

OS BACHARÉIS E A FAMÍLIA
NO BRASIL DO SÉCULO XIX

ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA

XVII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA

ANPUH
julho 1993

INTRODUÇÃO

Este texto tem por objetivo discutir as noções sobre família das teses das Faculdades de Direito e do pensamento jurídico em geral, no século XIX, no Brasil. Como se sabe, têm-se dado bastante espaço às teses de medicina e higiene que preconizavam, seguindo a "moda" burguesa que chegava sobretudo da França, dispositivos de vida familiar "moderna", segundo os então novos parâmetros científicos para a saúde física e mental.¹ Mas pouco se tem estudado as teses das Faculdade de Direito sob este prisma. Dada a importância que essas escolas tiveram no primeiro século do Brasil independente, elas devem ter constituído um ambiente de resistência às novas idéias, ou de repercussão diferenciada. Apontaremos aqui algumas considerações que puderam ser retiradas do estudo das teses e dissertações das Faculdades de Recife e de São Paulo, e de um modo geral da produção jurídica referente à família.

OS CURSOS JURÍDICOS NO CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO

Quando da vinda da família real para o Brasil, em 1808, diversas instituições foram criadas, inclusive as Faculdades de Medicina, mas não as de Direito. Só depois da Independência, em 1827, foram instituídos os Cursos Jurídicos em Recife e em São Paulo. Permaneceram, por bom tempo no entanto, caudatários da ciência jurídica que se fazia em Coimbra.²

Logo as duas Faculdades ocuparam o centro da vida nacional, constituindo o principal celeiro de formação das elites pensantes do país, oriundas sobretudo da minoria de proprietários. Por elas passaram gerações e gerações de nomes expressivos de nossa cultura, notabilizando as cidades onde estavam instaladas.³

¹ Ver sobretudo Jurandir Freire Costa, *Ordem Médica e Norma Familiar*. Rio de Janeiro, Graal, 1983.

² Ver Alberto Venâncio Filho, *Arcadas do bacharelismo*. São Paulo, Perspectivas/Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia, s.d., pp. 53, 57 e 124; Antonio Braz Teixeira, *O pensamento filosófico-jurídico português*. Lisboa, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983, p.30; ver também, Antonio Paim, *História das idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo, Grijalbo/EDUSP, 1974, pp. 139-140.

³ Ver Antonio Cândido, *Literatura e sociedade*. São Paulo, Comp. Edit. Nacional, 1967, p. 171; e *Formação da Literatura Brasileira*. Belo Horizonte, Itatiaia, 1981, vol. 2, p. 201.

FAMÍLIA, PROPRIEDADE E DIREITO NATURAL

Na leitura das teses e dissertações de Direito concernente à família, o que mais impressiona são as formas mentais pelas quais as argumentações se manifestam: quase todas as questões são fundamentadas no Direito Natural. Além disso, quase todas põem em relevo o patrimônio e a herança.

Direito Natural e propriedade: qual a relação que se estabelecia entre os dois termos no século XIX? Nestas obras, quando se trata dos direitos naturais, frequentemente é enfatizado o direito à propriedade como sendo derivado diretamente da "natureza humana".⁴ Por exemplo, a fórmula: "o direito de propriedade resulta direta e imediatamente da natureza humana" aparece frequentemente entre as teses de Direito Natural. Uma outra tese afirma somente que "a propriedade é um direito natural, e porisso anterior às convenções humanas e às leis positivas".⁵ Uma dissertação de Direito Natural diferencia "deveres de caridade" e "deveres de justiça", exemplificando:

"Eu não posso reclamar uma esmola com o emprego da força, ao passo que devo empregar a força para a defesa de minha propriedade".⁶

Por outro lado, quando se trata da família, há referências contínuas aos seus fundamentos "naturais". Certo autor, por exemplo, deriva a existência da família do instinto genésico que une os sexos e da necessidade de cuidados a serem ministrados às crianças.⁷ O nexa entre natureza, propriedade e família transparece na importância dada ao regime de comunhão de bens, onde a escolha da comunhão universal é tida como conforme à natureza, sob as fórmulas "compatível com a felicidade do homem" e "com a natureza e fins da sociedade".⁸ A "naturalidade" advém do fato de que ele é o mais propício à estabilidade conjugal. E muitas teses consideram a indissolubilidade do casamento matéria de Direito Natural.

A mais ampla correlação entre família, propriedade e natureza encontra-se expressa nesta dissertação sobre o poder paterno e o poder marital:

"A família, onde se encontra o poder marital e a autoridade paterna, jamais podia ser uma simples instituição humana, uma pura criação da lei positiva: o laço íntimo

⁴ Por exemplo, em Joaquim Correa de Araújo, *Theses - Faculdade de Direito do Recife*. Recife, Typ. Comercial de G.H.de Mira, 1868, p.3.

⁵ Joaquim de A.Leite de Moraes, *Theses - Faculdade de Direito de S.Paulo*. S.Paulo, Typographia Commercial, 1878, p.3.

⁶ João Mendes de Almeida Jr., *Theses e Dissertação - Faculdade de Direito de S.Paulo*. S.Paulo, Typographia de Jorge Seckler, 1879, p.6

⁷ Almachio Diniz, *Direito de família segundo o Código Civil de 1916*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, p. 22.

⁸ Catão Guerreiro de Castro, *Theses - Faculdade de Direito do Recife*. Pernambuco, Typographia de Manoel Figueiroa de Faria e Filho, 1864, p. 3; e Lafayete R.Pereira, *Direitos de família*. Rio de Janeiro, L.Garnier, 1869, pp. 97-98.

de mútua afeição entre os cônjuges, a procriação e educação da prole, o amor dos pais e dos filhos, os vínculos de sangue que os prendem, os interesses recíprocos de todos, altamente proclamam que ela é uma das leis mais imperiosas da natureza, onde tem sua origem e razão de ser".

Argumenta o autor que o mesmo acontece com a herança, que é "um direito natural compreendido no de propriedade".

"Se tirar-se ao homem a esperança de transmitir seu patrimônio por meio de sucessão, ter-se-á violado, diz Beleime, o sentimento de propriedade tanto ou mais do que se lhe houvessem tirado metade de seus bens".⁹

FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL

A que Direito Natural estavam estes textos referindo-se? Comentando o "jusnaturalismo" é identificado exclusivamente com o direito moderno e racional, elaborado pelos grandes teóricos da democracia parlamentar burguesa (Grotius, Althusius, Hobbes, Pufendorf, Locke, Rousseau, Kant, etc). Mas estudos recentes têm enfatizado a existência de um Direito Natural cristão anterior, tanto mais importante no caso em pauta, quando se sabe da força da neo-escolástica nos meios jurídicos brasileiros.¹⁰ Nestes estudos o Direito Natural moderno é definido como baseado em uma instância abstrata, o homem individual, em seu "estado natural", cortado da história. Já o cristão, que alcança seu ponto máximo com a filosofia aristotélica reformulada pelo tomismo, tem como ponto de partida o homem inserido em uma sociedade, mas em uma sociedade desde sempre hierarquizada, tendo em seu topo Deus.

A unidade básica do Direito Natural moderno é o indivíduo em "estado de natureza". Esta ficção foi indispensável para a elaboração das teorias democráticas: só, o indivíduo dá-se conta que está desprotegido, optando voluntariamente por associar-se a outros e, através de um "contrato social", definir as bases do governo. No interior dessa teoria coexistiram desde sempre dois elementos contraditórios. De um lado, a ficção democrática do indivíduo tem por base a idéia da igualdade natural de todos os homens; por outro, concebe-o livre, porque só se associa por vontade própria e racionalmente. Ora, igualdade e liberdade estiveram sempre a disputar o terreno na prática, pois que a aplicação extensiva e real do princípio igualitário iria sempre significar o cerceamento da liberdade, e particularmente da liberdade de propriedade.¹¹

⁹ Francisco de Paula Sales, *Theses e Dissertação - Faculdade de Direito do Recife*. Recife, Typographia do Jornal de Recife, 1862, pp. 13-14.

¹⁰ Giovanni Ambrosetti, *Diritto naturale cristiano: Lineamenti storici*. Roma, E. Studium, 1964; Michel Villey, *Filosofia do direito - Definições e fins do direito*. São Paulo, Atlas, 1977; Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris, Dalloz, 1962; Louis Dumont, *O individualismo - Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro, Rocco, 1985; e Miguel Reale, op.cit.

¹¹ L. Dumont, op.cit., pp. 91 e 109.

AS DOUTRINAS JURÍDICAS NO BRASIL

O século XIX assistiu à emergência de diversas correntes na ciência jurídica que se dividiram em torno do Direito Natural. Questão de fundo desde os iluministas e pensadores políticos do século XVIII, o jusnaturalismo foi atacado por Napoleão, que opôs-lhe o primeiro Código Civil burguês, desde então modelar para os Estados modernos. E a inspiração para esse Código veio-lhe do Direito Romano.¹²

Além disso outra corrente da ciência jurídica, a chamada Escola Histórica de Direito, revalorizou o Direito Romano. Seus representantes mais importantes, G. Hugo e Friedrich Von Savigny, foram influenciados pelo historicismo romântico que se manifestou na Alemanha em várias áreas do saber. Para o historicismo jurídico o direito não poderia ser fundado na natureza, mas devia ser o produto da vontade geral; se o Direito Romano havia sido adotado na Alemanha, a razão é que o povo alemão assim o quis.¹³

Qual a repercussão no Brasil deste leque de idéias e concepções? Nos primeiros tempos, o ambiente teórico-jurídico repetia a situação portuguesa: ecletismo nas posições que pretendiam conciliar o racionalismo, o sensismo e o utilitarismo com a religião cristã, de um lado, e de outro, uma grande fatia de adeptos da velha Escolástica quinhentista de Coimbra.¹⁴

O Direito Natural tinha grande importância para ambas as correntes, embora se tratasse de dois jusnaturalismos diferentes. Assim, foi ponto pacífico incluir no primeiro ano uma cadeira sobre esta matéria. Quanto ao Direito Romano, embora objeto de discussões desde o ato de criação das duas faculdades, foi afinal excluído.¹⁵

A primeira corrente que viria a marcar época nas Faculdades de Direito, e com ela o entrelaçamento entre advogados, maçonaria e poder - seguindo as influências dominantes no meio jurídico português - é o krausismo.¹⁶ Posteriormente, na década de 1880, espalha-se como uma "febre", o sistema de ensinamentos jurídicos da Escola Histórica de Direito. Pela sua difusão responsabilizou-se a chamada "Escola de Recife", sobretudo pela disposição de homens como Silvio Romero e Tobias Barreto, de incluírem a cultura alemã nos

¹² Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes Civils Étrangers e le Code Napoléon*. Paris, Cotillon, 1856, pp. XCIX e CXXI; M.L.Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français, depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, y compris le droit public e privé de la Révolution Française*. Paris, Guillaumin et Cie., 1859, tome II, pp. 173-177; e Yvonne Kniebielher e Catherine Fouquet, *Histoire des mères*. Paris, Montalba, 1977, pp. 166-168.

¹³ M.Villey, 1962, op.cit., pp. 260-261.

¹⁴ M.Reale, op.cit., p.15.

¹⁵ A instituição dos cursos jurídicos, sancionada por D.Pedro I em 11 de agosto de 1827, foi regida por Estatutos elaborados pelo Visconde de Cachoeira que, como a maioria de seus contemporâneos, opinava pela necessidade de menos Direito Romano. (A.Venâncio Filho, op.cit., pp. 30, 16-17 e 28-32). A cadeira de Direito Romano só viria a ser instituída por decreto de 1851 (Ibidem, p. 68).

¹⁶ O principal instrumento de veiculação das idéias de Krause no Brasil foi o compêndio do português Vicente Ferrer Neto Paiva, *Elementos de Direito Natural ou Filosofia do Direito* (cf. M.Reale, op.cit., pp.19-22).

seus horizontes, terminando com a preferência monocórdia pela cultura francesa. Em meio a influências díspares como Darwin, Haeckel e um certo positivismo, Tobias Barreto propagou as idéias de Savigny.¹⁷ Em meio a estas idéias propagou-se também o positivismo. Pelo fato de ambos valorizarem a lei positiva em relação a uma suposta lei natural abstrata, historicistas e positivistas iriam misturar-se sem traumas, no âmbito das ciências jurídicas no Brasil. Todos tinham o mesmo desprezo pelo Direito Natural. Em parecer sobre a reforma do ensino jurídico, Rui Barbosa, espelhando uma perspectiva claramente positivista, iria afirmar que ao Direito Natural, "que é metafísica", devia ser anteposta

"a sociologia, ainda não rigorosamente científica, é certo, na maior parte de seus resultados, mas científica nos seus processos, nos seus intuitos, na sua influência sobre o desenvolvimento da inteligência humana e a orientação dos estudos superiores".¹⁸

CONCLUSÃO

O ambiente da ciência jurídica de um lado, e de outro a família, tal como era estudada pelo Direito Civil, parecem ter constituído um caldo de cultura extremamente rico para espelhar as contradições em que vivia o país. Que contradições eram essas?

Num interessante trabalho, Emilia Viotti da Costa já havia apontado para o fato de que o artigo 179 da Constituição Imperial de 1824 reproduzia, em aspectos importantes, a Declaração dos Direitos do Homem francesa, de 1789. Afirmava-se aí, entre outras coisas, que todos eram iguais perante a lei e garantia-se a todos o direito de propriedade. Isso acontecia, como bem ressalta a autora, num país em que a grande maioria da população era constituída de escravos e apenas 1/20 da população era proprietária.¹⁹ Esta contradição tinha uma razão cristalina: era a liberdade de propriedade que iria determinar a redução do princípio da igualdade a uma farsa. Os escravos, sendo considerados humanos para efeitos religiosos e, em alguns casos na área criminal, eram tratados como partes da propriedade, como coisas.²⁰

Dessa forma era normal que o Direito Natural, depois de ter sido usado essencialmente para falar da naturalidade da propriedade, da família e do poder marital, tenha sido abandonado como abstração perigosa. Porisso, desde bem cedo, José Bonifácio, tal qual Napoleão, investivava contra os "ideólogos",

¹⁷ A.Venâncio Filho, op.cit., pp.96, 107 e 123.

¹⁸ Citado por ibidem, p.158.

¹⁹ Emília Viotti da Costa, "Introdução ao estudo da emancipação política", in: *Brasil em perspectiva*. São Paulo, Difel, 1982, pp. 123-125.

²⁰ Bem tarde, na década de 1850, Teixeira de Freitas coloca os filhos de escravas na "ordem de frutos naturais, como as crias dos animais" (*Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro, Garnier, 1873, p.526).

"sonhadores de uma transformação social mais profunda do que aquela que o bom senso, ou melhor, o senso de prudência, considerava a mais compatível com a imaturidade da Nação recém-soberana".²¹

A reação contra as abstrações iluministas dos direitos naturais, consubstanciada pelo Código Napoleônico, pelo historicismo e pelo positivismo, veio a calhar para situar e costurar a propriedade agro-exportadora baseada na escravidão e na família patriarcal. A volta ao Direito Romano, e mais tarde, à "sociologia" - que Rui Barbosa via como "ainda não rigorosamente científica, é certo" - veio resolver as contradições que se colocavam entre um Direito Natural levado às últimas consequências, de um lado, e de outro a vocação patriarcal de nossa elite, fundada na propriedade das terras e dos homens e no poder do pater-familias.

A defesa apaixonada do regime de "comunhão geral de bens", como sendo o único condizente com a "família moderna" e o único que permitia "o desenvolvimento da estabilidade conjugal", mostra também que a idéia de família está intrinsecamente ligada à de propriedade, a separação de bens constituindo um gérmen de desordem, seja nas famílias, seja nos patrimônios.

Quanto à questão dos filhos ilegítimos, aparece nos textos jurídicos aqui analisados a mesma preocupação de Napoleão em não permitir a desordem das famílias e seus patrimônios com os processos de reconhecimento de paternidade, não ampliando, pela mesma ordem de razões, as oportunidades para a legitimação de filhos naturais de viúvos, tudo isto em defesa da propriedade.

²¹ Citado por M.Reale, op.cit., p.14.