

# O Atlântico como pátria (Livros e idéias entre Portugal e Brasil)<sup>1</sup>

*Gizlene Neder*  
*Gisálio Cerqueira Filho*

## 1. Circulação de livros e idéias: apropriação cultural, mimetismo e autenticidade

Este texto enfoca o debate político e ideológico em torno das reformas dos estatutos jurídicos para a área do direito de família no Brasil e em Portugal. Ele foi realizado em tom apaixonado e durou mais de um século (desde fins do século XVIII até as primeiras décadas do XX). Evidentemente que está inserido numa discussão mais ampla referida ao continente europeu. Uma forte afetividade desbordou para além das prescrições de calculistas, positivistas e defensores da "ciência natural do direito", fruto da afirmação do paradigma legalista resultante do processo político de secularização nas sociedades ocidentais. Este processo foi acompanhado de um movimento extenso de circulação das idéias iluministas que "viajaram" pelas sociedades europeias e atravessaram o Atlântico. Por terra, nos antigos caminhos de mercadores que cruzavam os Alpes ou os Pirineus; ou pelo mar, no Mediterrâneo, no Atlântico ou até nos mares do Extremo Oriente, mercadorias, pessoas e idéias vêm realizando, desde pelo menos meados do século XV, uma deambulação que tem aproximado povos e criado condições para um amplo processo de apropriação cultural.

A difusão do ideário iluminista apresentou-se, na virada do século XVIII para o XIX, acompanhada da afirmação das nacionalidades. Os nacionalismos regionais

---

<sup>1</sup> Este artigo insere-se em projeto integrado de pesquisa intitulado Poder, Idéias Jurídicas e Autoridade na Família: História, Direito e Ideologia em Portugal e no Brasil. Contou com o patrocínio do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico/Brasil). Recebeu Bolsa de Investigação da Biblioteca Nacional de Lisboa/Fundação Luso-Brasileira para o Desenvolvimento do Mundo de Língua Portuguesa (setembro e outubro de 1999).

deram suporte ideológico fundamental para a construção dos Estados Nacionais Modernos. Neste processo, as disputas e rivalidades no plano de políticas externas expansionistas e de implementação do comércio em nível mundial implicaram disputas ideológicas que buscavam marcar as idéias e as culturas "nacionais" com acentos de originalidade e autenticidade.

As idéias jurídicas iluministas não escaparam destas disputas. A identificação da primazia de uma ou outra inovação; a adoção pioneira de um ou outro código (civil ou criminal) moderno, ou a sapiência estupidamente brilhante deste ou daquele jurista (desta ou daquela nacionalidade) cujo saber jurídico, por sua vez, influenciou tais e quais códigos etc. formaram um conjunto de princípios dogmaticamente repetidos nos livros e ensaios de história do direito. Os ecos destas disputas exibem-se nos manuais do campo do direito até os dias de hoje. Os avanços teórico-metodológicos alcançados a partir do deslocamento do debate da ênfase no eixo "centro e periferia" na história das idéias políticas e sociais para as discussões sobre circularidade e apropriação culturais parecem não ter atingido (ou ter atingido muito pouco) o campo do direito. Neste particular, ocorre uma oscilação (às vezes no interior de um mesmo livro ou ensaio) entre um conjunto de afirmações apologéticas das excelências acadêmico-científicas e filosóficas dos juristas (portugueses ou brasileiros) e outro conjunto de imputações de dificuldades e atraso intelectual do campo do direito.

É neste contexto histórico e nesta ambiência intelectual que alguns clichês foram forjados e praticamente convertidos em axiomas a serem dogmaticamente repetidos no campo do direito. Mapeando alguns deles, podemos destacar o esforço de juristas portugueses, já nesta recente virada de século/milênio, em apontar, por exemplo, o pioneirismo do projeto de código criminal redigido pelo jurista pombalino Pascoal José de Mello Freire sob encomenda de D. Maria I em fins do século XVIII e que nunca chegou a ser aprovado<sup>2</sup> (Hespanha, 1993; Neder, 2000). Portugal só veio a ter um código criminal moderno em meados da década de 1850. O mesmo ocorreu com a Consolidação das Leis Civis no Brasil e o Esboço de Código Civil, de autoria de quem é considerado um dos mais importantes juristas brasileiros do tempo do Império, Augusto Teixeira de Freitas. Encarregado, em meados da década de 1850, de redigir um projeto de código civil para o Brasil, sua obra permaneceu

---

<sup>2</sup> Em artigo recente, António Manuel Hespanha destaca este pioneirismo do projeto, que, segundo ele, caso tivesse sido aprovado ao tempo de sua encomenda, antecederia o de Toscana (este sim, o primeiro código criminal moderno a entrar em vigor) (Hespanha, 1993). Temos uma pequena discordância com esta afirmativa de Hespanha (Neder, 2000).

inconclusa. No entanto, seus apologistas dedicam-se a detalhar em qual código civil de tal ou qual país se encontram as influências do Esboço do eminente jurista brasileiro, revestindo sua obra de autenticidade e genialidade. Do mesmo modo, grandes interpretações visando explicar os atrasos, ou dificuldades para aprovação destes projetos podem ser encontradas nas páginas dos manuais de história do direito, tanto no Brasil, quanto em Portugal.

Neste artigo enfocaremos estes dilemas e embates ideológicos, tomando a discussão em torno da reforma do código civil que polarizou idéias e ideólogos do campo do direito em Portugal e no Brasil, tais como Augusto Teixeira de Freitas, Alexandre Herculanio, Visconde de Seabra, Viveiros de Castro, Clovis Bevilacqua e Rui Barbosa.

No Brasil, a tarefa de redigir um outro projeto de código civil ficou a cargo, tão logo se implantou o regime republicano no país, de um jurista liberal da Escola do Recife, Clovis Bevilacqua. A despeito do liberalismo do autor do projeto, e da forte influência que recebeu do individualismo e do progressivismo das leis civis francesas, reificou-se a idéia de que o *Código Civil Brasileiro*, pelas emendas conservadoras que recebeu da comissão revisora e pela resistência enérgica e apaixonada de Rui Barbosa (senador da República e membro da comissão), teria uma forte influência do código civil alemão (de 1897 e que entrou em vigor a partir de 1900). Assim que, por exemplo, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, (presente no projeto), foi rejeitada pela comissão para quem o homem devia ser o "cabeça do casal", merecendo as mulheres o mesmo estatuto jurídico de "incapazes", tais como os deficientes mentais e menores. O *Código Civil Brasileiro*, até muito recentemente, apresentava no texto a distinção entre mulheres "honestas" e "desonestas"; "desonestas" eram consideradas aquelas que não se casassem virgens, que desonrassem o pai e a família, podendo ser deserdadas como punição.

Ainda mapeando as trocas de idéias (e de livros) do iluminismo jurídico que, nos caminhos do Atlântico, circulavam entre as diferentes formações históricas ocidentais, procedemos a um levantamento quantitativo acerca do país de origem das referências bibliográficas contidas no *Esboço de Código Civil*, de Augusto Teixeira de Freitas, e constatamos alguns aspectos significativos acerca das obras estrangeiras que mais o influenciaram.

Primeiramente, encontramos um leque de referências bibliográficas bastante restrito (um total de 106 obras), com a repetição exaustiva a umas tantas obras, como o *Traité du Droit Romain* do jurista alemão Von Savigny. De outro lado, há um conjunto expressivo de referências a códigos e leis, no mais fino estilo dos comentá-

rios jurídicos pré-modernos. Interessante observar que Von Savigny, tão referido e acatado neste *Traité* (o autor é tido como romanista e conservador, por destacar a universalidade do Direito Romano) praticamente não foi referido em outra obra de sua autoria, intitulada *História do Direito Romano na Idade Média*, onde trabalha o processo de apropriação cultural no campo do Direito na Europa ocidental desde a Alta Idade Média. Neste outro livro pouco citado, Von Savigny levou em consideração o pluralismo jurídico vigente no processo histórico de formação dos Estados europeus, resultante de empréstimos e apropriações entre o direito romano, o canônico e o germânico. Melindrou, entretanto, a reflexão que aprisionou os historiadores do Direito (dentro e fora do Brasil) até bem pouco tempo. Foram estas mesmas disputas, portanto, que impediram a ampla circulação deste outro livro de um dos autores mais citados pelos juristas brasileiros de meados do século XIX. Ao contrário do *Tratado de Direito Romano*, esta outra obra do erudito jurista alemão não contou com uma boa recepção, mesmo na Europa, pois esta vivia seu tempo das nacionalidades. *História do Direito Romano na Idade Média* é um livro que foi na contra-mão dos interesses e das expectativas geradas pelo processo de afirmação nacional, quando a elaboração de uma codificação moderna e o processo de secularização vieram pôr fim ao pluralismo jurídico vigente. Deslindamos, assim, um dos entraves interpretativos que dividiu por décadas os historiadores do direito na península Ibérica acerca das origens do direito peninsular. Estes historiadores do direito se posicionaram entre germanistas e romanistas, ou seja, entre aqueles que defendiam um peso maior às influências do direito visigótico (leia-se "nacional" ou autêntico) e aqueles outros que frisavam as do direito romano (leia-se canônico-romano). Como este debate inscreveu-se no contexto de vigência do Iluminismo, ocorreu um recalçamento das influências e das permanências culturais do direito canônico. E não há como negar: estas influências foram enormes e decisivas. Tais permanências culturais do direito canônico estão a perambular pelas formações sociais ibéricas e pelos seus prolongamentos ultramarinos na América, na África e na Ásia.

De modo que a existência de uma disputa ideológica renhida instalou-se no interior de debates acadêmicos no campo do direito, tendo como pano de fundo o processo de secularização sob a égide do iluminismo jurídico e as múltiplas resistências a ele, capitaneadas pelo pensamento conservador clerical. Este era o quadro que emoldurava os contornos da bibliografia lida e citada na obra de Augusto Teixeira de Freitas. Retirados os títulos de obras repetidas, teremos um percentual bastante próximo se considerarmos as obras procedentes da França - 60,27% (com repetição -

onde o *Traité* de Von Savigny é, disparado, o mais citado) e 64,70% (sem repetição), no universo de 106 livros. Porém, encontramos uma diferença significativa nos dados referentes à Alemanha: o percentual de 19,63% cai para 9,80%, uma vez que desaparecem as repetições das citações a Von Savigny, o mais romanizado e ocidental dos juristas alemães na época. A obra de Savigny chegou em Portugal e no Brasil através da tradução francesa<sup>3</sup>.

Diferentemente, o quadro de referências bibliográficas contidas nas notas de rodapé do *Código Civil Brasileiro*, de Clovis Bevilacqua, meio século adiante, expõe a variedade, a riqueza e a abertura ideológica e política do autor. Atente-se para o fato de que a percentagem de citações de obras oriundas do iluminismo jurídico francês no campo do direito de família, num universo de 942 livros referidos, é superior a qualquer outro centro europeu de produção de idéias, sendo apenas inferior às referências de autores e leis nacionais.

A codificação aprovada, que restringiu o pátrio poder, (através de vários artigos individualistas, como a maioria plena dos filhos a partir dos 21 anos, entre outros) foi tida como influenciada pelo código civil alemão (sobretudo pela intervenção marcante de Rui Barbosa no processo de discussão parlamentar da reforma do código), conforme já mencionamos. Contudo, temos várias indicações de que a alusão ao código alemão pode ter ocorrido como forma de dissimulação (ou discordância) das influências da codificação francesa, uma vez que estas encontravam, historicamente, muitas resistências políticas, ideológicas e afetivas na formação social brasileira (e portuguesa) para sua aceitação, dado às suas implicações com o processo revolucionário. A julgar pela lista de obras sobre direito civil adquiridas, pelo então senador Rui Barbosa (e que estão sob a guarda da Biblioteca da Fundação Casa de Rui Barbosa), podemos afirmar que, ele sim, foi influenciado pelo código civil e pelo pensamento jurídico alemão.

O levantamento da origem das obras disponíveis na Biblioteca do Instituto dos Advogados Brasileiros revela, igualmente, a forte influência francesa em termos da circulação de idéias e de livros. Mais interessante é observarmos, contudo, a completa ausência de obras oriundas da Alemanha, país que supostamente teria influenciado nosso Direito Civil.

Por fim, se tomarmos o acervo da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, insti-

---

<sup>3</sup> Uma exposição mais detalhada do levantamento dos países de procedência das obras citadas encontra-se em artigo de nossa autoria publicado na *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (ANPOCS) (Neder & Cerqueira Filho, 2001).

tuição de depósito obrigatório (pelo menos em tese) de toda a produção bibliográfica nacional e estrangeira que circula pelo país, confirmamos a tendência acima descrita. A influência francesa na área do direito de família destaca-se da dos demais países, só sendo superada pela produção brasileira.

Concluimos, portanto, que o atual direito de família no Brasil apresenta um quadro de influências múltiplas, embora haja uma evidente presença da literatura jurídica oriunda da França, e que foi a tenaz intervenção de Rui Barbosa que firmou e reificou a germanofilia do código civil brasileiro.

## 2. Modernidade, Ilustração e Reforma

Tanto em Portugal, quanto no Brasil, encontramos livros, artigos e ensaios que esgrimam a problemática acima apontada. Ao mesmo tempo, os autores portugueses e brasileiros têm de levar em conta alguns aspectos paradoxais. O mais importante deles é explicar a combinação de uma forte e sólida formação jurídica de tradição romano-germânico-canônica (em Coimbra, desde o século XVI; e em Recife ou São Paulo - as duas faculdades criadas em 1827 no Brasil) com o adiamento da adoção de códigos civis e criminais modernos nas duas formações históricas na passagem à modernidade, desde a virada do século XVIII para o XIX. Não que a discussão acerca do constitucionalismo não estivesse presente no mundo luso-brasileiro daquele contexto (Cunha, 2000 pp. 37-210; Neder & Cerqueira Filho, 2000)<sup>4</sup>. Ou mesmo que os principais autores iluministas do resto da Europa não fossem lidos ou referidos pelos intelectuais luso-brasileiros, implicando um fechamento obscurantista da parte deles. Não se trata, a nosso juízo, de uma mera questão de defasagem (no caso de Portugal) ou de dupla defasagem no caso do Brasil, considerado uma formação social mais longínqua que Portugal dos principais centros hegemônicos de produção de idéias na Europa.

Estamos trabalhando com um outro encaminhamento para a questão da passagem à modernidade, identificando aspectos de modernidade no movimento da segunda escolástica, presente na península Ibérica no século XVI (Morse, 1988). O tomismo vigente nas formações históricas vincadas pela reforma católica tridentina apresentou-se nos marcos da *devotio* moderna. Uma releitura da teologia de Tomás

---

<sup>4</sup> Neste artigo (Neder & Cerqueira Filho, 2000) trabalhamos com os catálogos manuscritos de António Ribeiro dos Santos, primeiro bibliotecário-mor da Real Biblioteca da Corte, em Lisboa, sob a guarda da seção de Reservados da Biblioteca Nacional de Lisboa. António Ribeiro dos Santos foi um dos principais autores e debatedores acerca do constitucionalismo em Portugal no período marino.

de Aquino possibilitou o desenvolvimento combinado de devoções comunitárias e piedade pessoal intimista, ou seja, grandes práticas religiosas coletivas, com a participação alargada do laicato, com um maior acento na idéia de indivíduo (confissão auricular, oração individual, etc.) (Lebrun, 1991).

A passagem à modernidade na península Ibérica estava, portanto, inscrita em um dos projetos de modernidade da cristandade ocidental de então e representou uma escolha política e ideológica das monarquias absolutistas ali constituídas. Significou uma preferência por um projeto político moderno. Este projeto baseou-se no desenvolvimento de tecnologias de produção e circulação de mercadorias modernas (no campo náutico e no campo da produção agrícola - como os engenhos de açúcar que reuniam o que de mais avançado havia, à época, em termos de manufatura). Combinou, entretanto, esta modernidade com uma visão de mundo onde as pessoas, as classes sociais e todas as coisas foram concebidas de forma hierarquizada. Ao mesmo tempo, a escolha política tomista na península Ibérica implicou uma opção pelo conservadorismo. Mesmo que se leve em conta aspectos de inovação relacionados ao desenvolvimento científico e aos aspectos ideológicos no interior da reforma religiosa católica, tendo em vista o enorme significado do pensamento conjectural no período que precedeu à Revolução Científica do século XVII, tais aspectos conservadores manifestaram-se muito fortemente, produzindo efeitos de longa duração.

O tomismo fundamentou, portanto, uma rígida hierarquia social calcada na diferenciação social e jurídica segundo a "qualidade" da pessoa. Politicamente, implicou a reificação de um processo de sacralização da política, cujos efeitos políticos e ideológicos manifestaram-se (manifestam-se ainda) através de uma forma muito particular de encaminhar o processo de laicização do poder, desde fins do século XVIII, com o projeto moderno-conservador do pragmatismo pombalino (Faoro, 1994; Neder, 2000). Queremos com isto dizer que a reestruturação institucional dos estados (no Brasil, mas também em Portugal), sob a égide do constitucionalismo iluminista que introduziu, inclusive, regimes políticos republicanos nestas duas formações históricas -1889 no Brasil e 1910, em Portugal -, conservou uma relação política simbiótica entre o Estado e a Igreja, apesar do fim do padroado. Aliás, desde a extinção do padroado, esta relação política converteu-se numa articulação ideológica que, no plano simbólico, legitimou a aliança entre o conservadorismo clerical, vigente ao longo dos novecentos (integrista) e o pragmatismo pombalino das elites brasileiras e portuguesas; inclusive das elites intelectuais, no caso dos juristas iluministas.

Não abraçamos, portanto, a idéia de que as formações sociais ibéricas são "atra-

sadas", porque este encaminhamento inscreve-se num modo de ver as opções políticas pela falta (de modernidade, de revolução etc), produtora de uma situação de inferioridade em relação às formações sociais além-pirinaicas.

Neste sentido, a própria discussão sobre o "atraso", seja de Portugal, seja do Brasil, fica colocada num prisma onde a escolha das elites luso-brasileiras tende a produzir efeitos de isolacionismo e desprezo pelos "Outros" (Todorov, 1989). Diversamente, portanto, das interpretações que acentuam a inferioridade (cultural, política ou econômica) de Portugal e do Brasil em relação aos países da Europa ocidental, considerados "centros" do progresso e da modernidade, estas elites desenvolvem uma atitude de desconhecimento/não reconhecimento em relação a eles. Tais escolhas políticas trilham caminhos de uma modernidade diferente, inscritos dentro de um outro projeto de modernidade. Portanto, quando falamos de uma modernidade diferente estamos abrindo nossa interpretação para pensarmos os vários projetos de modernidade, no plural, tendo em vista uma análise social dinamista, capaz de captar as possibilidades históricas múltiplas do acontecer social. Quebra-se, com isto, uma camisa-de-força gerada pela expectativa homogeneizadora de um único projeto de modernidade, inspirado na Europa Ocidental (dos chamados países do "centro" do capitalismo) como o único caminho possível historicamente (Balandier, 1973; Cerqueira Filho, 1989).

De modo que, quando falamos em escolha política, retiramos do universo das formações sociais portuguesa e brasileira, a imputação negativa da idéia de "atraso", de inferioridade em relação aos países "civilizados"/modernos. Esta imputação pode ser localizada nos setores letrados e urbanos que compararam estas formações sociais com outras. O mesmo não se pode dizer em relação às elites, sobretudo as elites de base agrária. Quando as elites luso-brasileiras adotaram o tomismo como visão de mundo, católica e integrativa, o fizeram não por atraso, mas por uma opção arrogante e fechada, auto-referente, culturalmente falando (Silva Dias, 1988, p. 130 *et passim*)<sup>5</sup>.

Ao mesmo tempo, trabalhamos a penetração do ideário iluminista no campo jurídico em Portugal e no Brasil, partindo de dois pressupostos inter-relacionados. Primeiramente, estamos trabalhando com o contexto histórico-ideológico da virada do século XVIII para o XIX, considerando a existência de um "império luso-brasileiro". Em segundo lugar, trabalhamos com a idéia de que não houve completa ruptura, do ponto de vista ideológico e político, do pensamento político brasileiro (elaborado a partir da formação intelectual feita no campo do direito) com o português, mesmo após a emancipação política em 1822 (Faoro, 1994). Vale dizer, mesmo

<sup>5</sup> O autor nos sugere este sentimento de superioridade entre as elites portuguesas do século XVI.



levando-se em conta a presença, na sociedade brasileira, das modernidades oriundas de diferentes partes da Europa (o francesismo nas atitudes e costumes da vida cotidiana - mais do que no elã revolucionário; os maneirismos que afetaram comportamentos e atitudes influenciados pela corte austríaca - afinal, a monarquia brasileira descendia diretamente da dinastia dos Habsburgs; sem falar da enorme influência britânica entre nós; e, na história do tempo presente, da influência norte-americana), pensamos ser possível identificar fortes laços que estabelecem um *continuum*, do ponto de vista ideológico-político e afetivo com Portugal.

A influência desta reforma na dinâmica do campo jurídico foi impactante, produzindo efeitos ideológicos e políticos de longa duração em Portugal e no Brasil, que são notáveis até o tempo presente. A modernização e a renovação introduzidas no período pombalino não implicaram, portanto, um movimento ideológico e político radical, cujos efeitos práticos redundassem em transformação do *status quo*. Pelo contrário, a Ilustração, cujo raio de ação e impacto revolucionário devem ser matizados (Darnton, 1996), significou, em Coimbra, uma redefinição modernizante do perfil da intelectualidade luso-brasileira, do ponto de vista metodológico (pelo diálogo estabelecido com a Ilustração), sem, contudo, produzir efeitos de ruptura com o viés autoritário e conservador do padrão de obediência e submissão, marcado pela presença do conservadorismo clerical. Neste sentido, identificamos no esforço de modernização da legislação empreendido pelos reformadores luso-brasileiros do campo do direito algumas opções pelas novas formas de redação, classificação e organização dos códigos civis e criminais modernos. Contudo, se na forma os códigos expressavam a modernidade, o mesmo não ocorria com o conteúdo substantivo das legislações que foram elaboradas nos pontos-chaves da resistência às mudanças pretendidas. No caso do direito de família, o núcleo duro da resistência à mudança residia na consideração do casamento como um sacramento.

### 3. Os juristas reformadores e o debate sobre o casamento civil

A problemática da modernidade, do mimetismo e da autenticidade produziu uma certa tensão no debate sobre a reforma do casamento civil no Brasil e em Portugal.

A história das idéias políticas e sociais que embasaram as políticas de controle social, para além da esfera puramente penal, tem encontrado na instituição familiar uma referência-chave no leque das práticas de controle e disciplinamento social, na passagem à modernidade. A ambiência social onde ocorreram as disputas político-ideológicas colocou em cena, além de uma gama de idéias e projetos,

várias situações históricas concretas paradoxais, onde decisões políticas (legalistas, porque sob a égide do constitucionalismo) precisavam ser tomadas. Num tempo histórico de grandes transformações econômicas e sociais, quando as trocas (econômicas, sociais e culturais) intensificavam-se imensamente com a afirmação e a expansão do capitalismo em termos internacionais, a realização dos interesses ligados a este processo implicava exatamente a afirmação, consolidação e, em alguns casos ainda, a formação de Estados Nacionais fortes, centralizados e jurídica e institucionalmente organizados. Os contemporâneos destes acontecimentos viram situações contraditórias e ambivalentes instaurarem-se, quando um amplo processo de emigração de excedentes populacionais europeus trasladaram-se do continente, por exemplo. Neste percurso, o Brasil, um país majoritariamente católico romano, realizava uma política imigrantista cujo substrato ideológico caminhava em duas direções: de um lado, uma política demográfica com preocupações com o branqueamento da população, definindo escolhas por contingentes europeus; de outro lado, vários cuidados com a questão da origem religiosa dos imigrantes. De modo que, além de meros braços disponíveis para completar o processo de constituição do mercado de trabalho no Brasil (que ainda dependia do fornecimento externo e este havia sido interrompido com o fim do tráfico de escravos em 1850), o Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores devia atentar para problemas advindos da presença de imigrantes protestantes que formavam famílias e acumulavam bens e queriam transmitir heranças.

De modo que, contra as forças da conservação, defensoras da manutenção do registro civil nas mãos da Igreja Romana (registros paroquiais de batismo, nascimento, morte e testamento) e da concepção do casamento como um sacramento, encontravam-se, no campo oposto, as forças da transformação. Estas podem ser divididas em duas posições ideológicas e políticas claras e distintas entre si, mas que, em algumas situações, interpenetravam-se.

A primeira delas, e a mais impactante, é a posição revolucionária adotada pelos juristas franceses que debateram e aprovaram na assembleia nacional o primeiro código civil moderno (mais conhecido como Código Napoleônico, de 1804). Muito embora as feministas de nossa época denunciem a permanência do patriarcalismo e de vários outros aspectos tornados conservadores na história do tempo presente, o Código Napoleônico conheceu, ele também, uma situação paradoxal. Dentre os códigos ditos modernos redigidos na virada do século XVIII para o XIX, quanto à forma, o código civil francês foi o que mais semelhança guardou das antigas legisla-

ções régias. Trata-se de texto volumoso, onde os modernos princípios classificatórios, regidos pela idéia de que se deve partir do geral para o particular não foram claramente adotados. No entanto, a introdução do divórcio e a idéia do casamento como um contrato nos sugere uma clara opção revolucionária, no conteúdo. Sobretudo, indicou um franco processo de secularização ao colocar no Estado as atribuições do registro civil. Outras modificações importantes, do ponto de vista do conteúdo, dizem respeito ao lugar de determinadas disposições legais: se nas leis civis ou criminais. Assim, por exemplo, os legisladores revolucionários franceses descolaram o adultério de grilhões cuja ancestralidade podem ser buscadas num empréstimo cultural múltiplo de cumplicidade entre várias tradições jurídicas. O poder plenipotente do *pater familias* do direito romano (que se apresentou aculturado no direito germânico e no canônico), que detinha inclusive o direito de imputar pena de morte às mulheres adúlteras, é uma dessas tradições<sup>6</sup>. Quando os reformadores franceses do campo do direito retiraram o adultério do direito de família, colocaram-no no código criminal e estipularam as penas segundo a gravidade e a intenção de produzir dolo, jogaram nos braços do Estado a responsabilidade da punição. Pretendiam, assim, preservar o direito à vida das mulheres. Esta posição dos juristas franceses implicou um grande progressivismo, se considerarmos a historicidade dos acontecimentos analisados. Passados duzentos anos, e com o processo de descriminalização, no plano ideológico e afetivo, do adultério (o feminino, por suposto) as manobras e os engenhos imaginados pelos revolucionários de ontem, parecem, aos olhos das feministas do tempo presente, conservadoras.

A segunda posição que se apresentou junto a este amplo processo de transformação, e a mais importante para o caso dos reformadores luso-brasileiros, foi a que acompanhou a vaga modernizante dos códigos e leis, privilegiando a forma. Neste sentido, o conservadorismo manifestou-se através da preservação do conteúdo substantivo no direito de família das concepções jurídicas, políticas e ideológicas que vigentes, por séculos, na cristandade ocidental através dos escritos de teólogos moralistas e do código canônico (de tão longa vida), compilado no século XIII e que vigiu até 1917. Ao mesmo tempo, este pêndulo entre a forma moderna e o conteúdo conservador colocou os juristas reformadores luso-brasileiros como verdadeiros malabaristas na arte de debater, argumentar e de fazer leis. Tinham de combinar interesses de diferentes forças políticas internas (dentre elas a Igreja) com a pressão interna-

---

<sup>6</sup> Não nos esqueçamos de que até bem pouco tempo, no Brasil, o adultério da vítima de homicídio era considerado fator atenuante para a punição do assassinato cometido pelo marido traído.

cional para mudança (no caso, as pressões advindas das deliberações do Congresso de Viena para o direito internacional). Junte-se a isto tudo o fato de que sofriam com questões de foro íntimo, que os colocavam em posições de vivenciar contradições, algumas vezes irreconciliáveis, entre suas crenças religiosas e as posições e funções públicas que exerciam como juristas e funcionários do Estado. Não foram poucos os ataques e acusações de ateísmo, vindos de Portugal e do Brasil, que recebeu o Visconde de Seabra, autor do projeto do código civil português. Isto porque o ponto nevrálgico e insolúvel da discórdia residia no dispositivo sobre o casamento misto. Apesar de todo o malabarismo e o cuidado do autor em não desfazer a validade jurídica do casamento religioso, a admissão do casamento misto (entre não católicos) e do registro civil encontrava uma indisposição afetiva entre os juristas luso-brasileiros conservadores, como Alexandre Herculano e Augusto Teixeira de Freitas. Aliás, neste impasse, a nosso juízo, repousa a longa espera de um código civil moderno no Brasil.

Isto porque, sob a influência do iluminismo jurídico, aprovou-se no Brasil recém-emancipado de Portugal, em 1830, o *Código Criminal*. Para a área do direito de família, entretanto, o país esperou quase um século mais. Durante praticamente todo o restante do século XIX (e até 1916, quando, enfim, o *Código Civil Brasileiro* foi aprovado) as *Ordenações Filipinas* de 1603 vigiram no Brasil. Uma sobrevida que não teve sequer em Portugal que as substituiu pelo *Código Civil* em 1867.

De fato, na virada do século XVIII para o século XIX, tanto em Portugal quanto no Brasil, abriram-se discussões sobre a reforma da legislação na área do direito de família. A modernização da codificação francesa pressionou ideologicamente para alterações a serem empreendidas. A resistência do conservadorismo clerical (nas duas formações históricas estudadas: Portugal e Brasil) aos ventos da modernidade foi enorme. Os juristas esgrimiram seus argumentos em torno, sobretudo, da legitimação do casamento civil.

Esta resistência vai se manifestar através da continuidade das concepções tomistas que podem ser constatadas através do conservadorismo clerical presente na obra do jurista brasileiro Francisco José Viveiros de Castro, *Delitos contra a honra da mulher*, ou em *Estudos sobre o Casamento Civil* do jurista e historiador português Alexandre Herculano. O primeiro é um tratado jurídico, onde uma tese sobre os delitos de adultério e de estupro é debatida. O segundo marca a posição política e ideológica do conservadorismo clerical diante do debate sobre o casamento civil em Portugal em meados dos noventa.

Destaque pode ser dado a alguns aspectos do livro *Delitos contra a*

*honra da mulher* (Viveiros de Castro, 1897), que trata de estupro e defloramento. De um lado, o livro em pauta, do ponto de vista do conteúdo, indica as rupturas com o pensamento jurídico pré-moderno (pela adesão do autor ao Iluminismo ao tratar dos delitos contra a mulher). De outro lado, confirma a continuidade de um conjunto de práticas ideológicas inculcadas por séculos de hegemonia do pensamento religioso (e do direito canônico) na cristandade ocidental. O estupro, por exemplo, é considerado um delito no qual a mulher passa de vítima violentada a ré. Ela é considerada responsável pelo estupro, pois, se o ocorrido se dá fora do lar (tal como previsto nas *Ordenações Filipinas*), significa que a mulher expôs-se ao mal (na rua, lugar fora do espaço doméstico/familiar), possibilitando a exteriorização do mal que só a mulher possui - a sedução. Destarte, ela é responsabilizada pelo delito que sofreu. Interessante observar que, a par de uma linguagem jurídica moderna, que pretende analisar os delitos contra as mulheres (pois o tema estava na pauta das discussões na França); sobretudo aqueles diretamente dirigidos contra seus corpos (estupro e sedução), este livro mostra-se envolto num emaranhado ideológico, onde os preconceitos do conservadorismo clerical, que veiculam uma imagem negativa, depreciativa e misógina, manifestam-se vivamente.

Já o texto de Alexandre Herculano (Herculano, 1866) tem um conteúdo panfletário mais explícito, na luta contra a introdução do casamento civil em Portugal. A defesa do casamento como um sacramento, cujos laços indissolúveis devem ser mantidos e estendidos, na legislação portuguesa, para os não-católicos é o cerne da argumentação de Herculano. Toda a legitimidade do casamento (e conseqüentemente, da filiação - legítima - da herança e da sucessão) deveria permanecer sob o controle político e ideológico da Igreja. Alexandre Herculano fez parte da Comissão Revisora do Projecto de Código Civil Português, elaborado pelo Visconde de Seabra. Dentro dos trabalhos da comissão revisora, Herculano se opôs à idéia de secularização do casamento. Este panfleto constitui um libelo de indignação para tornar pública sua oposição ao projeto aprovado pela maioria da comissão. Alexandre Herculano considerava, ainda, o casamento como sacramento e havia perdido em voto (três votos a favor do projeto e dois contra, dentre eles o do autor em foco) (Seabra, 1866).

Sublinhe-se, ainda, a importância dos juristas portugueses que foram

lidos e referidos durante as décadas de debate sobre a modernização das leis civis no Brasil. Tanto Alexandre Herculano quanto o Visconde de Seabra compareceram política e ideologicamente aos debates brasileiros.

É extremamente significativo o fato do Imperador D. Pedro II ter se encontrado com Alexandre Herculano em Lisboa para discutir exatamente o "casamento civil", quando de sua chegada a Lisboa, logo após ter sido destronado, em 1889, e iniciado seu exílio europeu.

Em episódio anterior, diante da demora na conclusão dos trabalhos de elaboração do projeto de código encomendado por D. Pedro II a Augusto Teixeira de Freitas, o imperador solicitou um comentário ao Visconde de Seabra, autor do projeto do código civil português, aprovado em 1867. Tal solicitação provocou a ira do jurista brasileiro, que escreveu um panfleto manifestando sua discordância com a atitude do governo, intitulado *Pedro quer ser Augusto*. Neste panfleto, Augusto Teixeira de Freitas faz ataques pessoais ao imperador e ao Visconde de Seabra, e enfatiza o que seria para ele a dúvida nacionalidade do jurista luso-brasileiro (que havia nascido no meio do Atlântico, em viagem entre Lisboa e Rio de Janeiro), numa clara tentativa de desqualificação do pensamento do Visconde de Seabra.

#### 4. Conclusão

Para Teixeira de Freitas, a pátria do Visconde de Seabra é o Atlântico, o mesmo que dizer, segundo a concepção de pátria nos novecentos, que o jurista luso-brasileiro era apátrida, isto é, não tinha pátria. Mas não será, talvez, exatamente por isso, por um sentimento digamos atlântico, que o Visconde de Seabra estava mais atento ao vai-e-vem das idéias e livros, constituindo-se o seu pensamento num ponto de convergência entre o direito canônico e o direito civil positivo, no que concerne à concepção do casamento misto?

Não podemos deixar de mencionar que, também em Portugal, Seabra foi duramente criticado por segmentos ligados ao conservadorismo clerical e que seu projeto não foi aprovado por unanimidade na comissão revisora formada por cinco juristas encarregada que emitir parecer sobre ele. As discordâncias apresentadas situaram-se, igualmente, no âmbito das resistências psicoafetivas ante a consideração da possibilidade de realização do casamento civil e do esvaziamento de sua concepção como um sacramento.

Sublinhe-se, sobretudo, a importância desta modernização face às pres-

sões das orientações internacionais emitidas pelo Congresso de Viena, tendo em vista a salvaguarda de direitos civis de europeus em processos emigratórios em meados do século XIX. Embora a política imigratória brasileira tenha sempre levado em consideração os aspectos religiosos (com uma clara preferência por imigrantes católicos) e étnicos (com uma clara preferência pelo branqueamento populacional), a fórmula conciliatória dos casamentos mistos (na forma como acabaram sendo encaminhados pelo Visconde de Seabra - religioso com validade jurídica, e opção pelo casamento civil em se tratando de não-católicos) não agradou muitos os juristas conservadores dos dois países.

### Bibliografia

- BALANDIER, Georges. *Teoría de la descolonización*. Buenos Aires: Editorial Tempo Contemporaneo, 1973.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Lo propio y lo ajeno 500 años después. En busca del Oriente perdido. *Iberoamericana*, Revista do Instituto Iberoamericano, Universidade de Sofia, Tóquio, vol. XI, no. 2, p. 58-72, 1989.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Temas e perfis da filosofia do direito luso-brasileira*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2000.
- DARNTON, Robert. *O iluminismo como negócio. História da publicação da Enciclopédia, 1775-1800*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DIAS, José Sebastião da Silva. *Os descobrimentos e a problemática cultural do século XVI*. 3 ed Lisboa: Presença, 1988.
- FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro?* São Paulo: Editora Ática, 1994.
- HERCULANO, Alexandre. *O casamento civil. Duas palavras sobre o casamento*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1866.
- HESPAÑA, António Manuel. *Da "injusticia" à "disciplina", textos, poder e política penal no Antigo Regime. Justiça e litigiosidade, história e prospectiva*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- LEBRUN, François. "As reformas: devoções comunitárias e piedade pessoal". *História da vida privada*, São Paulo: Companhia das Letras, volume 3, p. 71-111, 1991.
- MORSE, Richard. *Espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000.
- NEDER, Gizlene & CERQUEIRA FILHO, Gisálio. "Os filhos da lei". *Revista Brasileira de Ciências Sociais/ANPOCS*. São Paulo, v. 16, no. 45, p. 113-125, fev. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Iluminismo jurídico e circulação de idéias e livros. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, Ano 5, nos. 9/10, p. 273-284, 2000.

SEABRA, Luis António (Visconde de). *Dois palavras sobre o casamento*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1866.

TODOROV, I. *Nous et les autres: la réflexion française sur la diversité humaine*. Paris: Minuit, 1989.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco. *Os delictos contra a honra da mulher*. 1ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897.

## Resumo

Este trabalho enfoca a história das idéias jurídicas, tendo como referência a questão do poder e da disciplina frente à família enquanto instituição-chave no leque das práticas de controle e disciplinamento social, na passagem à modernidade. Analisamos principalmente o ideário político (e jurídico) erigido em torno dos acalorados debates ocorridos desde fins do século XVIII em Portugal e na conjuntura de emancipação política no Brasil (1822), quando se manifestou a intenção de instituir um código criminal e outro civil modernos.

Contempla duas ordens de questões: num primeiro plano, situa o processo de circulação das idéias iluministas no campo do Direito. Em segundo lugar, enfoca o pátrio poder e a situação da mulher e dos filhos-família, ao lado da discussão sobre o casamento civil, que acompanhou o processo de secularização e modernização em Portugal e no Brasil. Tal questão parece ter se constituído na pedra-de-toque da resistência conservadora que dificultou e atrasou as reformas.

**Palavras-chave:** Pensamento político e idéias jurídicas; Iluminismo e circulação de idéias; Pátrio Poder e Autoridade na Família.

## Abstract

This text focuses on juridical ideas, with reference to the issue of power and discipline in the family in the transition to modernity. It analyses the range of juridical and political ideas permeating the heated debates that have taken place in Portugal and Brazil, when much was made to modernize both the criminal and civil codes (19th century). It considered firstly the process in which Enlightenment ideas circulated in the field of Law, and it focussed on potestas and the ideological conditionings of the discussion over civil marriage, which accompanied the secularisation and modernization process in Portugal and Brazil. This issue seems to have constituted the touchstone for the conservative resistance that hampered the reforms. These subjects have assumed enormous importance today, at the turn of the millennium, in view of the fact that a new civil code is being drawn up and discussed in Brazil.

**Key-words:** Political thought and juridical ideas; Enlightenment and circulation of ideas; Potestas and Authority in the Family.