulação civil da transmissão de herança.

O conceito de casamento subordinava o indivíduo aos interesses das famílias; as asas do cupido estavam amarradas pelas limitações sociais. Até o final do século XIX, a maioria dos casamentos realizados, nas classes sociais mais abastadas, representa mais um contrato de política e de fortalecimento dos grupos de parentesco do

que uma intenção amorosa. Casamentos entre parentes eram ideais porque garantiam a preservação do *status* e dos bens econômicos numa sociedade cheia de etnias misturadas e de aventureiros (Nunes, 2001, p. 69).

Portanto, a perpetuação do patrimônio familiar se constituía no principal motivo que levava as famílias ao casamento, instrumento primeiro de alianças entre as grandes fortunas regionais, ou manutenção do patrimônio dentro da família através dos matrimônios endogâmicos.

8.1.2 Promessas de casamento futuro ou *esponsales*

Os compromissos antecipados entre os noivos (e suas famílias) tem origem No Artigo 43, o Código Civil Espanhol também manteve como a Lei de 1870 e no Projeto de Lei de Bases de 1882²³⁴ (Art. 28), que as promessas de futuro (*esponsales*) não produzem obrigação de contrair matrimônio, e que “ningún Tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento”. No entanto, o Código regulamentou que a desistência sem “motivo justo”, em caso de que a promessa houvesse sido feita “en documento publico ou privado” ou houvessem sido publicadas “las proclamas”, gerava obrigação de ressarcimento “a outra parte” de “*los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido*” (Art.44) (Código Civil, 25/07/1889).

No caso brasileiro, segundo os artigos 209 e 210 do projeto primitivo de Clóvis Beviláqua, as promessas de casamento “*não produzem obrigação legal*”, sendo apenas exigido indenização por parte do desistente, caso as tenham feito registro público, pelas “*despesas feitas em atenção ao casamento ajustado*” (Projeto primitivo, 1901, Câmara dos Deputados, 2017, p.123). O projeto revisto apresentou duas orientações na ementa que sofreu na Câmara dos deputados sobre essa matéria. A primeira foi a da condensação dos dois artigos em um único, o artigo 218, no qual acrescentaram que a ação para fim de indenização prescrevesse em um ano, e a segunda orientação foi a “*Si não passar (a alteração), substitua-se o art. 218 pelo seguinte; ‘ Ficam abolidos os sponsaes’*” (Projeto revisado, 22^a; Reunião de discussão da Parte Especial, Comissão revisora, 8/11/1901, Câmara dos Deputados, 2017, p.551).

²³⁴ Proyecto de Código civil de 1882 In: Lasso Gaité (1970), 1979.

O artigo 218 do projeto revisado foi duramente criticado no Parecer redigido pelo deputado Anísio de Abreu, relator da comissão da Câmara dos Deputados responsável pelo livro do Direito de Família. Segundo o deputado, essa matéria que estava legislada anteriormente pela Lei de 6 de outubro de 1784, baseada no Concílio de Trento, não foi mencionado na Lei do Casamento Civil de 1890, e portanto não deveria constar no Código, mesmo tendo sido prevista em projetos anteriores²³⁵. O relator reforçou seus argumentos com a afirmação de Teixeira de Freitas, autor das “*Consolidações*”, de que “*as escripturas de esponsaes simplesmente, isto é, as antigas promessas de casamento, não se usavam entre nós*”, e eram consideradas “*inefficazes e, portanto, nullas, inexistentes*”.

O Deputado Anísio de Abreu ao defender a sua extinção do projeto revisado, utilizou-se do direito internacional comparado, indicando que no Code francês a promessa de futuro tinha sido extinta, e no Alemão, outra grande referência dos civilistas brasileiros, aparecia já desgastada, reduzida a um mero fato passível de perdas e danos, mas a sua existência ainda se justificava pelos costumes²³⁶ dos povos germânicos. Segundo o deputado relator do projeto, esse instituto não era compatível com nossos hábitos, com nossas tradições e necessidades jurídicas, sendo, portanto, passível de extinção. E acrescentou ainda, que a promessa de casamento transplantada da metrópole jamais produziu efeito em terras brasileiras, caindo em absoluto desuso, e por isso não foi sequer cogitada na Lei do Matrimônio civil de 1890.

²³⁵ Como no Projeto de Coelho Rodrigues e Feliciano dos Santos, nos quais foi prevista com a liberdade dos contraentes dissolverem o compromisso até o último instante, exigindo apenas indenização ao não arrependido, em caso de despesas realizadas por motivo do compromisso, desde que esse tivesse sido lavrado em escritura pública.

²³⁶ Além do Código francês, as promessas de casamento também não aparecem nos Códigos belga, canadense e japonês. Aparecem, mas não produzem efeitos, e possui poucos detalhes de regulamentação nos Códigos da Itália, da Espanha, de Portugal e da Áustria. O Mexicano menciona os esponsais para declarar que não os reconhecem, e chileno considera as promessas de casamento como um fato privado, de inteira consciência individual (Parecer do Sr. Anísio de Abreu, Direito de Família, 1917, p.801-804).

Figura 6 - Quadro promessas de casamento futuro ou *esposales*

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 43. Los esposales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.</p> <p>Artículo 44. Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.</p>	<p>Não legisla sobre promessas de casamento</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Como observa-se no quadro acima, de fato Código Civil Brasileiro não legislou sobre as promessas de casamento, sendo acatada na aprovação final do projeto, a recomendação da comissão revisora de total extinção desse instituto, como ocorreu na versão final do projeto, “*fazendo-se eco da opinião comum*”, pelo “*esgotamento de energias, por uma decomposição manifesta*” daquele instituto. Segundo o Parecer do Deputado Anízio de Abreu, seria um retrocesso manter uma disposição “*inútil, ilógica e contraproducente*”, e que a sua extinção representou “*uma conquista da cultura jurídica brasileira*” (Parecer do Sr. Anízio de Abreu, Direito de Família, 1917, p.801-804). Pode-se afirmar, portanto, que esse foi um dos aspectos de avanço em relação a matéria de casamento, seguindo orientação de um direito moderno e não legislar sobre um instituto que na prática não era condizente com a realidade social brasileira.

8.1.3 A Celebração do matrimônio: canônico e civil

Após a Restauração Monárquica, o matrimônio canônico voltou a ser o único válido em todo território espanhol, sendo mantida a obrigatoriedade do

Registro Civil instituído pela Lei do Registro Civil de 1870. Como vimos, o Código de 1889 confirmou a forma canônica do matrimônio para os que professavam o catolicismo, e legislou a forma civil para os não católicos. Diante da dualidade de formas de matrimônio, o Código Civil Espanhol determinou os requisitos que deviam ser observados na celebração canônica (artigos 75 ao 82) e os que deveriam ser observados para a celebração civil (artigos 86 ao 100).

Figura 7– Quadro celebração do matrimônio canônico

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 75. Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como Leyes del Reino.</p> <p>Artículo 76. El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.</p> <p>Artículo 77. Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro Civil (Código Civil, 25/07/1889).</p>	<p>Não legisla sobre casamento religioso</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Vê-se no quadro acima que todas as exigências foram atendidas para que o matrimônio preferido pela maioria da população espanhola continuasse sob a jurisdição da Igreja, sendo ministrado como sacramento aos fiéis católicos, sem nenhuma interferência do poder secular, porém com os efeitos civis exigidos pelo Código. Portanto, o Código Civil Espanhol concedeu à Igreja todas as prerrogativas para a celebração do canônico em conformidade com as suas disposições e as do Concílio de Trento, reconhecidas lei em todo o território espanhol, limitando a função do juiz ou oficial do Estado apenas à de verificação da inscrição do matrimônio em ata de registro civil.

Se quanto à celebração do matrimônio canônico os artigos do Código Civil Espanhol confirmaram o atendimento aos principais pontos das negociações do Estado com a Santa Sé, os artigos relacionados à forma de

celebração do matrimônio civil foram redigidos em conformidade com a Lei do Matrimônio Civil de 1870.

Figura 8 – Quadro celebração matrimonio civil

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 86. Los que con arreglo al artículo 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código, presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración, firmada por ambos contrayentes, en que consten: 1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes. 2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres. Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia o consejo, si procediere, y la dispensa, cuando sea necesaria.</p> <p>Artículo 100. Se celebrará el casamiento compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.</p> <p>Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio y si efectivamente lo celebra, y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el Secretario del Juzgado.</p>	<p>Artigo 192. Celebrar-se-á o casamento no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir ao ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 181, § 1º.</p> <p>Artigo 193. A solenidade celebrar-se-á na casa das audiências, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes, pelo menos, duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, em caso de força maior, querendo as partes, e consentindo o juiz, noutro edifício, público, ou particular.</p> <p>Artigo. 195. Do matrimônio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro (art. 202). No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial do registro [...].</p> <p>Artigo 202. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, feito ao tempo de sua celebração (art. 195).</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Ambos os Códigos designaram o Juiz municipal como autoridade perante a qual deveriam ser apresentadas e realizadas todas as formalidades necessárias para o cumprimento dos requisitos exigidos para a celebração do matrimônio civil.

Quanto à prova do matrimônio, tanto na Espanha quanto no Brasil, foram seguidas as legislações anteriores ao Código. Na Espanha a comprovação do matrimônio celebrados após a promulgação do Código fazia-

se mediante “*certificación del acta del Registro Civil*” (Art.53), como estabelecido desde 1870 quando a secularização dos registros paroquiais foi efetivada pela Lei de Registro Civil. No Brasil, o registro civil insituído pelo Imperador D. Pedro II, no artigo 2º da Lei n. 1.829 de 9 de setembro de 1870 , e regulamentado e instruído pelo Decreto 9.886, de 7/3/1888, foi confirmado pelo Decreto republicano de 1890 (Art.49 e 50) como a única certidão de comprovação da realização do casamento válido, e no Código civil pelo Artigo 202 que “*O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, feito ao tempo de sua celebração*”.

8.1.4 Idade mínima para menores contraírem matrimônio

Quando o modelo canônico foi reconhecido pelo Código Civil Espanhol como uma forma legal de matrimônio, trouxe com ele o estabelecimento das idades mínimas permitidas pelos cânones da Igreja para a realização do mesmo. Portanto, nesta matéria o Código acompanhou o Direito Canônico ao estabelecer a proibição de matrimônios de “*homens menores de 14 e mulheres menores de 12*” (Art. 83), fixando assim, as menores idades entre os códigos europeus.

Igualmente, no Brasil monárquico e católico, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, que legislavam sobre o casamento, também reproduziam a matéria conforme as diretrizes canônicas e estabelecia a idade dos nublentes conforme no artigo 267, “*o varão para poder contrair matrimônio, deve ter quatorze anos completos e a fêmea, doze anos, também completos*” (Constituições do Arcebispado da Bahia, 1707). Porém, após a separação da Igreja e do Estado, o decreto republicano, que instituiu o casamento civil em 1890, estabeleceu como proibidos os matrimônios de “*mulheres menores de 14 annos e os homens menores de 16*” (Decreto n.181 24/01/1890, Art. 7 parágrafo 8ª.).

No projeto primitivo, Clóvis Beviláqua criticou a precocidade dos matrimônios permitidos pela legislação canônica, e superou as idades fixadas pelo decreto de 1890, elevando significativamente a idade de quinze anos para a mulheres e dezoito para os homens. Beviláqua justificou que “*com o casamento se contraem obrigações de altíssima importancia, que não podem*

ser bem compreendidas e desempenhadas por pessoas de idade ainda muito tenra” (Bevilaqua, 1917, p.54). Também se reportou ao direito comparado, afirmando que o projeto brasileiro adotava a mesma idade núbil reconhecida pelos Códigos francês, italiano, russo e romeno, ficando atrás apenas do húngaro (16 para mulheres e 18 para homens), e o mais rigoroso de todos, o alemão, que estabelecia que as núpcias somente poderiam ser contraídas após a maioridade (Beviláqua, 1917, p.54).

Contrário a essa elevação da idade mínima pronunciou-se o deputado Andrade de Figueira justificando que *“no nosso clima a puberdade começa para mulher aos 12 anos”* (Anais da Câmara dos Deputados, 1900). O projeto revisto pelo Congresso dos deputados, o parágrafo oitavo do artigo 281 determinou diminuição das idades estabelecidas por Beviláqua, corrigindo o artigo, *“diga-se quatorze, em vez de quinze; deseseis, em vez de dezoito”* (Ata 13ª. da Comissão revisora, 11/05/1900, 1917, p.378). O autor do Projeto insistiu no argumento de que não deveria ser considerado para o estabelecimento da idade mínima apenas a aptidão para contrair núpcias, mas principalmente a capacidade para o exercício da responsabilidade civil (Anais do Congresso dos Deputados, 1901).

Entretanto, esse artigo foi modificado pela emenda 187, apresentada pelo Senado em 1913, que estabelecia a proibição de contrair matrimônio *“as mulheres menores de 16 e os homens menores de 18”* (Diário do Congresso Nacional, 1913). O senado justificou tal emenda pelo fato de *“profunda divergência entre as legislações dos povos acerca da fixação da puberdade”*²³⁷ (Diário do Congresso Nacional, 1913).

²³⁷ O direito canônico, que fixa a puberdade de 12 para as mulheres e 14 para os homens, foi mantida por países como Portugal, Espanha, Inglaterra, Argentina, Chile, México e Uruguai. Entretanto, os códigos da França, Bélgica, Itália fixaram a idade 15 e 18. Outros códigos ainda elevaram essas idades, como a Holanda, Rússia e Hungria, que as fixaram em 16 e 18, a Alemanha em 16 e 21, Suécia em 17 e 21 e a Dinamarca em 20 anos para ambos os sexos.

Figura 9 - Quadro idade mínima para contrair matrimônio

<i>CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL</i>	<i>CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO</i>
<p>Artículo 83. No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.</p>	<p>Artigo 183. São impedidos XII - as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Considerando que as idades estabelecidas pelo Código Civil Brasileiro ficaram superiores aos Códigos de países europeus e americanos, pode-se afirmar que a elevação das idades mínimas exigidas para o matrimônio representou um avanço, no sentido de acompanhar a evolução jurídica, apesar das fortes pressões impostas pela bancada católica durante as discussões travadas no Congresso no momento da aprovação do projeto. Portanto, em comparação com o Código Civil Espanhol, nesse aspecto, a legislação republicana se permitiu laica, e acompanhou a evolução da ciência jurídica do período, o que não foi possível em um Estado Monárquico, oficialmente católico, como o Reino Espanhol, que preservou o modelo canônico, com todos os seus preceitos, no corpo das leis civis, distanciando-se das concepções modernas de nação.

8.1.5 Permissão para os menores e os maiores contraírem matrimônio

Outra diferença entre os dois códigos está relacionada à permissão exigida aos menores e aos maiores no ato de contrair matrimônio. Embora essa exigência já houvesse sido desconsiderada pelo direito canônico, o qual colocava acima da permissão dos pais, a vontade dos contraentes.

[...] a pesar de una larga tradición canónica ya consolidada en la obra de Pedro Lombardo que privaba al consejo paterno de cualquier influencia en la validez del matrimonio, los ordenamientos civiles habían conservado, sin duda alguna influenciados por el derecho histórico francés, la exigencia de este requisito incluso bajo pena de nulidad (Parody Navarro, 2013)

A proibição estabelecida pelo Código Civil Espanhol de 1888 seguiu a mesma orientação e redação do Projeto de 1882, quando proibiu o matrimônio

aos menores de idade aos quais não tivessem obtido licença, e ao maior de idade que não tivesse solicitado conselho (Art.45). A diferença entre o projeto e o código foi a fixação da maioridade. Baró Pazos destaca que, ao longo do processo codificador espanhol, a determinação da maioridade sofreu inúmeras mudanças. Foi fixada em vinte anos pelo Código Isabelino (1851), em vinte e cinco, pela *Ley de Matrimonio Civil* (1870), em vinte e um anos no projeto de Lei de Bases de 1882, e finalmente foi fixada em vinte e três pelo Código Civil Espanhol (Baró Pazos,1992).

Figura 10 – Permissão para os menores e os maiores contraírem matrimônio

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 45. Está prohibido el matrimonio: 1. ° Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la Ley.</p> <p>Artículo 46. La licencia de que habla el número 1. ° del artículo anterior debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre; faltando éste, o hallándose impedido, corresponde otorgarla, por su orden, a la madre, a los abuelos paterno y materno y, en defecto de todos, al consejo de familia.</p>	<p>Art. 185. Para o casamento dos menores de 21 (vinte e um) anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais.</p> <p>Art.186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> Sendo, porém, ilegítimos os filhos, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno.</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

De acordo com o Código Civil Espanhol, mesmo infringindo nas proibições mencionadas no artigo, o matrimônio era considerado válido, porém, os contraentes incorriam em penas previstas no Código Penal, e ainda eram submetidos a restrições como: absoluta separação de bens, proibição de receber doações em vida ou testamentárias um do outro, entre outras. Segundo a terceira regra do artigo 50, “3.ª *Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entre tanto sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes*” (Código Civil, 25/07/1889).

Figura 11 – Permissão para contrair matrimônio: Francisc Batista Ximenes e Maria Hernandez Carbonell - 31 de dezembro de 1868

Teresa Simenes, Ramon Hernandez y Serafino Carbonell,
 madre y padres respectivos de Francisco Batista y Simenes y
 Maria Hernandez, concedemos libre y espontaneo consentimiento
 a' los referidos nuestros hijos para contraer matrimonio
 Reus treinta y uno de Diciembre de mil ochocientos
 sesenta y ocho.
 Por Teresa Simenes que dice no saber escribir, firma a' su ruego
 Antonio Estrella
 Por Ramon Hernandez y Serafino Carbonell que dice no saber
 escribir, firmar a' su ruego.
 Antonio Estrella

M/ Registros

Fonte: Arquivo Histórico de Réus

Em relação a essa matéria, o Código Civil Brasileiro seguiu a mesma redação do projeto primitivo (Art.219), que seguiu a redação do Decreto de 24 de janeiro de 1890, ou seja, da Lei do Casamento Civil, sem alterações. Comparando os artigos de ambos os códigos, evidenciam-se duas substanciais diferenças. A primeira, a maioria espanhola mais elevada que a brasileira em dois anos. A segunda refere-se à relação de gênero que se estabelece em cada código nesta matéria. No caso espanhol, tanto a licença (concedida aos menores) quanto o conselho (solicitado pelos maiores) deveriam ser requisitados primeiramente ao pai, em faltando esse, à mãe, determinando a prerrogativa de autorização exclusivamente ao pai, ou seja, privilegiando a figura masculina as relações de gênero. No caso brasileiro, neste aspecto o Código Civil Brasileiro segue o artigo 18 do Decreto republicano de 1890, e estabelece uma relativa igualdade de gênero quando preconiza em primeira

instância a autorização de ambos os pais (art.185), dando a prerrogativa de exclusividade do consentimento paterno, apenas em havendo discordância entre os dois (art.186).

A comparação também evidencia uma maior importância dada pelo Código Civil Espanhol aos ascendentes, incluindo-os na linha hierárquica dos autores de concessão de licença aos menores e conselho aos maiores de idade. Outra diferença que se faz notar é a presença do Conselho de Família mantido pelo Código Civil Espanhol, e inexistente no brasileiro²³⁸.

8.2 As relações de gênero: os papéis do homem e da mulher em relação aos filhos e bens do casal

8.2.1 Os direitos e obrigações do marido e da mulher

Justificada pela lei da natureza, a inferioridade feminina foi trasladada à lei positiva através dos códigos e leis elaborados durante o processo codificação do século XIX, por influência da Escola Natural do Direito. Em relação à situação jurídica da mulher casada, os Códigos Civis da Espanha e do Brasil, sob a influência do Código Civil Francês²³⁹, confirmaram a supremacia masculina, concedendo ao homem a posição de chefe da família e de representante da legal da mulher. A submissão da mulher à autoridade do pai, e após o matrimônio à do marido foi mantida no texto final dos dois Códigos em questão.

No Código Civil Espanhol os “*derechos y obligaciones entre marido y mujer*” foram dispostos em onze artigos (Arts. 56-66) de uma mesma seção do Título referente ao matrimônio. No brasileiro essa matéria foi legislada separadamente em dois capítulos: um “*dos direitos e deveres do homem*”, composto de sete artigos (Arts. 233-239) e outro “*dos direitos e deveres da mulher*”, com o dobro de artigos (Arts.240-255). Destacamos abaixo alguns dos principais artigos que denotam a diferença dos direitos e obrigação (ou deveres) estabelecida nas relações conjugais de ambos os códigos.

²³⁸ Lembrando que o Conselho de Família encontrava lugar no Projeto de Rodrigues Coelho, com grande peso decisório sob as questões relacionadas ao casamento.

²³⁹ Baseados nos artigos 212, 214, e 1124 do Código Civil Francês (1804), que influenciaram na redação dos artigos referentes aos direitos e deveres da mulher casada nos Códigos Civis Espanhol e Brasileiro, e da maioria dos países da América Latina.

Figura 12– Quadro direitos e deveres dos cônjuges

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 56. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.</p> <p>Artículo 57. El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido.</p> <p>Artículo 58. La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero.</p> <p>Artículo 60. El marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador.</p> <p>Artículo 61. Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley.</p> <p>Artículo 63. Podrá la mujer sin licencia de su marido:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Otorgar testamento. 2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos. 	<p>Artigo 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:</p> <ol style="list-style-type: none"> I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família; IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal; V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art.277. <p>Artigo 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos de família (art. 324).</p> <p>Artigo 241. Se o regime de bens não for o da comunhão universal, o marido recobrará da mulher as despesas, que com a defesa dos bens e direitos particulares desta houver feito.</p> <p>Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Os artigos acima, caracterizados pela superioridade masculina, reproduzia os textos dos projetos e leis que antecederam aos Códigos, demonstrando que naquela matéria não ocorreu nenhum avanço, considerando quase um século de processo codificador no qual as relações conjugais permaneceram praticamente intactas. A mulher casada na condição de protegida e dependente do marido, sendo esse o detentor da “*potestad marital*”. Poder que lhe conferia o título de chefe da sociedade conjugal e representante legal da mulher, com as prerrogativas de administrar os bens da família e da mulher, de decidir sobre a fixação do domicílio²⁴⁰, e sobre a criação

²⁴⁰ Podendo a mulher recorrer aos tribunais para se eximir apenas da obrigação de segui-lo ao exterior.

dos filhos. À mulher casada era exigida a obediência, e a autorização marital para executar atos como exercer uma profissão. Também ficou vedada a personalidade jurídica, sendo proibida de comparecer em juízo sem autorização do mesmo.

No Código Civil Espanhol, além dos artigos relacionados aos direitos e obrigações conjugais, a superioridade masculina no matrimônio encontrava-se confirmada em várias outras matérias normatizadas pelo Código, como por exemplo, *“la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido”* (Art.22). Também ao tratar das causas legítimas do divórcio, o Código confirmou discriminação de gênero ao determinar que *“el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer”* (Art.105) retirando o direito da mulher à inocência, regulado no artigo seguinte, *“el divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente”* (Art. 106). Ou ainda, quando proibida de prestar consentimento em contratos, a mulher casada foi equiparada aos menores, loucos ou dementes, e aos surdos mudos analfabetos (Art. 1263).

O Código Civil Espanhol estabelecia a diferença entre homens e mulheres perante as leis civis antes mesmo do matrimônio, declarando que a maioridade começasse aos vinte e um anos, idade na qual a pessoa passava a ser considerada capaz para todos os atos civil (Art.320), porém, as filhas maiores de idade e menores de vinte e cinco não poderiam deixar a casa paterna sem licença do pai ou da mãe, se não fosse para casar, ou quando um dos pais contraísse novas bodas (Art.321) ²⁴¹. Portanto, a mulher passava da autoridade paterna à autoridade marital, tornando-se termos jurídicos, praticamente pessoa relativamente incapaz, ao longo de toda a vida.

²⁴¹ À mulher foi permitido deixar o domicílio dos pais voluntariamente apenas pela Lei n.31 de 22 de julho de 1972, quase trinta anos após a diminuição da maioridade para 21 anos, em 13 de dezembro de 1943.

Figura 13 – Fotografia de boda s/d



Fonte : Archiu Generau d'Aran. Çò de Bernada de Vielha.

No caso brasileiro, o tratamento reservado pelo Código à mulher, e em especial à mulher casada, não foi diferente. Em relação ao “direito das pessoas” o projeto de Clóvis Beviláqua previa que *“todo ser humano, sem distinção de sexo, nacionalidade, religião ou condição social, é considerado apto para ser sujeito de direitos e obrigações”* (Art.2), porém, este artigo passaria por duas outras modificações. Na revisão do projeto realizada no Congresso dos Deputados, a redação foi modificada para *“todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”*; e na fase final, foi aprovado que *“todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”*. A aprovação desse artigo teve conexão direta com o status civil reservado às mulheres no restante do Código.

O Código declarou as mulheres casadas incapazes “*relativamente a certos actos*” “*enquanto subsistir a sociedade conjugal*” (Art.6), da mesma forma que os menores de idade, os pródigos e os silvícolas.

No projeto primitivo também não constava a incapacidade relativa da mulher. Beviláqua apresentava o argumento de que “*a mulher, juridicamente igual ao homem, nas relações civis, não perdia a sua capacidade pelo matrimônio, que, se é a sua dignificação social, não pode ser a sua degradação jurídica*”, afirmava ainda que “*as diferenças fisiológicas do homem e da mulher não nos autorizam a declarar que o homem é superior à mulher*” (Beviláqua, 1940, p.28). Argumentava ainda o autor do projeto:

Si a nossa Constituição politica é liberal e si liberal é a nossa concepção da vida social, o Direito Privado deve assignalar uma posição correspondente á mulher solteira ou casada, com tanto que não transponha a ante-mural além da qual estaria a desorganização da familia, por cuja segurança devemos velar mais do que nunca, neste momento de crise que a tem abalado em seus mais solidos alicerces. Tem o autor do projecto convicção de que foi, neste ponto, tão liberal quanto lhe era permittido ser (Beviláqua, 1917, p.56).

Em relação à legislação dos povos²⁴², que na maioria mantinha a relativa incapacidade da mulher casada, o projeto de Beviláqua representava, nesse aspecto, um grande avanço. Porém, esta inovação foi terminantemente recusada pela comissão revisora, que, aliás, nem sequer a colocou em discussão, confirmando a vitória do conservadorismo diante das propostas de mudanças consideradas mais audaciosas para a época em questão.

A única alteração proposta para este artigo 6º foi quanto à troca da expressão que melhor designaria que a incapacidade da mulher enquanto subsistisse o “poder marital” ou a “sociedade conjugal”. No texto final prevaleceu a segunda expressão por apelo do autor do projeto que solicitou “*à ilustrada Comissão que retire essa expressão antiquada, e contra a qual, há muitos anos já os bons civilistas reclamavam*” (Diário do Congresso Nacional, 1902), o que na prática não diminuiria o poder atribuído ao marido.

Os direitos e deveres do marido restringem a atuação civil da mulher casada perante a sociedade (Art.233). A mulher presumia autorização do

²⁴² A relativa incapacidade da mulher casada era mantida no direito francês, português, espanhol, argentino, italiano, estadunidense, russo e outros.

marido ou suprimento para contrair obrigações concernentes à indústria ou profissão (Art.253).

Acompanhado as discussões registradas nos Anais da Câmara e Diário do Senado, verificamos que uma emenda proposta no Senado procurou suprimir justamente essa disposição do artigo 253, o que significaria um avanço. Por sua vez a Câmara não aprova a emenda por entender que se nas disposições anteriores a emenda também presumem da autorização do marido para comprar, para obter empréstimos, não seria diferente quando às obrigações estabelecidas pela disposição citada. Quanto a este assunto de incapacidade relativa da mulher casada, verifica-se mais uma permanência do tradicional após as discussões para a aprovação do projeto, confirmando as palavras divulgadas pelo periódico *O Monitor Católico*, ainda no final do século XIX, ao afirmar que “*a mulher não é feita para a vida civil senão indiretamente, por meio da família*” (Evandro, 1991, p.88). De fato, os códigos reservaram às mulheres exclusivamente o interior da casa, permitido a elas apenas ações relacionadas à vida doméstica.

8.2.2 Sistema econômico do matrimônio

Uma parte importante sobre a normatização do matrimônio, a relacionada ao sistema econômico do contrato matrimonial, está legislada no Livro IV do Código Civil espanhol, intitulado “*De las obligaciones y contratos*”, no Título III “*De los contratos sobre bienes con ocasion del matrimonio*”. De acordo com o Código de 1888/89, se o regime econômico não fosse determinado nos acordos pré-matrimoniais, deveria, então, seguir o regime de “*gananciales*”.

Como podemos observar no artigo, o Código Civil Espanhol contemplou o costume dos territórios forais de estabelecer todas as cláusulas contratuais, de acordo com os interesses patrimoniais das famílias envolvidas, em Capítulos Matrimoniais firmados antes da celebração do matrimônio. E estipulou, na falta desse contrato, o regime econômico de “*gananciais*” como padrão para todo o restante do território espanhol. Do artigo 1316 aos 1323, foram determinadas as disposições gerais referentes às Capitulações Matrimoniais em termos de condições, validade e nulidade.

Figura 14 – Quadro sistema econômico do matrimônio

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 1315. Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales (Código Civil, 25/07/1889).</p>	<p>Artigo 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. <i>Parágrafo único.</i> Serão nulas tais convenções: I - não se fazendo por escritura pública; II - não se lhes seguindo o casamento. Artigo 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

Igualmente o Código Civil Brasileiro libera os nubentes para registrar em escritura pública um acordo pré-nupcial. Na ausência desse acordo, o Código determina o regime de comunhão universal dos bens, segundo o qual, “*na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum*” (Art. 266), sob a administração do marido. Sendo permitida à mulher a direção e a administração dos bens do casal apenas quando o marido “*I - estiver em lugar remoto, ou não sabido; II - estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos; III - for judicialmente declarado interdito*” (Art.251).

Dentre os artigos modificados pelas propostas dos deputados espanhóis, e que significaram avanço na condição da mulher casada, está o Artigo 59, que foi acrescido de uma limitação ao poder do marido como administrador dos bens da sociedade conjugal, o qual estabelece que “*el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario*, y lo que dispúesto en el artículo 1.384²⁴³” (grifo nosso) (Código Civil Espanhol, 25/07/1889). Dessa forma, o Código abriu margem de liberdade para o estabelecimento de acordo entre os cônjuges, e de possibilidade de que o marido nem sempre fosse o administrador total dos bens. Antecedem a esse artigo, outros três que definem os bens “*parafernales*” e confirmam o domínio da mulher sobre os mesmos.

²⁴³ Artículo 1384. La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante un Notario con intención de que los administre. En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales (Código Civil, 25/07/1889).

Segundo Baró Pazos, essa limitação não aparecia no Projeto de 1851 e nem na Lei de Matrimônio Civil de 1870 e foi introduzida na Lei de Bases de 1888 como um avanço por influência do princípio de liberdade de contratação entre os cônjuges, oriundo do Direito Foral, em especial da liberdade das estipulações matrimoniais do Direito Aragonês (1992, p.275). Canovas também já havia creditado esses avanços em relação à sociedade conjugal aos Direitos Forais “*al permitir la libertad de pactos en las capitulaciones matrimoniales*” (1968, p.129).

8.2.2.1 Capítulos Matrimoniais – Caso da Catalunha

A Catalunha é a região Foral em que as Capítulos Matrimoniais, ou “*Capítols Matrimoniais*” foram mais frequente e tradicionalmente utilizadas como modo para estipular “*las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros*”, conforme consta no artigo 1315 do Código Civil Espanhol. Por esta prerrogativa, os capítulos matrimoniais também estabelecem uma intrínseca relação do regime econômico matrimonial com o modelo familiar e o sistema de transmissão de herança, de caráter muito particular em relação ao que se pode observar no cenário do Direito Civil Espanhol.

A contundente defesa dos costumes catalães pelos deputados e senadores, representantes deste território, junto à Comissão de Codificação, e principalmente durante as sessões de discussão do projeto no Congresso e do Senado, garantiu aos catalães a confortável condição de lançar mão dos costumes forais nessa matéria, “*sin otras limitaciones que las señaladas en este Código*”, como também confirmou o Artigo 1315.

Os Capítulos Matrimoniais são um instrumento jurídico de origem medieval, constituído de um conjunto de documentos utilizados para a fixação dos pactos matrimoniais que, a partir do século XVII, se consolidaram na Catalunha como o principal sistema de contratação de matrimônio e transmissão de herança.

Amb l'objectiu de regular l'ús d'un patrimoni dins del matrimoni i establir les condicions del pacte o aliança entre dues famílies, els Capítols Matrimoniais representen un veritable codi del règim

econòmic del grup corresident. Marquen las condicions estructurals del grup domèstic, atribueixen la contribució del marit i la muller i defineixen la natura dels béns matrimonials. A la vegada, regulen un cicle familiar, des de la seva criació fins a la seva successió per un altre o la seva desaparició. El seu estudi, doncs, resulta bàsic per conèixer no només el règim econòmic matrimonial, sinó també el procés de transmissió de la propietat i les precisions sobre les característiques del grup domèstic. (Roigè, 1988, p.409).

Els capítols eren fruit d'una negociació entre dues famílies (feien tractes) i quan anaven al notari, s'establia un diàleg en el qual les famílies manifestaven els seus temors i esposaven les experiències pròpies i alienes en l'ús de determinades clàusules. Aquesta forma de contractar matrimoni convertia els capítols em un document que anava recollint les experiències de la gent en les practiques quotidianes del sistema de transmissió de béns. (Ferrer Alòs, 2010, p.87)

A utilização dessa tipologia de documento deveu-se ao modelo medieval de família troncal, estabelecido na Catalunha desde o século XIV. Esse modelo contrário ao costume legal de divisão igualitária da herança entre os filhos era caracterizado por um sistema de herdeiro único de todo o patrimônio dos pais. De acordo com o sistema, o filho primogênito constituía-se no único herdeiro do patrimônio familiar, e seus irmãos e irmãs recebiam uma parte estipulada em dinheiro para seu sustento quando deixassem a casa paterna, um dote, e outros benefícios correspondentes à sua parte na legítima. Para assegurar efetivação desse sistema, todas as cláusulas relacionadas à transmissão de herança eram estabelecidas no contrato matrimonial do herdeiro único.

Até o início do século XVII, o contrato matrimonial era composto por uma diversidade de atas notariais ou documentos avulsos que podiam ser firmados frente a um ou a diferentes notários, em distintas localidades, a depender da eleição das famílias dos noivos que recebia o nome de *Nuptialia* (Núpcias). A partir do século XVII, teve início uma transição da variedade de atas das *Núpcias* para redução de todas em um único documento com várias partes, ou capítulos, denominado de *Capítulos Matrimoniais* (Donat Pérez; Marcó Masferrer; Ortí Gost, 2010).

Pere Gifre Ribas, pesquisador do Centro de Pesquisa de Historia Rural da Universidade de Girona, elencou três fatores, de caráter social, técnico e teórico, como os responsáveis pelo processo de unificação e implementação dos Capítulos Matrimoniais como documento único para formalização do contrato matrimonial. Em primeiro lugar a necessidade social, principalmente

da elite (nobreza), da utilização de uma tipologia contratual mais eficiente e que regulasse com maior clareza o montante dos dotes e doações no momento da transmissão do patrimônio. O segundo fator está relacionado à técnica notarial aperfeiçoada pela unificação e impressão de formulários padrão para a elaboração das atas notariais referentes aos contratos matrimoniais. Os avanços técnicos foram impulsionados por importantes publicações elaboradas, entre séculos XVI e XVIII, por notários laicos e paroquiais, constituídas de formulários padronizados e modelos de Capítulos Matrimoniais, imprescindíveis no processo de institucionalização desses como tipologia documental notarial para efetuar a contratação matrimonial entre as famílias

²⁴⁴. O terceiro fator decisivo para a institucionalização dos Capítulos Matrimoniais é a produção teórica dos juristas consagrados como Joan Pere Fontenella, *De pratis nupcialis* (1612) e outros (Grife Ribas, in: Ros Manssana, 2010).

Segundo Gifre Ribas, a imposição dessa tipologia documental não se deu de forma igualitária em toda a Catalunha, havendo regiões que mantiveram a tradição das *núpcias*, mas sem nenhuma dúvida os Capítulos Matrimoniais tornaram-se, por excelência, a partir do século XVII, a forma de contratação matrimonial mais versátil e com possibilidades de salvaguardar a integridade do patrimônio das famílias contratantes (Grife Ribas, in: Ros Manssana, 2010).

Durante todo o século XVIII e as primeiras décadas do século XIX, essa era uma prática quase unânime em todos os casamentos, inclusive, uma exigência da Igreja para realização da celebração do sacramento (Roigè, 1988). O documento era composto por diferentes instituições jurídicas:

1. Donacions paternals vers el marit.
2. Donació del dot a la muller, per part del seus paras.
3. Recepció del dot per part del marit, donació de l'escreix i hipoteca d'algunes propietats del marit com a garantia dotal.
4. Previsió del règim econòmic matrimonial, habitualment d'associació de compres i millores.
5. Previsió de les caracteístiques de l'herència i de la transmissió patrimonial entre els descendents de la nova parella o en absència d'aquests. (Roigè, 1988, p.411).

²⁴⁴ *Opera artis notariae theoreticam simil el praticam eruditionem complectentia*, de Jeroni Galí (1582), *Constitutiones Synodales Vicences* (1591), *Viridarium artis Notariatus*, de Josep Gomes (1704), *Theorica artis Notariae*, de Gilbert (1772).

O modelo de Capítulos Matrimoniais mais frequentemente era o firmado entre as famílias de um filho primogênito herdeiro único (*hereu*) e a filha não herdeira de outra família (*cabalera*). Também ocorria casamento entre um filho não herdeiro único (*cabaler*) e uma herdeira única (*pubilla*), e também entre dois herdeiros. Depois de casado, o herdeiro trazia sua esposa para viver na casa de seus pais, com quem passavam a conviver, juntamente com os demais filhos e filhas solteiras.

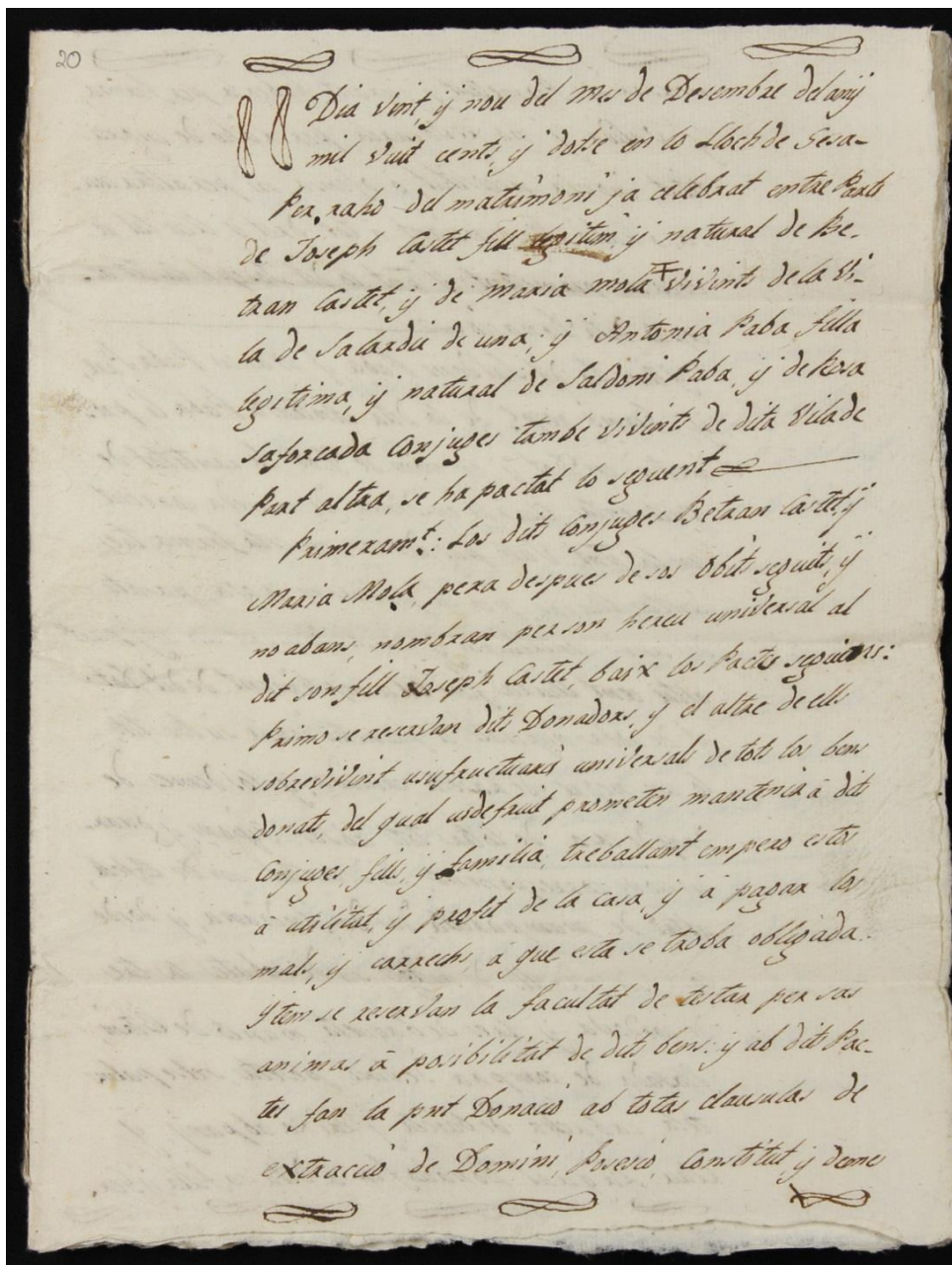
O professor Llorenç Ferrer i Alòs (2010) explicou os nove itens, ou capítulos, nos quais eram apresentadas as cláusulas dos Capítulos Matrimoniais. O primeiro item, *L'heretament* (herança), constituía-se na nomeação do herdeiro e na doação paterna de todos os bens da família, no momento em que esse estava contraindo matrimônio. Caso o filho herdeiro não tivesse descendência, a herança poderia passar para outro filho que pudesse assegurar a cadeia da hereditariedade da família de uma geração à outra.

Para salvaguardar os direitos do pai, que realizava a doação absoluta de seu patrimônio em vida, havia duas possibilidades: a primeira era garantir-lhe uma reserva de usufruto para pai não ficar desprotegido perante o filho proprietário, e após a sua morte, essa garantia era estendida à mãe viúva; a segunda opção consistia em tornar efetivamente o filho herdeiro, proprietário e administrador do patrimônio absoluto, apenas após a morte do pai, cláusula que ficava estabelecida pelo documento denominado "*promesa d'heretar*". Nesse caso, era o novo casal que ficava em uma situação de submissão, dependente da vontade e do sustento dos pais do herdeiro (pactos de alimentos). Além do usufruto, outras reservas eram determinadas pelo *l'heretament*, como a reserva de uma quantidade em dinheiro para ajudar os demais filhos e filhas, como também uma reserva para alguma despesa necessária, com o velório.

O *Dot* (dote) era o segundo item do Capítulo Matrimonial, e consistia em uma quantia de dinheiro, que a noiva recebia e aceitava de sua família para levar à família do noivo, que seria a sua nova família a partir do matrimônio. O valor do dote era estipulado pelo pai, pela mãe viúva, ou pelo irmão herdeiro da noiva, e era baseado na legítima paterna, materno e esponsalício. O valor também poderia ser constituído de alguma "causa pia" que a noiva tivesse direito, ou ainda, de economias que ela tivesse acumulado de algum trabalho

remunerado. Depois de estabelecido o valor, se acordava seria pago no momento do casamento ou se o valor seria dividido para ser pago em prazos diferentes. Além da quantia do dote, a família da noiva também doava o *l'aixovar* (enxoval).

Figura 15 – Primeira página de Capítulo Matrimonial de 29/12/1812



Fonte: Arquivo Histórico de Arán

O terceiro item se tratava de *L'aportació del dot*, que era a entrega do dote à família do noivo, que o incorporaria ao patrimônio familiar e o administrava a partir de então. O quarto item, era a *Carta dotal i augment del*

dot o escreix (aumento do dote ou acréscimo). O quinto item era a *Carta de debitori* (carta de débito), utilizada quando o dote não era pago em sua totalidade no momento em que os Capítulos Matrimoniais eram firmados. Nesse documento, a família da noiva reconhecia a dívida e comprometia-se em pagar o restante de acordo com o que ficasse estabelecido na carta de débito. A *Renúncia de la núvia als drets sobre la casa d'origen* constituía-se no sexto item dos capítulos, e significava a renúncia da noiva aos direitos de herança da casa de seus pais, encerrando dessa forma a relação econômica com a sua família de origem. Esse ato evitava a reclamação futura de direitos de herança por parte dos filhos segundos, protegendo dessa maneira a estabilidade jurídica do herdeiro único, titular do patrimônio familiar.

O sétimo item, *el nomenament d'hereu* (nomeação do herdeiro) era uma espécie de testamento futuro, no qual eram nomeados os futuros herdeiros, em ordem de nascimento, dando preferência aos filhos homens. O oitavo item, *penes i fiances* (penas e fianças) foi uma clausula estabelecida a partir do século XV com o objetivo de garantir que o acordo entre as famílias não fosse quebrado durante o período entre o noivado e o casamento. Constituía-se na atribuição de penalidades à parte que quebrasse o acordo e impedisse que o casamento fosse celebrado no prazo estabelecido. Também determinava a apresentação de um fiador para garantir que a promessa de matrimônio fosse cumprida. A partir de meados do século XVII a multa foi substituída por um simples compromisso de cumprimento dos capítulos, sem aplicação de pena, segundo Ferrer i Allós, devido a uma maior confiança entre as partes ou devido à redução dos prazos entre o noivado e a realização do casamento (Ferrer i Allós, 2010, p.80). O nono item, *Renúncies a determinats drets*, determinava ao cônjuge a renunciar outros direitos que pudessem ser reclamados no futuro, com o objetivo de afastar qualquer ameaça que afetasse a lógica do sistema de herança estabelecido, ou seja, de herdeiro único.

Os Capítulos Matrimoniais, que desde suas origens, serviram aos interesses das famílias catalãs no que se refere à normatização de um sistema hereditário que preservasse o patrimônio familiar, durante todo o século XIX experimentaram um processo de descenso em sua prática. A vertiginosa queda de sua utilização, segundo Xavier Roigè (1988, p.410) explica-se por ser essa uma estratégia econômica que dependia da posição social que ocupava a

família, e, portanto a utilização dos Capítulos Matrimoniais como instrumento de perpetuação do patrimônio familiar justificava-se apenas para as famílias abastadas e médias. O número de famílias proprietárias havia diminuído com as mudanças impulsionadas pelo novo modelo econômico que vinha sendo implementado pela burguesia industrial. Outro argumento que se junta a esse é o de Ferrer Alòs, que aponta a industrialização e a codificação de leis civis, dois fenômenos do século XIX, como responsáveis pela diminuição do número de Capítulos Matrimoniais. A industrialização pelo fato de que a partir dela, as fontes dos recursos familiares passaram a ser também provenientes de atividades externas, e não apenas do patrimônio familiar. E a codificação no que diz respeito à sistematização do registro de propriedade, da lei hipotecária, e do novo sistema de fiscalização sobre as heranças e doações. Essas mudanças alteraram a evolução dos Capítulos Matrimoniais, e inclusive questionaram a sua utilidade, diminuindo a sua prática e tornando-os mais breves do que os redigidos nos séculos anteriores (Ferrer i Alòs, 2010).

Durante o processo de codificação do Direito Civil Espanhol, principalmente a partir do projeto de Código Civil Espanhol de 1851, intensificou-se a resistência dos políticos e juristas da Catalunha em defesa da instituição catalã do herdeiro único, e das capitulações matrimoniais como forma de contrato pré-nupcial, no qual se estabeleciam as condições do sistema econômico do matrimônio e, portanto, liberdade de testar. O fato de terem sido mantidos no Código Civil Espanhol de 1889 contribuiu para que, durante a primeira metade do século XX, os Capítulos Matrimoniais tivessem uma consideração maior por parte de alguns autores. Porém, após a regulação regime familiar e de herança da Catalunha pela *Compilació* de 1960, o uso dos Capítulos entrou em queda vertiginosa (Gongost Colemer, 2010). Foi verificado um crescente na utilização dos Capítulos nas últimas década do século XX, porém de acordo com Rosa Congost Colemar “*els nous capítuls matrimoniais tene molt més a veure amb les separacion i divorcis que amb la voluntat de preservar integramente patrimoniis familiars*” (2010, p.89).

Os Capítulos Matrimoniais constituem-se em uma fonte privilegiada e cada vez mais utilizada na investigação de história social pelos os historiadores de família porque permitem “*conèixer les característiques del sistema familiar i les estratègies de reprocuació social de las famílias*” (Rosa Ros Massana,

2010, p.11). Além da história da família, a história das mulheres, a história do consumo, questões relacionadas a mobilidade social, a desigualdade social e o analfabetismo são algumas das possibilidades temáticas que podem ser exploradas tendo como fonte os Capítulos Matrimoniais²⁴⁵.

De acordo com professor Llorenç Ferrer Alòs (2010), os Capítulos Matrimoniais constituem-se em um bom exemplo de um instrumento jurídico configurado lentamente a partir da soma da experiência com a tradição jurídica acumulada através do tempo como uma solução institucionalizada pelo direito aos problemas colocados pelas relações sociais, nesse caso, em especial as relações matrimoniais e seus desdobramentos.

8.2.3 O Exercício do pátrio poder durante o matrimônio

A concepção romana de autoridade paterna presente no Código Napoleônico, em uma versão moderna que substituiu a autoridade egoísta por um sentimento altruísta em benefício do filho, foi a que serviu de influência para os Códigos espanhol e brasileiro. Da concepção romana foi trazida para os códigos modernos a exclusividade do poder do pai sobre os filhos, como demonstram os artigos abaixo. Assim como a posição reservada à mulher na sociedade conjugal, o estabelecimento do poder do pai sobre os filhos foi uma questão pacífica durante o processo de codificação, não trazendo os projetos anteriores ou discussões, nenhuma proposta considerável de alteração do teor desses artigos que o normatizaram.

Ambos os códigos excluem totalmente as mulheres do direito de exercer autoridade sobre os filhos concebidos no casamento. Segundo o código espanhol, a mulher poderia exercê-lo somente na falta do pai, em situação de incapacidade, abandono comprovado, intervenção civil, sentença relacionada ou divórcio e morte (Art.169, 170). Porém, à viúva era permitido o exercício do pátrio poder desde que não contraísse segundas núpcias, ou o marido houvesse deixado em testamento a permissão para fazê-lo (Art.168), voltando

²⁴⁵ Como apresentadas antropólogos e historiadores no livro organizado por Rosa Ros Massana, "*Els Capítols Matrimonals: una font per a la Historia Social*", referentes à Catalunha, da Idade média à contemporânea.

a recobrá-lo em caso de enviudar (Art.169) novamente. Em caso de separação os filhos pertenciam ao pai.

Figura 16– Quadro exercício do pátrio poder durante o matrimônio

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.</p> <p>Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.</p>	<p>Artigo 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

No Brasil, em caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, a guarda dos filhos poderia ser acordada entre os pais (Art.326), em caso de desquite judicial, os filhos menores ficariam sobre a guarda do cônjuge inocente e no caso de ambos culpados, o código estabelecia que a mãe ficasse com as filhas enquanto menores, e os filhos fossem entregues ao pai quando completassem seis anos. Dependendo da gravidade das causas do divórcio, “a bem dos filhos” o juiz poderia proceder de forma diferente às previstas no código (Arts. 226 e 227, parágrafos 1º e 2º),

Os artigos acima seguem a mesma orientação do que foi estabelecido quanto aos direitos do homem e da mulher (principalmente da mulher casada), ou seja, da supremacia masculina, enquanto chefe da família, e a submissão da mulher não apenas em relação ao pater marital, mas também em relação ao exclusivo exercício do poder do pai sobre os filhos comuns, o pátrio poder.

8.3 A dissolução do vínculo conjugal

Espanha e Brasil mantiveram em seus códigos o caráter perpétuo do vínculo conjugal, seguindo a orientação do Direito Canônico, de tradição cristã . De fato o caráter indissolúvel do casamento, fundamentado pela Igreja Católica durante o período medieval, quando foi constituída a sua sacramentalidade, perdura há séculos entre as nações cristãs, baseada na teologia do laço indissolúvel entre a Igreja e Cristo, que encontra sustentação nas doutrinas no Velho e Novo Testamentos²⁴⁶.

No século XVIII, por influência da Escola do Direito Natural, que buscou nas origens pagãs das uniões consensuais, o caráter contratual do casamento, antes da construção da sacralidade por parte do cristianismo, iniciou-se um movimento de laicização do matrimônio. A separação entre o aspecto civil do contrato e o aspecto sagrado do sacramento foi efetivada pela Revolução Francesa, que instituiu pela lei de 1792 um “*divorcio muito liberal*”, no qual eram previstas três modalidades: pela livre manifestação dos esposos, pela incompatibilidade de caráter entre os cônjuges, e ainda por causas enumeradas pela lei, como, demência, condenação grave, crimes, injúrias graves, e abandono. (Segalem, 2003, p.128). No início do século XIX, com o processo codificador iniciado na França (1804), o divórcio de caráter absoluto passou a ser legislado em alguns códigos de países católicos ou não.²⁴⁷

Diante da influência divorcista do Código Civil Francês, a Igreja fez duas publicações confirmando sacramentalidade do matrimônio e condenado as ideias favoráveis à sua dissolução como mero contrato. A primeira, Syllabus, de 1864, que continha os “*Principais Erros de Nossa Época*”, entre os quais o Papa Pio IX, no qual constavam um capítulo sobre “erros acerca do matrimônio cristão”, dentre os principais, os que atacavam a indissolubilidade do matrimônio.

65º Não há razão alguma para julgar que Cristo elevasse o matrimônio à dignidade de Sacramento. 66º. O Sacramento do

²⁴⁶ Bíblia, N.T. Mateus Cap.19, vers. 3-6; Efésios 5, 23-25.

²⁴⁷ O divórcio absoluto já era legislado na França, Alemanha, Rússia, Venezuela, Japão, e outros. Código Civil Francês, arts. 227, 229 e segs.(abolido pela lei de 8 de maio de 1816 e restaurado pela lei de 27 de julho de 1884); Código Civil Alemão, art. 1.564 e segs.; Decreto Português de 3 de novembro de 1910, art.1º; Código Civil Uruguaio, art.186 (segundo a lei de 26 de outubro de 1907) e outros.

matrimônio é apens um acessório de contrato de que se pode separar, e o mesmo Sacramento consiste tão somente na Benção nupcial. 67º. Pelo direiro natural o vínculo matrimonial não pe indissolúvel, e em muitos casos pode a autoridade sancionar o divorcio propriamente dito (Cyllabus, Principais Erros de Nossa Época, Vaticano, 1864)

A segunda publicação foi a Carta Encíclica *Arcanum Divinae Sapentiae*, do Papa Leão XIII em 1880, especificamente sobre a família, a qual estabelece os limites do poder civil sobre a mesma. Na carta, o papa exaltou o matrimônio cristão e suas finalidades, condenou veementemente o divórcio e “los naturalistas y todos aquellos que se esfuerzan en divulgar por todas las naciones estas perversas doctrinas”, e exortou aos bispos a se certificarem de que os povos “no olviden jamás que el matrimonio no fue instituido por voluntad de los hombres, sino en el principio por autoridad y disposición de Dios”. Também elencou os males que causa o divórcio, estabeleceu a conduta da Igreja frete ao mesmo.

Hay que reconocer, por consiguiente, que la Iglesia católica, atenta siempre a defender la santidad y la perpetuidad de los matrimonios, ha servido de la mejor manera al bien común de todos los pueblos, y que se le debe no pequeña gratitud por sus públicas protestas, en el curso de los últimos cien años, contra las leyes civiles que pecaban gravemente en esta material [...] (Carta Encíclica *Arcanum Divinae Sapentiae*, Vaticano, 10/02/1880)

Foi a partir desses documentos que a Igreja impôs seu magistério contrário ao divórcio, fazendo-se representar fortemente em todos os momentos nos quais esse tema foi colocado em discussão ao logo do processo codificador. Por sua influência junto a Monarquia, com a utilização da imprensa católica e através de políticos conservadores que defendiam o matrimônio canônico indissolúvel nas tribunas do Congresso dos Deputados e no Senado em nome da tradição, tanto o Brasil quanto a Espanha conservaram em seus códigos o caráter perpétuo para o vinculo conjugal²⁴⁸.

Durante todo o processo codificador espanhol, em todos os projetos, sempre existiu uma tensão entre a versão secularizadora e a versão canônica do matrimônio. Os liberais advogavam a necessidade de separar o sacramento do contrato, reservando o primeiro à jurisdição da Igreja, e reivindicando para o Estado a exclusiva competência do contrato matrimonial.

²⁴⁸ Itália, a Argentina, Chile, Colômbia e outros.

Fuenmayor (1990) adverte que independente dessa discussão sobre a separação entre o sacramento e o contrato, nenhum dos projetos de código civil na Espanha concebeu o divórcio como quebra do vínculo matrimonial, mas apenas separação de corpos.

Figura 17 – Quadro dissolução do vínculo conjugal

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
<p>Artículo 52. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.</p> <p>Artículo 104. El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados</p> <p>Artículo 106. El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente.</p>	<p>Artigo. 315. A sociedade conjugal termina:</p> <p>I- Pela morte de um dos cônjuges.</p> <p>II - Pela nulidade ou anulação do casamento.</p> <p>III - Pelo desquite, amigável ou judicial.</p> <p>Parágrafo único - O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges.</p> <p>Artigo. 318. Dar-se-á também o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.</p>

Fonte: Código Civil Espanhol, 25/07/1889; Código Civil Brasileiro, 01/01/1916.

O Código Civil Espanhol manteve a indissolubilidade do matrimônio desde o primeiro projeto, o mais liberal de todos, do de 1821 (Art. 331), criticado por mesmo *“Los anhelos liberadores del Trienio liberal frente a la Iglesia, no alcanzaron -en absoluto- al divorcio, que Napoleón había introducido en el Código de los Franceses, que tanta influencia tuvo en los redactores del proyecto español”* (Peset Reig, 1875, p.81). Embora tenha dado, assim como o de 1833, a competência das causas do divórcio aos tribunais seculares. O Projeto de Garcia Goyena, de 1851, um tanto mais conservador, concede ao Estado o direito de julgar as causas da separação em relação ao contrato por entender que essa causas mantém intactas o sacramento, ou seja, o vínculo perpétuo do matrimônio.

O projeto de 1869, embora seja fruto de um período liberal revolucionário, também reservará ao matrimônio o lugar da tradição, afirmando que *“el matrimonio es por su naturaleza indisoluble”* (Art.51), sendo seguido pela Lei do Casamento Civil, de 1870, o maior expoente do pensamento liberal sobre matrimônio, que declara a indissolubilidade do matrimônio em seu primeiro artigo. Na exposição de motivos apresentada ao Congresso, foram as seguintes as palavras de seu autor, Monteiro Rios:

[...] el matrimonio continuará indisoluble como hasta aquí, con la unidad, con la monogamia, como sometido a las elevadas condiciones a que le sometió la Iglesia católica de Occidente, y como hasta aquí, no descenderá en una sola línea de la dignidad y del elevado carácter que le dio la Iglesia de Jesucristo. Entre tanto, y por el sistema desenvuelto en el proyecto de ley, ni una sola regla de moral habrá de lastimarse, así como habrán de lastimarse las más fundamentales con el sistema que está rigiendo en las naciones protestantes (Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, n. 269, 29 de abril de 1870, p. 7.558 apud Fuenmayor, 1990, p. 233-234)

Portanto, a versão laica do matrimônio civil obrigatório instituída pela Lei do Matrimônio Civil de 1870, foi caracterizada pelo reconhecimento da superioridade da lei civil sobre a canônica ao determinar a forma, os procedimentos da celebração para ter validade, e a competência dos juízes laicos para julgar as causas da separação, e não pelo rompimento com a sua concepção cristã, consagrada pela tradição praticada pela maioria da população do Estado espanhol.

Esta orientação foi seguida no Projeto de Lei de Bases, de 1882. *“El matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”* (Art.52), sendo admitida apenas a separação de corpos, pois *“el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados”* (Art. 104), o chamado “divorcio impropio”.

No Código Civil Brasileiro não foi admitida sequer a palavra divórcio, tendo sido utilizada a expressão “dissolução da sociedade conjugal” como título referente à matéria, e a palavra “desquite” para designar a separação dos corpos. Porém, em comparação com seu homônimo espanhol, avançou ao considerar o “mútuo consentimento dos cônjuges” (Art.318) como motivo para a solicitação do desquite, ou separação, bem como ao admitir no artigo 30 da Lei de Introdução o reconhecimento da dissolução do vínculo matrimonial através do divórcio legalmente pronunciado no estrangeiro.

As justificativas que verificamos nas falas dos deputados da Comissão Especial da Câmara para a não aprovação do divórcio estavam baseadas no fato de que a manutenção do casamento não era apenas de interesse pessoal, mas também e inclusive, familiar e social, e esses interesses eram permanentes, porque a família e a sociedade são instituições de natureza permanente (Beviláqua, 1975).

Em ambos os países os argumentos contrários ao divórcio sustentavam-se no desamparo dos filhos, sacrificados pelo egoísmo dos pais que decidissem pela separação, e no desmantelamento da família, a qual o divórcio traria funestas consequências sociais, pois acarretaria a formação de gerações inaptas ao convívio normal em família e em sociedade, além de incentivar a promiscuidade ao instituir um caráter passageiro ao casamento (Anais da Câmara dos Deputados, 1902). No Brasil, o relator do projeto resumiu os principais dos motivos para a recusa do divórcio, com as seguintes palavras:

A Comissão, em sua maioria, está convencida de que o divórcio, no clássico sentido de dissolução completa do vínculo conjugal, não encontraria apoio em nossos hábitos e tradições, não moraliza a família, não seria uma solução conveniente a certos males que porventura possam acometer a esta última; poderia ser um fenômeno de desmoralização, facilitando aos maus os meios de por em prática os seus desregramentos e aos infelizes outros ensejos de verem renovadas as suas desventuras (Anais da Câmara, 26 de fevereiro de 1902:48)

Porém, o conflito que se estabelecia dizia respeito não apenas aos aspectos religiosos e morais, como também aos aspectos jurídicos, pela contradição doutrinária ao se estabelecer como único casamento válido o civil, sem permitir o divórcio. Essa contradição dava mostras do perfil conservador que caracterizou o processo codificador em relação a normatização da família. Dentre as defesas mais audaciosas a favor do divórcio, durante a discussão dos artigos referentes a esta matéria, se encontrava a do Deputado Adolpho Gordo, nas sessões da Câmara de 19 a 28 de fevereiro de 1902, quando criticava abertamente o peso das tradições religiosas na decisão dos assuntos que deveriam ser considerados exclusivamente os aspectos jurídicos:

[...] apreciarei a questão do divórcio exclusivamente sob um aspecto: - o aspecto jurídico. E é esse o aspecto, Sr. Presidente, pelo qual o Congresso na confecção do Código Civil, deve encarar o assumpto, desde que é certo que o nosso regimen é de completa separação da igreja do Estado, de ampla liberdade de consciência e de cultos, e desde que é certo que a nossa lei fundamental, em termos bem claros e precisos, estabelece – que o único casamento que a República reconhece , é o civil. (Anais da Câmara, 19 a 28 de fevereiro de 1902).

O mesmo deputado declara em uma das reuniões que o parecer da Comissão em relação ao divórcio “*não é pobre, é paupérrimo de ciência*”, por

considerar que este “*poderia ser um fermento de desmoralização*” da sociedade; quando nas mais respeitadas páginas da ciência do direito, o divórcio, na doutrina de Eurico Cimballi, é concebido como uma lei da alta moralidade. Ao alistar os países que já admitiram o divórcio, tais como Bélgica, Alemanha, Áustria, Suíça, Inglaterra, Rússia, Noruega, EUA, Adolpho Gordo conclui ironicamente que “*só na infeliz sociedade brasileira é que o instituto do divórcio vae ser um fermento de desmoralização*” (Anais da Câmara, 1902).

Outra defesa foi a do deputado Fausto Cardoso, que no momento da apresentação do parecer da Câmara no Congresso Nacional, contestou a afirmação do presidente da comissão de que o Projeto do Código Civil satisfazia as exigências do nosso meio jurídico, com a seguinte crítica: “*não está no nosso meio jurídico um código que é feito para um paiz onde há casamento civil, cuja consequência jurídica é o divórcio e que, entretanto repele esse instituto*”. (Anais da Câmara, 1902, p.15).

Apesar de todas as discussões, no projeto final apresentado pela Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados, em 1902, prevaleceu a indissolubilidade do casamento (Art. 323). A Comissão justificou a decisão em nome dos caros sentimentos da maioria do povo brasileiro, e julgava “*haver interpretado e acatado*”, cumprindo seu papel como seu representante, mantendo a tradição, o mesmo ocorrendo no Senado. Mantidas as tradições, aprovou-se o desquite, a separação dos corpos, contra a total dissolução do vínculo. Mesmo com argumentos contrários, o desquite foi a solução encontrada pelos conservadores para que fosse mantida a indissolubilidade do casamento garantida pela lei.

8.4 Efeitos da secularização do matrimônio no Movimento da População

Objetivando perceber na realidade social os reflexos da regulamentação do casamento, apresentaremos a seguir alguns dados censitários sobre o movimento da população em relação ao sexo, estado civil, e números de casamentos, realizados antes e depois da promulgação dos Códigos Civis nos dois países. Antes, porém faz-se necessário uma breve caracterização das condições nas quais os registros civis foram captados para a organização dos

dados publicados pelos órgãos oficiais de estatística do Reino Espanhol e da República brasileira, respectivamente.

O diretor geral do Instituto de Geografia e Estatística, Cárlos Ibañez, externou, no prólogo (1877) do relatório do Movimento Nacional de População (MNP) referente aos anos de 1861-1870, a situação de notória impossibilidade para a organização dos dados sobre o movimento populacional espanhol devido a “*las tristes causas que se lo han impedido*”, referindo-se ao contexto social e político inaugurado com a Revolução de 1868.

Segundo o diretor do Instituto, o censo deveria ter se estendido até o ano de 1872, no entanto, o atraso no envio, a falta de organização e confiabilidade dos registros civis enviados pelo dos governos das provinciais impossibilitou a publicação dos mesmos. Portanto, o senso foi elaborado a partir de dados relativos aos nascimentos, matrimônios e falecimentos que foram registrados pelas paróquias de todas as províncias espanholas até 1870, ano em que foi promulgada a Lei do Registro Civil. A justificativa para o atraso do envio dos dados e a má qualidade dos registros civis foram justificadas por Cárlos Ibañez pela quantidade de trabalho acumulado pelos governos provinciais desde a promulgação da Lei do Registro Civil, e pelo número insuficiente de funcionários dedicados à execução e organização desses registros. A falta de costume da população em realizar a inscrição dos nascimentos e casamentos no Registro Civil das províncias²⁴⁹ era outra justificativa para que tais registros não fossem confiáveis, e não guardarem correspondência com a realidade.

Contra todos esses fatores que impossibilitavam o trabalho de reunião dos elementos necessários para o estudo do movimento da população na Espanha, e para “*sacar este importantíssimo servicio de la impotencia en que se hallaba sumido*”, o diretor do Instituto de Geográfico e Estatístico remendou três importantes medidas:

[...] la primera, crear un personal idóneo, inamovible y dependiente tan sólo de la Dirección general, que, distribuido en las provincias, recibiese directamente los elementos de las inscripciones, los depurara y formase los resúmenes correspondientes; la segunda, cambiar por completo el sistema seguido hasta el día y pedir, como

²⁴⁹ O que não ocorria em relação aos falecimentos, por ser esta uma das exigências para proceder ao enterro.

en otras naciones europeas, á los Registros civiles, en lugar de complicados estado numéricos, sencillos extractos de las inscripciones en papeletas correlativamente numeradas, remunerando al personal encargado de hacerlos, en vez de exigirle gratuitamente este trabajo; y la tercera, no contentarse, por ahora, con lo datos suministrados por el naciente Registro civil, y acudir, en la misma forma, en demanda de los suyos, á los Registros parroquiales, fuente de cuantos estudios sobre el movimiento de la población de España se han llevado á cabo hasta nuestros días (Prologo do MNP 1861-1870, p. 6-7, 1877)

As palavras do presidente evidenciam a total falta de estrutura, mecanismos logísticos e métodos confiáveis por parte do Registro Civil para organizar os dados que deveriam ser facilitados ao Instituto. No entanto, reconhece os esforços do Governo da S.M., no concernente a organização do pessoal e a atualização do método de trabalho. Inclusive, os dados dos anos de 1861 e 1862 que já haviam sido publicados, foram incluídos no decênio 1861-70 para acompanhar a metodologia utilizada pelos modernos centros estatísticos, de outras nações europeias. Segundo Ibañez , esses centros, de alta reputação científica, afirmavam ser necessários no mínimo uma década de dados para realização de um estudo confiável do movimento populacional, para que *“se puedan estudiar con más precision las leyes generales que se deducen de los numerosos hechos registrados”*²⁵⁰(1877, p.7).

Instituto Geográfico e Estatístico espanhol admitia que ao final dos anos 1870 a Espanha encontrava dificuldades ainda insuperáveis para obtenção dos dados referentes aos fenômenos de emigração, imigração e movimento interno da população. No geral, os dados ainda demonstravam consideráveis inexatidões, e falta de classificação (profissão, grau de instrução, e outras), como traziam os censos das demais nações europeias. Diante das dificuldades, os censos sobre o movimento da população eram elaborados basicamente a partir dos dados extraídos de três fenômenos: de nascimento, casamento e morte. Sendo o do casamento o mais que aportava informações.

Es el hecho del matrimonio el punto culminante del movimiento de la población; el que lleva en sí la razón de los progresos que en ella se realizan, y el que en la estadística constituye como la piedra de toque en que se comprueban las cifras de los nacimientos (Instituto Geográfico estadístico, 1877)

²⁵⁰ Práticas recomendadas por um Congresso internacional de Estatística.

Os dados do decênio 1861-70, de procedência do Clero, com a experiência de séculos de registros paroquiais, foram considerados fidedignos à realidade. Os registros paroquiais eram considerados de fonte segura, e caracterizados por uma informação detalhada, com uma sequência histórica interrompida, ano a ano, com números de todas as províncias do Reino. A preferência pelos registros paroquiais, aos civis, se justificava desconfiança e o descrédito conferido ao Registro civil, incompleto e impreciso em face de realidade social.

Contabilizada a partir dos registros da Igreja, a média anual do matrimônio na Espanha no período de 1861-1870 foi de 124.183 matrimônios efetivados, 0,76 por cem habitantes, uma das mais altas da Europa, elevando em consequência a de taxa de natalidade no mesmo período.

O ano de 1870, como vimos, foi um divisor de águas na história do matrimônio na Espanha, pela promulgação das leis do Casamento e do Registro Civil. A lei estabeleceu o matrimônio civil como o único válido em todo o território espanhol, e como não poderia ser diferente, em um país majoritariamente católico, foi rejeitada por quase a totalidade da população, que continuou contraindo matrimônio nos moldes da tradição religiosa. A obrigatoriedade do matrimônio civil foi revogada pelos decretos de 1875, quando da Restauração Monárquica. Porém foi mantida a Lei do Registro civil, que determinava que as uniões matrimoniais religiosas, a única reconhecida para os que professavam o catolicismo, deveriam ter suas partidas registradas pelo Juiz municipal. A não observância desta determinação refletiu nos dados sobre o matrimônio dos censos seguintes, como podemos observar na tabela abaixo.

Figura 18 – Tabela Movimeto de população – Matrimônios 1861-1892

PERÍODOS	POBLACION Número de Habitantes	MATRIMONIOS Promedio anual	MATRIMONIOS Por cada 100 habitantes
1861-70	16. 303 987	124.183	0,76
1878-82	16.820.603	108.712	0,65
1883-85	17.193.119	110.137	0,64
1886-92	17.560.352	127.52	0,73

Fonte: Instituto Nacional de Estadística (INE). Matrimonios. MNP 1886-1892, Madrid, 1895, p.22.

Os dados da tabela acima demonstram que a média do número de matrimônio efetivados no decênio de 1861-70 é mais elevada em comparação com os períodos posteriores, levando-se em conta o número de habitantes. Poder-se-ia deduzir uma redução da nupcialidade a partir de 1870, se não considerássemos que a partir desta ano, a maioria dos contraentes não apresentava aos Juízes municipais “*las partidas sacramentales*” para serem registradas no livro dos Registros civis. Não apenas a discordância da a lei era motivo da não efetivação do registro, mas também questões como a falta de informação, as distâncias nas prefeituras, onde se encontravam os Registros civis, e as despesas despendidas para a observância da lei.

Esta prática refletiu numericamente nos censos seguintes, 1878-82 e 1883-85, que tiveram as médias anuais mais baixas de todo os períodos, em torno de 0,65 por cem habitantes, e também nos três anos do período seguinte, que registraram o menor número de matrimônios da segunda metade do século XIX.

Figura 19 – Tabela movimento populacional Espanha- Matrimônio civil 1887-1888

AÑOS	MATRIMONIOS CIVILES EFECTUADOS
1877	68
1880	71
1881	64
1882	92
1883	64
1884	85
1885	77
1886	92
1887	115
1888	143
SUMAS	871

Fonte: Instituto Nacional de Estadística (INE). Matrimonios. MNP 1886-1892, Madrid, 1895, p.22.

Os decretos de 1875 determinaram o matrimônio civil aos que não são católicos. Os reduzidos registros dessa forma de casamento encontrados para o período de 1887 a 1888, esse último, o ano da promulgação da primeira edição do Código, deram prova plena de que a esmagadora maioria da

população espanhola professava o catolicismo, e aceitava apenas o casamento religioso como o verdadeiro vínculo conjugal. É bem verdade, que a pressão familiar e social frente a obrigação de manter a tradição com certeza inibiu pretensos candidatos ao matrimônio civil²⁵¹. O que nos leva a deduzir que o número tão reduzido para toda a Espanha pode ser formado também por estrangeiros não católicos.

Somente a partir da segunda edição do Código Civil Espanhol, publicada em 26 de maio de 1889, na qual constava o Acordo que os ministros da Coroa firmaram com a Santa Sé, o qual concedia efeitos civis aos casamentos religiosos, e exigia que a cerimônia tivesse a presença de um juiz municipal, foi que se evidenciou o crescimento gradativo dos registros de casamento no quadriênio de 1889-92, como pode verificar na tabela abaixo.

Figura 20 – Tabela Movimento populacional Espanha - Matrimonio 1889-1892

AÑOS	POBLACION Número de Habitantes	MATRIMONIOS Registrados	MATRIMONIOS Por cada 100 habitantes
1889	17.658.764	138.229	0,78
1890	17.751.893	141.839	0,80
1891	17.845.022	156.092	0,87
1892	17.938.151	151.416	0,83
Promedio	17.798.457	146.894	0,83

Fonte: Instituto Nacional de Estadística (INE). Matrimonios. MNP 1886-1892, Madrid, 1895, p.19.

É interessante observar que a média anual de matrimônios registrada no período pós Código Civil, superou a média anual dos registros paroquiais da Igreja contabilizados no decênio 1861-70, evidenciando além de um crescimento da taxa nupcial, também a efetivação dos registros devido a presença de uma autoridade civil na celebração do casamento religioso, aproximando os números à realidade social. Nas palavras do presidente do Instituto Geográfico e Estatístico, este censo (1889-1892), em termos de matrimônio, o registro civil expressou *“el exacto grado de nupcialidad que en los presentes tempos alcanza nuestro país”* (1895, p.19). Sem dúvida, se o Registro civil não tivesse se acercado das cerimônias religiosas, como determinou o

²⁵¹ Em algumas províncias não chegaram a registrar nenhum matrimônio civil durante o período, como foi o caso de Álava, Burgos, Cáceres, Castellón, Ciudad Real, Cuenca, Huesca, Jaén, Lugo, Navarra, Oviedo, Palencia, Pontevedra e Segóvia. (1895, p.22)

Código, não seria possível essa aproximação entre os dados e a realidade social.

No Brasil, a Lei do Registro Civil surgiu da necessidade de contabilizar todos os cidadãos do império, independente da religião, haja vista que os registros paroquiais contemplavam apenas os católicos que registravam os eventos de nascimento, casamento e morte junto às autoridades eclesiásticas.

Um dos principais motivos que impulsionaram a criação do registro civil foi a chegada de um número maior de imigrantes, com a necessidade de mão de obra livre, criada pela Ley Eusébio de Queiros, de 1850, que decretou a proibição do tráfico de escravos para o Brasil. Diante desse contexto, aumentou consideravelmente o número de estrangeiros vivendo no Brasil, os quais trouxeram crenças e costumes diferentes dos encontrados na sociedade brasileira. Uma dessas diferenças era a prática do casamento com efeitos civis, permitido pelas religiões protestantes. Após debates parlamentares e discussões na imprensa sobre a situação de insegurança jurídica das famílias estrangeiras, foi aprovada a lei n.1144 de 1861 a qual conferiu efeitos civis aos casamentos não católicos, desde que esses casamentos fossem realizados por uma autoridade religiosa.

Com o intuito de promover um levantamento populacional para além do alcance os registros paroquiais, o governo imperial criou em 1870 foi a Direção Geral de Estatística, órgão responsável pela organização do recenseamento geral da população, com o objetivo principal de controlar melhor a ocupação do território imperial. Quatro anos mais tarde, em 1874, foi criado o Registro Civil, porém mantendo a validade dos registros paroquiais.

A conotação secular dos registros foi promovida com a implantação do regime republicano, quando da separação do Estado e Igreja, e a instituição do casamento civil, pelo Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, como o único válido para todos os cidadãos da república brasileira. Posteriormente o Código civil de 1916 ratificou a secularização do casamento.

Na tabela abaixo, apresentamos os dados censitários relativos à população segundo sexo e estado civil, trazidos em censos populacionais, realizados antes e depois da instauração da República, com o objetivo de perceber o grau de aceitação ou de resistência da sociedade à secularização do casamento.

Figura 21 – Tabela População do Brasil – sexo e estado civil 1872-1920

ESPECIFICAÇÃO	1872	1890	1900	1920
SEGUNDO SEXO				
Homens	5.224.551	7.237.932	8.831.002	15.443.818
Mulheres	4.887.510	7.095.983	8.487.554	15.191.787
SEGUNDO ESTADO CIVIL				
Solteiros (1)	7.191.761	9.987.013	11.981.30	21.378.568
Casados	2.467.487	3.768.182	4.592.309	7.883.827
Víúvos	452.813	578.720	744.942	1.373.210
TOTAIS	10.112.061	14.333.91	17.318.55	30.635.605
	5	6		

Fonte: Direção Geral de Estatística. Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro.

Ao observar esses dados censitários em relação ao índice de nupcialidade da sociedade brasileira, nas últimas décadas do século XIX e as primeiras do século XX, deparamo-nos com um número muito baixo de pessoas casadas em relação à totalidade da população. O que se constata através dos números apresentados é um altíssimo índice de celibato, o que não corresponde de fato à realidade vivida pela maioria da população adulta, evidenciando que a opção do concubinato era feita pela grande maioria, apesar da pressão da Igreja²⁵² para que fossem sacramentadas as uniões, e apesar também das penalidades prescritas nas leis para as uniões ilegítimas²⁵³.

De acordo com relatório do ministro da justiça Epiácio Pessoa (1889-1901) o numer reduzido de casamento civil no total da população brasileira, além ter motivo na propragada da Igreja contra o mesmo, envolvia outras duas questões: “1) a desinformação da população, sobretudo rural, de que o casamento civil seria obrigatório; 2) e a ineficácia dos governos na instrução e fornecimento dos livros necessário para a execução do registro civil e o de casamento” (Santos, 2017, p.18).

²⁵² A Igreja pressionava impondo penalidades ao que viviam abertamente em concubinação ou adultério. Nas visitas feitas às Paróquias eram identificados os fiéis que viviam em uma dessas circunstâncias, a esses não era concedida a comunhão.

⁵⁴ Ver Livro V das Ordenações Filipinas.

Analisando a família brasileira do século XIX, Eni de Mesquita Samara (1983) aponta-nos alguns dos principais motivos que justificam o alto número de pessoas solteiras em relação ao total da população, ou seja, a preferência da maioria da população pelo celibato ou concubinato. O primeiro desses motivos está relacionado ao fato de que o casamento era uma opção apenas para uma parcela da população, por ser considerado uma eficiente aliança de interesses entre famílias abastadas, interessadas na preservação do patrimônio e manutenção do prestígio e estabilidade social. Sendo assim, estava limitado por padrões e normas que o levassem de fato a atender a esses interesses.

Origem de nascimento e da posição sócio-econômica eram consideradas características primordiais no processo de seleção do cônjuge, o que restringia a prática do casamento a um limitado círculo social. Quando um membro da elite não encontrava um pretendente à altura, o celibato era a melhor opção. No intuito maior de preservar patrimônio familiar, eram comuns os casamentos consanguíneos até a 4^a. geração, apesar das proibições estabelecidas pela Igreja, que na prática terminava por facilitar tais uniões por serem preferíveis a ter que conviver em concubinato. Outro motivo que Eni Samara Mesquita apresenta para justificar o baixo índice de nupcialidade é o custo das despesas matrimoniais:

O matrimônio, em muitos aspectos dependia da situação financeira dos noivos. Da parte da mulher, desde que houvesse condições econômicas, existia o dote e o pretendente deveria apresentar provas de que uma sobrevivência, ao menos decente, seria assegurada à mulher, durante a vida conjugal e também na viuvez.

O alto custo das despesas matrimoniais era outro entrave à legitimação das famílias, o que favorecia a concubinação entre as camadas mais baixas da população. A celebração legal implicava em despesas, direitos e obrigações recíprocos de fidelidade e assistência. Por isso, os homens pobres relutavam em formar laços legítimos, preferindo viver concubinatos, mesmo sob pena de serem recolhidos às cadeias e sentenciados pela Junta da Justiça. (Mesquita, 1983, p.51-52)

Apontados os motivos sociais e econômicos que explicam o baixo número de casados entre a população brasileira do final do século XIX e início do XX, importa-nos destacar que a secularização do casamento e a sua obrigatoriedade do registro civil, ocorridas ao raiar da República e confirmada

no Código Civil de 1916, numericamente não alterou o quadro anterior à separação da Igreja e do Estado, como se pode constatar pelos dados censitários apresentados.

Figura 22 – Tabela Movimento populacional Brasil – Estado Civil por Unidades administrativas - Recenseamento de 1920

UNIDADES POLÍTICAS	POPULAÇÃO	SOLTEIROS	CASADOS	VIUVOS
DISTRITO FEDERAL	1.157.873	744.463	324.926	82.855
ALAGOAS	978.748	676.798	250.213	49.003
AMAZONAS	363.166	274.221	72.824	15.765
BAHIA	3.334.465	2.234.451	664.997	128.695
CEARA	1.319.228	944.984	309.180	63.090
ESP. SANTO	457.328	316.271	121.318	17.788
GOIAZ	511.919	355.625	131.051	23.329
MARANHAO	874.337	663.351	175.415	34.336
MATO GROSSO	246.612	185.049	51.761	8.804
MINAS GERAIS	5.888.174	3.967.793	1.646.430	267.401
PARÁ	983.507	752.440	183.862	45.727
PARAÍBA	961.106	707.148	212.021	41.356
PARANÁ	685.711	448.296	210.042	26.552
PERNAMBUCO	2.154.835	1.541.331	498.356	112.612
PIAUI	609.003	444.722	136.727	26.526
RIO DE JANEIRO	1.159.371	1.101.818	376.716	76.669
RIO G. DO NORTE	537.135	380.442	132.983	22.565
RIO G. DO SUL	2.182.713	1.512.830	581.586	81.185
SANTA CATARINA	668.743	450.481	192.470	24.567
SÃO PAULO	4.592.188	2.903.416	1.480.084	197.645
SERGIPE	477.064	344.449	109.318	23.076
TERR DO ACRE	92.379	67.008	21.547	3.657
BRASIL	30.635.605	21.313.387	7.883.827	1.373.210

Fonte: Anuário do Brasil. Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro.

Destacam-se na tabela acima algumas unidades políticas onde se encontram os mais altos e mais baixos índices de nupcialidade em todo o país. Pode-se verificar que São Paulo e Paraná apresentam, respectivamente, 32,2% e 30,6% de casados em relação ao total de suas populações. A proximidade dos grandes centros urbanos e industriais pode ser um facilitador ao acesso de melhorias de vida, possibilitando condições de legitimar as uniões, ou a concentração nesses centros de um maior número de famílias abastadas com o interesse de manter o patrimônio através de alianças matrimoniais. Outra possibilidade de explicação é vinda para o Brasil dos

casais de imigrantes europeus legalmente unidos pelas leis de seus respectivos países, e cujos casamentos eram reconhecidos pelo Código Brasileiro, como também manutenção da tradição do casamento pelas gerações seguintes.

Por outro lado, o inverso dessas proposições acima apontadas pode ser considerado para se analisar os números do Pará (18,7%) e do Ceará (19,9%). As distâncias em relação às grandes centros, o isolamento da maioria da população no interior dessas unidades, desenvolvendo uma economia basicamente de subsistência, e a falta de recursos são fatores que podem contribuir para a explicação do fato de que a maior parte da população dispensasse as formalidades da lei, as quais não alteravam em nada seu modo de vida.

No Brasil, a recusa à secularização do casamento, em se tratando de um país no qual a maioria da população professava o catolicismo, poderia ser considerada fator elucidativo do baixo índice de casamentos civis que aparecem nos censos. Porém a religiosidade não nos garante essa sugestão devido ao evidente fato de que nem mesmo sob a pressão da igreja, e quando o casamento civil ainda não era obrigatório, mesmo os que se declaravam católicos não sacramentavam suas uniões, preferindo o celibato ou concubinato. Há que se ter em conta que nas camadas mais abastadas o casamento religioso jamais deixou de ser celebrado com toda a pompa e reconhecimento. As famílias da elite, tradicionalmente católicas, embora beneficiadas em termos patrimoniais com a implantação do casamento civil, se mantiveram moldando as relações familiares sob a rígida regra de moralidade da sempre vigilante Igreja.

Na Espanha, quando a legislação ousou romper com a tradição do casamento religioso, foi praticamente ignorada. A alternância na legislação referente ao matrimônio, canônico-civil-canônico, foi pouco considerada pela maioria da população espanhola, que se manteve resistente às mudanças impostas pela legislação laica do Estado. Somente quando o Estado conciliou a lei e a tradição, determinando como formas válidas de matrimônio, a canônica e a civil, os números refletiram na dinâmica do movimento populacional, a preferência pela prática do matrimônio religioso. Esse matrimônio passou a ser realizado na presença de uma autoridade civil (Juiz) com um único objetivo

de efetivação do registro. Registro necessário para a garantia de outros direitos civis formalizados pelo Código. Inversamente, no Brasil a resistência da legislação às uniões informais consolidadas fez com que a maioria da população brasileira permanecesse fora dos limites legais do vínculo conjugal. Seriam necessárias algumas décadas para que a lei se aproximasse da realidade social.

8.5 Apontamentos sobre as alterações introduzidas na legislação sobre o matrimônio posterior aos Códigos civis

Não tardaram em se fazer necessárias as alterações em ambos os códigos, como exigência do descompasso entre a lei e a realidade social diante das transformações econômicas e sociais, causadas principalmente pelo acelerado processo de industrialização e urbanização das primeiras décadas do século XX. Porém, assim como no período de codificação do século anterior, as mudanças se fizeram de maneira lenta, e sob um clima de constantes embates entre as forças políticas conservadoras, apoiadas pela Igreja, e as forças políticas liberais.

A família continuava sendo a instituição de grande interesse do Estado para a garantia de um mais eficiente controle social, porém, as transformações pelas quais passavam o mundo ocidental requeriam dela uma maior flexibilidade em relação aos papéis desempenhados por cada um de seus membros. A relação matrimonial era o fio condutor para as alterações e manutenção do equilíbrio desta instituição enquanto base da sociedade, e, portanto, despertava grande interesse por parte das esferas de poderes constituídos.

Traremos nos parágrafos seguintes uma apresentação das alterações realizadas nos dois códigos em relação aos aspectos que delimitamos para este capítulo, o matrimônio, os direitos e deveres dos cônjuges (relação de gênero) e o divórcio.

8.5.1 Alterações no Código civil espanhol de 1889: da permanência da tradição aos avanços pós 1978

Com base nos textos selecionados para o estudo da família espanhola após a promulgação do Código de 1889 (Roigé, 2011; Aguado, 2011) podemos dividir a análise das alterações do Código civil em relação à família, ao matrimônio, e as relações de gênero, em dois períodos principais e distintos. O primeiro, e longo período, foi o compreendido entre a Restauração e o final do Franquismo, e foi caracterizado pela permanência da tradição e do conservadorismo em relação a tudo que dizia respeito à instituição família; o segundo período foi o compreendido entre o fim da ditadura de Franco e a promulgação da Constituição de 1978, sendo esse caracterizado pela abertura política e pelos avanços em termos de conquistas sociais, que trouxeram importantes alterações de caráter social e jurídico da família e do matrimônio.

De acordo com Roigé (2011) o modelo de vida familiar desenvolvido na Espanha, principalmente na segunda metade do XIX, se constituía a partir de três conceitos básicos: feminilidade, amor e privacidade. O primeiro foi o responsável pelo recolhimento da mulher à esfera doméstica ao atribuí-la por excelência os papéis de esposa e mãe; o segundo aparece como a base do verdadeiro ideal para matrimônio, e o terceiro como fruto da separação das esferas de produção, reprodução e residência, atribuindo o caráter acolhedor e íntimo ao espaço familiar. Para o autor, o Estado Liberal empreendeu uma verdadeira cruzada no processo de difusão desse modelo burguês de família

El Estado liberal, la Iglesia y las ideologías reformistas encontraron en la familia un elemento central para la propagación de sus ideas y su modelo de organización social. A través de los discursos ideológicos, de las reformas sociales, y de la acción de las instituciones fue extendiéndose un modelo familiar que llegaría a su máxima difusión en los años cincuenta y setenta del siglo XX, los años del reino de la familia conyugal, justo antes de las grandes transformaciones de los setenta (Roigé, 2011, p. 667).

Até a década de setenta, a permanência foi a principal característica no que se refere ao processo de regulação da família e do matrimônio na Espanha. Essa permanência, como expostas nas palavras do professor Roigé, foi resultado da eficiência dos discursos jurídicos, consolidado no Código civil (pese a diversidade de modelos de família e do regionalismo), do discurso

religioso e do discurso higienista, promotor das reformas sociais protetoras das relações familiares, através do controle do “comportamento da mulher”, da “estabilidade conjugal” e da “felicidade dos filhos” (Roigé, 2011, p.674).

Portanto, o modelo de família ao longo período compreendido da Restauração ao final do Franquismo era o estruturado sob um matrimônio religioso, caracterizado pela superioridade masculina, pela submissão da mulher e dos filhos à autoridade do marido e do pai, e pela ideia de plena realização feminina através da maternidade, bem como de sua reclusão ao espaço privado do lar, excluída da vida pública. Devido a consonância entre o modelo de família preconizado pelo Código e os interesses do Estado (e suas ações para a manutenção deste modelo), foram poucas as alterações significativas ate o final da década dos setenta.

Así que a partir de 1889 y hasta su modificación en la Segunda República, el Código civil sancionaría a asimetría y la desigualdad de derechos entre mujeres y hombres, particularmente en el seno de la familia y en el modelo de matrimonio, al convertir el marido en representante legal de la mujer y en el administrador del os bienes de la sociedad conyugal (Aguardo, 2011, p.751)

Portanto, da promulgação do Código civil , em 1889, aos anos trinta do século XX, foram poucas mudanças do texto em relação à família, mas especificamente foram concernente ao direito sucessório, e com pouca repercussão à estrutura principal da instituição.²⁵⁴

As características citadas por Ana Aguado (2011), referentes ao modelo da família e de casamento instituído pelo código, foram contundentemente contestadas durante a Segunda Republica, na década de trinta. A legislação republicana destinada à família teve um caráter modernizador em relação aos demais países do continente europeu, e caracterizou-se por mudanças estruturais da instituição familiar como, a implantação do matrimônio civil obrigatório, a instituição do divórcio (1932), a igualdade de gênero em relação aos cônjuges, a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, a regulação do direito ao aborto e criação de instrumentos de controle de natalidade. Porém,

²⁵⁴ Foram efetivadas apenas duas mudanças em relação ao direito sucessório: a Lei de 21 de julho de 1904, modificando os artigos 588 e 732, suprimindo os requisitos do papel selado para o testamento ológrafo, e um Real Decreto de 13 de janeiro de 1928, modificando os artigos 954 e 959, que limitou o direito da sucessão intentada dos parentes colaterais até quarto grau.

“a pesar de la intensidad de los cambios introducidos por la legislación republicana en materia familiar, éstos tuvieron una reducida incidencia colectiva y los comportamientos familiares variaran muy poco” (Roigé, 2011, p.725). A forte oposição da Igreja frente a nova legislação destinada à família, e a fraca adesão social às impopulares mudanças de caráter radical, como o divórcio e o aborto, ditou o tom de continuidade dos padrões católicos e conservadores da sociedade espanhola.

Após a Guerra Civil, e com tomada do poder pelas forças franquistas, a família foi cooptada pela ideologia do novo governo como o “elemento central da sociedade”, sendo por este exaltada e protegida como a “célula primeira da sociedade”. Além da exaltação do papel central da instituição como formadora da sociedade espanhola, a política familiar do franquismo constituiu-se ainda de outros elementos fundamentais como: o fomento à nupcialidade e à natalidade, o reforço ao patriarcado e a conservadora divisão dos papéis do marido, como o chefe da família, e da mulher como procriadora e administradora das tarefas domésticas, e a moralização dos costumes familiares (“ameaçados pela promiscuidade republicana”). Portanto, o conservadorismo e a continuidade do modelo familiar instituído pelo Código foram a tônica da legislação destinada a família durante todo o período ditatorial, com o total apoio da Igreja Católica.

Além da legislação, e do discurso religioso, os “manuais de urbanidade” dirigidos especialmente às mulheres difundiram as convenções e normas de comportamento para todos os membros da família, segundo o modelo burguês, com o objetivo de convertê-la, por excelência, em disciplinadora primeira dos membros da sociedade. Além do aspecto social, a família também foi a base para a formação e manutenção de uma elite econômica que tinham nas relações de parentesco e nos acordos matrimoniais a base para o controle dos principais setores da economia espanhola (Roigé, 2011).

Durante o Franquismo foram poucas e tímidas as alterações que significaram avanços em relação a legislação sobre a família, o matrimônio e as relações de gênero. Um esclarecimento foi introduzido ao artigo 321 através da Lei de 20 de dezembro de 1952, em relação situação das filhas maiores de idade e menores de 25 anos. De acordo com o artigo anterior, as filhas não poderiam sair da casa dos pais ao menos que fosse para “tomar estado” ou se

os pais contraíssem novas bodas. De acordo com a tímida reforma, foi suprimida a expressão “tomar estado”, que havia sido interpretada até 1901 apenas como o ato de contrair matrimônio, dando assim maior claridade às condições nas quais a filha maior de idade e menor de vinte e cinco anos poderia sair da casa dos pais: quando se casasse, ou quando ingressasse em um Instituto aprovado pela Igreja, ou ainda se os pais contraíssem bodas ulteriores, ou quando ocorresse alguma outra causa que justificasse a separação, até esta idade estaria sob o pátrio poder. Este artigo 321 foi revogado apenas 25 anos depois pela Lei de 22 de julho de 1972, a partir da qual a mulher tinha o direito de abandonar voluntariamente o domicílio paterno (Cazorla Gonzalez, M.; Cazorla Gonzalez, L. 2009, p.55).

A mais extensa de todas as alterações do Código de 1889 em relação à família e ao matrimônio durante o período franquista foi a Lei de 24 de abril de 1958. Em relação ao matrimônio, considerada de caráter conservador, por ter o objetivo de adequar o Código ao Concordato de 1953.

La presente modificación del Código Civil, la más extensa de las introducidas hasta ahora, **afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato** concertado el veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres **entre la Santa Sede y el Estado español**; introduce algunas novedades en la materia de adopción, que caía en desuso en la época codificadora ha llegado a adquirir una pujante vitalidad; **aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer**, que hace mucho tiempo se hallaba planteado, y modifica la regulación de los derechos sucesorios de cónyuge superviviente estableciendo un régimen más simple a la vez que se aumenta la participación viudal (Ministerio de Gracia y Justicia, Ley de 24 de abril de 1953, publicada 24/04/1958. Disponible em: www.boe.es).

A lei confirmou todas as prerrogativas de celebração do matrimônio à Igreja Católica. Teve o cuidado de substituir no artigo 44 o termo “formas” de matrimônio para “classes” de matrimônio, segundo a Comissão, com o objetivo de não induzir a equiparação do casamento canônico, a forma sacramentada pela igreja, ao civil, um mero contrato. E esclarece sobre a necessidade de declaração de acatolicidade dos dois contraentes para a celebração do matrimônio civil.

Inspirada no princípio de que nem na ordem natural ou na ordem social, o sexo pode determinar no campo do Direito civil uma diferença de trato que possa significar uma limitação da mulher de exercer a sua capacidade jurídica,

a Lei amplia e passa a considerá-la capaz de testemunha em testamento, e a desempenhar cargos de tutela. Porém, mantêm a superioridade masculina quanto às relações conjugais, ao determinar:

[...] existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido, dentro de un régimen que se recoge fielmente a la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges (Ministerio de Gracia y Justicia, Ley de 24 de abril de 1953, publicada 24/04/1958. Disponível em: www.boe.es).

A Lei de 1958 inova em alguns aspectos como, a restrição do poder do marido em relação aos bens do casal no regime econômico de gananciais, exigindo também a autorização da mulher para determinadas ações, com o objetivo de proteger os direitos e os legítimos interesses da mesma; e também quando determina como a primeira das causas de separação “*o adultério de cualquiera uno de los conyuges*”.

Segundo Ana Aguado (2011), o final dos anos sessenta e início dos setenta foram marcados por importantes alterações legais com respeito a situação das mulheres em relação ao mercado de trabalho. conjuntura econômica do Estado espanhol solicitou a liberação da mão de obra feminina, pela Lei de 22 de julho de 1961²⁵⁵. No entanto, a autora ressalta que a liberação mulheres para o trabalho necessitava de uma mudança ideológica do papel da mulher na família e na sociedade, e que esta só seria possível com uma reforma do Código civil.

Neste contexto, a maior referência nas mudanças do Código durante o período franquista foi sem dúvida a Ley 14/1975, de 2 de maio, “*sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*”. No preâmbulo da Lei, “las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad” são apresentadas como justificativa que “*hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia*”, porém esclarece que tal revisão “*sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas*”. No entanto, ressalta que uma

²⁵⁵ Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y de trabajo de la Mujer, promulgada el 22 de julio de 1961.

dessas necessidades é a de “reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la dignidad misma de la persona, proclamada en las Leyes Fundamentales” (Jefatura del Estado, Ley 14/1975, publicada em 5 de maio de 1975).

Dentre os principais avanços da Lei 14/1975 destacamos os seguintes artigos:

Art. 21 El matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro.

Art. 57. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia.»

Art. 58. Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia

Art. 59. El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario.

Art. 62. El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.

Art. 1.053. Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro (Espanha. Jefatura del Estado, Ley 14/1975, publicada em 5 de maio de 1975, Disponível em: www.boe.es).

Esta lei representou um importante passo para a equiparação dos direitos entre o marido e a mulher. Outras mudanças significativas para alcançar a igualdade de gênero viriam apenas com a ruptura definitiva do continuísmo conservador da legislação civil espanhol, ao final do período ditatorial franquista, com a abertura política consolidada pela Constituição de 1978.

Art. 14. Los españoles son iguales ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 32.1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (Governo de Espanha, Constituição de 1978. Disponível em: www.boe.es).

Diante do estabelecimento constitucional dos princípios fundamentais de igualdade e de não discriminação em razão do nascimento e do sexo, e da igualdade jurídica entre os cônjuges, não é difícil constatar que as mudanças do Código civil relativas ao advento da Constituição foram em sua maioria

realizadas em relação a regulação da família, e mais especificamente acerca do dois institutos básicos que a sustentam, o matrimônio e a filiação.

As duas principais leis que regulamentaram as alteração do Código em relação ao matrimônio e filiação, após a promulgação da Carta de 1978 foram: a Lei 11/1981, de 13 de maio, e a Lei 30/1981, de 7 de julho.

A primeira, Lei 11/1981, estabeleceu alterações referentes a filiação, pátrio poder e regime econômico do matrimônio. No que concerne a filiação, normatizou a igualdade entre o pai e a mãe no exercício do pátrio poder sobre e em benefício dos filhos; e também estabeleceu a igualdade de direitos entre os filhos nascidos no matrimônio ou extramatrimoniais, bem como os adotivos, e ainda a não discriminação em relação ao sexo. Regulamentou também a investigação de paternidade e maternidade. Em matéria de sistema econômico estabeleceu a igualdade entre os cônjuges no gerenciamento dos bens gananciais, que correspondem conjuntamente ao casal.

A segunda, Lei 30/1981, ficou conhecida como a Lei do Divórcio, por ser essa a principal das alterações introduzidas nos artigos que regulamentam o matrimônio (os artigos 42 e 107) no Código civil. O divórcio passou a ser admitido de forma distinta à separação, e poderia ocorrer por consentimento mútuo, ou unilateral desde que tivesse justificativa(s) prevista(s) pela referida lei²⁵⁶.

A Lei 35/1994, de 23 de dezembro, realizou a alteração do artigo 51 do Código que passou a autorizar a realização do matrimônio civil pelos prefeitos das cidades, que pelo reduzido número de habitantes, não possuam um Juiz de Registro Civil. A lei ainda argumenta que essa medida *“refuerza también el principio democrático, al otorgar a un representante popular, conocido normalmente por los vecinos del municipio, la posibilidad de realizar esta función, de notoria relevancia social”* (Jefatura del Estado, Lei 35/1994, de 23 de dezembro, Boletín Oficial do Estado).

Um grande salto na legislação civil espanhola foi dado a lei Lei 30/1981, de 7 de julho e a Lei 13/2005 de 1 de julho. A primeira admitia apenas o casamento entre homem e mulher, já a segunda que trouxe a modificação

²⁵⁶ Ha sido parcialmente modificada por la ley 11/1990, de 15 de octubre y por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), de 20 de janeiro de 2000.

pioneira no continente europeu e no mundo²⁵⁷, em relação ao matéria de matrimônio, introduzido o direito a contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Artículo único. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El Código Civil se modifica en los siguientes términos: Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.» (Jefatura del Estado, Lei 13/2005 de 1 de julho, Boletín Oficial do Estado. Disponível em www.boe.es).

Vimos como a Constituição de 1978 foi um marco divisório nas alterações do Código civil espanhol em relação a família e o matrimônio, não apenas em quantidade de leis, mas principalmente em relação ao teor de inovação destas. No Brasil, o processo de avanço em relação as leis civis também tiveram nos princípios de igualdade e liberdade preconizados pela Constituição democrática de 1988, o detonador para as inúmeras modificações do Código civil, porém, de maneira mais modesta, em relação ao matrimônio, com veremos na sequência.

8.5.2 Alterações da legislação civil brasileira: entre o Código civil de 1916 e o Novo Código civil de 2002

No Brasil, as primeiras modificações no Código civil tiveram lugar apenas dois anos após a sua entrada em vigor, pelo Decreto n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919. Porém, a maioria das alterações foi de caráter apenas formal.

No início da década de 1930 o presidente Getúlio Vargas (1930-1945) empreendeu a tarefa da (re) codificação, sob a liderança do Ministro da Justiça Francisco Campos (1937-1941), que nomeou, através do Decreto 19.684 de 10 de novembro de 1931, uma comissão composta por cinquenta e seis juristas para dezenove subcomissões, formadas por três especialistas cada. Cada

²⁵⁷ Quando foi aprovado na Espanha, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo estava legislado apenas em três países em todo o mundo: Holanda (2000), Bélgica (2003) e Canadá (2005, apenas três dias antes). Atualmente o matrimônio entre pessoas do mesmo sexos está legislado em mais de vinte e cinco países ao redor do mundo.

subcomissão tinha o propósito efetivar a atualização de um dos Códigos existentes ou empreender a elaboração de novos ordenamentos jurídicos²⁵⁸.

A Comissão responsável pela atualização das leis civis foi liderada pelo próprio Clovis Beviláqua autor do projeto de culminou com promulgação do Código civil de 1916, porém esta comissão não logrou seus objetivos²⁵⁹. O segundo intento de Vargas foi em 1939, com a formação de uma nova comissão, com o duplo objetivo de elaborar dois anteprojetos, uma da Lei de Introdução ao Código Civil e outro do Código das Obrigações²⁶⁰. Foi deste esforço codificador que se originou o Decreto 3.200, de 19 de abril de 1941 dedicado à organização e proteção da família.

As reformas das leis civis que de fato representaram mudanças consideráveis em relação ao Código de 1916 ocorreram somente a partir da década de 1960, e se resumiram em três principais. A primeira foi o Estatuto da Mulher Casada (1962), a segunda a Lei do Divócio (1977) e a terceira foi o advento da Constituição Democrática (1988). Essas tres grandes mudanças, estiveram diretamente alterando as bases da família, instituição, conforme afirmou Beviláqua, havia sido a mais afetada pelo conservadorismo dos legisladores do XIX.

Em 1961 foi criado o Serviço de Reforma dos Códigos, pelo governo Janio Quadros, que designou ao jurista Orlango Gomes a redação do anteprojeto do Código Civil. O projeto foi concluído ainda durante o governo de João Goulart (1961-1964), e após revisado foi encaminhado ao Congresso em 12 de outubro de 1965. O conteúdo do projeto foi caracterizado com “*bastante inovador e vanguardista para os padrões da época, especialmente no âmbito do direito da família*”, reflexo da postura político-ideológica de seu autor, e “*de um governo de esquerda com tendências socialistas*” (Barcellos, 2010, p.11).

Foi justamente neste período político cujo governo era de “tendências socialistas” que foi aprovada a primeira lei que trouxe significativas alterações ao modelo da família brasileira que havia sido normatizada pelo Código de

²⁵⁸ São frutos desse esforço do Governo Vargas: Código de Processo Civil (1939), Código Penal (1940), Lei de Falências (1940), Código de Processo Penal (1941), a Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) e Lei das Sociedades por Ações (1945).

²⁵⁹ A comissão foi composta por Eduardo Espínola e Alfredo Bernardes, sendo este ultimo substituído pelos ex-presidente Epiácio Pessoa (Barcellos, 2010).

²⁶⁰ A Comissão de 1939 foi composta pelos juristas Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

1916. A Lei 6.121 de 27 de agosto de 1962, que ficou conhecida como o “Estatuto da Mulher Casada”, nas palavras de Berenice Dias, “*foi o primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina*” nas leis civis brasileiras (2018, s/p).

Segundo este Estatuto, a mulher casada deixou de ser considerada relativamente incapaz, passou a condição de colaboradora na sociedade conjugal, passou a exercer o pátrio poder sobre os filhos, e o domínio sobre os bens reservados (adquiridos por ela durante o casamento), e a não necessitar da autorização do marido para exercer profissão. Embora, na prática, essas mudanças tenham tardado em ser aplicadas, elas significaram um marco no processo de aquisição de direitos civis pelas mulheres, processo que viria a culminar com a igualdade de direitos entre os indivíduos, sem discriminação de sexo, estabelecida pela Constituição de 1988, e confirmada pelo novo Código civil de 2002.

Figura 22 – Fotografia de família operária brasileira década de 1960



Fonte: Arquivo particular da Família Farias

O Projeto de Lei 3.263/1965, de autoria de Orlando Gomes, foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 1965, tramitou até setembro de 1967 quando foi retirado pelo próprio governo, devido às críticas quanto o seu caráter vanguardista e inconciliável com o conservadorismo do governo ditatorial que havia se instalado no Brasil após o Golpe militar de 1964. Este projeto trazia a regulamentação do casamento religioso, que havia sido normatizada pela lei 1.110 de março de 1950. Não tendo sido aprovado o código, a realização do casamento foi posteriormente regulada pela Lei n. 6.015/73. Segundo essas leis, o casamento realizado na instituição religiosa deveria ter posteriormente, nos prazos estabelecidos pela lei, o registro civil.

A Lei do Divórcio de 1977²⁶¹, foi outro marco no processo de evolução das leis civis brasileiras, não apenas pelo conteúdo polêmico a que se referia, a dissolução do vínculo conjugal, como também pelo alto índice de participação da sociedade civil durante o longo (1951-1977) processo de sua tramitação. Participação através de debates promovidos pela imprensa, de manifestações populares, como passeatas, organizadas pelo movimento a favor do divórcio, e tudo diante da forte oposição da Igreja. Embora com limitações, a Lei do Divórcio representou um avanço considerável na estrutura

A nova lei, ao invés de regular o divórcio, limitou-se a substituir a palavra “desquite” pela expressão “separação judicial”, mantendo as mesmas exigências e limitações à sua concessão. Trouxe, no entanto, alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do patronímico do marido. Em nome da equidade estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, que antes só eram assegurados à mulher “honesta e pobre”. Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos nubentes ao invés da comunhão universal, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens (Dias, 2018, s/p)

Outra proposta de projeto foi apresentada ao Congresso apenas em 1972, sendo convertida na Lei n. 634-B de 1975, aprovada pela Câmara dos Deputados em 1984. Sob coordenação do jurista Miguel Reale, membro da comissão que o elaborou, o projeto teve uma longa tramitação. Permeceu no

²⁶¹ Conhecida também com Lei Carneiro, em referência ao sobrenome do autor.

Senado de 1984 a 1991, onde recebeu 360 emendas, que foram comentadas e esclarecidas pelos membros da comissão codificadora.

De acordo com o senador Josaphat Marinho, relator no projeto, o longo período de permanência do projeto no Senado, se deveu no primeiro momento à prudência por parte da Câmara Alta em esperar a finalização dos trabalhos da Assembleia Constituinte; e em um segundo momento ao desvio de atenção pelos assuntos que dominavam o cenário político brasileiro, como o processo de impeachment do presidente Collor de Mello (Reale, Folha de São Paulo, 21/08/1996).

Muitos anos antes da aprovação do Código, foi a Constituição de 1988 que significou *“uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos da família”*, que segundo Berenice Dias (2018) foi norteada em três eixos principais: o primeiro se refere à igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (inciso I do art. 5), igualdade estendida à sociedade conjugal (parágrafo 5 do artigo 226); o segundo eixo se refere à isonomia entre os filhos, ao proibir qualquer designação discriminatória relativa à filiação, tornando iguais perante a lei os filhos nascidos ou não da relação de casamento, ou por adoção (parágrafo 6º do artigo 227); e o terceiro, em referência ao reconhecimento de união estável como entidade familiar, bem como a família monoparental, formada por qualquer um dos pais e seus dependentes (artigo 226) (Dias, 2018, s/p).

O projeto do novo Código civil, que havia sido arquivado equivocadamente em 1991, foi retomado em 1996. Neste mesmo ano o advogado familiarista Rodrigo da Cunha Pereira (1996) declarava que em matéria da Folha de São Paulo, que *“a parte do projeto relativa à família já nasceu velha”*:

A estrutura do livro de família está ultrapassada. Se aprovado tal projeto, da forma como está, ele nascerá velho e arcaico. Não somente o jurista, mas também o legislador deverão buscar princípios e conceitos que a contemporaneidade já traduziu para a família. Não entender isso é o mesmo que ficar na contramão da história (Pereira, Folha de São Paulo 10/08/1996).

O novo Código Civil Brasileiro foi promulgado a 10 de janeiro de 2002, e apesar de buscar uma consonância com os princípios constitucionais de

igualdade e liberdade, o novo Código civil foi duramente criticado pelo descompasso com a realidade social, principalmente no ramo do direito de família, o que mais exigia uma atualização frente as práticas sociais.

As principais críticas em relação ao direito de família estavam relacionadas às omissões da do Código. Uma delas foi a falta de regulamentação das novas estruturas familiares, como as famílias monoparentais, já reconhecidas pela Constituição, e que representam um terço das família brasileira. A ausência da regulamentação da filiação socioafetiva estabelecida pelas famílias reconstituídas, a exclusão do concubinato como entidade familiar, e o silêncio quanto à união homoafetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Códigos Civis da Espanha e do Brasil nasceram de um movimento conhecido por *Fenômeno da Codificação*, que teve origem no processo iniciado pela Revolução Francesa em 1789, especificamente com a promulgação do Código Civil Francês de 1804. A Codificação, juntamente com o Constitucionalismo, constituiu-se um dos movimentos fundamentais para efetivação do rompimento com o Antigo Regime, e para a consolidação do moderno Estado nacional burguês. Esse novo modelo de Estado surgiu sob os alicerces do nacionalismo, do individualismo e da secularização, princípios que fundamentaram o Code de Napoleão, principal fonte de inspiração do processo de codificação civil dos demais países europeus dos países da América Latina, e, portanto, da Espanha e do Brasil.

O empenho de consolidação de um Estado Liberal, inspirando no modelo francês, iniciou-se na Espanha com a Constituição de Cádiz, de 1812, e no Brasil com Constituição de 1824, a primeira após a independência. As duas Cartas preconizavam o triunfo do liberalismo, caracterizado nesses dois países por uma monarquia constitucional, divisão de poderes, sufrágio universal e indireto, e pela sistematização de ordenamentos jurídicos únicos para toda a nação.

Genealogicamente estão na Escola de Direito Natural, na França do século XVIII, as raízes da teoria jurídica da codificação civil. A Espanha e o Brasil, cada um a seu tempo, receberam as mesmas influências teóricas, pelo contato com obras dos principais codificadores franceses pertencentes a esta Escola, difundidas nas principais instituições acadêmicas formadoras dos juristas e legisladores quais orquestraram o processo codificador nos dois países.

No entanto, as influências do modelo de Estado anunciado pela Revolução Francesa, sustentado no princípio de soberania popular, no constitucionalismo como garantia do equilíbrio entre os poderes, e na codificação como elemento de unificação das leis e de promoção da igualdade entre os cidadãos, na prática, tiveram uma recepção e acomodação, na

Espanha e no Brasil, caracterizadas por um processo muito longo e muito peculiar, devido as características específicas da realidade social e política dos dois países.

O século XIX foi marcado, tanto na Espanha quanto no Brasil, por turbulentos contextos políticos, caracterizados por grande instabilidade decorrente dos diversos conflitos, sublevações populares, e alternâncias de projetos de governos, de tendências ora mais liberais (em alguns aspectos) ora mais conservadores. Somadas às dificuldades impostas pelo contexto de instabilidade política, os dois países encontraram entre as esferas religiosas, regionais, e sociais, muita resistência ao processo codificador, o que explica o atraso e a longevidade desse processo em relação aos demais países europeus, no caso da Espanha, e também em relação à América Latina, no caso do Brasil.

Os legisladores espanhóis e brasileiros à época da codificação atendiam a interesses de forças divergentes que protagonizaram a disputa pela maior adesão de seus ideais no projeto de código triunfador. Em linhas gerais, percebemos ao longo desse estudo que, no caso da Espanha, os Territórios Forais, o Estado centralizador e a Igreja Católica constituíam-se nas três principais forças as quais buscavam impor os seus propósitos ao longo do processo de elaboração dos projetos e do Código. Em relação ao Brasil, essas forças eram compostas pelo Estado, a Igreja e a elite agrária escravocrata. Nos dois países, o embate entre essas diferentes forças e propósitos, somadas aos vários momentos de instabilidade política, retardaram a ação dos legisladores, tornando-se fator principal do atraso do processo codificador citado acima.

Na Espanha esse atraso, como observado após o estudo desse longo processo, deveu-se a duas causas principais. A primeira refere-se à diversidade de legislação vigente nas várias regiões do Reino. Os juristas e legisladores foram unânimes no propósito de proceder a codificação sistematizada das leis civis, no entanto, a ideia de unificação dessas leis em torno de um único modelo legislativo, não foi recebida de forma tão harmônica, dividindo opiniões até o último momento das discussões para aprovação do Código civil. A resistência veio dos juristas e legisladores representantes das regiões Forais, adeptos das teorias da Escola Histórica do Direito, argumentavam veementemente contra o empenho do governo central em

unificar uma legislação para todo o Reino Espanhol a partir do direito Histórico de Castilha. O projeto de 1851 declinou justamente diante deste impasse, não sendo aceito principalmente pelo seu forte tom uniformista.

Portanto, a atípica soberania do Estado espanhol, como denominou Tomás y Valiente (2004), caracterizada em sua composição pela existência de outros Estados soberanos regionais, que por sua vez também reclamavam a própria identidade jurídica, inviabilizou a empresa codificadora espanhola em seu caráter unificador. O conflito entre os regionalistas e unionistas, retardou a codificação civil espanhola em quase um século.

Ao final, os legisladores com propósito regionalista, devido a uma eloquente e constante defesa feita junto ao Congresso dos Deputados e Senado, somada as manifestações das associações de advogados e de profissionais, desde as Regiões Forais, principalmente da Catalunha, lograram o êxito de manter a vigência de grande parte de seus institutos. Em especial, um dos principais do direito Foral, a liberdade de testar. Instituto que guarda estreita relação com nosso objeto, por definir a forma do contrato matrimonial, como apresentamos, no caso da Catalunha, onde os Capítulos Matrimônios eram documentos que, além de formalizar o convênio entre os noivos, também determinavam a transmissão de herança e perpetuação do patrimônio familiar. Prática que correspondia ao modelo de família característico daquela região, baseado em um sistema hereditário indiviso, de herdeiro único.

A segunda causa do atraso da codificação civil espanhola foi a disputa entre os legisladores que tinham como propósito a secularização do Estado, através de um controle maior das regras que regiam a sociedade. Estes últimos estavam contra os que defendiam o propósito da manutenção da jurisdição eclesiástica na esfera das relações privadas da sociedade, ou seja, na família. Instituição sobre a qual o Estado liberal burguês tinha cada vez mais a intenção de influenciar com objetivo de alcançar seus propósitos centralizadores e executar suas políticas de controle social. Esse embate de forças, que apresentamos, concentrou-se mais sobre a questão do matrimônio.

A partir da análise dos documentos que envolveram essa disputa e, principalmente, pela redação final do Código, pode-se constatar que nesse aspecto, os propósitos da Igreja Católica foram melhor alcançados. Após os acordos firmados com a Monarquia, católica e a Santa Sé, os legisladores

liberais não tiveram como conter as exigências da Igreja quanto à validação no Código, da forma e as formalidades de celebração do matrimônio canônico para os católicos. Desta forma, foi confirmado, no texto da segunda edição do Código civil de 1889, um sistema misto, ou dual, de matrimônio para a Espanha. Este modelo oficializado pela norma do Estado espanhol foi o responsável pela blindagem da família do aspecto laico, em conformidade com a aliança de poder entre Estado-Igreja. Com exceção dos períodos pós-revolução de 1768, Primeira República (1870-1874) e da Segunda República (1931-1939), foi hegemônico o domínio da legislação canônica para o matrimônio na Espanha.

No Brasil, os legisladores, que defendiam a codificação como um propósito republicano de organização do Estado moderno brasileiro sofreram a oposição da elite agrária. Elite formada por latifundiários escravocratas, a quem não interessava uma codificação nacional pautada nos princípios liberais importados da Europa e incompatíveis com a manutenção do sistema escravista. Todavia os defensores do movimento republicano, fortalecidos com a criação de um partido após 1870, atuavam não apenas contra o imobilismo do Império frente a instabilidade política, como também contra a mão-de-obra escrava. Trabalho inaceitável em tempos em que a liberdade e o individualismo alicerçavam o Direito Civil preconizado pelo movimento codificador. O movimento abolicionista foi fortalecido pela causa republicana, e a abolição da escravatura foi oficializada a 13 de maio de 1888, ano anterior ao da Proclamação da República. Sendo derrubado assim um dos grandes obstáculos que se impunha ao ideal codificador das leis civis brasileiras.

Embora a Igreja Católica no Brasil também tivesse posicionado-se e atuado veementemente contra toda e qualquer iniciativa de laicização da família, ao longo da segunda metade do século XIX, seus esforços não foram suficientes para conter o voraz teor secularizador da República proclamada em 1889. Com a República a designação da codificação civil foi pautada na separação da Igreja e do Estado. Através do decreto 180 de 24 de janeiro 1890, o casamento civil foi institucionalizado como único a legitimar a família brasileira. O Código civil de 1916 viria apenas a confirmar essa determinação republicana e consolidar o modelo oficial da família. Porém, também no Brasil, até os legisladores que se diziam liberais, defenderam por princípios morais a

permanência da sacralidade do casamento ao determinar a sua indissolubilidade. De acordo com o autor do projeto, tiveram que ser mantidas as “firmes tradições” em nome da índole “moderada e calma da nação”.

É possível afirmar ao final deste estudo que os Códigos civis da Espanha e do Brasil atenderam, em termos de legislação civil voltada à família, as prerrogativas ditadas pelo modelo político que começou a ser institucionalizado por suas Constituições liberais burguesas. Neste tema, inclusive, seguindo a influência o próprio Code francês, que preservou a família patriarcal, mantendo a inferioridade da mulher no casamento, embora devamos considerar que os códigos estudados aqui, se distanciam deste em um século.

O Estado, através do Código utilizou a família para consolidar seus interesses e objetivos na implementação da nova ordem liberal-burguesa. Julio Iglesias de Ussel (1990) analisou a relação entre família e mudanças políticas na Espanha e demonstrou claramente como essas conveniências dos interesses do grupo político hegemônico interferem na constituição de um modelo de família espanhol desenhado para atender uma determinada ideologia política. As modificações dos ordenamentos jurídicos referentes à família, que são levadas a cabo durante um processo de estabelecimento e manutenção de um novo cenário político, evidenciam a sua importância. Esse entendimento pode perfeitamente adequar-se às condições políticas da consolidação do programa político republicano que nascia no Brasil ao final do XIX.

Portanto, a nova ordem liberal, em termos de família, tradicional e católica, sobre a qual se estabeleceu a sociedade espanhola, foi coroada ao final do século XIX com uma legislação civil que a dotava de todas as características necessárias para o triunfo da lógica burguesa. A família constituía-se sem dúvida no cenário primordial para a garantia do desempenho de papéis dos principais atores sociais: a mulher doméstica e o homem cidadão, e o matrimônio era a palco no qual os papéis eram desempenhados em sua magnitude.

O modelo hegemônico que foi consolidado em relação à mulher a desvinculou totalmente do conceito de cidadania, classificando-a como “sujeito doméstico” nos papéis de filha, esposa e mãe. Os discursos que justificavam tal modelo disseminaram os conceitos relacionados à natureza feminina, de

inferioridade, de incapacidade de atuar no âmbito público, de fragilidade, e ao caráter dócil e carente da proteção masculina. Os discursos também reforçavam as qualidades virtuosas condizentes com o desempenho das funções que dela se esperava.

O Código Civil Espanhol de 1889 foi produto do seu tempo, não tinha como ser diferente, normas inspiradas em uma sociedade dos novecientos, que em relação à família legislou sob bases tradicionais e total compromisso com as diretrizes do catolicismo, consolidando um modelo de família que estivesse em consonância com a nova ordem político liberal. A aliança entre o Estado Espanhol e a Igreja Católica teve na família seu ponto de equilíbrio e harmonização, cujo modelo atendeu tanto aos propósitos ideológicos liberais quanto aos católicos. Oficializou através da norma jurídica uma relação de desigualdade de gênero na sociedade contemporânea espanhola, ao vincular a identidade feminina exclusivamente à família, ao lar e à maternidade.

No Brasil, a secularização do casamento, estabelecida com a República, no decreto 180 de 24 de janeiro 1890 e no Código Civil de 1916, não significou uma mudança no comportamento da sociedade brasileira. As normas estabelecidas no Código, caracterizada pelo caráter conservador da classe dominante, cujos membros compunham as casas legislativas, não condiziam com a realidade vivida pela maioria da população, que permanecia à margem da formalidade jurídica, mantendo em suas práticas e em altos índices, as uniões ilegais, o adultério, o a ilegitimidade dos filhos.

Neste ponto é importante realçar que a mancebia, a bastardia e a ilegalidade podem ser interpretados como fenômenos de longa duração, reelaborados através de comportamentos culturais, de povos miscigenados, que experimentavam suas vidas no ultramar em novas condições sócio-ambientais, diferentes daquelas da metrópoloe. E é a partir desta perspectiva que devemos olhar , entender e analisar a sociedade brasileira do passado. (Samara, 1997). Esses comportamentos culturas diferentes produziam formas distantes da legislação e normas eclesiásticas e estatais de organização de família. A resposta que uma parte dos segmentos mais isolados dava ao processo de exclusão social os compelia a agir com indiferença às normas e procedimento da igreja, dos governos e poderes locais. (Samara ,1989).

Na Espanha, em termos de matrimônio, o Código legislou para a maioria da população, praticante do catolicismo, enquanto que no Brasil, neste aspecto, o Código se colocou distante da realidade social, atendendo apenas aos interesses de uma elite que salvaguardava no matrimônio a possibilidade de perpetuação do patrimônio da família.

A família tradicional oficializada pelo Código Civil de 1916 apenas dava legitimidade aos descendentes nascido dentro do casamento, restringindo praticamente ao campo das leis os grupos sociais dominantes, para os quais o casamento era o principal instrumento de manutenção do patrimônio familiar. Portanto, as alianças matrimoniais eram cuidadosamente planejadas, entre filhos de proprietários, para perpetuar o poder político e econômico das famílias dominantes, através da linhagem masculina. Esse modelo patriarcal, e patrimonialista da família legitimada somente pelo casamento, classificando a mulher casada no rol dos relativamente incapazes, não considerando o divórcio nem o reconhecimento dos filhos ilegítimos, representou a limitação dos ideais liberais preconizados pela República.

Portanto, podemos concluir que tanto na Espanha monárquica e católica, quanto no Brasil republicano e laico, os ideais liberais foram aclimatados às questões internas, para atender aos interesses das principais forças sociais e políticas. Em nome do equilíbrio social, a família foi mantida à margem do programa liberal. A manutenção do casamento católico, no caso da Espanha, a superioridade masculina, a subordinação da mulher e dos filhos ao poder do marido e pai, a indissolubilidade do matrimônio deram a conotação da manutenção e do conservadorismo em que foi moldada a família nestes dois países. Esse conservadorismo foi a marca da permanência das tradições morais e religiosas que sedimentaram os modelos de família tanto na Espanha, quanto no Brasil. As diferenças entre os comportamento das respectivas sociedades em relação ao que foi normatizado se define entre, mais próximo aos anseios da maioria da população, no caso espanhol, e mais distante em relação a maioria da sociedade brasileira. Em termos de família e matrimônio o Código Civil espanhol está mais para a realidade social, como evidenciaram os dados do movimento da população referente ao matrimônio, do que esteve o Código civil brasileiro, elaborado para uma pequena parcela privilegiada da população.

Os caminhos percorridos pela legislação civil de ambos países ao longo século XX demonstram a necessidade de mudanças nos pontos que menos foram atingidos pelos princípios liberais que nortearam o processo codificador do século XIX, a família. Vimos que estas mudanças ocorreram de forma lenta e pontual, pautadas por contextos de instabilidade política, e grande transformação social e econômicas que exigiam uma maior flexibilização da estrutura familiar e dos papéis desempenhados por seus membros. Essa possibilidade de abertura se fez possível com o processo de redemocratização política nos dois países na década de 1980, especialmente com a promulgação de suas respectivas Constituições Democrática, fundamentadas nos princípios de liberdade e igualdade de direitos. A partir de então, foram consolidadas e ampliadas as alterações das leis civis que já estavam em curso a partir da segunda metade do século XX.

Percebe-se no entanto, que a Espanha em termos de avanços da legislação civil, apesar do fortes traços do conservadorismo católico que permearam sua legislação ao longo do tempo, assumiu um ritmo mais acelerado, e de caráter inovador, chegando ao final do século XX e início do XIX à aprovação de leis como a da legalização do aborto, Reprodução Assistida, e a de legalização do matrimônio homossexual. Ao passo que no Brasil, após um século da promulgação do primeiro Código civil, e a menos de duas décadas do segundo, devido ao crescimento do fenômeno de avivamento das igrejas evangélicas e católicas, o movimento em relação a legislação da família tem sido de retrocesso. Com a formação de uma “bancada da bíblia” no Parlamento Brasileiro, e a aproximação cada vez maior da política e da religião, o Brasil começou a fazer o caminho inverso do movimento impulsionado pela Constituição de 1988, através por exemplo da aprovação do Estatuto da Família na Câmara dos Deputados, em 2017, no qual a única família reconhecida é a formada por homem, mulher e filhos. E mais recentemente, após eleições presidenciais de 2018, com a vitória das forças políticas conservadoras, cujo lema de campanha foi “Deus , Pátria e Família”, a possível formação do Ministério da Família, a partir da fusão dos Ministérios de Direitos Humanos e de Desenvolvimento Social, com o objetivo de estabelecer as pautas do cristianismo com fundamento da estruturação da família brasileira.

FONTES DOCUMENTAIS

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO BRASIL. Ano II, 1936. Rio de Janeiro: Tipografia do Departamento de Estatística e Publicidade. Microfilmes do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro. (Decênios: 1972;1890; 1900; 1920; 1930.

ANUARIOS ESTADÍSTICOS DE ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística (INE) - Base Histórica. Movimiento de la Población de España. Decenios: 1861-1870; Reseña do Ano de 1888;1900; 1910; 1920, 1930. Disponível em: <<http://www.ine.es/inebaseweb/libros.do?tnp=25687#>> Acesso em: julho-agosto de 2017.

ANTIQUERA, José Maria. *La Codificación Moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislacion, Madrid, 1886. (1ª. Edição, documento em PDF). Disponível em: fama2.us.es/fde/codificacionModerna.pdf. Acesso em: 08 jan.2017.

BEVILÁQUA Cóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado, Rio de Janeiro: Editora Rio,1975.

CONSTITUCIÓN DE1868, disponível em: www.cepc.gob.es

BRASIL. Anais da Câmara dos Deputados. (1900-1915). Biblioteca da Câmara dos Deputados. Brasília DF, 2000.

_____. Diário do Congresso Nacional (1900-1915). Arquivo do Senado. Brasília DF. 2000.

_____.Câmara dos Deputados. Legislação. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Legislação Informatizada: Lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. Publicação Original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Consulta em: 15 jun.2016 a 15 jun. 2017.

_____. Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração volume 2. Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1918. Biblioteca Digital da Câmara. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018. Documento pdf. 1109 pp.

_____. Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração volume 1. Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1917. Biblioteca Digital da Câmara. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018. Documento pdf. 925 pp.

_____. Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração volume 1. Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1919. Biblioteca Digital da Câmara. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br>>. Acesso em: 20 abr.2018. Documento pdf. 1195 pp.

_____. Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890. A Lei do Casamento Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 fev.2018.

_____. Decreto nº 119-A, de 7 de Janeiro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-119-a-7-janeiro-1890-497484-norma-pe.html>>. Acesso em: 27.fev.2018.

_____. *Decreto 521 de 26 de junho de 1890*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-119-a-7-janeiro-1890-497484-norma-pe.html>>. Acesso em: 27.fev.2018.

_____. Decreto nº 2.318. e Decreto nº 1.144 de 1861 *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1858*, Página 556 Vol. 1 pt II , Decreto no. 2.318, de 22/12/1858 - Publicação Original. Consultada no artigo de documentações do Império no site da Camara dos Deputados, Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2318-22-dezembro-1858-557674-publicacaooriginal-78192-pe.html>> . Acessado em: 22 set. 2017.

CARTA ENCÍCLICA *Arcanum Divinae Sapentiae*, Vaticano, 10 de Fevereiro de 1880. Disponível em:<https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_10021880_arcanum.html> Acesso em 18 jan 2018.

CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Rio de Janeiro, 1917. Promulgado pela Lei n.3.071, de 01 de Janeiro de 1916. Anotado pelo Dr. Joao Luis Alves. 1ª edição / rev. e atualizada pelo professor Ebert Chamoun. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, Editores-Livreiros, 1917.

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Publicado por decreto Real de 11 de maio de 1888. Agencia Estatal Boletín Oficial do Estado. Seção *Gazeta: colección histórica*. Publicações de 09/10/1888 a 08/12/1888. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/gazeta.php>>. Consultado em: 15 Mai. 2016 a 25 Ago. 2017.

CODIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, comentado por Clóvis Beviláqua. 3ª. Edição. Volume 1. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1927. Direito Civil Digital. Coleção Clóvis Beviláqua. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wpcontent/uploads/colecoes/03clovis/C%C3%B3digo%20Civil%20Comentado%20-%20vol%20I.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2016.

CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA - Feitas e Ordenadas por Sebastião Monteiro da Vide – 1707. 2ª edição. São Paulo: Typographia, 2 de Dezembro, 1853.

CYLLABUS, Principais Erros de Nossa Época, Vaticano, 1864. Disponível em: <<http://www.montfort.org.br/bra/documentos/enciclicas/silabo/>> Acesso em 18 jan 2018.

DIARIO DE SESIONES de las Cortes Constituyentes, Sesión de Apertura celebrada el 11 de febrero de 1869.

DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Legislatura, 1869, 1870.

FABIÉ, Antonio M.: *Disertaciones Jurídicas sobre el desarrollo histórico del derecho, sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los tribunales*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885. 360 págs. Disponível em: fama2.us.es (documento em pdf).

GACETA DE MADRID. 7/01/1888.

GOVERNO DE ESPANHA. Constituição aprovada el 19 de marzo de 1812, em Cádiz, Espanha. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf>. Acesso a 15 mar 2016.

_____. Las Siete Partidas Partidas. Partida 4ª, Título II Ley 1. Disponível em: <<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>>. Acesso a 12 mar.2016, pp 1- 162, p.85.

INSTITUTO GEOGRÁFICO Y ESTADÍSTICO. Movimiento de la Población de España. En el Decenio de 1861-1870. Imprenta, Estereotipia y Galvonaplastia de de Aribal y Ca.: Madrid, 1877.

INSTITUTO GEOGRÁFICO Y ESTADÍSTICO. Movimiento de la Población de España. En el Septenio de 1886-92. Imprenta de la Dirección General del Instituto Geográfico y Estadístico: Madrid, 1895.

JORNAL IMPRENSA, 1889, 14 de março de 1898.

LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1870. Disponível em: <<http://rodas5.us.es>>. Acesso em: 20 abril 2016.

MENSAGEM DO PRESIDENTE CAMPOS SALLES apresentada ao Congresso Nacional, 1902. Biblioteca da Presidência da República.

NOVISSIMO CÓDIGO CIVIL ESPANOL. Reformado conforme a lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo y R.D. de 24 de Julio de 1889. Precedido de una introducción histórica, comentado com más de 2.000 notas y concordado con la Antigua Legislación Común, con el Derecho Foral Aragonés, Navarro, Catalán,

y Viscaíno y con todas las leyes vigentes que con él se relacionan; Adicionado con un apéndice que contiene las disposiciones dictadas hasta el día sobre celebración de Matrimonios Canónicos y con un completísimo índice alfabético. Por P. Joaquín Abella, Abogado y Director del periódico El Consultor de los Ayntamientos y de os Jugsados Municipales. Enrique de la Riva, Impresor de la Real Casa, Macrid, Agosto, 1889.

O CÓDIGO CIVIL. *O Jornal do Comércio*, 02 de janeiro de 1917.

ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL Recompiladas por mandato D'El Rei D. Felipe, o Primeiro. 13ª edição, Coimbra, 1924.

PROJETO DE CODIGO CIVIL da República dos Estados Unidos do Brasil. Publicado por autorização do ministro da Fazenda T. de Alencar Araripe, para ser apresentado ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. Documento em PDF. Biblioteca do Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>> . Acesso em: 23 set 2017.

PROYECTO DE 1851. Proyecto de Código civil García Goyena. Publicado por El Derecho Moderno, Revista de Jurisprudencia y Administración, dirigida por Francisco Cárdenas, volumen X, Madrid, 12 de junho de 1851. Disponível em: <http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/publicaciones/numeros_por_mes.cmd?idPublicacion=1019978>. Acesso em 25 jan 2016.

SENADO ESPAÑA. *El Código Civil: Debates Parlamentares 1885-1889*. volumes I, II e III. Estudio preliminar de José Luis de los Mozos (Catedrático de Direito Civil, Senador en la III Legislatura) y Edición preparada por Rosário Herrero Gutiérrez y Maria Angeles Vallejo Ubada (Archiveras-bibliotecarias de las Cortes Gerais). Secretaria General do Senado: Madrid 1989.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUARDO, A. "Familia e identidades de género. Representaciones y prácticas (1889-1970)". In: CHACON, F; BESTARD, J. *Familias: historia de la sociedad española* (del final de la Edad Media a nuestros días), pp. 743-808.

ALMEIDA, A.M. *A História da Família no Brasil*. Revista brasileira de Historia: Famílias e Grupos de Convívio. São Paulo: Marco Zero/ ANPUH, set. 88/ fev.89. no. 17.

ÁLVARO, Daniel. Los conceptos de "comunidad" y de "sociedad" de Ferdinand Tönnies. Papeles del CEIC # 52, marzo 2010.

ALVES, Branca Moreira & PITANGUY, Jacqueline. *O que é o Feminismo*. São Paulo: Brasiliense. 2003.

AMORIM, Maria Norberta. Falando de Demografia Histórica. Boletim Informativo do NEPS - nº 2 - Julho de 1998.

ANDERSON, Michael. *Elementos para a história da família ocidental 1500-1914*. Lisboa: Editorial Querco, 1984.

ARANZADI, J. *Introducción y guía al estudio de la antropología del parentesco*. Madrid: Editorial Ramon Areces, 2003.

AYUSO, M. "La unidad católica y la España de mañana, en Verbo, N.279-280 (nov.-dic de 1989), p.1423. Disponible en: <<http://www.fundacionspeiro.org/verbo/1989/V-279-280-P-1421-1439.pdf>>. Acesso a 20 mar.2016.

AZEVEDO, T. *Family, marriage and divorce in Brazil..Journal Of Inter- American studies* III, 1961, pp.213-237.

AZEVEDO, T. *A Religião Civil Brasileira: Um Instrumento Político*. Petrópolis:Vozes, 1981. 144p.

BARICKMAN, B. J. E se a casa-grande não fosse tão grande? Uma freguesia açucareira do Recôncavo Baiano em 1835. *Afro-Ásia*, v. 29/30, p. 79-132, 2003.

BARÓ PAZOS, J. *La Codificación del derecho civil en España (1808-1889)*. Sntander: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1992, pp.322.

BARCELLOS, D.S.F. Código Civil: relações entre política ea univesidde. Encontro Anual da Anpocs. Rio de Janeiro, 2010. Texto em pdf. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/DBarcelos.pdf>> Acesso em 23 maio de 2018.

BELLOMO, M. *La Europa del Derecho Común*. Roma, 1996.

BESTARD CAMPS J. "La historia de la familia en el contexto de las ciencias sociales". Quaderns de l'instititut Català d'Antropologia. ISSN 0211-5557, N. 2. 1980. Pp. 154-162.

_____, Casa y Familia: Parentesco y Reproducción doméstica en Formentera, Islas Baleares, Institut d'Estudis Baleàrics, 1986.

_____. La Familia: entre la antropología y la Historia. Papers: Revista de Sociologia, 36, 1991, pp. 79-91.

_____. "La estrechez del lugar. Reflexiones en torno a las estrategias matrimoniales cercanas", en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J.: Poder, Familia y consanguinidad en la España del Antiguo Régimen, Barcelona, Anthropos, 1992, pp. 107-156.

_____. *Parentesco y modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

_____. "El método comparativo: el caso de la familia y el parentesco en Europa", en GARCÍA GONZALEZ, F. (Coord.), La historia de la familia en la península Ibérica. Balance regional y perspectivas. Homenaje a Peter Laslett, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2008, pp. 473-493.

BEVILÁQUA C.. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado, Rito de Janeiro: Editora Rio,1975.

BURGUIERE, A., KLAPISCH-ZUBER, C., SEGALEN, M. Y ZONABEND, F. (Eds). *Historia de la familia*. 2 Vols. Vol 1: Mundos lejanos, antiguos. Vol. 1 y 2: El impacto de la modernidad. Madrid: Alianza editorial, 1999.

BOURDIEU, P. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. Tradução de Mariza Corrêa. Campinas: Papirus, 1996.

_____. "El espíritu de familia". In: BOURDIEU, P. *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Anagrama, Barcelona, 1997. ". Traducción de María Rosa Neufeld. pp.135-145.

_____. *La dominación masculina*. (Traducción de Joaquín Jordá) Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

_____. *Las estrategias de reproducción social*. 1ª. ed. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2011.

BRANDAO, T. M. P. "Um pouco da história da história da família no Nordeste". Clio Revista de Pesquisa Histórica. N.25-1, 2007. Pp.179-215.

BRITO, L.S.L. Família e Parentesco: Direito e Antropologia. artigo 05 REd GV Ano 02 v. 01 n. 03 jul São Paulo, 2013. pp. 76 – 92.

BURKE, P.. *Escola dos Annales (1929-1989): A revolução francesa da historiografia*. São Paulo: Ed. UNESP, 1992.

_____. *O que é história cultural?* Rio de Janeiro. Zahar, 2005.

CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.; CAZORLA GONZÁLEZ, L. Y. “Mujer y Código Civil” In: MONTERREAL, A. A.; MARTINS RUANO, P.(Eds). *Sobre las mujeres*, 3: Derecho y Mujer. Editorial Universidad de Almería, Almería, 2009. Pp.55-66.

CÁSTAN VÁZQUES, J. M. “La regulación histórica del matrimonio en España”, *Verbo*, núm,431-432(2005), p. 248. Disponível em: <<http://www.fundacionspeiro.org/verbo/2005/V-433-434-P-245-274.pdf>>. Acesso a 22 mar 2016.

CASTRO, H. “História Social ” In: CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo (orgs.) *Domínios da História: Ensaios de Teoria e Metodologia*.. Rio de Janeiro:Campus,1997.

CASTRO, F. *História do Direito Geral de Brasil*. 10ª. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

CERTEAU, M. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010. DOSSE, François. *A História*. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

CHACÓN JIMÉNEZ, F., “La familia en España: una historia por hacer”, en CASEY, J. et al., *La familia en la España mediterránea (siglos XV-XIX)*, Crítica, Barcelona, 1987, pp. 13-30.

_____. *Familia y sociedad en el Mediterráneo Occidental. Siglos XV-XIX*, Murcia, 1987.

_____. “Notas para el estudio de la familia en la región de Murcia durante el Antiguo Régimen”, en CASEY, J. et al., *La familia en la España mediterránea (siglos XV-XIX)*, Crítica, Barcelona, 1987, pp. 129-171.

_____. *Historia social de la familia en España. Aproximación a los problemas de familia, tierra y sociedad en Castilla (ss. XV-XIX)*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, 1990.

_____. “Nuevas tendencias de la demografía histórica en España: las investigaciones sobre historia de la familia”. En *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica Española*, nº 9-2, 1991, pp. 79-98.

_____. “Propuestas teóricas y organización social desde la historia de la familia en la España moderna”, *Studia Storica, Historia Moderna*. nº 18, 1998, pp. 17-26.

_____. "Una aproximación a la historia de la familia en España a través de las fuentes bibliográficas durante el siglo XX". En F. Chacón Jiménez, A. Irigoyen López y E. Mesquita Samara (Edit.) Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX. Murcia, 2002, pp. 63-84.

_____. "Notas para una reflexión sobre el estado de la cuestión de la historia de la familia en España", en Vivir el siglo de Oro. Poder, cultura e Historia en la época moderna, Salamanca, 2002, pp. 31-47.

_____. "La Historia de la familia en España. Aproximación a un análisis", en La familia en Iberoamérica, 1550-1980, Convenio Andrés Bello Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 21-47. 248

_____. *El viaje de las familias en la sociedad española. Veinte años de historiografía*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2014.

CHACÓN JIMÉNEZ, F. y BESTARD CAMPS (dirs.), J., Familias. Historia de la sociedad española (siglos XIII-XXI), Cátedra, Madrid, 2011.

CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (eds.), Poder, familia y consanguinidad en la España del Antiguo Régimen, Anthropos, Barcelona, 1992.

CHACÓN JIMÉNEZ, F.; LEMEUNIER, G., "La vida conyugal a través de la reconstitución de familias en la ciudad, huerta y campo de Murcia durante el siglo XVIII. Primera fase de estudio: El análisis matrimonial", Anales de la Universidad de Murcia. Filosofía y letras, 1977-1978, nº 36, 1979, pp. 185-217

CHARTIER, R. *A História Cultural: Entre Práticas e Representações*, DIFEL, Lisboa, 1990.

COLOMER CONGOST, R. El declivi dels capítols matrimonials en el segle XX. In: ROS MASSANA, R. (ed.) *Els Capítols matrimonials. Una font per a la història social*. Girona: Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines: Universitat de Girona. Centre de Recerca d'Història Rural: Documenta Universitaria, 2010.

CORRÊA, M. "Repensando a família patriarcal brasileira". In: *Colcha de retalhos: Estudos sobre a família no Brasil*, São Paulo: Brasiliense, 1993.

COSTA, I. del Nero da. *Registros paroquiais: notas sobre os assentos de batismos, casamentos e óbitos. Nota para aulas da pós-graduação sobre Demografia* História. 2011. <<https://arquivoefonteshistoricas.files.wordpress.com/2011/05/notas-sobre-assentos-de-batismos.pdf>> Acesso em: 3 mai 2015.

COSTA, A. de O. & BRUSCHINI, C. (Orgs.) *Entre a Virtude e o Pecado*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

COSTA, C. *Contribuição à História das ideias no Brasil*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

CRESPO DE MIGUEL, L. "El matrimonio en el Proyecto de Código civil español de 1821". Tese de Doutorado. Universidade Complutense . Disponível em: <file:///D:/TESE%20DE%20DOUTORADO/Textos%20derecho%20Civil%20Español/matrimonio%20no%20prjeto%20de%201821.pdf>. (Documento em pdf). Acesso a 15 mar 2016, pp.333-397, p.350.

CRUZ, G.B. *História do Direito Português*. Universidade de Coimbra, 1981.

DANTAS, San Tiago. *Figuras do Direito*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962.

DAVID, R. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 1ª. Ed. São Paulo: Martinz Fontes, 1986.

DE CICCIO, C. *Direito: Tradição e Modernidade: Poder e Autoridade na Família e no Estado*. Das Origens Romanas ao Direito Brasileiro Moderno. Coleção Elementos do Direito. São Paulo: Ícone, 1993.

DIAS, Maria Berenice. A mulher e o direito. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> . Acesso em: 23 maio 2018.

DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de familia y sociedad democrática*. 2004, p.314

DONAT PÉREZ, L.; MARCÓ MASFERRER, X.; ORTÍ GOST, P. Els contractes matrimonials a la Catalunya Medieval. In: ROS MASSANA, R. (ed.) *Els Capítols matrimonials. Una font per a la historia social*. Girona: Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines: Universitat .de Girona. Centre de Recerca d'Història Rural: Documenta Universitaria, 2010.

DOSSE, F. *A História em Migalhas: dos Annales à Nova História*. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. Código civil: histórico. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. v. 15, p. 385-396. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>> Acesso em: 15 jul. 2016.

ESPIN CÁNOVAS. D. Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil Español y del Concordato de 1953. Universidade de Murcia. Texto em pdf. Disponível em: <revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/103201/98191>. Acesso em: 5 jun 2018. S/d

FARIA, S. de C.. "História da Família e Demografia Histórica". In. FLAMARION, Ciro. VAINFAS, Ronaldo. *Domínios da História*. Rio de Janeiro. Ed. Campus, 1997, pp. 241-258.

FERRER I ALÒS, L. "Acceso y distribución de los medios de producción. Herencia y reproducción social. In: F. Chacon; J Bestard. *Familias: historia de la sociedad española* (del final de la Edad Media a nuestros días) p.261.

_____. Les clàusules dels capítols matrimonials. In: ROS MASSANA, R. (ed.) *Els Capítols matrimonials. Una font per a la història social*. Girona: Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines: Universitat de Girona. Centre de Recerca d'Història Rural: Documenta Universitaria, 2010.

FICO, C.; POLITO, R. "A Historiografia brasileira nos últimos 20 anos – tentativa de avaliação crítica" In MALERBA, Jurandir (org.) *A Velha História – Teoria, Método e Historiografia*. Campinas, SP: Papirus, 1996, pp.208.

FONSECA, R.M. (Org.) *Nova História Brasileira do Direito*. 1ª. Ed. Editora Jurua: São Paulo, 2012.

_____. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX, In: Neder, Gizlene (org.), *História e Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*, Rio de Janeiro: 2009, pp. 109-128.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOX, R. *Sistemas de parentesco y matrimonio* (2ª ed.). Madrid: Alianza Universidad.

FREIRE, G. *Casa-Grande e Senzala*. 40ª. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

FUENMAYOR, A. "El Matrimonio en el Código Civil". Conferencia pronunciada el 6 de febrero de -1989, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el ciclo conmemorativo del Centenario del Código Civil Español. *JUS CANONICUM*, XXX, n. 59,1990,223-241, p.225.

_____. "El matrimonio en el código civil". Conferencia pronunciada el 6 de febrero de -1989, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el ciclo conmemorativo del Centenario del Código Civil español. *Jus CANONICUM*, XXX, n. 59,1990, pp. 223-241.

Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/83567933.pdf>>. Acesso em 23.set. 2016.

GARCÍA PRESAS, I. *El derecho de familia en España desde las últimas reformas del código civil*. Universidad e Navarra, 2011.

GARRIGÓS MONERRIS.J. I. *Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play (1806- 1882): Biografía intelectual, metodología e investigaciones sociológicas*. Tesis de Doctorado, Unversidad de Alicante, 2001.

GARCÍA PRESAS, I. *El derecho de familia en España desde las últimas reformas del código civil*. Universidad e Navarra, 2011.

GARCÍA PÉREZ, R. D. "Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)". AHDE, tomo LXXXII, 2012. Disponível em: <[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10014900174_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BL_Derechos_forales_y_codificaci%F3n_civil_en_Espa%F1a_\(1808-1880\)>](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10014900174_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BL_Derechos_forales_y_codificaci%F3n_civil_en_Espa%F1a_(1808-1880)>). Acesso em 11 dez 2017.

GOODY, J. *La familia europea*. Ensayo histórico-antropológico. Barcelona: Crítica, 2001.

GORT I JUANPERE, E. El Matrimoni Civil a Reus. In: *El Matrimoni Civil a Reus*. Ajuntament de Reus. Reus, 2002.

GUTIÉRREZ, A. Clases, espacio social y estrategias. En: BOURDIEU, P. Las estrategias de la reproducción social. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

HAREVEN, T. K. "Historia de la familia y la complejidad del cambio social". Boletín de la Asociación de Demografía Histórica, XIII, I, 1995, pp.99-149. Título original "The history of the family and the compleity of social change", *America Historical Review*, 96, 1, pp.95-124, 1991. Tradução para espanhol por Antonio-Sven Reher y Eva García Ortíz.

HIRATA, A. Carvalho Moreira, o Barão de Penedo, 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/carvalho-moreira-o-barao-de-penedo/7992>> Acesso em: 13 jan. 2017.

HITA, M. G. "A família em Parsons: Pontos, contrapontos e modelos alternativos". *Revista Antropológicas*, ano 9, volume 16(1): 109-148, 2005.

HOBBSAWN, E. *A era das revoluções*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

IBAN, I. C. "Matrimonio civil e matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, 1979, PP.83-175, p. 104. Disponível em; <www.boe.es> (artigo em pdf). Acesso em: 11 Jun 2016.

_____. *Matrimonio Civil y canónico en la legislación española (1870-1978)*. En *Anuario de Derecho civil*, tomo XXXII, 1979, pp.83-175.

IGLESIAS DE USSEL, J. "La Família y el Cambio Político en España". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca) N. 67. Enero-Marzo, 1990, pp 235-259.

KOSELLECK, R. La historia de los conceptos y los concptos de la historia. *Ayer* 53 (1): 27-45. ISSN: 1137-2227, 2004

LASSO GAITE, F. *Crónicas de la Codificación española*. 4 – Codificación Civil (Génesis y historia del Código). 2 volúmenes. Madrid, 1970.

LEAL, A.; BORGES, J.P. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto lhe era permitido ser. *Revista Brasileira de História do Direito*. E –ISSN:2526-009X, Brasília, v.3, n.1. p.16-35. Jan/Jun.2017.

LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M.E.; GOUGH, K. *Polemica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Barcelona: Cuadernos Anagrama (1974), 1995, pp.154

LOPES, J.R. de Lima, ACCA, Thiago dos Santos, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2013.

MACEDO, A.M. *Dos estudos de família à história social*. Boletim Informativo do NEPS - nº 2 - Julho de 1998

MARCOS, R. F.; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. 1ª. Ed. Forense: São Universitária: São Paulo, 2014.

MASOT MIQUEL, M. “El Codigo Civil y su aplicación en el Derecho Civil Balear”. Disponível em: <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_1/992_t002/_125.dir/Bajlib_1992_t002_125.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016
MATCALF, Alida. *Family and frontier in Colonial Brazil, Santana de Parnaíba, 1580-1822*. California: Stanford University Press, 1992.

MIKES, T. Heredamiento y herencia: desafíos y oportunidades de la transmisión del patrimonio. In: MATÍNEZ ZORRILLA, David; VILA-DUMAS, Manuel (Coord.). *Las múltiples caras de la herencia*. Barcelona: Huygnes editorial, 2017, pp.73-83.

MONTAGUT ESTRAGUÉS, T.; MALUQUER DE MOTES I BERNET, e Carlo J.M. *Història del dret espanyol*. Editora UOC, Barcelona, 2001.

MONTERO RIOS. Exposición de Motivos proferida a las Cortes Constituyentes, In: Roldán Verdejo, R. *La Ley de Matrimonio Civil de 1870: historia de una ley olvidada*. Granada, 1980, p.321-322.

MUAZE, M. Pensando a família no Brasil: ganhos interpretativos a partir da micro-história. *Confluenze*, Vol. 8, No. 1. Dipartimento di Lingue, Letterature e Culture Moderne, Università di Bologna, 2016, pp. 10-27.

MUÑOZ LÓPEZ, P. *Sangre, amor e interés: la familia em la España de la Restauración*. Madrid: Macial Pons Historia Estudios. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, pp 508.

NASCIMENTO, W. V. do. *Lições de história do direito*. 15 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NAZZARI, Muriel. *The disappearance of the dowry: women, families and social change in São Paulo, 1600-1900*. Santanfod, California: Stanford University Press, 1991.

NUNES, H. P. "História da família no Brasil e em Goiás: tendências e debates". In: CHAUL, Nasr Fayad; Ribeiro, Paulo Rodrigues (Org.). Goiás: identidade, paisagem e tradição. Goiânia: Editora da UCG, 2001.

OLIVEIRA, H. M. "Augusto Teixeira de Freitas: monumento jurídico das américas e do mundo". Trabalho apresentado ao I Congresso Nacional Brasileiro de História do Direito (Ipatinga, 2008). Publicado pela Revista Persona, revista eletrônica de Pessoas. Num. 78, Fev.2009. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona78/78Hiltomar.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

OLIVEIRA, R.C. A laicização da sociedade brasileira e o Código Civil de 1916: avanços e permanências na concepção de família. 2001, 185 f. Dissertação (Mestrado em História) Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2001.

_____. "Aspectos del desarrollo histórico del sistema de herencia em Brasil del Código Civil de 1916 al 2002". In: MATÍNEZ PEDROSA, Ronaldo Leite. Direito em História. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ORTIZ, J. F. Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio deconstruido: la evolución de la legislación española. Revista *Ius et Praxis*, Año 17, Nº 2, 2011, pp. 391 – 418, p 395.

PARKIN, R.; STONE, L.(Eds.). Antropología del parentesco y de la familia. Blackwell: Oxford. Traducción española: Juan Aranzadi y Celia Montolío. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2010.

PEDROSA, R.L. *Direito em História*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PESET, M.: "Historia y codificación civil" In: Revista Valenciana d'estuds autonòmics, n.54, 1, 2010. Pags.210-238. Disponível em: <www.justicia.gva.es>. (documento em pdf)

_____. "Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821" (1975). Documento em pdf, Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1975-10002900100_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_An%E1lisis_y_concordancias_del_proyecto_de_C%F3digo_Civil_de_1821>. Acesso em: 25 out.2016.

PETIT, C. España y el Código civil português (1867). Estudios Monográficos. Anuário de Derecho Civil - ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II. Pp. 529-586. Disponível em: <[www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20052900586_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Espa%F1a_y_el_C%F3digo_civil_portuguez_\(1867\)](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20052900586_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Espa%F1a_y_el_C%F3digo_civil_portuguez_(1867))>. Acesso em: 14 mar. 2017.

PRIORE, M. (Org.) *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: contexto, 1997.

REIS, J. C. *Escola dos Annales – a inovação em História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

REHER, D. S. *La familia en España. Pasado y presente*. Versión española de Eva Rodríguez Halfer. Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1996.

_____. *La historia de la familia en España: Crónica de un campo en auge*, Berceo, 137, 1999, pp. 11-24.

RITZER, G. *Teoría Sociológica Contemporánea*. Traducción de Maria Tereza Casado Rodriguez, McGraw-Hill Interamericana de España, S.A. 3ª. Ed., Madrid, 1997.

RODRIGUES, S. C. C. *O fogo como centro e símbolo da casa*. usjt • arq.urb • número 15. Primeiro quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.usjt.br/arq.urb/numero-15/.pdf>. Acesso em: 16.set 2017.

RODRIGO DEL BLANCO, M. J. Chales H. Clooley: los grupos primários, Claves del proceso civilizador. Serie de Clásicos de la Sociología. Cuadernos Anuario Filosófico. N.10. Pamplona, 2004.

ROIGÈ VENURA, F. X. *Curs Domestic, Matrimoni i Herència al Priorat*. (s. XIX-XX). Vol. II. Tesi de Doutorado, 1981.

_____. *Herència i succeció al Priorat: entre la indivisió i la dispersió patrimonial*. In: PONCE, Santi; FERRER, Lourenç (Coord.) *Família i canvi social a la Catalunya contemporánea*. Barcelona: Eumo Editorial, 1994, pp.73-94.

_____. “De la Restauración al franquismo. Modelos y prácticas familiares”, en F.Chacón y J.Bestard (dirs.) *Familias: Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*. Madrid, Cátedra, 2011, p. 667.

ROLDÁN VERDEJO, R. *La Ley de Matrimonio Civil de 1870: historia de una ley olvidada*. Granada, 1980, p.321-322.

ROS MASSANA, R. (ed.) *Els capítols matrimonials. Una font per a la historia social*. Girona: Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines: Universitat de Girona. Centre de Recerca d'Història Rural: Documenta Universitaria, 2010.

ROWLAND. R. “Familia y transición demográfica” In: CHACÓN JIMÉNEZ, F. y BESTARD CAMPS (dirs.), J., *Familias. Historia de la sociedad española (siglos XIII-XXI)*, Cátedra, Madrid, 2011.

OLLERO, A. *El debate de la Ley del Matrimonio Civil de 1870. Colóquio “Cristianismo, Secularización y Derecho Moderno”* (1980). Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero de 1881, Reus S.A. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/va/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/articulos/31-LMC.pdf>>. Acesso em: 23 Jun. 2017.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Discussões legislativas do Código Civil de 1916: Uma revisão historiográfica. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972>. Acesso em set 2016.

SAMARA, E. M. *A Família Brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983 (Col. Tudo é História).

_____. *A Família no Brasil: história e historiografia no século XX*. In: CHACÓN, F. *Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX*, Murcia, Servicio Publicaciones Universidad de Murcia, 2003, pp. 63-84.

_____. “Tendências Atuais da História da Família no Brasil” In: ALMEIDA, Ângela Mendes (org.). *Pensando a Família no Brasil: Da Colônia à Modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/ Editora da UFRR, 1987.

_____. “A História da Família no Brasil”. *Revista brasileira de História – Famílias e Grupos de Convívio*. São Paulo: Marco Zero/ ANPUH, set. 88/ fev.89. no. 17. pp.7-35.

_____. “A Família no Brasil: História e Historiografia”. Conferência proferida no Departamento de História da Universidade Federal de Goiás em 10 de junho de 1997. *História Revista*, 2 (2), jul./dez., 1997. pp 7-21.

SANCHES ROMÁN, F. *La Codificación civil en España, en sus períodos de preparación. Estado de Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil*. Madrid 1890.

SANTOS, A.G. O casamento na implantação do Registro Civil Brasileiro (1874-1916). 2017. Disponível em: <[www.seo.org.br/Ana Gabriela Santos.pdf](http://www.seo.org.br/Ana_Gabriela_Santos.pdf)>. Acesso em 22 mar. 2018.

SEGALÉN, M. *Antropología histórica de la familia*. 3a.Edição. Madrid: Taurus Universitaria, 2000.

SCOTT, A. S. V. “As teias que a família tece: uma reflexão sobre o percurso da história da família no Brasil”. *História: Questões & Debates*, n. 51, jul./dez. 2009. Editora UFPR, Curitiba, 2009. p. 13-29.

_____. “Descobrimo as famílias no passado brasileiro: uma reflexão sobre a produção historiográfica recente” in SCOTT et al. *História da família no Brasil meridional: temas e perspectivas*. São Leopoldo, Oikos/Unisinos, 2014.

SERNA VALLEJO, M. “La Codificación civil española y las fuentes del derecho”. *AHDE*, tomo LXXXII, 2012. Disponível em: <[/www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10001100036_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%10L_La_codificaci%F3n_civil_espa%F1ola_y_las_fuentes_del_derecho](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10001100036_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%10L_La_codificaci%F3n_civil_espa%F1ola_y_las_fuentes_del_derecho)>. Acesso em:

17 out. 2016.

SILVA, N.J da . *História do Direito Português*: fontes de direito. 2ª. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

STOLCKER, V. A propósito de una Antropología Histórica. Prólogo. Quaderns. Instituto Català de Antropología. Número 20 (2) Any 2015 pp. 1-3.

TODD, E. *La invencion de Europa*. Barcelona: Tusquets Editores, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*. Tecnos, Madrid, 2004.

TORRES, A. M.C. *Sociologia da Familia Teorias e Debates*. Insituto Univesitário de Lisboa. Lisboa, 2010.

TRÍAS ROCA, E.. La Imposible unificación: el código civil y los derechos “forales”. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 14, 1999.

_____. E. *Familia y Constitucion*. AFDUAM 10, 2006, p.207.

VAINFAS, R. “Patriarcalismo e Misoginia”, in VAINFAS, Ronaldo *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. 4a. ed., RJ, Nova Fronteira, 1997.

VÁZQUEZ DE PRADA. M. Para una historia de la familia española en el siglo XX. *Memoria y Civilización (M&C)*, 8, 2005, 115-170. Disponível em: <dspace.unav.es> Acesso em 14 ago 2013.

VALLÉS, J. Entrevista ao professor Francisco Chacon Jimenz . El historiador James Casey, protagonista en el Seminario Familia y Élite de Poder. PARANINFO ENCUENTROS. *La Opinión* VIERNES, 10 DE MAYO, 2013.

Disponibile em:

<<http://www.um.es/familia/30aniversario/src/02/peri%C3%B3dico%2001.pdf>>

Acesso em: 14 jun 2017.

VERA. A. “La historia de la familia entre la historia social y la historia de mentalidades

Razones para un diálogo sobre la interdisciplina en la investigación cultural”.

História Unisinos. 12(1):77-87, Janeiro/Abril 2008. (pdf)

VILA-DUMAS, M. La herencia em la tradición jurídica occidental, algunos movimientos estelares. In: MATÍNEZ ZORRILLA, David; VILA-DUMAS, Manuel (Coord.). *Las múltiples caras de la herencia*. Barcelona: Huygnes editorial, 2017, pp.23-44.

WEBER, M. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: UnB, 1994, v. I.

WIEACKER, F. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, A. C. (Organizador). Fundamentos de História do Direito. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ZORRILLA, D.; VILA-DUMAS, M. (Coord.). *Las múltiples caras de la herencia*. Barcelona: Huygnes editorial, 2017, pp.85-104.