

## FAMÍLIA E SUCESSÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL NOS SÉCULOS XIX E XX: TENTATIVA DE SÍNTESE

JOSÉ ARTHUR RIOS

A família brasileira reproduz no trópico os padrões institucionais da família portuguesa, a partir do mesmo fundo medieval de tradições e costumes. Esse quadro medieval rompe-se no século XVI, dando origem, aquém e além-mar, ao que se convencionou chamar a família do Antigo Regime. É um longo período que se prolonga em Portugal até o Código Civil de 1867 e no Brasil até 1916, data em que o nosso foi sancionado. Um historiador português do direito chamou a essa fase “mista — canônica e civil” e assim a caracterizou: “As leis gerais e, depois, as *Ordenações*, foram, no campo da família, meras regulamentações dos preceitos do direito canônico ou de certos *usos* muito arraigados, que consagraram como institutos de direito público, sobretudo em matéria patrimonial, os vínculos, a comunhão geral de bens, a terça disponível, esta de origem islâmica e propagada pelos moçárabes.”<sup>1</sup>

As novas formas e quadros familiares esboçam-se no século XVI mercê das transformações internas do Reino, revolucionado pelos Descobrimentos e a expansão ultramarina. É o renascimento do Direito Romano que considerava a família como do direito das gentes ou do direito natural; e o casamento como pacto privado, acordado entre as partes, primeiro entre as famílias, depois entre nubentes — quando não resultava de formas violentas, de exogamia ou raptó —, e tinha sua expressão jurídica na compra e venda, mais tarde na idéia geral de contrato. Essa marca profunda do direito romano remanesce, aliás, em certas formas primitivas de casamento por compra e raptó que perduram nas camadas populares, em certas regiões portuguesas, observadas e comentadas por etnólogos de além-mar.<sup>2</sup>

Na mesma época a lei geral começa a preponderar sobre o costume local, ocorre grande mistura de povos e culturas no Reino,

<sup>1</sup> In JOEL SERRÃO — *Dicionário de História de Portugal*, verbete “Família”, vol. II, p. 178 e segs.

<sup>2</sup> V. LUIZ CABRAL DE MONCADA — *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1948, p. 41-43.

sobretudo de árabes e judeus, e no quadro urbano de Lisboa; aparece o escravo no seio das famílias, tudo isso levando a flutuações sociais sem precedentes e a um nítido relaxamento de costumes — de que nos dão notícia os cronistas da época e esse extraordinário retratista de costumes que é GIL VICENTE. O aventureirismo e a especulação mercantil, junto à extrema mobilidade social, não podiam deixar de atingir a estrutura familiar. Em face dessas extraordinárias transformações, surge a preocupação do registro paroquial de batismos, casamentos e óbitos e a oposição de interditos e restrições de toda ordem aos casamentos para resguardar a pureza do sangue nas famílias nobres — face à intensa miscigenação — e a integridade cultural, ameaçada por cruzamentos culturais tidos como indesejáveis. A dissolução de costumes — “as paixões sensuais e libidinosas”, no dizer de um historiador sisudo, atingiam todas as camadas da sociedade, leigos e clérigos. Um viajante, Clenardo, fala de costumes que o inquietaram. “Aqui uns aproveitando-se da licenciosidade comum depravavam-se nas deleições e na libertinagem.” Referia-se à Lisboa que mais tarde RAFAEL BLUTEAU descreveria em termos apocalípticos. Não só era grande o número de migrantes que acorriam do interior para o grande porto — resultado de processos de dispensa de mão-de-obra no campo —, mas crescia o número de estrangeiros que vinham a comerciar, de órfãs e viúvas, saldo fatal das expedições marítimas.<sup>3</sup>

A reforma moral, por muitos exigida, veio com o Concílio de Trento, cujos ditames passam a ser adotados como lei do Reino desde 1564. As Ordenações — a Afonsina e a Manuelina — haviam arrancado do Direito Romano. Já agora, depois que as decisões do Concílio são adotadas em Portugal sem restrição alguma, passa o Direito Canônico a subsidiário das leis civis.<sup>4</sup>

Tudo isso repercute no disciplinamento da instituição familiar: o Estado abandona à Igreja a regulação do casamento, instituto prestigiado pelo Concílio — na melhor tradição da Igreja medieval. Era um estado que conferia *status* — “santa e doce vida”, como o proclamou D. Francisco Manuel de Melo na *Carta de Guia de Casados*, esse mesmo clássico que introduziu na literatura uma primeira classificação, ainda que jocosa, das três moda-

---

<sup>3</sup> V. FORTUNATO DE ALMEIDA — *História da Igreja em Portugal*, Porto, 1967-71, p. 452, onde há abundantes citações de cronistas sobre a situação social da época, *ib.*, p. 489 e 497.

<sup>4</sup> A afirmação é de LOBÃO (Manoel de Almeida e Souza de) *apud* JOAQUIM DE ALMEIDA NOVAIS E SOUZA — *Índice Geral das Obras de ...*, Lisboa, Imprensa Régia, 1829, p. 100. O A. desse utilíssimo índice era filho do grande jurista do Antigo Regime. Confirma suas asserções ALMEIDA, *op. cit.*, vol. II, p. 457.

lidades de matrimônio — o de Deus — de moço com moça; o do diabo — de velha com moço; e o da morte, de velho com moça.

Há sempre dois padrões de família, o ideal, que a lei procura sedimentar; e o social, concreto, formado e transformado no dia-a-dia das sociedades —, ambos, no entanto, influenciando um no outro, o ideal plasmando o real, este trabalhando com seus fermentos na idealidade jurídica. Na medida em que as duas esferas se aproximam, a sociedade revela coesão, integridade, as tensões sociais diminuem. Quando a família se desintegra, o estatuto caduca, a norma deixa de vigor, a instituição falece. Em todo o chamado Antigo Regime, todavia, as instituições familiares permanecem, em geral, inturbadas. Trento declarara o casamento não mero contrato, mas sacramento com a indispensável presença do sacerdote para coibir as uniões clandestinas celebradas com cristãos novos, enlaces que comprometiam a vigilância das interdições, sempre de rigor nas camadas altas, relaxadas nas camadas populares. As núpcias eram precedidas de esponsais, verdadeiro contrato, sujeito a escritura pública. Só os maiores de 25 anos podiam contrair livremente casamento. As três Ordenações consagravam o preceito da deserdação da filha menor de 25 anos e o desterro do filho para África, se contraíssem núpcias sem o consentimento paterno.<sup>5</sup> O pátrio poder era reconhecido aos homens livres como aos escravos. Não havia em geral restrições ao casamento entre ricos e pobres, conferindo-se à mulher a dignidade do marido e aos filhos resultantes da união a condição do pai. Nessa sociedade, ainda dividida em ordens ou estamentos, mas já abalada pelo desapoderado desejo do ganho e a fome geral de enriquecimento, o matrimônio antes aproximava que cindia os extremos sociais, com exclusão do homem livre e do escravo, inconfundíveis.

É este, nos seus lineamentos gerais, o enquadramento jurídico que precede o traslado da família portuguesa para o Brasil. É essa família — instituição do Antigo Regime, de fundamento romano, penetrada de usos medievais, gizada nas Ordenações e fortemente ancorada nos artigos do Concílio de Trento e no direito canônico que vai constituir o tronco da família brasileira, nas suas múltiplas variedades. Isso até bem entrado o século XIX, mesmo após a Independência política que não a muda de modo algum, como, em geral, às instituições de direito privado. Esse fato extraordinário, essa continuidade institucional e jurídica por tão largo período ainda não foi devidamente considerada por nossos historiadores e sociólogos. Pela lei de 20 de outubro de 1823, firmada pelo Imperador — mais tarde D. Pedro IV de Portugal — e por JOSÉ JOAQUIM CARNEIRO DE CAMPOS, as Ordenações continuariam

<sup>5</sup> Para tudo isso v. SERRÃO, *op. cit.*, p. 180 e 181.

em vigor no Brasil “até que se organizasse um novo Código”. Código mesmo, na plenitude do termo, só viria em 1916.

É essa família patriarcal e extensa — pelo poder do *pater familias* e pela amplitude da prole, da parentela e da clientela, que domina plenamente a sociedade brasileira e deixa remanescentes — nos costumes e nas leis — até os dias que correm. É a família que BRAGA DA CRUZ, em Portugal, usando a terminologia do sociólogo francês LE PLAY, chamou troncal ou de estirpe. É sabido que na classificação do sociólogo francês (1806-1882), só havia três tipos de família — o patriarcal, o de estirpe e o instável, os três caracterizados pela autoridade paterna e a forma de devolução da herança. Na família troncal ou de estirpe, um tipo de transição, somente um dos filhos casado era nomeado herdeiro, os demais estabelecidos fora do lar mediante dote extraído dos bens familiares. Com isso se evitava a fragmentação da propriedade acarretada, segundo LE PLAY, pela igualdade dos quinhões hereditários introduzida no Código Civil francês. Era a família por este instaurada que LE PLAY considerava instável. “O objetivo do direito de troncalidade, dizia BRAGA DA CRUZ, era manter intato o patrimônio familiar, evitando sua dispersão por um acidente sucessório.”<sup>6</sup>

O morgadio, a devolução da herança no filho mais velho, como todo o sistema de vínculo, consolidado por Pombal no século XVIII e alvo das reformas liberais do século XIX, era o meio institucional-jurídico de manter intato o patrimônio, já que a sucessão nada mais é que uma projeção das necessidades de sobrevivência do organismo familiar e uma forma de assegurar o futuro e o *status dos filhos*.<sup>7</sup>

Essa família ampla, generalizada e dominante, reproduz, no Brasil, vários costumes portugueses, entre eles o namoro, o apadrinhamento, a separação machista dos sexos. Como lhe repete várias funções, além da mera reprodução e criação da prole, ampliando-as e reforçando-as.

O namoro é invenção portuguesa. “Namorar, disse um publicista francês no começo do nosso século... é um vício português.

---

<sup>6</sup> GUILHERME BRAGA DA CRUZ — *O Direito de Troncalidade e o regime jurídico do patrimônio familiar*, Braga, 1941, vol. I, p. 3. Sobre LE PLAY, v. *International Encyclopedia of the Social Sciences* (DAVID SILLS, org), New York, 1968, vol. 9, p. 84-91.

<sup>7</sup> É o que E. P. THOMPSON chama “the grid of inheritance” — o padrão da herança, para o qual chama atenção ao lado e além dos direitos transmitidos. E. P. THOMPSON, “The grid of inheritance: a comment” in Jack Goody et al (org.) — *Family and Inheritance*, Cambridge, 1976, p. 337-338. Ver ainda ERIC R. WOLF — *Sociedades Camponesas* (1966) tradução, Rio de Janeiro, 1970, p. 103-103.

Namora-se por vaidade, por passatempo, por hábito.”<sup>8</sup> Vício ou virtude, era generalizado a todas as camadas, praticado intensamente tanto no campo alentejano como no litoral poveiro, ou nas camadas urbanas. No Brasil deu origem a variedades novas — o namoro de janela, o namoro de esquina e o de portão, cantados em prosa e verso, pintados e caricaturados. O viajante, levianamente, achava que a causa do namoro era o analfabetismo e sugeria, para extirpá-lo, a introdução nos currículos escolares da anatomia descritiva. Só Deus sabe que relações percebia entre as duas coisas! O que não entendeu é que o namoro, vestibular para o casamento — no qual o noivado seria a prova final —, revestia ainda o caráter de preparação e protelação, forma de dar tempo ao tempo e quem sabe uma dessas maneiras subliminares que, nas sociedades tradicionais, contribuem a adiar o aparecimento de novas bocas para sustento, um dos freios, enfim, à alta natalidade.<sup>9</sup>

A figura do padrinho e a instituição do compadrio, de origem nitidamente canônica, aparecem como elementos fundamentais de um sistema de alianças e constituem agentes poderosos, mais prestimosos e prontos que o Estado, de assistência e previdência social. Com o compadrio vara a camada popular um sistema de obrigações e dependências que funciona a montante do sistema de classes, atenua os conflitos latentes e emergentes, infiltrando, nas estruturas do poder público, a força insidiosa das parentelas.<sup>10</sup>

A separação dos sexos segregava a mulher no lar e devolvia as tarefas da vida pública ao homem. Um sentimento de machis-

---

<sup>8</sup> VICTOR DE MOIGENIE — *A Mulher em Portugal*, tradução, Porto, 3.<sup>a</sup> edição, s/d. (As cartas que compõem o livro datam de 1906), p. 15 e 16.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, temos felizmente estudos mais sérios que as passagens observações do viajante. Trataram do namoro, entre outros aspectos da família portuguesa e brasileira — em Portugal, ALVES REDOL — *Gloria, uma aldeia do Ribatejo*, Barcelos, 1939, p. 98-99; JOSÉ CUTILEIRO, *Ricos e Pobres no Alentejo* (uma sociedade rural portuguesa) Lisboa, 1977, p. 123 e segs.; JOSÉ DA SILVA PICÃO — *Através dos Campos, usos e costumes agrícola-alentejanos*, Lisboa, 2.<sup>a</sup> ed., 1947, p. 146; A. SANTOS GRAÇA — *O Poveiro*, Póvoa de Varzim, 1932, p. 177 e segs. De um ponto de vista mais amplo, EMILIO WILLEMS — “A família portuguesa contemporânea”, in *Sociologia*, São Paulo março de 1955, vol. XVII, n.º 1, p. 5 e segs. Comparar com estudos sócio-antropológicos sobre a família brasileira e especificamente THALES DE AZEVEDO, “As Regras do Namoro no Brasil”, in *América Latina*, Rio de Janeiro, ano 13, n.º 2/3, abril/setembro 1970, p. 128 e segs.

<sup>10</sup> “Pode dizer-se que o compadre é uma instituição social de importância fundamental nalguns lugares desta província, o que merece estudo mais pormenorizado pelo desenvolvimento que assumiu nalgumas regiões do Brasil.” A observação é de JORGE DIAS e refere-se ao Alentejo. Assinala, no entanto, a importância do compadrio no norte de Portugal, de onde fluiu sabidamente forte corrente emigratória para o Brasil. In “Algumas considerações acerca da estrutura social do povo português” in *Revista de Antropologia*, São Paulo, junho, 1955, vol. 3.º, n.º 1, p. 4 e n.º 10.

mo, explícito ou imanente, inferiorizou duramente a mulher na vida social e filtrou nos Códigos até data bem recente, fechando-a no círculo estreito das tarefas domésticas.

Esses pontos comuns, gritantes e irritantes, entre o patriarcalismo brasileiro e o português, escondem largas diferenças que logo se abriram entre os dois troncos familiares. Forças novas, atuantes na América Portuguesa, explicam tais divergências. A família brasileira brota num vácuo institucional. Nem escola, nem associações, nem igrejas, nem empresas, contestam seu crescimento avassalante. O próprio Poder Público, presente desde o primeiro momento da colonização da terra, não dispõe de forças suficientes para enfrentá-la. No vasto sertão, no desertão, que é, de início, toda a terra, é o núcleo primeiro e vigoroso de organização social e econômica e de cristalização do poder. A Coroa portuguesa, através das sesmarias, assegura-lhe, entre outros privilégios, a base econômica — nem outra maneira havia com tão pouca gente de ocupar e povoar tão imenso e bruto território.

Decidiu-lhe o destino e toda a evolução posterior sua identificação com o latifúndio monocultor e, através dele, com a abundante e fácil escravaria. A escravidão deixou entre nós marcas tão profundas porque atuou através da família, amaciando suas arestas patriarcais. Isolada e prolífica, a grande família mobilizava forças consideráveis — parentes, agregados, escravos. Eram às vezes milhares de pessoas que, arregimentadas e armadas, acorreram muitas vezes a amparar o Estado exangue —, contra o pirata, o bandido, o invasor.

O preço de tudo isso foi o familismo institucional, tão bem descrito por NESTOR DUARTE, num ensaio hoje quase esquecido. Forte de suas hostes, o *pater familias* enfrenta muitas vezes o Estado, substituiu-se a ele por delegação tácita ou com ele se consorcia nos riscos e lucros dos empreendimentos mercantilistas.

É esta, portanto, uma família de classe, de exceção, a família dos possidentes que praticamente monopoliza os recursos da sociedade, incorpora na sua tutela o secular e o sagrado. As camadas populares, sem terra e sem possibilidade de obtê-la, a não ser pela posse devastadora e precária, só restam as uniões de direito natural, que não se confundem com o concubinato, como pensam erradamente alguns, e que constituíram o verdadeiro cadinho da miscigenação, enquanto as famílias de classe alta lutavam por preservar ainda que em vão a pureza do sangue.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre a família patriarcal brasileira na sociedade latifundiária e escravagista, o clássico insuperável é *Casa-Grande & Senzala* de GILBERTO FREYRE, Rio de Janeiro, 1933, de várias edições. Leia-se ainda PEDRO CALMON — *Espírito da Sociedade Colonial*, São Paulo, 1931; OLIVEIRA VIANNA — *Evo-*

Essa família patriarcal que arrosta as tempestades do século XIX aí mesmo começa a manifestar os primeiros sintomas de decadência e desintegração. Tal revolução, porque é este, nem mais nem menos, o significado de tamanha mudança, foi provocada primeiro pela erosão econômica do latifúndio monocultor, devido ao empobrecimento da terra, à lenta extinção da mão-de-obra escrava, o parcelamento da propriedade; e, além disso, pela formação das cidades incompatíveis com a família extensa.

Surge daí o antagonismo entre dois estilos de vida — hoje diríamos projetos de vida — que GILBERTO FREYRE simbolizou na casa-grande e no sobrado. Desde o Império emerge esse novo tipo de família semipatriarcal, urbanizada, tipo de transição para a família plenamente urbana, articulada num setor terciário em expansão, moderna, nuclear. Tipo de transição porque as famílias que constituíam a classe dominante ainda permaneciam, e por muito tempo continuariam, solidamente presas à terra, aos interesses agrários. O processo de urbanização até a explosão urbana dos anos 60 e 70, em nosso século, consentia que as parentelas, no Brasil, como em Portugal, mantivessem poder e riqueza. Não os clãs, como gostava de dizer OLIVEIRA VIANNA, mas parentelas, alianças consolidadas de famílias que continuam da República até os nossos dias.<sup>12</sup>

A família patriarcal desmorona por duas vertentes de relacionamentos: os laços entre marido e mulher, a subordinação dos filhos aos pais — na linguagem jurídica, pela ruptura do poder marital e do pátrio poder. Na sociedade semipatriarcal que chega no Brasil, tranqüila, até os anos 30, permanecem muitos dos traços do Antigo Regime. A mulher, porém, passa a desfrutar de maior liberdade. Já tem acesso, por exemplo, a espaços urbanos dantes vedados. A literatura da época povoada de figuras de mulher altamente idealizadas, mostra com nitidez as expectativas da sociedade masculina em relação ao sexo oposto. A mulher ideal era apresentada sob traços virginais, pairando impoluta acima da

---

<sup>12</sup> Sobre a família semipatriarcal urbana, v. GILBERTO FREYRE — *Sobrados e Mocambos*, São Paulo, 1936.

---

lução do Povo Brasileiro, São Paulo, 1933 (2.<sup>a</sup> ed.). De maior importância para a projeção da parentela na esfera do poder político, do mesmo autor, *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1949 (2 vols.). O ensaio de NESTOR DUARTE sobre o familismo, *A Ordem Privada e a Organização Nacional*, São Paulo 1939. Sobre a família como instituição de classe no Brasil, ver JOSÉ ARTHUR RIOS — “Classe e família no Brasil”, in *Digesto Econômico*, São Paulo, maio, 1950, n.º 66, p. 127 e segs. De um ponto de vista contestatário, MARIA SUELY KOFES DE ALMEIDA e outros — *Colcha de Retalhos, estudos sobre a família no Brasil*, São Paulo, 1982, sobretudo o primeiro ensaio. de MARIZA CORRÊA — “Repensando a família patriarcal brasileira”, p. 13 e segs.

cobiça erótica dos homens. Mães eram figuras prosaicas. Uma das criações dessa literatura é a morta virgem. Não bastava que fosse virgem. Tinha de morrer nessa condição.

Essa criação literária é do arsenal romântico. No Brasil, como em Portugal, o Romantismo representou poderoso agente de mudança e, ao mesmo tempo, fonte de atrasos sociais. A literatura romântica inoculou, em nossa sociedade ainda impregnada de restrições patriarcais, um sopro novo, uma rebeldia inédita que reponta em novas modalidades de união dos sexos, como o “casamento por amor” — impossível na sociedade patriarcal. Surge, agora com outra feição, o rapto da noiva, pelo qual os namorados buscavam iludir os designios do *pater familias*. O rapto invade a literatura, aquém e além-mar. Muita honrada família brasileira, muito vulto ilustre encontra sua origem nesse ato de romântica violência, cuja simulação simbólica ainda fomos encontrar, vigente e estante, em próspera cidade do interior nordestino. Não é por mero capricho do legislador que nosso Código Civil, ao versar os impedimentos ao casamento, previu que não poderia o raptor casar com a raptada, enquanto esta não se achasse fora de seu poder e em lugar seguro (art. 183, X). Isto em 1916.

Foi também o Romantismo que, a par da virgem, endeusa a mulher perdida, categoria de amplo espectro incluindo desde a prostituta até a divorciada, e estabelece, nos costumes, uma discriminação e um zoneamento que os Códigos — e os espaços urbanos, reproduzem.

Por outro lado, entre pais e filhos, rompe-se a antiga dependência. Desaparecem os casos de justiça paterna de que é fértil a história colonial. Estreitam-se as distâncias sociais. Os filhos querem ser homens muito cedo, querem fumar, vestir-se como adultos, iniciar-se sexualmente, numa precocidade generosamente atribuída aos calores do trópico. Perdem o “respeito”. Surge o colégio-instituição educacional que rouba o menino aos aconchegos da família e o inicia na vida adulta. Quanto às moças, essas ainda se educaram por muito tempo em casa — o que levou um cáustico observador francês a dizer que, da civilização, nossas bisavós só haviam tomado a crinolina, o chá e a polca.

A categoria que leva de vencida essa sociedade patriarcal e a revoluciona é a classe média urbana que fez do Romantismo sua bandeira, do liberalismo sua ideologia política e do retrato de família seu brasão. Amadureceu mais depressa em Portugal que no Brasil, lá abraçou as reformas liberais de MOUSINHO DA SILVEIRA, apoiou a monarquia parlamentar, derrubou os vínculos; no Brasil abateu a escravidão e consorciou-se, sem grande sucesso, com a República oligárquica. Dela não partem, porém, como em outros

países, largas iniciativas reformistas — porque o familismo continua a penetrar fundo na nova estrutura social, embotando as arestas ideológicas, selecionando as lideranças políticas e econômicas, e até impedindo a implantação de padrões administrativos racionais.

Essa classe média urbana, de fundo e origem patriarcal, mas que se solidariza com as inovações do Código Civil, é inspiradora do seu conceito de família legítima da qual se esforça, ao mesmo tempo, por ser reprodução fiel; enquanto a família popular e proletária, esta de formação mais recente — a família dos cortiços, das favelas, das periferias urbanas —, sobrevive tranqüilamente à margem dos Códigos.

A família popular, com sua estrutura própria, suas legitimações e impedimentos, mantém traços arcaicos, recalcados na instituição dominante ou dela expulsos. Manteve, por muito tempo, a separação rigorosa de tarefas entre os sexos. Cultivou o compadrio como extensão da família. Durante muito tempo, graças à definição jurídica da ilegitimidade, abriu-se uma cisão entre a família legítima e a popular. O Estado não reconhecia os casamentos realizados unicamente com a sanção eclesiástica e considerava oficialmente como ilegítimos os filhos de uniões realizadas sem as formalidades do Código, embora celebradas em cerimônia religiosa. De sua parte, a Igreja não considerava legítimas as uniões celebradas unicamente à sombra da lei civil. O conceito de legitimidade dos filhos acompanhava o do matrimônio; sobretudo quando não havia propriedade que justificasse a legalização do casamento no pretório e a legitimação dos filhos. Assim, durante muito tempo, no Brasil, muitos nascimentos eram tidos como ilegítimos no sentido do Código Civil, o que tinha o efeito de marginalizar em face da lei boa parte de nossa população. No entanto, filho natural sempre teve boa acolhida no Brasil. Não recebia estigma. Convivia cordialmente com a família legítima. Assim como a adoção sempre foi largamente praticada — à margem do Código e dos cartórios, nos campos e favelas urbanas.

Tanto no Brasil como em Portugal, a família popular guardou traços arcaicos. Esse arcaísmo latente, que é comum a nossas sociedades e talvez explique seu continuísmo profundo, repontou muitas vezes, à flor da história, em confrontos trágicos: no levante camponês, na Maria da Fonte, em Portugal; no episódio de Canudos, no Brasil. É bom lembrar que os jagunços de Canudos abriram luta contra o Governo, lutaram até a morte, para protestar contra a República e contra o casamento civil — em nome da monarquia, uma monarquia messiânica proclamada por um fantasma, El Rei D. Sebastião, herói mítico comum aos dois países.

Os estudiosos da família dos dois lados do Atlântico tropeçam a todo momento em reminiscências arcaicas. JORGE DIAS foi encontrar resíduos matriarcais no Alentejo, onde a mulher, elemento estável na aldeia, termina por ser o preponderante — o que dá origem, na região, a formas de matrilinearidade e matrilocalidade. ANTÔNIO CÂNDIDO, EMILIO WILLEMS e tantos outros respigaram, por sua vez, vestígios do antigo patriarcalismo na família caipira.<sup>13</sup>

Arcaicos são ainda em Portugal alguns traços do direito sucessório. São, por exemplo, os remanescentes do antigo morgadio. JORGE DIAS foi encontrá-lo em comunidades agrárias de antiga raiz. “A preocupação de não dividir a casa... mantém-se hoje em várias regiões do país...” E o Professor DIOGO LEITE DE CAMPOS particulariza a afirmativa ao informar que “nas regiões de pequena propriedade do Norte do país, havia o seguinte costume, determinado pela necessidade de não tornar inviáveis as explorações rurais: os pais deixavam por morte (ou doavam em vida...) ao filho mais velho os bens imóveis, entregando aos restantes a sua legítima em dinheiro.”<sup>14</sup>

No Brasil, foi corrente a constituição de morgados, bem como de capelados, como notaram viajantes que percorreram nosso interior antes da Independência. Comentando a subdivisão da terra por herança e seus efeitos no Brasil, em relação aos Estados Unidos, o sociólogo norte-americano T. LYNN SMITH escreveu: “Nem sempre as terras são de fato subdivididas e devolvido a cada herdeiro seu quinhão: podem continuar como propriedades indivisas, enquanto a natalidade e a sucessão produzem camadas sucessivas de proprietários... O comprador de uma dessas glebas terá de entender-se com inúmeras pessoas hoje em empregos urbanos. Poucos herdeiros permanecem na propriedade, trabalhando parcelas da melhor maneira possível, lutando com dificuldades criadas pela impossibilidade de chegarem a acordo com os outros herdeiros e a incerteza do futuro.”<sup>15</sup> Os herdeiros do latifúndio, em geral, hesitam em subdividi-lo, nos termos do Código Civil — pelo menos enquanto a terra mantiver seus padrões de fertilidade. Tangen-

<sup>13</sup> JORGE DIAS, *op. cit.*, p. 4. E na sua obra clássica, *Rio de Onor Comunitarismo Agro-Pastoril*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1981 p. 43-44. ANTÔNIO CÂNDIDO — “The Brazilian Family” in *Brazil, Portrait of Half a Continent*, New York, 1951, p. 291 e segs.

<sup>14</sup> JORGE DIAS, *op. cit.*, p. 9. DIOGO LEITE DE CAMPOS — *Família e Sucessão*, Coimbra, 1981, p. 10. Sobre o morgado em Portugal, v. o erudito estudo de MARIA DE FÁTIMA COELHO — “O instituto vincular, sua decadência e morte: questões várias” in *O Século XIX em Portugal*, Colóquio organizado pelo Gabinete de Investigações Sociais, Lisboa, 1979, p. 111 e segs.

<sup>15</sup> T. LYNN SMITH — *Brazil, People and Institutions*, Baton Rouge, 4.<sup>a</sup> ed., 1972, p. 339-40.

ciam o preceito do Código, dando ao herdeiro mais velho, ou mais experiente, a administração da propriedade, ou a transformam numa espécie de condomínio de fato.

Em Portugal, o primeiro grande abalo institucional que sofre essa família extensa e patriarcal do Antigo Regime resultou das reformas liberais do século XIX. O individualismo liberal não se compadece da ordem testamental da sociedade tradicional. O clima do liberalismo não é mais o do estatuto, muito menos o do sacramento, passa a instaurar-se a ordem do contrato sob a qual indivíduos teoricamente livres pactuam interesses. Dentre estes avulta necessariamente o interesse patrimonial que na sociedade burguesa liberal sobreleva a todos os demais.

Até o Código Civil de 1867, em Portugal, as obrigações dos cônjuges continuavam a pautar-se, no entanto, por velhíssimas normas consuetudinárias. Quanto à separação dos cônjuges, a doutrina continuava a consagrar o princípio de relegar o conhecimento dos casos ao juízo eclesiástico. Crime muito grave continuava a ser o celebrar segundas núpcias antes da dissolução das primeiras. No casamento segundo os costumes do Reino não havia escritura antenupcial, os cônjuges eram meeiros nos bens comunicáveis. Pela escritura antenupcial passam a poder estipular a separação absoluta dos bens. Tudo isso aparece em Portugal em anteprojeto do jurisconsulto CORREIA TELES, depois chamado *Digesto Português*.<sup>16</sup>

A secularização crescente dos comportamentos e o individualismo liberal, de mãos dadas, levam de roldão essas práticas. O Código Civil de 1867 tentou ainda uma conciliação, propondo um sistema misto de preceitos canônicos e intenções laicizantes. Foi, todavia, mais declaração de princípios que regra prática constante. A tendência irresistível é da laicização total das instituições familiares e a meta será fatalmente a consagração do divórcio, instituído, em Portugal, na Lei de 1910, deixando então o casamento de ser perpétuo, nos termos do Código.

O novo estatuto da família enseja um regime puramente civil e abre caminho à intervenção do Estado. Acolhe-se o lobo ao redil. Abre-se nova fase do instituto familiar, regida pela ruptura da indissolubilidade e pela proclamação da liberdade e igualdade dos cônjuges. As fórmulas laicas continuam apenas a parafrasear as velhas formas canônicas.

Só anos mais tarde, nossa lei civil iria medir forças com as antigas instituições. Levou, no entanto, mais longe essa concepção individualista da sociedade. A família do nosso direito positivo é

---

<sup>16</sup> SERRÃO, *op. cit.*, vol. II, p. 181-182.

um mero agregado de indivíduos, diria melhor de interesses, rigidamente supervisionado e disciplinado pelo Estado. O Código português conservara, entre outros, um vestígio dos antigos tempos — o Conselho de Família, instituição venerável que, como a aldeia, nunca medrou na América. Por isso mesmo não aparece no Código brasileiro.

O legislador cede, neste passo, menos a modismos jurídicos que à pressão irresistível de novas forças sociais. A principal delas é a substituição crescente da família extensa pela família nuclear — que talvez LE PLAY qualificasse de estável — e a lenta sedimentação de uma classe média que, através de uma elite representativa — da qual participam evidentemente os juristas —, impõe, por toda parte, seus padrões dominantes.

A expansão da família nuclear é fenômeno universal em toda a área das sociedades européias, tanto no campo como nas cidades. O parcelamento da terra, a queda na natalidade, a proletarização, as correntes da migração favorecem esse movimento irresistível. Em 1955, com a habitual agudeza, JORGE DIAS consignava: "... A família nuclear vai ganhando cada vez mais terreno sobre a família grande, multifuncional, predominantemente de tipo patriarcal, ainda muito freqüente no Norte do país. Os progressos da família nuclear devem-se ao aumento do proletariado nas regiões urbanas e industriais, ou às influências cosmopolitas — sobretudo na capital. Mas pode-se dizer que o fator mais decisivo é a quebra dos laços com a terra." 17

A urbanização é a grande alavanca na aluição da família extensa, mas a generalização da classe média, a migração e o trabalho feminino é que vão revolucionar seu estatuto legal. A estabilidade nos casamentos decresce — não propriamente pelo número insignificante de divórcios —, mas pelas separações de fato, forçadas pelo labor da mulher e pelo trabalho migrante entre os homens.<sup>18</sup> O Professor DIOGO LEITE DE CAMPOS anota a influência de tudo isso no regime legal dos casamentos: "A introdução do regime da comunhão de bens adquiridos, em substituição da comunhão geral de bens, foi, desde logo, o resultado da verificação de um certo afrouxamento dos laços pessoais entre os cônjuges — ou, pelo menos, da consideração de que esses laços se afrouxavam ou se dissolviam num número significativo de casos." 19 Analisando as

17 JORGE DIAS, *op. cit.*, p. 1 e segs.

18 ANTÔNIO CÂNDIDO resume as últimas transformações da família patriarcal brasileira em cinco processos: urbanização — na qual destaca o trabalho feminino — industrialização, proletarização, imigração e aculturação. *Op. cit.*, p. 305.

19 CAMPOS, *op. cit.*, p. 20.

transformações recentes do direito sucessório em Portugal, o mesmo autor mostra as conseqüências da redução da família ao núcleo conjugal e o enfraquecimento das relações entre pais e filhos, acarretando a progressiva erosão do regime supletivo de bens e a alteração da linha sucessória. "A estabilidade dos patrimônios encontra-se progressivamente comprometida na sociedade contemporânea. O nível de vida da família é mais assegurado pelo que esta possa adquirir do que pelo que venha a receber gratuitamente. A sobrevivência econômica do viúvo assentará cada vez mais na sua capacidade de trabalho e no que tenha adquirido em conjunto com o cônjuge pré-morto através dos esforços de ambos. Deste modo, os interesses e as expectativas dos cônjuges assentarão, sobretudo, na massa comum dos adquiridos."<sup>20</sup>

O Código Civil português de 1867 representa curiosa transição entre o Antigo Regime e a sociedade liberal. Discrimina cuidadosamente quem pode suceder e para isso tem de definir a legitimidade, estremando do filho legítimo a categoria do espúrio — o que não pode ser perfilhado, o adúlterino e o incestuoso (art. 134). Abre à mulher-mãe a participação no poder paternal (art. 138). Ao mesmo tempo, confere ao pai a autoridade de curvar a vontade do filho desobediente e incorrigível (*sic*), entregando-o à autoridade judicial que poderia fazê-lo recolher à Casa de Correição (art. 143).

Aos pais, ainda segundo o Código, pertence a propriedade e o usufruto dos bens que os filhos adquirem enquanto na companhia deles, quando adquiridos com o capital paterno; e, mais, têm o usufruto dos bens que os filhos adquiram com trabalho próprio, enquanto se mantêm na companhia dos genitores (art. 145).

Percebe-se em tudo isso, latente, a imagem da família extensa, de seu domínio sobre os dependentes, e até de uma propriedade comum — imagem que briga com o individualismo liberal. Nem se fale na persistência da figura do Conselho de Família (art. 207), entidade em cujas atribuições se incluía até a escolha da profissão, ofício ou serviço a que havia de dedicar-se o menor órfão — atribuições que no Brasil seriam investidas na função tutelar do Juizado de Menores.

Quanto ao casamento, o Código conservador definia-o como contrato perpétuo cuja finalidade era a constituição da família (art. 1.056), mas logo cria separação entre a lei canônica e a civil (art. 1.070), apenas assegurando ao casamento católico efeitos civis — derradeira concessão da nova ordem secular à antiga ordem sacramental.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 12.

Essa última trincheira foi, no entanto, desdobrada pelas leis de 1910, que terminaram com a perpetuidade do casamento e introduziram o divórcio em Portugal. Em atos legislativos sucessivos completou-se a demolição da sociedade patriarcal, assegurando independência à mulher e reduzindo o casamento a mero contrato.

De seu lado, o Código Civil brasileiro de 1916, não levou tão longe, na aparência, a demolição jurídica do patriarcado. Eliminou os esponsais, ritual ainda mantido nos Projetos que o precederam; prescreveu formalidades para o casamento, submetendo-o assim, ato público, ao controle do Estado. Fixou impedimentos descrevendo dessa forma, à contraluz, um perfil de legitimações e interditos sociais. Elevou a idade nupcial de 14 anos para a mulher e 16 anos para o homem respectivamente para 16 e 18 anos — numa sociedade em que eram freqüentes os casamentos, geralmente de iniciativa paterna, mal vencida a puberdade; desenhou novo mapa de parentescos. E foi mais longe que o direito canônico, proibindo o casamento entre tios e sobrinhos — no dizer do ilustre autor do Projeto, para “evitar a degeneração da raça”, o que, na época, suscitou grande polêmica.

O vínculo matrimonial, no entanto, continuava perpétuo; e introduziu-se o desquite, como forma de dissolução da sociedade conjugal. Foi aceso o debate na Câmara dos Deputados, em 1901, a favor e contra o divórcio. Prevaleceu o ponto de vista contrário à solução extrema, aliás subscrito pelo autor do Projeto. CLOVIS BEVILACQUA condenava-o em nome da moral, não a católica, mas a positivista, mais rigorosa. São freqüentes nos seus comentários as referências a um princípio ético, como no caso do casamento sem o consentimento dos pais, tutores e curadores (art. 183, XI). Ao contrário do Código português, o nosso não definiu o casamento, mas, no pensamento do autor do Projeto, tratava-se de contrato bilateral; nem se preocupou com sua consagração religiosa, já que a Constituição de 1891 já havia, em boa hora, marcado a separação completa entre o espiritual e o temporal.<sup>21</sup>

A instituição do casamento adquire com o Código alto grau de formalização e idealização. Dessa conceituação nasce a figura da “família legítima”, efeito primeiro do casamento, através do qual o Código privilegia formalisticamente determinado tipo de união em relação a outras, ainda que válidas perante o direito canônico — desde que nelas se imprimisse o sinete da legitimidade, ou seja, conformidade com os preceitos e exigências da lei.

Criava-se, por aí, uma instituição familiar marginal, produto dos costumes e tradições, cuja importância era tanto maior quanto

---

<sup>21</sup> CLOVIS BEVILACQUA — *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1922, vol. II, p. 20 (é o comentário do art. 183).

vivíamos, no começo do século, e continuamos a viver até data recente, numa sociedade de patamares desiguais, onde a miséria e o analfabetismo peculiares às zonas rurais cindiam o corpo social em uma zona iluminada fortemente pelo foco da lei e um vasto território de sombra onde vivia e formigava, no limbo, imensa camada da população. Assim, à luz das novas legitimidades, passaram a ser filhos naturais os produtos desses casamentos de fato — confundidos por certos estudiosos com as amigações ou mancebias, reduzidos, portanto, ao nível do mero concubinato —, celebrados fora do alcance do Estado cartorário.

Rompeu, no entanto, o Código com certos preconceitos da sociedade patriarcal, eliminando, por exemplo, a expressão “poder marital”. Afirmava que o marido era o chefe da sociedade conjugal — mas impunha à sua autoridade limitações e restrições, colocando, além disso, a mulher no mesmo plano do homem. Aí novamente o patriarcalismo retirou-se acuado pelo princípio liberal da igualdade.

Os Códigos Civis de ambos os países e as leis que, no decorrer do século XIX — em Portugal —, no século XX — no Brasil —, vieram complementá-los, consumaram a dissolução da família patriarcal, extensa, instituição dominante em nossas sociedades durante três séculos. A aceitação do divórcio, a igualdade dos cônjuges, a extinção ou limitação do poder marital, a progressiva legitimação da concubina, a crescente indistinção entre a família legítima e a família de fato, a intervenção crescente do Estado na ordem familiar — a ponto de alguns comentaristas falarem em publicização do direito da família —, a expansão do assistencialismo e do previdenciário estatal, tudo isso corresponde na sociedade à expansão da família nuclear ou restrita, mas vai além, privilegiando o casamento-contrato e rebaixando o grupo familiar ao nível de interesses meramente econômicos ou sexuais que postergam os filhos e cerceiam a unidade da família na sua plenitude.

Tudo isso se fez na perspectiva de um “individualismo possessivo” — para usar a expressão de um estudioso, que é a marca maior da ideologia liberal. Mas logo, numa seqüência irresistível, ele se torna de possessivo em predatório quando o indivíduo se transforma em objeto, passível de infinitas manipulações pelo Estado e pelos grandes interesses — o que sempre acontece quando o Direito dá as costas à ordem natural para seguir um idealismo que OLIVEIRA VIANNA chamava de utópico, quando ainda não se sabia que abismos se abririam nas sociedades ocidentais, rasgados no tecido social por essas devastadoras utopias.

O limite extremo de qualquer instituição, a fronteira além da qual se rompe e desintegra, é a antiinstituição — aquele conjunto

de comportamentos que, numa sociedade jurídica e moralmente organizada ameaça sua própria sobrevivência. Convivem ambas, numa tensão salutar, até que o puritarismo formalista e repressivo ou a dissolução permissiva levem a unidade familiar ao declínio e à morte. A antifamília é representada em nosso tempo pelos comportamentos permissivos radicalizados que, se generalizados, podem levar à extinção da espécie. A aceitação social do homossexualismo e a legalização de uniões de homossexuais, “os casamentos de troca” e a indistinção entre o casamento-instituição e o casamento de fato, sobretudo no caso de uniões livres — o que se chamava romanticamente em outras eras, com uma nota de escândalo e desafio, o “amor livre”; a legalização do aborto; o controle da natalidade por imposição estatal e não através da paternidade responsável — tudo isso num largo assédio à família — pressiona o jurista e o legislador novidadeiro, destruindo as bases de uma instituição que, seja qual for sua forma, sempre se fundamentou na intenção de permanência, na liberdade de escolha e na *affectio*.

A retirada das cunhas sociais que contêm muitos desses comportamentos prepara seu desmoronamento, ladeira abaixo nas precipitosas crises sociais. A descriminalização e a despenalização ensejam sua transformação em normas aceitas aguardando o sinete da legitimidade.

Não cabe à sociologia legislar, nem moralizar. O sociólogo, porém, por dever moral, não pode furtar-se a uma palavra de apelo e advertência. O universo jurídico está como outras esferas da cultura, sob a ameaça do nominalismo dissolvente, que atinge hoje todas as instituições na sua sedimentação racional e transcendente. O individualismo liberal, sua manifestação contemporânea, atinge diretamente a instituição familiar através do que um historiador português do direito, de cepa marxista, chama a “dissolução das realidades naturais da sociabilidade humana”.<sup>22</sup> O indivíduo, entidade, aliás, inexistente, cria, pelo exercício da vontade, as instituições que, do mesmo passo, adquirem caráter contratual, convencional. É a vitória de ROUSSEAU, patrono maior da subversão contemporânea.

Muitos outros são os problemas que se oferecem ao jurista nesse mundo conturbado. O individualismo liberal, deslocando a atenção de todos para os egoísmos hedonistas, abriu a porta ao marxismo como tentativa de compensação das injustiças sociais. Num mundo em crise institucional profunda, cortado de bruscas

---

<sup>22</sup> ANTONIO MANUEL HESPANHA — “O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal”, in *O Século XIX em Portugal*, p. 220.

interrupções da ordem social, atravessado de migrações forçadas pelo constante estado de guerra, induzidas pela miséria ou simplesmente criadas pelas novas urgências dos grandes deslocamentos de mão-de-obra, surge a necessidade de famílias substitutas para suprir a ausência ou desaparecimento dos pais — ou sua omissão — como de uma revisão do instituto de adoção para atender aos milhões de crianças abandonadas e carentes e evitar que acabem melancolicamente nos asilos do Estado ou na carreira do crime; de novas investidas da autoridade familiar pela ampliação da tutela e da curatela, a fim de que, preservada a unidade familiar, possa o grupo subsistir, desempenhando, sob novas formas, suas funções permanentes. O direito, como observou sensatamente um jurista, não dispõe somente para momentos de estabilidade social, mas para as situações de crise, para os momentos em que a família se desagrega — épocas de súbita transformação ou disritmia social — ou momentos, como o que atravessamos, de vacilação moral e desfiguração do homem. É nesses momentos que a lei encontra sua função maior, e o Direito sua missão precípua.