

Teixeira de Freitas e o Direito Civil

Estudos em homenagem ao
bicentenário (1816-2016)

Giordano Bruno Soares Roberto
Gustavo Pereira Leite Ribeiro
Organização

INITIA VIA
EDITORA

GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO
GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO

Organizadores

TEIXEIRA DE FREITAS E O DIREITO CIVIL

Estudos em homenagem
ao bicentenário (1816-2016)

INITIA VIA
EDITORA

Associação Mineira de Professores de Direito Civil

Belo Horizonte

2017

TEIXEIRA DE FREITAS E O DIREITO CIVIL:
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO BICENTENÁRIO (1816-2016)

Giordano Bruno Soares Roberto
Gustavo Pereira Leite Ribeiro
Organização

1ª edição - 2017

Copyright © desta edição [2017] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250 – sl. 103 - Bairro Lourdes
Belo Horizonte, MG, Brasil, 30140-061
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro
Arte da capa, projeto gráfico e diagramação:
Brenda Souza Batista
Revisão: organizadores e autores

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial deste livro ou de quaisquer umas de suas partes sem a prévia autorização. A violação dos direitos autorais é punível como crime e passível de indenizações diversas.

T278 Teixeira de Freitas e o direito civil: estudos em homenagem
ao bicentenário (1816-2016) / organizadores : Giordano Bruno
Soares Roberto, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. - Belo Horizonte
: Initia Via, 2017.

248 p.

ISBN 978-85-9547-015-6 (edição impressa)

ISBN 978-85-9547-016-3 (edição digital)

1. Direito - História - Brasil. 2. Direito Civil. I. Roberto, Giordano
Bruno Soares. II. Ribeiro, Gustavo Pereira Leite. III. Título.

CDU: 34(082)

ORGANIZADORES

GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO

Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal Minas Gerais - UFMG. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/Minas. Vice-Presidente da Associação Mineira de Professores de Direito Civil - AMPDIC (2016-2018).

GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras - UFLA. Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/Minas. Coordenador do Laboratório de Bioética e Direito - CNPq/UFLA. Presidente da Associação Mineira de Professores de Direito Civil - AMPDIC (2016-2018).

AUTORES

ALESSANDRO HIRATA

Professor Associado na Universidade de São Paulo – USP/RP. Livre-docente em Direito Romano pela Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Direito pela *Ludwig-Maximilians-Universität München*.

ALFREDO DE JESUS FLORES

Professor Associado de Metodologia Jurídica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Doutor em Direito e Filosofia pela *Universitat de València*. Sócio aderente da Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Membro Correspondente do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (IIHD, Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Membro Efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS).

EDSON KIYOSHI NACATA JUNIOR

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor em Direito Romano pela Universidade de São Paulo - USP. Diplomado no *Corso di Alta Formazione in Diritto Romano* pela *Università di Roma I - La Sapienza*.

ESTEVAN RÉ LO POUSADA

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) e Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP), do Centro de Extensão Universitária (IICS/CEU), da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (CoGEAE-PUC/SP), do Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ), do Curso de Especialização em Direito Imobiliário da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI). Sócio de Archanjo & Pousada Sociedade de Advogados.

EZEQUIEL ABÁSOLO

Professor de História do Direito na *Universidad Católica Argentina* - UCA. Doutor em Direito pela *Universidad de Buenos Aires* - UBA. Doutor em Ciências Políticas pela *Universidad Católica Argentina* - UCA.

FÁBIO QUEIROZ PEREIRA

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO

Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Advogado e consultor jurídico do Elpídio Donizetti Advogados.

FELLIPE GUERRA DAVID REIS

Professor Assistente de Direito Empresarial na Universidade Federal de Lavras - UFLA. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Especialista em Empresa, Relações de Trabalho e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Coordenador do Núcleo de Inovação Tecnológica da Universidade Federal de Lavras - NINTEC/UFLA.

HENRIQUE BARAHONA

Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pesquisador do Laboratório Cidade e Poder (LCP) da Universidade Federal Fluminense e da Red de Historia Brasil y Portugal (Red-HBP), da Faculdade de Letras da Universidade de Buenos Aires.

JORDHANA COSTA GOMES

Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC. Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

MÁRCIA MOTTA

Professora Titular de História Moderna na Universidade Federal Fluminense - UFF. Coordenadora do INCT Proprietas.

RICARDO SONTAG

Professor de História do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze*. Coordenador do *Studium Iuris* - Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
OS EMBATES MAIS CÉLEBRES DE TEIXEIRA DE FREITAS: (OU “DA SUA PROPENSÃO PARA TRETAS”)	10
<i>Felipe Quintella Machado de Carvalho</i>	
O OCASO DA RAZÃO JURÍDICA: A LOUCURA DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E A “QUESTÃO RELIGIOSA”	25
<i>Henrique Barahona</i>	
INFLUÊNCIA DE LEIBNIZ NA OBRA DE TEIXEIRA DE FREITAS: NOÇÃO DE SISTEMA	43
<i>Jordhana Costa Gomes</i>	
PERSONAE – RES – ACTIONES: DIREITO ROMANO E TRADIÇÃO ROMANÍSTICA NA CONSTRUÇÃO DO “SISTEMA DO DIREITO CIVIL” DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	54
<i>Edson Kiyoshi Nacata Junior</i>	
A NOÇÃO DE “CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS” NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX	105
<i>Alfredo de Jesus Flores</i>	
CONSOLIDAÇÃO E CODIFICAÇÃO EM DIREITO CIVIL: BASES CONCEITUAIS E EXPERIÊNCIAS SULAMERICANAS	128
<i>Fabio Queiroz Pereira</i>	

**INOVAÇÃO SISTEMÁTICA E ACUIDADE HISTÓRICA:
A HESITAÇÃO DOGMÁTICA DE UM ESPÍRITO INTRANSIGENTE
– NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE
PROCURAÇÃO, MANDATO E REPRESENTAÇÃO (A PARTIR DE
UMA CONFRONTAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 2853 E 2857 DO
ESBOÇO DE CÓDIGO CIVIL)** 151

Estevan Lo Ré Pousada

**HISTÓRIA E DIREITO: A INTERLOCUÇÃO COM O
JURISCONSULTO TEIXEIRA DE FREITAS** 175

Márcia Motta

**A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO EM
TEIXEIRA DE FREITAS** 192

Fellipe Guerra David Reis

**“CÓDIGO NEGRO”: REVERBERAÇÕES DE TEIXEIRA DE FREITAS
ENTRE OS PENALISTAS BRASILEIROS DO SÉCULO XIX** 206

Ricardo Sontag

**TEIXEIRA DE FREITAS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO
PRIVADO NA AMÉRICA LATINA** 223

Alessandro Hirata

**LA OBRA Y EL PENSAMIENTO DE AUGUSTO TEIXEIRA
DE FREITAS EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, Y SU
REPERCUSIÓN POR ESTE MEDIO EN LA CIVILÍSTICA
NACIONAL E HISPANOAMERICANA** 233

Ezequiel Abásolo

APRESENTAÇÃO

Ao mesmo tempo em que homenageia o bicentenário de Augusto Teixeira de Freitas, o livro pretende contribuir com a compreensão da vida e da obra do civilista baiano, nascido em 19 de agosto de 1816, considerado, por muitos, o maior jurista brasileiro.

Em sua maioria, os textos foram compostos por ocasião do *II Congresso Mineiro de Direito Civil*, realizado em setembro de 2016, na Faculdade de Direito da UFMG, por iniciativa da Associação Mineira de Professores de Direito Civil. Alguns dos trabalhos, no entanto, foram solicitados a reconhecidos estudiosos do pensamento do homenageado.

Com a publicação, apoiada pela CAPES e pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, esperamos oferecer novos elementos a pesquisadores e estudiosos de Direito Civil e de História do Direito.

Giordano Bruno Soares Roberto
Gustavo Pereira Leite Ribeiro
Organizadores

OS EMBATES MAIS CÉLEBRES DE TEIXEIRA DE FREITAS

(OU “DA SUA PROPENSÃO PARA TRETAS”)

Felipe Quintella Machado de Carvalho

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS foi, indubitavelmente, uma das personalidades mais marcantes do Direito brasileiro no século XIX.

Sua biografia reúne importantes feitos, dentre os quais a “Consolidação das Leis Civis” - obra genial, que exerceu, na prática, o papel de Código Civil brasileiro até a entrada em vigor do Código de 1916 - e o “Esboço do Código Civil” - primeiro projeto de Código Civil brasileiro, cujo modelo inovador inspirou os Códigos Civis de outros países, como, em especial, o da Argentina. Além disso, o “baiano arretado” - expressão que parece lhe caber muito bem - costuma ser considerado um dos mais atuantes e importantes advogados do Império. Foi seu cliente, por exemplo, IRINEU EVANGELISTA DE SOUZA - o BARÃO DE MAUÁ.

O objetivo deste breve trabalho consiste em explorar uma das características de maior destaque na personalidade do grande jurista: sua propensão para embates - ou, mais precisamente, para “tretas” -, que o levaram a se envolver em célebres eventos polêmicos na história do Direito pátrio. Com isso, esperamos levar ao leitor um pouco da vida e obra do jurisconsulto do Império, como o apelidou seu maior biógrafo,¹ e instigar estudos mais aprofundados do seu pensamento. Para tanto, ao revisitar dois importantes episódios na vida de TEIXEIRA DE FREITAS, convidaremos o leitor a conhecer um pouco mais sobre a obra dele, ilustrando as polêmicas com as pala-

¹ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. 2. ed. Brasília: Cegraf, 1983.

vras usadas pelo próprio autor.

2. EPISÓDIO I: O EMBATE SOBRE A CONDIÇÃO DO FILHO DA ESCRAVA LIBERTA EM TESTAMENTO SOB A CONDIÇÃO DE SERVIR A HERDEIRO OU LEGATÁRIO EM VIDA DESTE

Um dos embates mais célebres em que se envolveu TEIXEIRA DE FREITAS ocorreu quando o jurista exercia, em 1857, a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, de que fora um dos fundadores, em 1843.

No período, a vida de TEIXEIRA DE FREITAS, certamente, estava mais acelerada do que nunca, porquanto, em 1855, acumulava às funções de advogado atuante, Conselheiro de Estado, membro do IAB, pai e marido, também a desafiadora tarefa de consolidar a legislação civil vigente no país, para o que fora contratado pelo Governo Imperial. E, justamente naquele ano de 1857, antes até do advento do termo final previsto no contrato, FREITAS concluiu e publicou o sensacional resultado do seu trabalho de consolidador. Como se não bastasse, foi eleito, no mesmo ano, presidente do IAB.

Durante uma discussão teórica com CAETANO ALBERTO SOARES, presidente anterior do Instituto - e que, além de ter sido um dos fundadores deste, era considerado outro dos maiores advogados do Brasil Império, e famoso por sua posição abolicionista -, TEIXEIRA DE FREITAS - que não concordou com o parecer técnico do colega -, teve a ideia de propor a questão para debate pelos jovens membros da instituição. CAETANO ALBERTO aquiesceu, e o evento foi organizado.

Segundo posteriormente relatou, passada a empolgação inicial, FREITAS logo se questionou sobre o acerto da sua sugestão:

Sugeri ao Sr. Dr. Caetano Alberto a ideia de levar essa questão ao Instituto, ao que ele tanto mais prontamente anuiu, porque já era esse o seu desígnio. Pensando logo depois sobre essa ocorrência, confesso que me arrependi do passo que havia dado.

O Sr. Dr. Caetano Alberto escrevera uma memória sobre o

melhoramento da sorte dos escravos, publicada em 1847, e lida ao Instituto na sessão geral de 1845. Eram-me conhecidas as suas mui louváveis tendências em favor da liberdade, tendências que nestas matérias, ainda mesmo com subversão dos princípios, o fazem sempre propender para a sua ideia predileta. Arreceei-me, pois, de que o forte licor da liberdade, que na ordem política tantas calamidades há causado, toldasse os espíritos no exame de uma questão jurídica, que aliás devera ser calmo e refletido.²

Confirmando suas expectativas, e para o enorme desalento de TEIXEIRA DE FREITAS, sua opinião, que ele reputava tão solidamente fundamentada, não saiu vencedora. Seu desânimo foi tão grande, que o jurista não conseguiu dele se recobrar, e preferiu pedir sua demissão da presidência do Instituto, por meio de uma longa carta que entraria para a história como a sua “carta de renúncia”.

Assim iniciou seu texto:

A última votação do Instituto sobre a questão jurídica proposta pelo Sr. Dr. Caetano Alberto Soares, os desagradáveis incidentes que essa questão provocara na sessão de 15 do corrente mês, e também na sessão anterior, abalaram tão profundamente o meu espírito, que inúteis têm sido todos os esforços para acalmar o meu sofrimento, e deixar passar essa onda que submerge as minhas esperanças.³

Pareceu-lhe que, em uma questão cuja solução era exata - não dava azo a divergências -, o fato de seu parecer não ter conseguido conquistar a opinião dos membros do Instituto era indicativo de que o título de presidente representava uma posição meramente artificial. Em outras palavras, ele presidia o Instituto, porém não representava o modo de pensar dos membros do IAB.

² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 47. Disponível em: <https://www.ia-bnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 42. Disponível em: <https://www.ia-bnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

E, para FREITAS, a discussão de que se tratava não envolvia opinião; exigia solução lógica e, por conseguinte, única. Nesse sentido, ponderou: “em questões abstratas de jurisprudência,⁴ não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira ideia, e arrebatamentos do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio”.⁵

Em outro trecho, concluiu a linha de raciocínio: “não me tenhais também por orgulhoso, imodesto, e intolerante. As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negardes o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos”.⁶

Veja-se como o estilo do autor pode ser considerado “levemente carregado”. Um desavisado sequer perceberia a grande crítica por trás do breve comentário, sobretudo porquanto, no ambiente do Direito, há uma tendência a se pensar que tudo é relativo. Mas, para TEIXEIRA DE FREITAS, a questão em discussão encontrava resposta clara no Direito vigente; logo, não havia espaço para controvérsia. E, para ele, nem tudo era relativo; havia questões abertas a opiniões, e outras que tinham solução única e exata.

O problema maior do embate, eu diria, foi o justamente o “mau jeito” de FREITAS, por assim dizer. Por tudo que já estudei sobre o autor, eu jamais o consideraria arrogante. O “baiano arretado” muito bem se enquadrava no conceito da virtude da magnanimidade, conforme ARISTÓTELES, como meio-termo entre a vaidade e a humildade. Contudo, é fácil vê-lo sendo tido como extremamente arrogante e vaidoso. Ele próprio parecia desconfiar do fato, segundo comentou: “bem conheço, que o meu modo de enunciação, natural consequência da retidão do meu espírito, é o menos próprio para carrear a benevolência de todos; porém, estou resignado, não quero

⁴ Neste caso, “jurisprudência” tem o sentido antigo, de “ciência do Direito”, e não de conjunto de decisões judiciais em um mesmo sentido.

⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 45. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 79-80. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

posições artificiais, nem essas reputações falsas, cobertas de elogios, que tanto abundam em nosso país”.⁷ Ademais, como visto anteriormente, ele próprio pedira para não ser considerado “orgulhoso, imodesto e intolerante”.⁸

Com essas considerações em mente, examinemos a questão debatida: se o filho nascido de uma escrava liberta em testamento sob a condição de servir em vida de um determinado herdeiro ou legatário era livre, ou escravo. Tal escrava era denominada, tecnicamente, *statu liber*.

Em síntese, era a seguinte a solução proposta por TEIXEIRA DE FREITAS: (1) a regra herdada do Direito Romano era no sentido de que o filho da escrava seguia a sorte da mãe (derivada da regra de que o acessório segue o principal); (2) a escrava liberta em testamento sob a condição de servir em vida de um determinado herdeiro ou legatário era escrava até morrer tal herdeiro ou legatário, vez que a condição suspensiva suspende a aquisição do direito até que se implemente, se é que isso ocorrerá. Logo, a conclusão da questão deveria ser no sentido de que o filho era escravo.

CAETANO ALBERTO, por sua vez, também partia da premissa (1), mas, quanto à segunda, alegava ser a escrava livre desde a morte do testador. Sendo assim, o filho também era, conseqüentemente, livre. No entanto, ambos estavam sujeitos a servir ao herdeiro ou legatário até que este morresse.⁹

Durante o debate que se realizou no Instituto em outubro de 1857, vários argumentos apareceram para justificar a segunda premissa na solução de CAETANO ALBERTO. Houve quem argumentasse, por exemplo, que a *statu liber* era como uma “prestadora de

⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 80. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 79. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 48. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

serviços” do herdeiro ou legatário, ou como uma “servidora pública”.¹⁰ Tal linha de argumentação irritou profundamente TEIXEIRA DE FREITAS, que, em determinado trecho da carta, comentou: “ouvi coisas que me atordoaram, reduzindo-me a um estado de pressão marasmódica, que me tem extenuado”.¹¹

Desabafou, ademais, irrisignado: “a força passou a ser direito, a coação transformou-se em vontade, identificou-se a liberdade com a escravidão! Que belo ideal! Quem vos ouvisse poderia crer, que no Brasil não existem escravos, e que nós já chegamos a esse estado normal que todos desejam!”¹²

E prosseguiu, em outra passagem:

Se quereis portanto melhorar entre nós a sorte do escravo, já que não podeis abolir a escravidão, colocai esse homem desventurado na sua real posição, e outorgai-lhe todo o favor possível; mas não lhe troqueis o nome. Desta maneira, se ornais o escravo com o fagueiro título de livre, agrava com o escárnio a vossa tirania, e também insultais a liberdade.¹³

Não é à toa que, logo no início da carta, o jurista já desabafara:

As mediocridades abundam. É nas fruições da vida material, que, para o comum dos homens, está a suprema ventura, e

¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 49. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 54. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 49-50. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 61. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

pois que a matéria será sempre o fatal inimigo da ciência, nada mais natural do que amparar-se o fraco edifício da ignorância com os esteios de nomes vãos, de títulos pomposos, que são ouropéis com que se impressiona o vulgo. As cerimônias das religiões produzem o mesmo efeito, porém com melhor fim.¹⁴

O episódio, de fato, levou TEIXEIRA DE FREITAS a concluir que de nada adiantaria continuar à frente da presidência da instituição, depois do ocorrido. Afinal, o que queria, exercendo o cargo, não era simplesmente o “glamour” respectivo. Queria - e esperava - ser levado a sério. Nesse sentido, lamentou:

Eu havia concebido vastos planos, eu carecia de uma coadjuvação, de uma vocação igual à minha, e essa coadjuvação eu a tive por impossível. Entendi que a união de cabeças, não como a união de capitais no mundo da indústria, de nada servia para as empresas em grande, e antes impedia, com sensível perda de tempo, a perfeita execução dos planos. Entendi que as sociedades e comissões científicas eram instituições de mero luxo, senão um invento da insuficiência e ociosidade, que permite a pequeninos zangões sorver o mel fabricado por abelhas trabalhadoras. Estaria em erro?¹⁵

E, mais adiante, prosseguiu:

Pareceu-me que poderia infiltrar o amor do estudo, o gosto pela jurisprudência em um país como o nosso, onde tanto se tem a fazer em matéria de legislação. Seria isto uma ilusão? Terei de voltar ao meu isolamento, aos monólogos de um solitário, sem o auxílio de tantos espíritos, tão liberalmente favorecidos pela natureza, que podem ser úteis à pátria? O

¹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 43-44. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 43. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

tempo o dirá!¹⁶

Um último ponto marcante do ponto - para não estender demais esta narrativa, que se pretende breve -, foi o fato de, na conclusão da carta, FREITAS ter oferecido mil contos de réis para que o Instituto investisse na fundação da biblioteca deste, afirmando: “se vos dignardes aceitar minha tênue oferta, só motivada pelo amor da ciência, cumprirei imediatamente o meu dever”.¹⁷

Como o leitor pode imaginar, a carta de renúncia não rendeu ao jurista grande - para não dizer nenhuma - simpatia, apesar da louvável sinceridade do autor, e apesar de ser compreensível a sua irresignação, ante a gravidade da questão, e a leviandade dos argumentos contrários aos dele.

Foi este, sem dúvida, um dos embates mais célebres da biografia de TEIXEIRA DE FREITAS.

3. EPISÓDIO II: O EMBATE SOBRE O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Talvez o mais intenso e, para o espectador entusiasmado, até divertido embate em que se envolveu TEIXEIRA DE FREITAS foi o que se travou entre ele e o VISCONDE DE SEABRA, jurista que fora incumbido de elaborar o projeto do Código Civil português poucos anos antes de FREITAS receber a missão de elaborar o brasileiro.

Tal episódio ocorreu a partir de maio de 1859, pouco tempo depois do embate no IAB.

Na segunda metade da década de 1850, como visto anteriormente, TEIXEIRA DE FREITAS estava extremamente produtivo: em aproximadamente dois anos, concluíra a hercúlea missão de consolidar a legislação civil vigente no Brasil, tendo seu trabalho sido

¹⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 44-45. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857, p. 81. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/galeria_presidente_discursos/04.pdf>. Acesso em 16 ago. 2017.

aprovado com louvor pelo governo imperial em 1858; na sequência, em janeiro de 1859, fora contratado para elaborar o primeiro projeto de Código Civil brasileiro.

Durante a realização dessa importante e honrosa incumbência, nosso grande jurista assumiu, mais do que nunca, a missão de “buscar a verdade científica”.

Aprofundou seus estudos de uma miríade surpreendente e impressionante de fontes, sobretudo ao se considerar que estava na década de 1850, quase 150 anos antes do advento das pesquisas no Google e das compras online. Por incrível que pareça, TEIXEIRA DE FREITAS estudou as obras de quase todos os civilistas franceses da primeira metade do século XIX, e também de autores alemães, cujas obras haviam sido traduzidas para o francês, além de outros juristas e filósofos europeus do século XIX e de séculos anteriores. Dentre os autores alemães, o destaque vai para SAVIGNY, com quem TEIXEIRA DE FREITAS dialogou constantemente em sua obra. Ademais, o jurista brasileiro estudou Códigos Civis de diversas partes do mundo, fazendo referência, até mesmo, a Códigos hoje desconhecidos, como o do Cantão de Argóvia, na Suíça. Neste ponto, vale lembrar que, à época, só para ter notícia de que uma obra existia na Europa, era necessária uma viagem de navio transatlântica. Depois, outra para encomendá-la, e outra, ainda, para trazê-la. Afinal, parece bastante improvável que nas livrarias do Rio de Janeiro, à época, estivessem disponíveis para venda e pronta entrega obras tão específicas como as que TEIXEIRA DE FREITAS estudou.

Pois bem. O fato é que, talvez - eu diria, até, muito provavelmente -, ter se julgado no dever de “buscar a verdade científica” foi o que iniciou o ocaso do trabalho, e mesmo da reputação de TEIXEIRA DE FREITAS, se bem que foi, também muito provavelmente, a aurora da sua produção.

Ou seja, se, por um lado, o tanto que estudou e refletiu, somado à “retidão do seu espírito” - na expressão dele -, levaram à excelência da sua produção jurídica, também fizeram com que o autor se tornasse excessivamente crítico e duro, o que o fez perder, com o tempo, a admiração com que antes era tido - e que já ficara abalada pelo embate no IAB -, além de ter causado desentendimentos que resultaram no abandono do seu projeto de Código Civil, o “Esboço”.

Mas vamos ao embate entre FREITAS e o VISCONDE DE SEABRA. O brasileiro relatou que, inicialmente, quando se deparou com

o projeto do Código Civil português, publicado no ano anterior, estranhou o sistema empregado, porém pôs a obra de lado, para estudá-la com calma, posteriormente. Foi o que explicou:

O rápido exame, que logo fizemos do Projeto do Código Civil Português, foi para nós uma decepção tremenda. Recai-ra ele antes de tudo sobre o elenco das matérias do Projeto, cuja distribuição e ordem dar-nos-ia de pronto uma ideia do sistema seguido pelo nobre autor; e a impressão não podia ser mais alheia de tudo o que devíamos esperar. Dissemos entre nós, que o nobre autor seguia talvez a opinião dos que nenhuma importância davam a questões de método; e nesta persuasão (tal era o respeito para com a pessoa do autor) fechamos o Livro para mais de espaço examinarmos o interno do trabalho em cada uma de suas disposições. Do sistema adotado não pensamos mais, convencidos como ficamos de que a ninguém seria dado justificá-lo.¹⁸

Todavia, quando, pouco depois, foi apresentado a uma publicação em que o VISCONDE DE SEABRA se defendia asperamente das críticas tecidas ao projeto por ALBERTO DE MORAES CARVALHO, FREITAS tomou as dores deste, e, sem sequer ter lido a publicação de ALBERTO DE MORAES CARVALHO, decidiu escrever um livro rebatendo a defesa do VISCONDE. Por ter a obra de defesa se intitulado “Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português”, FREITAS denominou seu trabalho, escrito em maio de 1859 e publicado em seguida, “Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português”.

Segundo narrou o próprio FREITAS:

O nobre autor do Projeto, que pela sua Apostila instigou-nos a rever novamente seu trabalho, e a fazer desde já um exame que tínhamos reservado para mais tarde, chegou pelas suas investigações a adotar um método tão artificial, repugnante, e de tão funesta influência para o Direito Civil, que, muito a pesar nosso, e só por amor da Ciência, cumprimos o dever de

¹⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 6-7.

opor-lhe a mais vigorosa resistência.¹⁹

A obra de TEIXEIRA DE FREITAS surpreendeu e irritou profundamente o VISCONDE DE SEABRA, que escreveu, então, e publicou, naquele mesmo ano de 1859, a “Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto do Código Civil Português”.

Logo nas primeiras páginas da “Nova Apostila”, TEIXEIRA DE FREITAS disferiu contra o trabalho do VISCONDE DE SEABRA uma duríssima crítica, que bem pode soar arrogante:

A verdade é uma só. A humana inteligência funciona em toda parte pelos mesmos processos, trabalha com os mesmos instrumentos. Quando em dois países se fazem ensaios de reforma legislativa, e chega-se aos mesmos resultados, aí está uma prova, ou pelo menos uma probabilidade, de que se tem acertado. Se nos coubesse a fortuna de ver, que um tão esforçado pensador, como o Sr. Seabra, colhera de suas investigações sobre o Direito em geral, e sobre o Direito Civil particularmente, as mesmas consequências, a que nós logicamente fomos conduzidos; que melhor apoio poderíamos ter para dar voga aos nossos trabalhos, e mesmo fortificar-nos na justeza de nossos raciocínios? Infelizmente não tem assim acontecido!²⁰

E concluiu, asperamente: “ambos nos elevamos à região dos princípios, nós para podermos bem distinguir as relações de uma vida real, ele para descair em um mundo fictício. Nossas aplicações foram inteiramente opostas.”²¹

Considerando-se o escopo deste breve trabalho, de todas as críticas tecidas por FREITAS na “Nova Apostila”, trataremos de uma

¹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 9.

²⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 6.

²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 6.

apenas, a qual, no entanto, é bastante ilustrativa do embate que o brasileiro travou com o português.²²

O projeto do VISCONDE DE SEABRA cuidava, no art. 362, de uma hipótese de incapacidade “por efeito de sentença condenatória” dos condenados “em juízo incontroverso à pena de morte”, os quais perdiam todos os seus direitos civis desde o trânsito em julgado da sentença.

Ocorre que, em defesa da crítica ao art. 1º elaborada por ALBERTO DE MORAES CARVALHO, o VISCONDE insistira em que a capacidade civil era “uma e indivisível”. Todavia, agora, o VISCONDE defendia a incapacidade por morte civil prevista no art. 362 da censura tecida por ALBERTO DE MORAES CARVALHO. Revoltado, ponderou FREITAS:

Tendo-nos ensinado a Apostila, que a capacidade jurídica é só uma e indivisível, - que é a *prerrogativa inaufeável* do homem, como ente livre e inteligente, que o homem é sempre a pessoa; forçoso é convir, que não há hipótese possível, em que o homem não seja pessoa, em que perca essa *prerrogativa inaufeável* do ente livre e inteligente. O *inaufeável* da Apostila é inconciliável com o *aufeável* e *aufeado* do art. 362 do Projeto. Ser e não ser não é possível.²³

Ademais, esbravejou:

Ou houve erro no Projeto, quando admitiu tantas e tão variadas espécies de incapacidades isentas da inteira perda de direitos; ou então o Projeto erra agora, e o seu autor não deve levar a mal que seja para sempre riscado esse pavoroso art. 362. Se devemos confiar nesses tesouros de filosofia do direito, que o nosso ilustrado adversário espargiu em sua Apostila, e cujas preciosidades aproveitara para o seu Projeto; cremos que, sob pena da mais redonda incoerência, não hesitará

²² Muito embora nascido o VISCONDE, curiosamente, deste lado do Atlântico, quando seus pais retornavam a Portugal de uma viagem ao Brasil, e a despeito de FREITAS ter nascido por aqui quando o Brasil fazia parte do então Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

²³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *NNova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 145.

na escolha do louvável expediente de apagar as letras dessa disposição feroz, que o reduz a não poder justificar-se. Senão pelo amor da humanidade, ao menos pelo amor da lógica!²⁴

Após algumas ponderações sobre o retrocesso da ideia do art. 362, vez que há muito já não havia em Portugal semelhante preceito, e ponderando, ademais, sobre a inconstitucionalidade do comando, ante a Constituição portuguesa de então, FREITAS mais uma vez atacou o VISCONDE DE SEABRA:

Assaltou-nos o momentâneo escrúpulo de estarmos fazendo ao nobre autor do Projeto uma grande injustiça, porquanto vemos que o Código Penal Português, tendo já estragado a Carta Constitucional, acha-se até certo ponto em acordo com as falsas ideias do Projeto. Estaria o Sr. Seabra autorizado para codificar livremente e fazer tábua rasa?²⁵

Veja-se a ironia, e o fato de que, na defesa da Constituição de Portugal, TEIXEIRA DE FREITAS criticou acidamente também o Código Penal português.

E, defendendo-se de uma possível argumentação no sentido da compatibilidade do preceito com a ordem constitucional, afirmou, também com aspereza:

A simples invocação das regras mais triviais de hermenêutica, um ligeiro estudo da Carta em sua letra e espírito, e em suas fontes, dissipam de pronto toda essa desordem e confusão de ideias, todas essas temeridades de uma legislação tão subversiva. É sabido, que todas as leis de exceção ou restrição não são suscetíveis de interpretação extensiva - *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*.²⁶

²⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 144-145.

²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 152.

²⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro:

Prossiguiu, então, em uma profunda análise do tema, com a qual encerrou, adiante, aquela parte da obra. Na sequência, todavia, elaborou uma espécie de apêndice, intitulado “Últimas palavras”, em que teceu uma série de outras críticas - se bem que fundadas, sempre - ao Projeto do Código Civil Português.

Nesta parte, ao voltar a comentar os preceitos inconstitucionais do Projeto, FREITAS acabou desferindo comentários azedos também aos brasileiros, como no seguinte excerto:

No Brasil também pouco se estuda, o espírito é naturalmente preguiçoso; e, por demais, os encantos do ar livre, o azul dos céus, o brilho das estrelas, os gostos da sociedade moderna, são outros tantos algozes da verdadeira ciência. Mas, por acaso talvez, ou antes por timidez, as coisas não chegaram ainda ao ponto de lacerar-se a Lei Fundamental nas próprias leis, que a devem manter ileisa em todas as suas aplicações.²⁷

Até, mais ao fim do texto, ponderar: “Deus nos livre, de que tão errôneas doutrinas sejam acolhidas!”

Não é de se estranhar, pois, que a impressionante obra da “Nova Apostila”, tão profunda, sagaz, e elaborada em tão pouco tempo, ao passo que despertou admiração, também atraiu para o jurista brasileiro a antipatia não apenas do seu antagonista português, como também, até mesmo, de compatriotas. E o próprio TEIXEIRA DE FREITAS suscitou a possibilidade de isso ocorrer, ao comentar:

Esta franqueza um pouco rude, este livre expandir de sentimentos, bem o sabemos, far-nos-á incorrer no desagrado do nobre autor do Projeto, e talvez de alguém mais; trar-nos-á dissabores. Não importa. Está nossa consciência, e sempre estará, tranquila. Em face de um empresa tão temerária e descomunal, como essa do Projeto do Código Civil Português, sem exemplo nos anais da história, não estava em nós pronunciar-nos de outro modo, não havia para nós outra via de cumprir exatamente o sagrado dever, que quisermos impor-nos. A situação era extrema, e pedia remédio heróico-

Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 157.

²⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Lamemert, 1859, p. 154.

co, não aceitava meios termos. Se não fizessemos tudo, e tão bem como pudéssemos, não devíamos fazer nada.

Não obstante, a despeito da legitimidade das considerações traçadas, a história, ironicamente, talvez, revelou que o trabalho do VISCONDE DE SEABRA gerou, em 1867, o primeiro Código Civil português, o qual permaneceu em vigor por aproximadamente cem anos, enquanto o próprio FREITAS acabou abandonando o seu “Esboço do Código Civil”. A retidão do seu espírito o tornou excessivamente duro e intransigente. Estou certo, entretanto, de que ele, confiante como era dos seus posicionamentos, teria feito tudo novamente como fez, ainda que se lhe concedesse a chance de voltar no tempo.

O OCASO DA RAZÃO JURÍDICA

A LOUCURA DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E A “QUESTÃO RELIGIOSA”

Henrique Barahona

Há um período da vida de Augusto Teixeira de Freitas que permanece envolto numa espécie de penumbra histórica: o intervalo entre 1872 e 1875 em que ele teria sido acometido de uma suposta doença mental. A nebulosidade em torno desta face de Teixeira de Freitas foi mantida propositadamente pelos seus dois maiores biógrafos do século XX, Manuel Álvaro de Souza Sá Vianna e Silvio Augusto de Bastos Meira. Assim o fizeram com o intuito de preservar no lugar mais alto de um pedestal a imagem que ajudaram a construir do biografado como sendo o “cujácio brasileiro” ou “o maior jurista das Américas”. E, junto com ele, uma imagem do próprio direito, melhor dizendo, a elevação de um determinado tipo de direito com ele identificado, de modo a um legitimar o outro. Longe de ser uma unanimidade, como atestam as inúmeras controvérsias em que se envolveu ao longo da vida, ele permaneceu no centro das discussões mesmo após a sua morte, inclusive no tocante à existência ou não da doença mental que lhe fora por muitos atribuída. Reverter esta dimensão obscurecida da personalidade de Teixeira de Freitas será, portanto, sempre uma tarefa muito delicada, bastante tormentosa. É mexer numa ferida aberta no próprio pensamento jurídico brasileiro.

Sá Vianna escreveu a primeira grande biografia tendo como propósito a apresentação do seu trabalho no “3º Congresso Científico Latino Americano”, reunido no Rio de Janeiro, vinte e dois anos depois da morte de Freitas, quando se comemorava o 62º aniversário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Na ocasião, o nome do jurisconsulto foi escolhido para ser homenageado durante os festejos, que incluía também a inauguração da estátua erigida em sua memória no antigo largo de São Domingos, no dia 7 de agosto de

1905, e que na época já era denominada Praça Teixeira de Freitas.¹ A comissão do monumento tinha como presidente ninguém menos do que Sá Vianna, o biógrafo. Foi esta comissão, composta também por Alfredo Russell e Soares Brandão, a responsável pela arrecadação da soma necessária para a fundição do modelo concebido por Rodolfo Bernardelli em Paris, mediante a venda de retratos de Teixeira de Freitas a 10\$000 cada um.² Deve-se inclusive a Sá Vianna o emprego da palavra “ocaso”, a mesma que utilizamos no título deste artigo, referida pela primeira vez à doença mental de Freitas, para ele “uma intelligencia que, perdendo equilíbrio e vigor, tombava rápida para o occaso”.³

Já a segunda biografia que levaremos em conta aqui, escrita por Silvio Meira, de um modo curiosamente parecido com a primeira, saiu vencedora do 1º Prêmio Brasília de Letras Jurídicas,⁴ concedido também pelo IAB, no ano de 1977. Nela, o biógrafo vai laborar incessantemente para desfazer essa ideia de que Teixeira de Freitas havia ficado louco, apagando os vestígios desta dolorosa circunstância que para ele emerge como um sério problema. Apostando numa orquestração caluniosa de “adversários embuçados”,⁵ Silvio Meira envidará todos os seus esforços com o objetivo de esvaziar a doença mental que todos atribuíam ao seu biografado, transformando-a num simples desalento ou depressão, originada da rescisão do contrato pelo governo imperial “estava profundamente traumatizado e possuía as suas razões”.⁶ Para afastar o seu personagem da doença mental, joga-o noutra teoria psicologizante, na teoria do trauma. A sua proposta era “desfazer mal-entendidos, restabelecer a verdade e

¹ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 385.

² VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 387.

³ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 188.

⁴ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. XXV.

⁵ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 368.

⁶ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 368.

render preito a um dos maiores valores da nacionalidade”⁷ A propósito especificamente da doença mental de Freitas, ele é categórico:

Constitui por isso uma inverdade, que precisa ser desfeita, a notícia veiculada principalmente pelos seus adversários, e depois encampada por notáveis escritores e biógrafos de boa fé de que, com os desgostos causados pela obstrução do seu projeto em 1865 pela comissão revisora e a rescisão do contrato em 1872, Teixeira de Freitas teria perdido totalmente a razão, ficando irremediavelmente enfermo.⁸

Para efeito deste artigo, pouco importa se Teixeira de Freitas de fato estava ou não mentalmente doente. Não vou entrar no campo das especulações psicologizantes ou, como disse Eduardo Spiller Pena, fazer um “duvidoso exercício psicanalítico”⁹ a este respeito. A questão que propomos aqui é colocar alguns elementos novos de pesquisa sobre o momento político em que se deu esta suposta loucura, momento que pode de alguma forma ter provocado nele algum tipo de ressonância, colhendo alguns elementos que podem nos ajudar a compreender o exato contexto em que surge a pretensa doença mental de Teixeira de Freitas, interrogando os efeitos de uma possível loucura para a sua imagem como um cultor da “perfeição jurídica” do Oitocentos. O nosso intento é fazer com isso uma reflexão sobre o “homem” Teixeira de Freitas, indo na contramão da desumanização que os seus biógrafos dele fizeram, uma desumanização às avessas, para cima. O que os dois biógrafos em questão criaram foi a imagem de um homem de gênio capaz de elaborar um direito também de gênios, sobre-humano, levando adiante a percepção do próprio Freitas de que seria um predestinado por Deus para a codificação das leis civis do Império. Não se trata, de maneira alguma, de diminuí-lo, adotando um ponto de vista pejorativo, mas de metodologicamente “rebaixá-lo”, como diria Mikhail Bakhtin, analisando toda esta imagem mitológica criada em torno dele e do discurso que ela veicula

⁷ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 368.

⁸ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 382.

⁹ PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da Casa Imperial*. Campinas: Unicamp, 2005, p. 120.

para melhor trazer à tona as relações de poder em jogo no final do século XIX.

Silvio Meira empenhava-se, como dissemos, para contornar a doença mental e os dois livros escritos por Augusto Teixeira de Freitas em 1871 e 1872, e que supostamente ficaram conhecidos como a expressão manifesta da sua suposta loucura: “Os dois atestados da depressão ficaram – os livrinhos Pedro Quer ser Augusto e Córdice Eucarístico. Daí o equívoco e exagero de alguns biógrafos, que não examinaram esses escritos e deram o autor como irrecuperável”.¹⁰ Estes dois livretos, os únicos escritos por Freitas que não tratavam da matéria jurídica (ou pelo menos não explicitamente), foram uma espécie de atestado do desmoronamento de todo o edifício mental do seu biografado. Vejamos, passo a passo, como nasceram estes dois “livrinhos”, em diminutivo quanto aos seus respectivos tamanhos, se levado em conta o número de páginas de cada um deles, mas gigantes no estrago que fizeram na imagem de Teixeira de Freitas.

Ao contrário do que se viu na década anterior, quando fora contratado pelo Governo Imperial, no final da década de 1860 o “amor de perfeição” confessado por Teixeira de Freitas o impossibilitava de finalizar os seus trabalhos, dando causa à sucessivas prorrogações de prazos e também de seguidas mudanças no projeto original aprovado desde a “Consolidação das Leis Civis”, e já em grande parte publicado sob o título de “Esboço”. Estas alterações acirraram os ânimos de todos os envolvidos. Freitas chegou a redigir uma carta de renúncia em 20 de novembro de 1866. Em 1867 ele afirmou: “Há desarmonia profunda, Exmº Sr. entre o meu pensamento atual sobre tais assuntos, e as vistas do governo imperial”.¹¹ No dia 20 de setembro do mesmo ano, ele apresentou um novo plano de trabalho, contemplando a elaboração também de um Código Geral, o que foi generosamente ratificado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado no dia 1º de junho de 1868, graças à influência do seu “consorte” Nabuco de Araújo, quem havia lhe indicado desde o início para a codificação. Mas o parecer da Seção não foi levado à aprovação do Imperador por uma manobra de José de Alencar, que estava naquele tempo à frente do Ministério. Além de não concordar com o novo

¹⁰ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 373.

¹¹ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 347.

método, Alencar dava por rescindido o contrato pelo descumprimento do prazo por parte de Teixeira de Freitas.

As mudanças do projeto e as divergências com o Governo Imperial são explicações geralmente aceitas pela historiografia sobre o fim da codificação de Teixeira de Freitas. Contudo, Sá Vianna, em 1905, mais próximo daqueles acontecimentos do que Silvio Meira, menciona o depoimento oral de Coelho Rodrigues, para quem estas foram “supostas” razões para a exoneração de Freitas promovida por Duarte de Azevedo. Ele reproduz o que disse o Conselheiro Rodrigues a este respeito: “Digo ‘supostas’ por me parecer que a verdadeira causa daquela resolução foi o estado notório de monomania religiosa, em que acabou o famoso jurisconsulto, provavelmente por excesso de trabalho”.¹² Este é o depoimento de uma pessoa também intimamente ligada à codificação. O Conselheiro Coelho Rodrigues elaborou e ofereceu um “Projeto” para o Código Civil que não foi levado adiante. Ele não revela, porém, de onde tirou este conceito de “monomania”, que foi cunhado na primeira metade do século XIX por Esquirol, remetendo a loucura à ideia de “desvio”, isto é, adstrito à esfera dos comportamentos e do ajustamento social.¹³ De acordo então com o conceito de monomania formulado por Esquirol, essa insanidade seria um estado geral de inteligência perturbada, algumas vezes sem a manifestação de qualquer delírio em pacientes que aparentemente mantinham a capacidade de raciocínio, exceto sobre determinados assuntos. Daí a ideia da loucura parcial. No caso de Teixeira de Freitas, caia-lhe como uma luva, pois poderia se manter incólume ao tratar dos assuntos jurídicos, embora não assim quando o assunto ventilado se circunscrevia aos temas religiosos, encaixando-se perfeitamente no conceito de “monomania religiosa”. Ao que parece, Coelho Rodrigues não só foi a fonte de onde ele retirou o nome da doença como “monomania religiosa”, como também onde é apresentada uma justificativa plausível para ela, nobre, abonadora, como resultado da tarefa estafante de elaboração do Código Civil após oito anos de trabalhos ininterruptos.

Sá Vianna escrevera a biografia apenas 22 anos depois da morte de seu biografado. Pode ser muito tempo, mas bem menos do

¹² VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 189.

¹³ CUNHA, Maria Cunha. *O Espelho do mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 110.

que Silvio Meira. Aquele ainda pode colher mais facilmente o depoimento oral de pessoas que haviam convivido com Teixeira de Freitas, como foi o caso de Coelho Rodrigues, e também do Barão de Penedo. Diz Sá Vianna: “De S. Ex. ouvi, que vindo da Europa em 1872, por vezes conversou com o Dr. Teixeira de Freitas, notando que si o objeto de que se tratava era de natureza religiosa, sua inteligência mostrava-se alterada”.¹⁴ Esta importante fonte da história oral já não mais se tornara possível para Silvio Meira em 1971. De todo modo, Sá Vianna e Silvio Meira não tiveram dificuldades de pesquisar as fontes documentais das seções de obituários dos jornais da época em que morreu Teixeira de Freitas. Na Gazeta de Notícias do dia 15 de dezembro de 1883, encontraram escrito que “A morte apagou estas fraquezas passageiras do místico, para deixar intacto o trabalho colossal do juriconsulto”, e que “Freitas não é o autor do Córdice Eucarístico e de outros livros, cuja lembrança quizeramos estivesse em nós apagar”.¹⁵ Curiosamente, no longo texto dado à publicação e que foi reproduzido por Sá Vianna, não lemos uma vez sequer a palavra “monomania”. Ele citou também o Jornal do Comércio do dia 13 de dezembro de 1883, no qual somente foi dito que “Talento tão robusto e fecundo, inteligência tão clara e serena, nos últimos tempos como que iam-se apagando a pouco e pouco, invadida a razão pela moléstia cerebral a que tão dolorosamente sucumbiu”,¹⁶ em nada se referindo propriamente à monomania. Noutro obituário, desta vez de O Fluminense, do dia 19 de dezembro de 1883, era dada a notícia do falecimento de Augusto Teixeira de Freitas apontando como causa a expressão vaga de “Amolecimento cerebral”.¹⁷

Parece-nos que através de Sá Vianna foi perpetuada a denominação nosológica de “monomania religiosa” para a doença do seu personagem, não mediante evidências documentais médicas, mas pelo que disse Coelho Rodrigues no tocante a ela. Era uma designação até comum no final do século XIX. Machado de Assis, autor de

¹⁴ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 198.

¹⁵ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 333.

¹⁶ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 337.

¹⁷ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 484.

“O Alienista”, e do conto “Ex-Catedra”, que o diga. Talvez fosse ela atribuída ordinariamente a Teixeira de Freitas nos comentários a seu respeito nos círculos intelectuais e jurídicos da época. Foi usando esta expressão que Sá Vianna passou a se referir à doença mental do seu biografado: “Em 1867, quando dirigiu esse ofício ao Ministério da Justiça (...), o estado de sanidade mental do Mestre era Perfeito, sendo certo que em 1870 foi que a monomania religiosa perturbou aquele grandioso cérebro”.¹⁸ Mais adiante no texto, Sá Vianna mencionou novamente o nome da mesma doença de um modo um pouco diferente, chamando-a de “manomania religiosa”, já nos indicando um erro de impressão ou a falta de denodo com os precisos critérios científicos nosográficos de uma possível doença mental sofrida por Augusto Teixeira de Freitas:

Em 1881 o estado de saúde do Dr. Teixeira de Freitas começou a inspirar sérios cuidados. Suas faculdades mentais estavam alteradas e já não era só a manomania religiosa o que o afetava, deixando ileso e sempre brilhante a razão do jurisconsulto. O mal generalizava-se francamente e o naufrágio era inevitável e iminente.¹⁹

Neste ponto, há algo que nos chama a atenção. No mesmo instante em que Teixeira de Freitas é acometido de uma monomania “religiosa”, estava acontecendo no Brasil uma importante controvérsia que sacudia as relações entre o Trono e o Altar: a “Questão Religiosa”. Teria sido uma simples coincidência que no momento em que se desenrolava um dos maiores conflitos envolvendo o catolicismo brasileiro no final do século XIX, tenha Augusto Teixeira de Freitas desenvolvido um transtorno mental do tipo monomania “religiosa”? Logo ele, um jurista que Sá Vianna descreve com sua “moral Christã, que ele praticava como crente sincero e catholico fervoroso... moral

¹⁸ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 196. O termo “monomania religiosa” tornaria a aparecer novamente apenas com Clóvis Beviláqua, em 1927, repetindo a nomenclatura referida por Coelho Rodrigues e propagada por Sá Vianna (Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, v. 1, p. 68).

¹⁹ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 308.

admirável, base do Direito, condição para que ele se desenvolva e seja praticado e não fique reduzido a uma radiosa utopia”.²⁰ Religiosidade e direito, portanto, se cruzavam inevitavelmente no pensamento e na imagem do biografado, assim como parecem se cruzar também a exacerbação religiosa dele com os acontecimentos políticos do país naquele final do Oitocentos. Ambos podem nos ajudar a compreender o surgimento dos dois “livretos” escritos por Teixeira de Freitas, os dois escritos que foram atribuídos como a marca da sua dolorosa alienação mental.

A “Questão Religiosa” é a denominação pela qual ficou conhecido o episódio deflagrado pela homenagem feita pelo padre e orador maçom Almeida Martins, no dia 3 de março de 1872, no Rio de Janeiro, ao Visconde de Rio Branco, então presidente do Conselho de Ministros e grão mestre da maçonaria brasileira, nas comemorações da aprovação de 28 de setembro de 1871, denominada “Lei do Ventre Livre”. O padre foi então punido com o afastamento das suas regulares atividades religiosas pelo Bispo do Rio de Janeiro, D. Pedro Maria de Lacerda, provocando reações por parte da maçonaria em diversas províncias. O bispo do Rio de Janeiro, ao suspender do púlpito um sacerdote que era ao mesmo tempo um membro da maçonaria, implementava no âmbito clerical uma reação católica entorno da ortodoxia teológica da igreja inspirada desde a edição das Encíclicas *Quanta cura* e a *Syllabus errorum*, ambas em 1864, passando pela *Multiplikes inter machinationes*, de 1865, e pela Constituição *Apostolicae Sedis*, de 1869. Logo em seguida veio o Concílio Vaticano I, de 1869/70, dando contornos definitivos a tais preceitos contrários à heterodoxia católica, entrincheirando-os nas doutrinas da infalibilidade papal e do *Syllabus* que orientaram os prelados brasileiros no recrudescimento contra os pedreiros-livres.

Na medida em que as hostilidades de ambas as partes foram se intensificando, essa atitude do Bispo do Rio de Janeiro foi seguida pelo Bispo de Olinda, Frei Vital Maria de Oliveira Gonçalves, que lançou “interdictos” contra a Irmandade do Santíssimo Sacramento da Matriz de Santo Antônio do Recife, expulsando os maçons que dela faziam parte e que não abjurassem a seita, impedindo-os de receber os sacramentos. O mesmo foi feito pelo Bispo do Pará, D.

²⁰ VIANNA, Sá. *Teixeira de Freitas: traços biographicos*. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905, p. 26.

Antônio de Macedo Costa, contra os numerosos maçons que faziam parte da Confraria do Senhor Bom-Jesus dos Passos e das Ordens Terceiras de Nossa Senhora do Monte do Carmo e de São Francisco da Penitência. Contra tais interditos, as irmandades religiosas interpuseram recursos de “agravo à Corôa”, os quais foram acolhidos pelo Governo Imperial. No entanto, os bispos se recusaram a cumprir a determinação do Imperador, tendo sido processados e condenados em virtude de tal desobediência.

Não é uma simples coincidência que Teixeira de Freitas tenha sido acometido com uma possível monomania “religiosa” quando conectamos a exacerbada religiosidade de Teixeira de Freitas com os eventos que conduziram à condenação dos Bispos de Pará e Olinda, acontecimentos que possivelmente foram decisivos para o término do contrato com o Governo Imperial. Lembre-se que Freitas havia combatido duramente Caetano Alberto Soares, quem havia sido sacerdote e era membro da maçonaria, no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). O assunto, relativamente à libertação dos escravos, que ia sendo implementado por outro maçom, o Visconde do Rio Branco, também era o mesmo. Lembramos que um pouco mais tarde, em 1876, Teixeira de Freitas sustentaria nas páginas de um periódico jurídico de grande circulação a inconstitucionalidade da Lei do Ventre Livre.²¹

Ao que tudo indica, a tal “desarmonia profunda” entre Teixeira de Freitas e o Governo Imperial, recheado de pedreiros-livres, a afetar o método a ser seguido e a emperrar os trabalhos contratados, adentrava ao campo religioso, impedindo que os interesses do Trono e os do catolicismo do codificador se conciliassem e chegassem a um bom termo. Há um indício importante desta possível divergência na segunda edição do “Córtice Eucharístico”, que foi lançado em novembro de 1872, com o título “Aos Celiculas, Pyxide, Mysterio”, e que pode nos ajudar a compreender as controvérsias baseadas em assuntos de religião já anteriormente travadas. Estas mesmas questões em torno da religião que iriam recrudescer a partir das Encíclicas papais de 1864, 1865, 1869 e sobretudo após a Constituição Dogmática do Concílio Vaticano I, de 24 de abril de 1870. O indício de que chamamos a atenção é justamente a menção expressa que

²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Libertação do Ventre. *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 9, 1876, p. 609-617.

faz Teixeira de Freitas desta “Constituição Dogmática” que encerra o Concílio Vaticano I, chamada *Dei Filius*, que ele denomina “infalível” nesta segunda edição do “Córtice Eucharístico”,²² partindo decididamente para o ataque contra todos aqueles que achava que o haviam traído e que o acusavam de estar mentalmente debilitado.

A arena de disputa que tinha a codificação civil no centro das atenções dos juristas naquela temporalidade era antecedida pelas noções oferecidas pela religião: “O escritor destas linhas argui a si mesmo, dirige-se peculiarmente aos Juristas, que, como ele, não encetam seus estudos pela meditação das Sagradas Escrituras”.²³ Ele invocava para a interpretação das regras do direito um “catolicismo verdadeiro, - um catolicismo espiritual, com altares no fundo das almas; não - um catolicismo nominal - uma religião dependente de formas corpóreas”.²⁴ E arrematava em seguida, demonstrando, em linguagem mística, religiosa, delirante talvez, o quanto a sua interpretação das regras jurídicas que encetava no projeto de Código Civil sob sua encomenda estava condicionada por esta mesma visão mística e religiosa: “Raciocinar aqui com aspectos de materialismo, por mais apurado que sejam, é pecado contra o Espírito Santo”.²⁵ É preciso, partindo da leitura destas frases, concordar com as palavras de Gisálio Cerqueira Filho, para quem “A concepção de Teixeira de Freitas parece repousar na idéia de que, sendo Deus a origem de tudo, é também a origem primeira de toda a ordem jurídica”.²⁶

Este indício nos leva a pensar que o catolicismo ultramontano²⁷ de Augusto Teixeira de Freitas é que possivelmente estaria por

²² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Aos Celícolas, Pyxide, Mysterio*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1872, p. 87.

²³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Aos Celícolas, Pyxide, Mysterio*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1872, p. 41.

²⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Aos Celícolas, Pyxide, Mysterio*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1872, p. 57.

²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Aos Celícolas, Pyxide, Mysterio*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1872, p. 57.

²⁶ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Augusto Teixeira de Freitas por Joaquim Nabuco, Ultramontanismo *versus* Catolicismo Ilustrado. In NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Idéias jurídicas e autoridade na família*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 89.

²⁷ “Ultramontanismo foi um termo usado desde o século XI para descrever cristãos que buscavam a liderança de Roma (‘do outro lado da montanha’), ou que defendiam o ponto de vista dos papas, ou davam apoio à política

trás da “desarmonia” afirmada por ele desde 1867, e que parece ter ficado ainda mais aprofundada após o Concílio Vaticano I, ameaçando de excomunhão quem não seguisse os seus cânones. Digo aprofundada, pois já em 1859, quando censurava comedidamente o projeto do Código Civil português que estava a cargo do Visconde de Seabra, ele já se manifestava publicamente contra este, dizendo, sobre o casamento que “o matrimônio é mais alguma cousa do que um contrato; assim como entendemos também que o Projeto [de Seabra] não respeitou a Religião do Estado, não prestou homenagem a esse sacramento”.²⁸ Vemos então que estavam ali presentes alguns dos combustíveis que se incendiariam em 1871, quando D. Pedro II se encontrava pela primeira vez em viagem à Europa, e o “Jornal do Comércio” noticiou que justamente o codificador português, o Visconde de Seabra, haveria recebido do Imperador a missão de redigir um código civil para o Brasil. Essa novidade soou como uma bomba aos ouvidos de Teixeira de Freitas. Logo em seguida aparecia o pequeno livro “Córtice Eucarístico”. Era uma tradução de uma obra do Padre Antônio Vieira, a quem Freitas se comparava numa espécie de martírio pelo qual acreditava estar passando com o fim melancólico do contrato para a elaboração do código que agora era supostamente confiada a Seabra. O padre jesuíta também havia deixado uma obra inacabada, a *Clavis Prophetarum*.

Com o propósito de averiguar a veracidade desta notícia do “Jornal do Comércio” que tanto alarido causou no ano 1871, o Senador Francisco Otaviano, durante a sessão do Senado de 7 de agosto daquele mesmo ano, interpelou o Ministro da Justiça a esse propósito. O então Ministro da Justiça, Saião Lobato, correu imediatamente para contrariar o que informava esta matéria jornalística, afirmando que “o distinto juriconsulto português escrevera a um seu ilustre amigo residente no Rio de Janeiro, pedindo-lhe que o informasse se porventura haveria oportunidade para o oferecimento do seu trabalho de organização do código civil”.²⁹ Ainda segundo as explicações

dos mesmos” (VIEIRA, David Gueiros. *O Protestantismo, a maçonaria e a questão religiosa no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 32).

²⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Appostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Lammert, 1859, p. 134-135.

²⁹ *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 68, 1895, p. 318.

de Saião Lobato no Senado, o jurista português ficou sabendo em Portugal que para tão importante empreitada, “por grave incômodo, o Sr. Dr. Teixeira de Freitas ficara inibido”.³⁰

Nova notícia seguiu de Lisboa para o mesmo jornal no ano de 1872, dizendo que “O Sr. Visconde de Seabra, às 7 horas da noite, de 8 do corrente (Março), apresentou à Sua Majestade o Imperador a primeira parte do Novo Código Civil Brasileiro”.³¹ Entretanto, para elucidar a controvérsia que se travou entre os juristas sobre o tema nos jornais da época, um amigo do Visconde de Seabra, o Conselheiro José Feliciano de Castilho, disse com todas as letras que não foi o Imperador ou qualquer membro do governo imperial quem haveria porventura encarregado aquele da redação de tão importante código. Foi o próprio codificador português, por iniciativa própria, quem tomou a tarefa para si. Como quer que seja, a esta altura o estrago já estava feito e Teixeira de Freitas não ficaria calado. No dia 7 de abril de 1872, ele foi chamado para uma entrevista com o então Ministro Duarte de Azevedo, quem lhe comunicou solenemente a rescisão do contrato. No dia 13 do mesmo mês, isto é, no curto espaço de seis dias, saía do prelo o segundo livreto, “Pedro quer ser Augusto”, no qual (“Augusto”) acusava diretamente D. Pedro II (“Pedro”) de roubar-lhe a empreitada para a qual havia sido predestinado por Deus. E dentro da sua exacerbada religiosidade, que dominava por completo sua visão de mundo, dirigia-se ao Imperador contunentemente: “se o Advogado é nosso, se Sebastião é Augusto (Sermão do Padre Antônio Vieira na Bahia em 1634); não percai tempo em esmerilhar as questões propostas, abandonai para todo o sempre a pretensão de codificardes para o Brasil”.³²

No final daquele ano de 1872, como vimos acima, saía a segunda edição do “Córtice Eucharístico”, o que demonstra estar Teixeira de Freitas numa campanha que não era dele somente, mas sim, de um tipo de catolicismo e de um direito com aquele imbricado. Esta é inclusive a chave de interpretação para a linguagem místico-religiosa contida nos livros “Cortice Eucharistico” e “Pedro quer

³⁰ *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 68, 1895, p. 319.

³¹ *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 68, 1895, p. 319.

³² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Pedro quer ser Augusto*. Rio de Janeiro: Typographia Rua Nova do Ouvidor, 1872, p. 16-17.

ser Augusto”, uma linguagem bem diferente daquela a que estavam acostumados os seus pares, e que foi recebida com surpresa por alguns, por desdém por outros, principalmente pelos adversários que o jogariam na marginalidade como um alienado mental. Se os seus biógrafos lamentariam mais tarde estes livros, Teixeira de Freitas não tinha nada a esconder. Muito pelo contrário. A segunda edição do “Cortice Eucharístico” trazia em todos os seus exemplares, um a um, a assinatura manuscrita de Augusto Teixeira de Freitas, de maneira a prevenir “publicações apócrifas”, reafirmando a autoria, o conteúdo e seu propósito de atingir os seus adversários, como quem se encontrava numa espécie de campanha ou cruzada contra inféus. Há inclusive uma possível referência ao que lhe acusavam sobre a monomania, uma menção confusa, enigmática, repleta de significações religiosas sobre a duplicidade de nomes na Bíblia: “Arremedo falaz do Diabo, a quem por isso um Santo Padre chamou com acerto – macaco –, nome que nada menos é do que o prefixo – mono – de muitos termos da linguagem neo-grecista”.³³

A nossa hipótese, portanto, seguindo as pesquisas de Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho, é que há algo mais a ser considerado sobre a suposta monomania religiosa de Augusto Teixeira de Freitas, um palco ainda maior onde parecem se desenrolar a trama que conduziu à redação dos dois livretos de 1871 e 1872, que foi a chamada “Questão Religiosa”. Não aquela que arrebenta de forma aguda em 1873 com o processo dos bispos de Pará e Olinda, mas os seus prolegômenos, aquela que nos pequenos detalhes vai mobilizando sentimentos religiosos e encontrando em Augusto Teixeira de Freitas um bastião na defesa de uma ortodoxia católica identificada com os interesses ultramontanos, isto é, os interesses de Roma. Em 1873 o grande jurista já estaria fora dos combates, marginalizado sob a pecha de estar mentalmente insano, e o seu afastamento interessava a bastante gente dentro do Paço. O próprio Nabuco de Araújo, de quem partiu o convite para a codificação em nome do Governo Imperial, foi um iniciado na maçonaria e considerado por seu filho, Joaquim Nabuco, como o “Luthero político”³⁴ daquela época.

³³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Aos Celícolas, Pyxide, Mystério*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1872, p. 33-34.

³⁴ NABUCO, Joaquim. *Minha formação*. Rio de Janeiro: Garnier, 1900, p. 2.

Isto nos leva a outras hipóteses, como a de que as duas biografias aqui tratadas tiveram como objetivo reabilitar Teixeira de Freitas e com ele também um catolicismo que havia sido derrotado em 1873. Ainda em vida, a sua reabilitação já havia sido promovida pelo campo católico. Precisava sair de Curitiba, para onde teria ido supostamente tratar-se da monomania, até que o periódico jurídico “O Direito” chegou-lhe às mãos. Na “Advertência” da terceira edição da “Consolidação das Leis Civis”, ele diz que bebeu “gradualmente nas três fontes da jurídica opulência – Legislação, Doutrina, Jurisprudência – ; a exemplo dos Juristas Franceses, tão felizmente imitado nas duas revistas dos Srs. José da Silva Costa e J. J. do Monte”.³⁵ Por seu turno, no primeiro número da revista “O Direito”, do ano de 1876, João José do Monte, o proprietário da revista, abria o volume com o seguinte trecho:

Desvaneço-me por poder noticiar aos leitores do *direito* que o exímio jurisconsulto o Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas, dignando-se de aceder ao meu pedido, deliberou ilustrar as páginas de nossa revista com os produtos de fecundo talento e de sua vasta erudição, por ventura acrisolados, depois dos importantes trabalhos da Consolidação das Leis Civis e do Projeto do Código Civil, com os profundos estudos que, no silêncio do gabinete e longe do bulício da corte, continuou a fazer, ele, o infatigável cultor e grande mestre da ciência do direito.³⁶

Identificamos neste convite mais do que uma simples demonstração de admiração de um jurista para um outro de invejável estatura. Vislumbramos neste importante testemunho uma estratégia política de mão-dupla entre o proprietário do periódico e Teixeira de Freitas, refletindo politicamente no papel a ser desempenhado pela mencionada revista dentro do campo jurídico no final do Oitocentos. João José do Monte assistia à revista da qual era proprietário, que tinha ninguém menos do que Saldanha Marinho (ou “Ganganelli”) na redação, virar um instrumento da propaganda maçônica.

³⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis do Império*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. VI.

³⁶ MONTE, João José do. Editorial. *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 9, 1876, p. 5.

A divergência de João do Monte com os demais redatores do periódico, todos maçons, ficou evidenciada com a publicação em 1874 de um livro em apartado de sua autoria dedicado ao prelado do Pará, D. Antônio de Macedo Costa.³⁷ Esta aliança permitiu a Teixeira de Freitas retornar aos debates jurídicos nacionais, ocupando novamente o lugar de destaque abalado com o malogro da codificação civil imperial e com a fama de alienado mental, amplificando a sua rede de influências, divulgando o legalismo irrestrito e atacando acidamente os seus adversários. Para este desiderato, o periódico jurídico era um instrumento eficiente.

Com esta finalidade, Teixeira de Freitas escreveu uma carta também transcrita no mesmo volume, datada de 20 de dezembro de 1875, aludindo a um “verbal convite” feito por João do Monte, para que então colaborasse com a revista. Esta conversa deve ter acontecido no final deste mesmo ano, quando a “Questão Religiosa” se encontrava ainda estava recente. Eis como é iniciada tal carta:

Meu estimadíssimo colega. Honrado por V. S. com o verbal convite para colaborar em sua interessante revista – O Direito – , acedi prontamente; resolvendo logo encetar por uma defesa do relatório de 4 de dezembro de 1858, assinado por três notáveis jurisconsultos, dos quais vive ainda o Sr. conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo.³⁸

Importante destacar sobre este momento, quando teria acontecido o encontro entre Teixeira de Freitas e João do Monte, que a terceira edição da “Consolidação das Leis Civis do Império” foi impressa na tipografia de “O Direito”, “agora em 3ª edição nos prelos de V.S.”, diz ele. Não nos foi possível verificar quem procurou quem primeiro, sendo mais provável que Freitas, ainda em Curitiba, estivesse buscando alguém na Corte para reimprimir a obra. E como a tipografia da revista já estava afamada, tendo ainda como proprietário alguém que se mostrava publicamente favorável aos bispos do Pará e Olinda, não foi difícil chegar até Monte.

³⁷ Cf. MONTE JUNIOR, João José. *Processo e Julgamento do Bispo do Pará D. Antônio de Macedo Costa*. Rio de Janeiro: Typographia Teatral e Commercial, 1874.

³⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta. *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 9, 1876, p. 5.

Logo nas primeiras linhas escritas no periódico, uma simples carta de aquiescência com o convite formulado pelo proprietário da revista, Freitas não perdeu tempo e retomou seu objeto de argumentação exatamente no ponto em que parou antes do seu silêncio. Para tanto, mencionou o relatório da comissão de 4 de dezembro de 1858, que aprovou o trabalho por ele empreendido até aquele momento. Voltava à esgrima para defender-se das seguidas críticas ao método por ele adotado na consecução do Código Civil de que havia sido incumbido, e atacar os seus contentores que abusavam das paixões políticas a interferiam danosamente nas coisas do direito, os mesmos que o acusavam de estar louco:

Homens de tempera metálica não têm saber nem virtudes, não julgarão o mérito de seus filhos por qualidades opostas. Durma esse inimigo que ainda não despertou, e provavelmente não virá inquietar-nos. Aguardemos o projeto do Código Civil, e quanto por ora cumpre à V.S. fazer seja largueza do seu primitivo programa e à mim desde já servi-lo como algumas investigações de *jure constituto*. Se prestei-me logo ingenuamente, a contribuir para os escritos da Revista, foi na esperança de poder discutir o projetado Código Civil, foi também na de poder pronunciar meu voto sobre qualquer publicação jurídica.³⁹

No mesmo escrito, prosseguiu ele atacando o ‘inimigo’, aguardando a oportunidade para defender o seu método quando viesse à tona o projeto que estava naquele instante sob a batuta de Nabuco de Araújo, que permanecia bastante prestigiado junto ao Governo Imperial. Entretanto, tudo leva a crer que Freitas acusava o seu antigo companheiro de ter aceitado a empreitada que somente a ele pertencia, não em razão de eventuais divergências quanto ao método ou às matérias elaboradas, mas por uma questão de “escrúpulo”. Para ele a atitude de Nabuco soava como uma enorme traição:

Se não me é dado por *consciência na ciência*, aparentemente com o governo imperial por divergências do plano, apresentar eu mesmo um projeto de Código Civil ao gosto do tempo; não está no mesmo caso quem, professando outras idéias,

³⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta. *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 9, 1876, p. 8.

não tiver motivos de escrúpulo. Na passagem, enquanto o regime das coisas não fornecer outros dados, reputo de meu dever trabalhar quanto possa para o melhor possível na quadra.⁴⁰

Esta aproximação com João José do Monte teria sido a primeira reabilitação de Teixeira de Freitas pelo campo católico que ambos representavam. Em 1905, quando Sá Vianna escreveu a primeira biografia, as discussões sobre a codificação civil giravam em torno de Clóvis Beviláqua e Rui Barbosa, dois juristas que não eram católicos do tipo “puro sangue”, se pudermos nos expressar desta forma.⁴¹ Rui Barbosa fora na mocidade um pupilo de Joaquim Saldanha Marinho, o grande chefe maçom e republicano, e passaria o resto da vida tentando apagar as rugas de “O Papa e o Concílio”, livro que escreveu nos rescaldos da “Questão Religiosa”, pelo qual atacava duramente o catolicismo ultramontano. Ele atraiu com isso uma inimidade histórica de grande parte do clero e dos católicos a quem eram dirigidos os seus ataques, algo que necessitava reverter o quanto antes caso quisesse levar adiante as suas pretensões políticas naquele início de século XX. Já Clóvis Beviláqua, filho de sacerdote, era tributário da chamada “Escola do Recife”. Sustentava que o casamento era um contrato, não um sacramento.⁴² Resgatar naquele momento de discussão sobre o “Projeto Beviláqua” a figura de Augusto Teixeira de Freitas, ao que tudo indica, ao menos como hipótese de trabalho, foi uma segunda reação de um catolicismo no tocante à codificação das leis civis no Brasil, uma atitude de parte dos católicos que vigiava o movimento de secularização das instituições jurídicas em marcha desde a centúria anterior. E se estivermos certos de que o Concílio Vaticano I foi determinante para a moldagem das ideias jurídicas de Teixeira de Freitas, incompatibilizando-o com o que pretendia o Governo Imperial envolto com as demandas por secula-

⁴⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta. *Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 9, 1876, p. 8.

⁴¹ Cf. NEDER, Gizlene. *Duas margens: ideias jurídicas e sentimentos políticos no Brasil e em Portugal na passagem à modernidade* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁴² NEDER, Gizlene. *Duas margens: ideias jurídicas e sentimentos políticos no Brasil e em Portugal na passagem à modernidade* Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 140-145.

rização que batiam às suas portas ali no final do século XIX, também não se pode olvidar o detalhe de que o segundo maior biógrafo dele, Silvio Meira, pode ter empreendido uma terceira reabilitação católica de Teixeira de Freitas. Ele acompanhou pessoalmente o Concílio Vaticano II, chegando a publicar, em 1962, um texto intitulado “Ecos do Concílio Ecumênico”, na folha do Norte, em Belém do Pará; e no ano de 1971, no mesmo ano em que iniciou as suas pesquisas sobre o seu biografado, deu à estampa uma “Saudação a Dom Alberto Ramos, Arcebispo do Pará”, na Academia Paraense de Letras. Quando Silvio Meira lançou finalmente a biografia de Augusto Teixeira de Freitas, em 1977, neste mesmo ano foi editada a Lei Federal nº 6.515, a “Lei do Divórcio”.

INFLUÊNCIA DE LEIBNIZ NA OBRA DE TEIXEIRA DE FREITAS

NOÇÃO DE SISTEMA

Jordhana Costa Gomes

1. INTRODUÇÃO

No período em que se comemora o bicentenário do nascimento de Teixeira de Freitas, faz-se relevante a análise de um ponto crucial em sua obra: a noção de sistema, notadamente, em relação às influências sofridas pelo jurista do Império,¹ para a construção de tal percepção.

Augusto Teixeira de Freitas nasceu em 19 de agosto de 1816,² e ligou-se definitivamente à história do Direito sul-americano graças ao monumental trabalho do seu Esboço do Código Civil, o qual influenciou os Códigos Civis da Argentina, do Paraguai e do Uruguai.³ Além disso, marcou o Direito brasileiro com a sua Consolidação das Leis Civis.⁴ Tais contribuições, *per se*, são amplamente difundidas e

¹ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurista do Império*. Brasília: Cegraf, 1983.

² POVEDA, Ignacio Maria Velasco. Três vultos da cultura jurídica brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua. In BITTAR, Eduardo (org.) *História do direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

³ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 87; MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurista do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 267; ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 203.

⁴ POVEDA, Ignacio Maria Velasco. Três vultos da cultura jurídica brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua. In BITTAR, Eduardo (org.) *História do direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12..

estudadas.

Contudo, sobre a noção de sistema adotada em sua obra, muito embora hajam diversos estudos que se dedicam a analisar quais foram as influências do jurisconsulto para tal construção, pouco se diz sobre a influência específica do pensamento de Leibniz.

Em verdade, sendo de consciência geral que a noção de sistema endossada por Teixeira de Freitas teve fortíssima influência germânica, sobretudo da obra de Savigny, pouco se percebe estudos que corroboram a influência de Leibniz na concepção de sistema que lastreia a Consolidação das Leis Cíveis e do Esboço.⁵ Trata-se, no entanto, para Martins Costa, de uma questão de perspectiva de análise, visto que, os estudos que versam sobre o assunto parecerem estar preocupados apenas com a noção de sistema enquanto estrutura e não sobre a matriz filosófica que permeou sua respectiva construção.⁶

Entretanto, sendo certo que nos Direitos de base legislativa, como o nosso, o fenômeno da codificação acaba por ser indissociável da concretização de uma certa noção de sistema,⁷ é de extrema utilidade a ponderação acerca das referências que influenciam o modelo de sistema que acolhemos atualmente, de vez que, como também já muito difundido, há uma intensa similaridade entre a noção de sistema adotada pelos Códigos Civil de 1916 e 2002 e àquela esboçada nas obras de Augusto Teixeira de Freitas.⁸

2. NOÇÃO DE SISTEMA EM LEIBNIZ: VERDADES IMANENTES

Leibniz, ao longo de suas obras, enfatiza que o conhecimen-

⁵ Sobre o assunto, verificar PERES, Renato Eugenio de Freitas. *Uma revisão das possíveis fontes leibnizianas: um estudo da obra de Augusto Teixeira de Freitas*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2005.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 90.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 89.

⁸ Este trabalho abrange análise da Consolidação e do Esboço, não sendo a Nova Apostilla, portanto, objeto de sua abrangência.

to não deve ser organizado e exposto de maneira fragmentada ou temática, mas, ao contrário, devem ser evidenciados, sempre, em razão da relação que tais conhecimentos possuem entre si.⁹ Assim, desenvolve uma noção filosófica de sistema intrinsecamente ligada à uma concepção de que verdades podem assumir papéis diferentes dependendo das ilações e relações que se quer estabelecer, sem que, contudo, haja comprometimento das respectivas coerência e unidade.

O modelo de sistema leibniziano, portanto, se baseia no método do cálculo de variações desenvolvido pela física do século XVII, segundo o qual o máximo de conteúdo deve ser orientado pelo menor número de princípios operativos.¹⁰ Em outras palavras, o sistema leibniziano, repousa na premissa de que a unidade do conhecimento deixa de ser originada pelo método dedutivo, para residir na universalidade dos princípios empregados, a qual, a seu turno, se mantém a despeito da diversidade das exposições; noção essa de sistema que também é adotada por Menezes Cordeiro, à medida em que afirma: “a ordenação com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos, ela desenvolve-se, antes unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema”.¹¹

De fato, no modelo de sistema Leibniziano, defende-se a ideia de uma totalidade na qual o mínimo de regras seria capaz de

⁹ Sobre o assunto Celi Hidrata complementa: “(...) no Discurso de Metafísica, o autor começa pela consideração da Divindade e de suas perfeições; na Monadologia, ele inicia o sistema da natureza, ele expõe, como nas Meditações de Descartes, de uma maneira autobiográfica, motivado pelo problema da união da alma com o corpo, suas descobertas acerca da noção de força e de outras noções; nos Novos Ensaio, enfim, ele pode apresentar a sua própria doutrina conforme ordem da exposição de um outro autor. Em todas essas obras, são afirmados, com pequenas variações, os mesmos dogmas, porém, em ordens diferentes. Isto é, não existe um começo absoluto no discurso científico, o que importa é a *universalidade das regras* estabelecidas, que é o que afinal define a sistematicidade para Leibniz” (HIDRATA, Celi. Sistema em Leibniz e Descartes. *Trans/Form/Ação*. Marília, v. 35, 2012, p. 23-36).

¹⁰ Ver RESCHER, Nicholas. Leibniz and the concept of a system. *Studio Leibniana*, n 13, 1981, p. 114-122.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 219.

produzir o máximo de efeitos possíveis; nas palavras do próprio filósofo:

entre as vantagens do meu sistema está aquela da universalidade das regras que eu emprego, que são sempre, sem exceção, na minha filosofia geral. (...) encontro nele (no seu sistema) uma simplicidade e uma uniformidade surpreendentes, de modo que se pode dizer que é em toda parte e sempre a mesma coisa, com exceção dos grau de perfeição.¹²

Com razão, as verdades devem valer para todos os casos e não apenas para alguns; daí porque a preocupação demasiada de Leibniz em permitir com que cada parte de seu sistema abarcasse a totalidade do real. Fundava-se, conseqüentemente, em proposições primeiras que não careciam de comprovação, justamente porque pressupostas como verdadeiras ou inatas, assim como as premissas matemáticas, em relação às quais, decorrem-se lógicamente proposições menores e secundárias. Logo, como bem afirma Judith Martins Costa, para Leibniz, “pressuposta à noção de sistema está a existência de certos princípios, existem de per si que o fundam e o conformam”.¹³

Em verdade, para Leibniz, seu sistema parecia “aliar Platão com Demócrito, Aristóteles com Descartes, os escolásticos com os modernos, a teologia e a moral com a razão. Parece que ele toma o que há de melhor de todos os lados, e que depois vai mais longe”.¹⁴

Enfim, na concepção de sistema em Leibniz tal qual o mundo, no qual qualquer ser remete aos demais de alguma ou variadas maneiras, o conhecimento, em sua ordem sistemática, também deve fazê-lo, isto é, também devia estabelecer conexões entre os dogmas existentes, para que várias ordens e teses diferentes surjam e sejam expostas, caracterizando-se, por conseguinte, pela existência da unidade na multiplicidade.

Leibniz derruba, portanto, a ideia cartesiana de que o discurso e a realidade deveriam ser dedutíveis entre si. Para ele, o

¹² LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos Ensaios*. São Paulo: Abril, 1980, p. 28

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 92.

¹⁴ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos Ensaios*. São Paulo: Abril, 1980, p. 28

sistema, apesar de ser marcado pela harmonia de seus elementos, deveria, ao contrário, permitir diversas e variadas combinações de seus elementos para que os melhores produtos de tais combinações permanecessem legados pela tradição do próprio sistema. A partir do que, impossível de analisar sistema como uma simples junção de elementos, mas, sim, como uma ordem compreensível fundada na existência de “princípios inatos” ou “verdades necessárias”.

Esses “princípios inatos” ou “verdades necessárias”, por sua vez, possuem caráter auto fundante, quer dizer, são inerentes ao sistema e não demandam maiores explicações ou pesquisas para serem encontrados, basta apenas a força da atenção para suas respectivas descobertas.¹⁵ Como explica Martins Costa, “se encontradas as conexões certas na força das consequências necessárias é porque encontrados estiveram os verdadeiros princípios das coisas nas unidades de substância”.¹⁶

Destarte, tanto quanto são de fácil acesso, também representam grande parte do entendimento do método leibniziano, à medida em que suas descobertas quando relacionadas aos casos particulares, acabam por formalizar um sistema racional e articulado entre si. No entanto, mesmo desenvolvendo a ideia de “sistema interno”, racionalmente demonstrável, Leibniz ainda se afligia com a questão do enquadramento dos “casos difíceis” em todo este método, visto que esses “casos difíceis”, ao contrário dos demais, demandava elementos concretos, peculiares e específicos – casuística – para sua solução. O mesmo que dizer que as tais verdades imanentes do sistema em que inseridos não fossem suficientes para a respetiva resolução.

Avançada e pioneiramente, no entanto, Leibniz, acalmou sua inquietude em relação ao assunto criando o que chamou de método lógico. Para ele, o ordenamento jurídico deveria ser sistemático e pedagógico, constituído por meio de princípios primeiros, a partir dos quais, todas as demais regras (consequências) deveriam ser extraídas por meio da razão, não, necessariamente, sendo necessária a elaboração de leis específicas para cada caso real; ao contrário, em seu método, dever-se-ia, trabalhar sempre com verdades genéricas

¹⁵ Essas premissas são esgotadas e exaustivamente explicadas em LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos Ensaio*s. São Paulo: Abril, 1980.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 94.

e abstratas capazes de abranger diversas consequências sociais concretas. Pelo que, assumidamente, contrário à imensidão de leis que vigoravam à sua época, defendeu com veemência a necessidade de elaboração de um código, “conjunto de leis, a partir das quais cada um compreenderá facilmente seu dever em todos os negócios e onde não se poderá reclamar de não haver cumprido por ignorância ou de ter sido abusivo pela sutileza do direito”.¹⁷

O método de Leibniz, como dito acima, foi pioneiro e inovador, influenciando diretamente as formulações do BGB, mas, muito antes disso, foi espelhado na obra de Teixeira de Freitas, o qual, expressamente, buscou influências em suas premissas.

3. NOÇÃO DE SISTEMA EM FREITAS: UNIDADE SUPERIOR

Muito se difunde a influência germânica na obra de Teixeira de Freitas, sobretudo a de Savigny, mas, não tão difundida assim é a influência que Leibniz teria exercido sobre as obras do jurisconsulto do Império, muito embora o próprio jurista tenha, em diversas notas, confessado tal influência - como bem já reconheceu Sílvio Meira, seu maior e mais dedicado biógrafo, o qual, ao final de sua obra não pode deixar de observar: “Teixeira de Freitas, que tanto citava o filósofo alemão Gottfried Wilhelm Leibniz, morreu como ele”.¹⁸

Em nota 31 da Consolidação das Leis Civis, afirma Freitas que: “sebrosahe o celebre Leibnitz, que com o poder de seu gênio censurou as *Institutas*; e proclamou o supremo princípio, que deve dominar nestas matérias”¹⁹; demonstrando, por consequência, não só uma predileção, mas também uma admiração pelo método embasado em verdades imanentes por ele desenvolvido.

Contudo, mesmo expressando tal admiração, Freitas reconhece, por outro lado, que o tal método ou as tais verdades eternas, imanentes ou primeiras não foram alcançadas pelos seus sucessores; aliás, segundo ele, nem mesmo o filósofo alemão, o próprio criador

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 95.

¹⁸ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 536.

¹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. XLIX.

do método, foi capaz de aplicá-lo com perfeição.²⁰

Disposto a realizar tal tarefa e aproveitar as ideias do filósofo alemão, Freitas desenvolveu a *Consolidação das Leis Civis* dividindo-a em Parte Geral e Parte Especial subdividida em Direitos Pessoais e Direitos Reais; segundo ele, esta última, antecessora da primeira, servindo-lhe de prolegômenos.²¹ O que, em outras palavras, nada mais é do que um espelho do método leibniziano. Afinal, como observou Judith Martins Costa,²² tal divisão ilustra bem a defesa da ideia de que cada instituto jurídico seria lastreado por um princípio primeiro ou inerente, do qual, surgiriam as demais regras, ao que, Teixeira de Freitas nomeou como “unidade superior”; o que, foi assim referenciado pelo jurista:

Para achar, porém; os limites do Direito Civil; e a norma da exposição das matérias, que lhe pertencem; recorreremos á estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Silencia; e com livre espírito procurámos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.²³

É inequívoco e de geral conhecimento que Teixeira de Freitas, ao decidir consolidar, para depois codificar, tentava projetar no Direito Civil a ideia de um sistema, inclusive, a mencionada divisão dos direitos entre direitos reais e direitos pessoais era, ela própria, produto da análise de todos os possíveis direitos e não só dos elementos constitutivos do direito subjetivo. Nas palavras de Francisco do Amaral, “procurava, assim, realizar uma tarefa ainda não feita no campo do Direito, pelo menos de seu conhecimento, uma correlata classificação das normas jurídicas por meio da ideia

²⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. LI.

²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. CXII.

²² MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 97.

²³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. XXVI e XXVII.

de sistema”²⁴

Tanto é que, com total capacidade de síntese, utilizando-se dessas noções leibnizianas, ou seja, da persecução do objetivo de criar regras mais genéricas e abrangentes, por vezes em seu trabalho de consolidar, conseguiu extrair normas até hoje aplicáveis de excertos extremamente confusos e demasiadamente extensos, como o que fez com a regra de impedimento de usucapião de bem público.

A partir de um excerto complicado e completamente caustístico, com redação confusa e pouco elaborada das *Ordenações Filipinas*, 1º T. 68, §42, Freitas, realiza a busca da unidade superior e faz a redação do artigo 1332, da Consolidação das Leis Civis, ambos abaixo transcritos:

Ordenações Filipinas, 1º T. 68, §42 - Outrosi, se alguma pessoa tiver duas casas que sejam huma de huma parte, e outra de outra parte da rua e hi tiver lançadas traves per cima da dita rua de huma parte para a outra, e tiver hi feito balcão com sobrado, ou abobada, e depois acontecer que huma casa da parte da rua venha ser de balcão, ou abobada, ou a metade dela, e ambos, ou cada hum deles se quiser alçar, e cada hum per si poderão fazer janelas e frestas sobre aquelle bacão porquanto postoque o tal balcão, ou abobada até nas paredes, sempre assi o debaixo do balcão como o ar de cima, fica do Concelho. E portanto cada vez que o Concelho quiser sobrevido causa para isso, o pode fazer derribar: porque per tempo algum nunca poderá adquirir posse com o dito balcão o senhorio da dita casa, ou balcão. Art. 1332, Consolidação das Leis Civis - As cousas do uso publico (Art. 52, § 1º) não prescrevem em tempo algum, e do mesmo modo as públicas servidões.

Mas, é no desenvolvimento do Esboço que isso se torna ainda mais claro, já que é lá que fica indubitável sua preocupação em desenvolver um sistema. Não só um sistema externamente organizado em seções, capítulos e títulos, mas algo metódico e fruto da organização de um imenso caos legislativo que havia sido instaurado pela vigência prolongada das Ordenações e demais Leis Extravagantes,

²⁴ AMARAL, Francisco do. Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro. *Revista Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, v. 19-20, 2001, p.123.

com divisões e distinções claras, coesas e próprias,²⁵ sem as quais, impossível a elaboração de ideias exatas.²⁶

É, pois, no Esboço que “seu espírito criador encontra terreno propício para evidenciar-se”²⁷ e chega, inclusive, a reformulação de seu pensamento sobre a inclusão dos fatos jurídicos na Parte Geral, justificando sua alteração de critério com base em pensamento fundado na busca pela unidade superior, ou, nas palavras de Leibniz, verdades primeiras, imanentes ou princípios inatos, senão vejamos:

Esta Seção 33, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primitivo plano, como se pode ver na Consolid. das Leis Civis Introd., págs. 106, 107 e 108. Ali disse eu: ‘alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método’. Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem esse método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção do da Prússia. Eles têm legislado sobre matéria de aplicação geral e quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fossem exclusivamente aplicáveis só aos contratos e testamentos; e com este sistema embaraçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenômenos que são efeitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus princípios diretores. Assim como subi dos contratos e testamentos para os atos jurídicos, foi necessário remontar depois dos atos jurídicos para os atos lícitos em geral, dos atos lícitos para os atos voluntá-

²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. XXXI-XXXII.

²⁶ Para ele: “estas divisões e distinções, conheço que são mais próprias da doutrina, que da lei; mas sem elas é impossível bem compreender o pensamento da lei, e fazer de suas disposições uma idéia exata”. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, p. 276 [Nota ao artigo 276].

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, 1993, p. 185-238.

rios, achando aí os atos ilícitos, e finalmente dos atos voluntários para os fatos em geral.

Reformulação essa que, indubitavelmente,²⁸ demonstra a realização da proposição leibniziana, de vez que, como visto, coloca o instituto do fato jurídico como base para o desdobramento de todas as demais consequências que dele possam surgir no mundo real. É, portanto, a maturação do pensamento e a prova de que o método sistemático adotado por Freitas consistia, fortemente, na busca de verdades imanentes, sendo, neste específico exemplo, o fato jurídico a unidade superior - da qual todas as demais espécies derivariam - que Teixeira de Freitas tanto almeja alcançar. Pelo que, foi categórico ao afirmar: “na órbita do Direito Civil, ficará na posse de um instrumento seguro para conhecer o mundo dos fatos, para resolver com exatidão todas as espécies, não se iludindo com a reprodução delas em sua variedade infinita”.²⁹

²⁸ Renato Eugênio de Freitas Peres, porém, em trabalho específico e dedicado ao tema, chega a conclusão diferente, entendendo que a tal reformulação não foi capaz de dar harmonia ao texto legal do esboço, tampouco representou influência de Leibniz, a saber: Quando Teixeira de Freitas planejou a Consolidação, principiou por organizar o conjunto de normas classificando-as conforme e natureza, buscando uma divisão diferente da antiga, romana. Aí poderia ter existido influência, poderia ter havido uma “inspiração” nos trabalhos alemães. Embora não tivesse “aceitado o sistema de Leibniz”, ele registrou na introdução e os artigos que tratavam do trabalho que havia aceitado a proposta “leibniziana” de não colocar definições nas normas (deixando essa qualidade para os trabalhos doutrinários). Mas, posteriormente, ele redigiu o Esboço do Código Civil. O exame do Esboço, diferentemente da Consolidação, não permite a absoluta concordância com esses anúncios. (...) Mas Teixeira de Freitas não conseguiu resolver o problema da duplicidade das regras, trazendo à luz um texto de milhares de artigos, editado em vários volumes. Ele também não conseguiu descobrir a fórmula para redigir normas concisas conforme orientação pregada por Leibniz (...). Houve um problema terrível relativo à extensão do texto. PERES, Renato Eugenio de Freitas. *Uma revisão das possíveis fontes leibnizianas*: um estudo da obra de Augusto Teixeira de Freitas. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2005.

²⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstradas os indícios de semelhança entre os pensamentos de Teixeira de Freitas e Leibniz sobre organização sistemática, resta comprovada a influência da noção de sistema desenvolvida pelo filósofo alemão e a produção legislativa do jurista do Império.

A partir do que, a título de conclusão, vale chamar atenção para a importância e contribuição dessa abordagem, de vez que comprova o êxito do jurista em demonstrar as principais unidades superiores capazes de aplicar umbilicalmente verdades imanentes em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, revela-se o sucesso de sua árdua proposta de organizar nosso Direito por meio da melhor aplicação da teoria de Leibniz, isto é, por meio da noção de sistema que conta com a demonstração e apontamento de princípios primeiros, superando a falha de seu próprio criador e por ele mesmo apontada na Introdução à Consolidação das Leis Civis.³⁰

A nosso ver, o brilhante trabalho de Teixeira de Freitas, muito embora inacabado, contribuiu e muito para a superação de confusões e ambiguidades em nosso ordenamento jurídico. A obra do jurista, além de inúmeras outras colaborações, por meio da latente preocupação lógico-sistemática que tanto demonstramos acima, foi crucial para a manutenção da constante intercessão entre as normas postuladas e a realidade da vida, ajudando na eliminação de influências iluministas sobre a noção de sistema, acabando, por consequência, por evidenciar aspectos sociais e realistas do Direito.

³⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. XLIX.

PERSONAE – RES – ACTIONES

DIREITO ROMANO E TRADIÇÃO ROMANÍSTICA NA CONSTRUÇÃO DO “SISTEMA DO DIREITO CIVIL” DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Edson Kiyoshi Nacata Junior

1. INTRODUÇÃO

“A obra de Teixeira de Freitas, em um paiz de alta cultura, teria provocado uma biblioteca de estudos e commentarios”.¹ O acerto do juízo, lido numa obra da primeira metade do século XX, parece, alvissareiramente, atenuado pela revalorização, a que se assiste nas últimas décadas, do legado intelectual desse jurista que ocupa posição de primeira grandeza no cenário jurídico do Brasil imperial.

A produção doutrinária e sistemática do “jurisconsulto do Império” tomou a forma não de tratado, mas de diploma legislativo: a *Consolidação das Leis Civis* e o *Código Civil – Esboço*, seus principais trabalhos,² apresentam-se como reunião de artigos acompanhados de escólios nos quais figuram as fontes compulsadas, as dis-

¹ Cf. CONTINENTINO, Múcio. *Direitos reais – Direitos Pessoaes (direitos absolutos – direitos relativos): Theorias e ensaio sobre noções fundamentaes de direito civil*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1935, p. 4.

² Distingue-se sua produção jurídica em (a) obras compilatórias e codificadoras (*Consolidação das Leis Civis*, *Esboço*, *Aditamentos à Consolidação e o Código de Comércio*); (b) obras advocatícias e doutrinárias (notas e comentários ao *Direito das Ações de Corrêa Telles*, ao *Tratado dos Testamentos e Sucessões*, de Gouvêa Pinto, e às *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de Pereira Pinto), e (c) obras didáticas (*Prontuário das Leis Civis*, *Regras de Direito e Vocabulário Jurídico*). Cf. MEIRA, Sílvio. *O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 74-76.

cussões dessas e as justificativas das escolhas feitas.³ Trata-se, com efeito, de obras resultantes de esforços de organização, depuração e sistematização científica da matéria ingente e dispersa do direito civil brasileiro no século XIX.

Nesses empreendimentos, manifestam-se, na síntese de Lafayette Rodrigues Pereira, a profundidade de investigações, a audácia de pensamento e a riqueza de erudição.⁴ Por outros termos, suas obras revelariam as interações do “romanista”, conhecedor das matrizes do direito luso-brasileiro no campo do direito privado e também da literatura europeia, e da percepção do jurista prático,⁵ atuante nos foros da Corte, do engenho e arte de um “Papiniano de ciência (não) guardada”.⁶ Nessa ambivalência, porém, não faltaram ao autor contradições, verificáveis nas polêmicas em que tomou parte,⁷ reconhecimento que torna mais articulada e complexa a análise de seu pensamento.

A propósito, continuava a referida monografia: “salvante memórias históricas e vulgarizações incompletas, não conhecemos uma produção crítico-jurídica sobre a obra grandiosa de Teixeira

³ No que concerne ao Esboço, nota-se uma distribuição desigual dessas anotações que, conquanto sejam numerosas no início da obra, escasseiam e praticamente desaparecem nas últimas partes do trabalho. Cf. CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, v. 1, p. IX-XXXVII.

⁴ Cf. RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Maia, p. 18, nt. 1.

⁵ Cf. SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 59.

⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostila à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859, p. 215. É provável que a investida se dirigisse a Crispiniano Soares, professor de Direito Romano da Faculdade de Direito de São Paulo, por se comparar a Papiniano e ter deixado, entretanto, pequena obra escrita. Cf., nesse sentido, VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 168, nt. 14.

⁷ Cf. CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 68-69.

de Freitas”⁸. A partir, principalmente, da década de 80,⁹ as investigações e encontros científicos têm demonstrado a mudança desse panorama e, nessa senda, a louvável iniciativa das Universidades mineiras, de realização de um congresso dedicado ao jurista.

Pretende-se, nos limites dessa exposição, analisar as vicissitudes no pensamento de Augusto Teixeira de Freitas - da Consolidação ao Esboço - na construção de seu sistema expositivo do direito civil, com vistas a emulsionar, nesse tema central na obra do jurista, a relação que entretinha com o patrimônio jurídico romano herdado das fontes ibéricas e com a sua tradição interpretativa na consecução da tarefa de reconstrução sistemática do direito civil brasileiro.

Na primeira parte, considera-se o cenário normativo do Brasil oitocentista em matéria civil, no qual o direito romano assume marcante presença, bem como a posição, e suas possíveis condicionantes, do jurista perante esse elemento da tradição jurídica pátria. Verifica-se, na segunda parte, a concretização dessa perspectiva nas escolhas feitas pelo jurista, com vistas ao aprontamento da obra da codificação civil, no que concerne ao plano expositivo da matéria civil.

2. PANORAMA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO OITOCENTISTA

2.1 *Ordenações Filipinas e aplicação subsidiária do direito romano*

Pela lei de 20 de outubro de 1823, decretada pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do jovem Império do Brasil,¹⁰

⁸ Cf. CONTINENTINO, Múcio. *Direitos reais – Direitos Pessoaes (direitos absolutos – direitos relativos): Theorias e ensaio sobre noções fundamentaes de direito civil*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1935, p. 4-5.

⁹ A crítica feita por Nelson Saldanha, em contribuição ao Congresso Internacional do Centenário de Augusto Teixeira de Freitas, realizado em 1983 (Roma), à literatura brasileira tem, ainda, o mesmo teor (“sobre Freitas, a bibliografia brasileira deveria ser mais extensa, mas peca principalmente pela escassez de análises sistemáticas”). Cf. SALDANHA, Nelson. *História e sistema em Teixeira de Freitas*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 59, nt. 31.

¹⁰ Por se tratar do primeiro ato legislativo proveniente dos representantes da nação independente, atribui-se a tal lei o papel de iniciadora da formação

ordenava-se a continuidade – “*emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas*” – da vigência das leis pelas quais o Brasil havia-se governado até o dia 25 de abril de 1821, bem como daqueles promulgados a partir desta data por D. Pedro, seja como Regente, seja como Imperador Constitucional.¹¹ A independência política não correspondeu, portanto, uma pretensão de ruptura imediata com a tradição jurídica¹² e, não obstante a reserva de provisoriedade dessa situação, reforçada mais tarde pela Constituição de 1824,¹³ o Código Civil só seria promulgado em 1916, pondo fim à longa vigência das Ordenações Filipinas.¹⁴

Durante todo esse período, sobretudo o livro IV dessas Ordenações prestou-se como documento central em matéria de direito civil, ainda que privilegiasse regras acerca de contratos e sucessão.¹⁵ Tal como já se dera desde o século XV com as primeiras ordenações, previu-se também um sistema para integração de lacunas das leis nacionais, de modo que, ao lado do direito pátrio (“Ley, stylo, ou costume de nossos Reinos”), cuja aplicação tinha primazia, “outras Leis, e Direito” somavam-se à ordem jurídica luso-brasileira como direito subsidiário, a saber: os sagrados cânones, as leis imperiais,¹⁶

do direito brasileiro. Cf. SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 579-580.

¹¹ Cf. art. 1º.

¹² Cf. SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien – Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 18; DAVID, René. Le droit brésilien jusqu’en 1950. In WALD, Arnold; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (orgs). *Le droit brésilien d’hier, d’aujourd’hui et de demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 58-59.

¹³ Cf. art. 179, XVIII.

¹⁴ Cf. art. 1807, CC 1916.

¹⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXIII; VILLELA, João Baptista. *Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: Problemas histórico-dogmáticos*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 242.

¹⁶ Com a locução “leis imperiais” designam-se as “leis de Direito Civil geral” (como se observa na lei de 18 de agosto de 1769, § 9º), ou os “textos de Direito Civil” (como se verifica no comentário de José Homem Corrêa Telles à referida lei: *Commentario critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. In ALMEIDA, Candido Mendes. *Auxiliar Jurídico*.

as glosas de Acúrsio e os comentários de Bártolo, submetendo-se a regras de aplicação segundo o critério *ratione materiae*, bem como a limitações e escalonamentos.¹⁷ Esse sistema das fontes subsidiárias sofreu sensíveis alterações pela lei de agosto de 1769 (conhecida como “Lei da Boa Razão”), a qual se destinou, em relação ao direito romano, a reforçar o seu caráter meramente subsidiário em relação ao direito nacional, bem como a dar nova interpretação à limitação (“boa razão”) já presente no texto filipino, convertendo-a na *recta ratio* jusracionalista¹⁸ e, mais propriamente, em sede prática e apli-

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, v. 2), ou, finalmente, as “leis romanas”, como referem os Estatutos da Universidade de Coimbra (l. 2, tit. 5, cap. 2, § 13).

¹⁷ Cf. Ord. 3, 63, pr.-1: *E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario. As quais Leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas. E se o caso, de que se trata em pratica, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que sua opinião commumente he mais conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo, se a commum opinião dos Doutores depois delle screveram, for contraria.*

¹⁸ Cf. § 9º: *E mando pela outra parte, que aquella boa razão, que o sobredito preambulo determinou, que fosse na praxe de julgar subsidiaria, não possa nunca ser a da autoridade extrinseca destes, ou daquelles textos do Direito Civil, ou abstractos, ou ainda com a concordância de outros; mas sim, e tão somente: ou aquella boa razão, que consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciaes, intrínsecas, e inalteráveis, que a Ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizarão para servirem de Regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para direção, e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedaes dos povos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felices á sombra dos thronos, e debai-*

cativa, no *usus modernus pandectarum*, a ser aferido não apenas nos tratados doutrinários, mas também nas codificações civis que já despontavam na Europa.¹⁹

Ademais, tanto em Portugal²⁰ quanto mais tarde também no Brasil independente, somaram-se às Ordenações e ao seu complexo sistema de fontes subsidiárias, numerosos provimentos (leis, decretos, regimentos, alvarás, resoluções),²¹ formadores da “immensa teia

xo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, e Príncipes Soberanos. Cf. BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. Revista Portuguesa de História. Coimbra, v. 14, 1975, p. 279-283; p. 293; p. 310; MOREIRA ALVES, José Carlos. Tradição metodológica no ensino do Direito Romano e Direito Civil. In MOREIRA ALVES, José Carlos. Estudos de direito romano. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 300-301; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. História do direito português. Coimbra: Almedina, 2008, p. 366.

¹⁹ Tal era o “caminho abreviado” que oferecem os Estatutos da Universidade de Coimbra (l. 2, tit. 5, cap. 3, §§ 6-7): *E porque a confrontação das sobreditas Leis Romanas com tanta, e tão diferentes espécies de Direitos, e de Leis, como são; o Direito Natural; o Divino; o das Gentes; o Politico; o Economico; o Mercantil; e o Maritimo; posto que seja o meio mais scientifico de se conhecer, se ellas são applicaveis, e por ser o único, em que se vai buscar a verdadeira raiz e principio, por que ellas ou são, ou deixarão de ser applicaveis; he obra de muito trabalho; depende da Lição de grande numero de Livros; ocupa por muito tempo os Professores; e se faz superior á diligencia dos Ouvintes: Para que mais se facilite a aquisição do necessário, e indispensável conhecimento, a que ella se dirige, seguirão os Professores hum caminho mais plano, e mais curto; Indagarão o Uso Moderno das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitam a Europa. E descobrindo, que Ellas as observam, e guardam ainda no tempo presente; terão as mesmas Leis por applicaveis; e daqui inferirão, que ellas não tem opposição com alguma das referidas Leis, e Direitos, com que devem ser confrontadas: Pois que não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnância, pela qual se devam haver por abolidas; continuassem ainda hoje a observallas, e a guardallas, tantas, e tão sábias Nações (...). Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. Estudos de direito romano. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 284.*

²⁰ Cf. SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 508-514.

²¹ Cf. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 295-298; FIGUEIREDO MARCOS, Rui de; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasi-*

das leis extravagantes”²²

O “direito civil brasileiro”²³ do Império compunha-se, pois, de uma miríade de fontes: além daquelas diretas e nacionais (Ordenações Filipinas, estilos e costumes, legislação portuguesa e brasileira extravagantes), persistiam ainda as válvulas de abertura do sistema que remetiam para corpos de regras subsidiárias e estranhas (direito romano, direito canônico, direito das nações modernas).²⁴ Além da abundância de fontes carentes de um sistema e da heterogeneidade dessas, a complexidade do direito civil brasileiro era completada, enfim, pela mediação dos praxistas.²⁵

A presença das “leis imperiais”, ou seja, do direito romano, na tradição jurídica luso-brasileira deu-se tanto de modo mediato

leiro. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 76-81.

²² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXII.

²³ Ainda o século XIX, a locução “direito civil” parece polissêmica, podendo significar: direito positivo (em contraposição ao racional ou natural), direito privado (em oposição ao público), direito romano (em oposição ao canônico), direito interno ou nacional (em oposição ao externo ou internacional). Tomamo-lo, porém, na acepção de direito privado comum, isto é, aquele “*que compreende os princípios aplicáveis às relações individuais e recíprocas de todos os membros da associação*”, em oposição ao direito público e ao direito privado especial (direito comercial e internacional privado). Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 39; p. 56-57. É esse, ademais, o sentido em que o toma Augusto Teixeira de Freitas. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXVIII-XXXIX.

²⁴ As fontes do direito civil brasileiro são classificadas de modo ligeiramente diverso na obra didática de Antonio Joaquim Ribas. Seguindo o critério de relevância das fontes para o estudo do jurista, estabelece-se a suma distinção entre fontes essenciais, correspondentes à legislação nacional (interpretada essa locução no sentido mais amplo de atos do poder político que contêm preceitos obrigatórios), e fontes subsidiárias, correspondentes ao direito consuetudinário (nacional), e à legislação estranha (direito romano, direito canônico e direito das nações modernas). Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 106-107; p. 128-130.

²⁵ Cf. BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificado. In FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 362-365.

quanto imediato ou, por outros termos, tanto pelo conteúdo da legislação reinol quanto por suas frequentes lacunas em direito civil.²⁶ Com efeito, esse setor das Ordenações Filipinas já revelava marcante influência do direito romano transfundido nas compilações anteriores por suas fontes ibéricas, sobretudo as *Siete Partidas*.²⁷ Além disso, o direito romano do *Corpus iuris civilis*²⁸ tinha aplicação direta - desde que não fosse reprovado pelo crivo da boa razão - como direito subsidiário, sendo fundamental para a disciplina de matérias (v.g., a escravidão), acerca das quais a compilação filipina e a legislação extravagante eram silentes ou carentes de regras.²⁹

2.2. Direito romano e tradição romanística na obra de Augusto Teixeira de Freitas

2.2.1. O direito romano como “fonte vital” dos juristas

O recurso ao direito romano para o preenchimento das lacunas do direito nacional não dependia, a considerar a ordenação 3, 63, pr.-1, de uma opção concedida a juristas e julgadores, mas consistia, propriamente, na observância de mandamento legal. De fato, na célebre polêmica provocada pela “questão de liberdade” proposta ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros³⁰ por Caetano Al-

²⁶ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Tradição metodológica no ensino do Direito Romano e Direito Civil. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 299.

²⁷ Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In JACOB DE FRADERA, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 14.

²⁸ O direito romano subsidiário consistia, efetivamente, no direito romano justinianeu, cujos conflitos internos (ou seja, aqueles entre regras recolhidas em partes diversas da compilação) seriam resolvidos conforme a regra *lex posterior derogat priori*. Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 173; p. 181-182.

²⁹ Cf. PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. *A escravidão no Brasil: Ensaio histórico, jurídico e social*. Petrópolis: Vozes, 1976, v. 1, p. 33 (Preâmbulo); p. 53 (§ 18); p. 109 (§ 117).

³⁰ Cf. relato de parte das discussões e arrazoados em CAROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva. *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade*,

berto Soares acerca do *status* do filho da *statulibera*, essa perspectiva parece manifestar-se em Augusto Teixeira de Freitas que, ao pretender solucionar os quesitos conforme o direito romano, sustentou que tais filhos nasciam em estado de escravidão, não obstante os desconfortos pessoais causados por tal decisão, as quais feriam “sua natural propensão para a liberdade”.³¹ De qualquer modo, “é a triste verdade, mas é a verdade”.³²

Seus opositores, mais propensos à obtenção de soluções a favor da liberdade, “ainda mesmo com subversão dos princípios”,³³ procuravam contornar os textos justinianeus. A censura que, nesse contexto fizeram ao seu presidente, chamando-o de “romanista”, deu ensejo a que manifestasse, independentemente da perspectiva legalista, o seu pensamento a respeito do direito romano:

E demais, não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a philosophia do direito. Observai, que elle é um direito vivo, objecto constante das lucubrações dos sábios da Allemanha, e ponto de partida de tudo quanto se tem escripto, e se tem de escrever em matérias de jurisprudência.³⁴

Esta “profissão de fé”,³⁵ compartilhada por alguns de seus

publicadas em diversos periódicos forenses da Corte. Bahia: Lellis Masson, 1857, p. 12-37; e a análise, na literatura: v.g., MOREIRA ALVES, José Carlos. A polêmica entre Teixeira de Freitas e Caetano Alberto Soares apreciada à luz dos estudos modernos de direito romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 449-456; SPILLER PENA, Eduardo, *Pajens da Casa Imperial*. Campinas: Unicamp, 2001, p. 79-128, principalmente.

³¹ Cf. CAROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva. *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade, publicadas em diversos periódicos forenses da Corte*. Bahia: Lellis Masson, 1857, p. 14.

³² Cf. *Correio Mercantil*. Rio de Janeiro, anno XIV, n. 284, 22.10.1857 (n. 12).

³³ Trata-se do juízo de Augusto Teixeira de Freitas acerca das teses sustentadas por Caetano Alberto Soares. Cf. *Correio Mercantil*. Rio de Janeiro, anno XIV, n. 284, 22.10.1857 (n. 12).

³⁴ Cf. *Correio Mercantil*. Rio de Janeiro, anno XIV, n. 284, 22.10.1857.

³⁵ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira

contemporâneos,³⁶ completa-se com a oferta de doação de uma quantia a seus colegas, para que o IAB enriquecesse sua biblioteca com uma edição do *Corpus iuris*, “que deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descanso”.³⁷

2.2.2. A formação romanística de Augusto Teixeira de Freitas

Tendo-se em vista a insuficiência das Ordenações em matéria civil e, conseqüentemente, o relevo assumido pelas fontes subsidiárias, especialmente pelo direito romano,³⁸ não parece difícil reconhecer a importância, também prática, do conhecimento desse direito para juristas portugueses e brasileiros, ainda no século XIX.³⁹

A reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 continuou a reservar ao direito romano um considerável espa-

de Freitas e seu espírito inovador. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 421.

³⁶ Lê-se, v.g., na obra de Antônio Joaquim Ribas: “O conhecimento profundo e completo do direito pátrio é impossível sem que se firme nas largas bases do direito romano; não só porque é neste que se encontram as razões históricas eficientes das legislações dos povos modernos, como porque é elle o mais belo, completo e magestoso monumento de sabedoria jurídica, que os passados séculos nos legarão”. Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 169.

³⁷ Cf. Correio Mercantil. Rio de Janeiro, anno XIV, n. 284, 22.10.1857, *in fine*.

³⁸ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 282.

³⁹ Cf. FERRAZ PEREIRA, Aloysio. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. p. 89. Com efeito, o projeto dos Estatutos redigido por Luís José de Carvalho e Melo, Visconde da Cachoeira, em 1825, propunha a manutenção do estudo do direito romano para os cursos jurídicos a serem criados, mas com orientação confessadamente prática, ou seja, destinada à sua aplicação como direito subsidiário. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 244-245; p. 272.

ço nas grades curriculares,⁴⁰ ainda que sob orientação mais prática⁴¹ e por novos métodos de estudo.⁴² Por sua vez, os cursos jurídicos criados no Brasil em 11 de agosto de 1827 não incluíram, inicialmente, o ensino do direito romano em seus currículos,⁴³ o que se daria apenas em 1851, quando o Decreto Legislativo n. 603 autorizou

⁴⁰ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 284; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *História do Direito Civil Brasileiro: Ensino e produção bibliográfica nas Academias Jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 17-18.

⁴¹ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 284.

⁴² Tratava-se do chamado método sintético-demonstrativo-compêndiário, em substituição ao método analítico. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 256-259; p. 261; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *História do Direito Civil Brasileiro: Ensino e produção bibliográfica nas Academias Jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 18-19.

⁴³ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 245; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *História do Direito Civil Brasileiro: Ensino e produção bibliográfica nas Academias Jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 39. Dentre as razões para a proscrição da disciplina, assinalou-se o vasto espaço a ela concedido no ensino coimbrão, em detrimento do direito pátrio e de matérias fundamentais para a preparação de um jurista do século, bem como – acreditava-se – a breve organização do Código Civil, que privaria tal estudo de importância. Cf. BASTOS, Aurélio Wander (org.). *Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil: Documentos Parlamentares*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1977, p. 236. Para José Carlos Moreira Alves, o motivo da eliminação da disciplina resume-se, fundamentalmente, à “estreita visão da falta de utilidade prática imediata do estudo do direito romano”. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 284-288; também, FERRAZ PEREIRA, Aloysio. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 84.

a criação da cadeira de Direito Administrativo e de Direito Romano na grade curricular dos cursos jurídicos do Império,⁴⁴ instalando-se esta última, efetivamente, apenas em 1854.⁴⁵

O ensino do direito romano deveria seguir, como em relação às demais disciplinas, o método sintético, exercitado sobre as *Institutiones iuris civilis heineccianae* de Johann Peter Waldeck, substituídas, já em 1856, pelas *Institutiones Iuris Romani Privati*, de Leopold August Warnkönig.⁴⁶ Se a instrução seguisse à risca a estrutura deste manual, as exposições destinadas aos alunos do primeiro ano⁴⁷ compreendiam uma primeira parte (*Introductio*), na qual se discorria acerca de princípios jurídicos fundamentais, do desenvolvimento do direito romano e de suas fontes, e uma segunda parte (*Institutiones* propriamente ditas), sistematizada, essencialmente,⁴⁸ segundo o plano das Institutas de Gaio e de Justiniano: *personae, res, actiones*.⁴⁹

⁴⁴ Cf. art. 2º.

⁴⁵ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 247; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *História do Direito Civil Brasileiro: Ensino e produção bibliográfica nas Academias Jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 51.

⁴⁶ Desse manual havia uma edição, mais corrente, em vernáculo preparada por Antônio Maria Chaves e Mello em 1863. Substancialmente, observa-se que o compêndio escolhido, principalmente a partir da 3ª edição (1834), tinha a vantagem de já considerar os resultados mais recentes da ciência romanística, sobretudo daqueles obtidos por autores filiados à Escola Histórica, sendo esta a provável razão de sua preferência logo após a instalação da cadeira. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 258-261; p. 263.

⁴⁷ Cf. art. 3o, Decreto n. 1386, de 28 de abril de 1854.

⁴⁸ Embora fosse esse o propósito do autor, declarado no prefácio (... *sed etiam ordinem in Gaii et Iustiniani Institutionibus receptum servavi, eumque ea ratione tantum emendavi, qua novissimis iuris romani et accurata iuris artem recte tractandi methodus illud poposcit*), observam-se, de fato, algumas divergências na repartição dos livros e em suas rubricas, dentre as quais a atribuição de um livro autônomo (liber III) para as *obligationes*. Cf. WARNKÖNIG, Leopold August. *Institutiones iuris romani privati*. Bonn: Marcus, 1860, p. IV.

⁴⁹ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito roma-

Independentemente da execução efetiva do método pelos professores,⁵⁰ visava-se, com o curso de “Institutos de Direito Romano”,⁵¹ a fornecer aos estudantes as noções e princípios básicos desse direito, aos quais teriam de recorrer muitas vezes no estudo do direito civil.⁵² Com efeito, dada a já aludida situação da legislação nacional, compreende-se a necessidade de que as exposições de direito civil se fizessem acompanhar das normas integrativas do direito romano.⁵³

Tendo concluído o curso jurídico em 1837, Teixeira de Freitas não pôde ter haurido a “fonte vital” nos bancos das Academias de São Paulo ou Olinda.⁵⁴ Não obstante, a partir de suas obras, observa-se que não lhe faltou aplicação - seguindo a sugestão do Marquês de

no na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 259.

⁵⁰ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 269.

⁵¹ Cf. art. 3º, Decreto n. 1386, de 28 de abril de 1854.

⁵² Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 272; MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 288-289.

⁵³ Esse atrelamento reflete-se na própria conformação das obras dedicadas ao direito civil brasileiro que começaram a despontar na segunda metade do século XIX, das quais seriam exemplos o já citado *Curso de Direito Civil Brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas e, mais tarde, o *Direito das Causas de Lafayette Rodrigues Pereira*, exposições sistemáticas sobre o direito pré-codificado, repletas, em notas, de referências a textos jurídicos romanos. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 272; MOREIRA ALVES, José Carlos. As vicissitudes do ensino do Direito Romano. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 288.

⁵⁴ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 420.

Caravelas de “estudá-lo em casa”⁵⁵ - para instruir-se nos meandros do direito romano, uma vez que revelam notável conhecimento das fontes jurídicas, bem como da literatura romanística alemã e francesa dominantes no período⁵⁶. De fato, são frequentes as referências, de um lado, à doutrina francesa (e não exclusivamente aquela ligada à Escola da Exegese)⁵⁷ e, de outro, a autores alemães (dentre os quais assume primazia Friedrich Carl von Savigny),⁵⁸ aos quais tinha acesso pelas traduções francesas.⁵⁹

⁵⁵ Cf. BASTOS, Aurélio Wander (org.). *Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil: Documentos Parlamentares*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1977, p. 562.

⁵⁶ Tem-se notícia de que essa literatura era assim reputada, também no Brasil da segunda metade do século XIX, em autores como, v.g., RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 365-366. Sobre a preparação romanística de Augusto Teixeira de Freitas, cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 421.

⁵⁷ Cf. VILLARD, Paul. La tradition juridique française dans l’oeuvre de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 279-285.

⁵⁸ Cf. LUIG, Klaus. La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 295-299. Para Nelson Saldanha, os conhecimentos de Augusto Teixeira de Freitas da obra de Friedrich Carl von Savigny não eram extensos. Cf. SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 61, nt. 37.

⁵⁹ Cf. SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien - Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Siebeck, 2009, p. 36. Entre nós, Antonio Joaquim Ribas lamentava o fato de que a língua alemã não fosse cultivada, em geral, pelos juristas pátrios, o que tornava tais trabalhos subaproveitados no Brasil e sem condições de exercer direta influência no desenvolvimento da ciência jurídica. E o mesmo autor já atribuía ao francês, “língua universal do mundo civilizado”, o papel de veículo para a propagação de ideias de pensadores alemães, ingleses e de qualquer outra nação. Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 71; p. 365. Além disso, a falta de acesso ao alemão pela maior parte dos juristas oitocentistas interessados, não obstante, na ciência jurídica alemã, não parece restringir-se ao Brasil ou à América Latina. Cf. LUIG, Klaus. La Pandettistica come

Reconhecem-se variadas influências na cultura jurídica de Augusto Teixeira de Freitas,⁶⁰ mas parece assumir relevo, considerando-se a época na qual desenvolveu seus trabalhos e a admiração manifesta pelo fundador da Escola Histórica, aquela exercida pela ciência jurídica alemã.⁶¹ Segundo o programa de Friedrich Carl von Savigny, a matéria do direito resulta da mais íntima essência da nação e de sua história, e não do arbítrio, individualizando-se como o produto da atividade silenciosa do espírito popular.⁶² A ciência jurídica, chamada a descobri-lo, volta seus olhos ao passado da nação - do qual faria parte inelidível, no que toca à história jurídica alemã, o direito romano⁶³ -, e destina-se a “revelar essa dada matéria, rejuvenescê-la e mantê-la em vigor”.⁶⁴ Essas premissas - que se opunham aos fundamentos do jusracionalismo e, mais concretamente, ao movimento de codificação do direito⁶⁵ - deram lugar, de um lado, às investigações eruditas e historiográficas sobre o direito antigo e, de outro, a uma orientação dogmática, voltada à construção de uma

scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 300.

⁶⁰ Cf. CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984. p. 64; LUIG, Klaus. La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 289.

⁶¹ “Fallamos da Allemanha, o paiz da meditação, onde a Sciencia do Direito, associando-se á histórica, e á philologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos”. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LII.

⁶² Cf. WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 455.

⁶³ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 393.

⁶⁴ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Berlin, v.1, 1815, p. 6; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 456.

⁶⁵ Cf. WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 455.

ciência do direito civil sistemática, denominada Pandectística,⁶⁶ em razão dos títulos que recebiam os seus manuais de direito romano.⁶⁷

Apesar de as leituras de Friedrich Carl von Savigny não terem indisposto Augusto Teixeira de Freitas em relação à codificação do direito,⁶⁸ é de se supor, entretanto, que as perspectivas daquela escola tenham influenciado, em alguma medida, a consideração do jurista acerca do direito romano. Pretende-se verificar, na parte seguinte, o confronto de Teixeira de Freitas com o direito romano e a sua tradição interpretativa na consecução da tarefa que não consistia, agora, em “medir o direito romano com a boa razão”,⁶⁹ mas em decidir entre acolher ou refutar os seus esquemas expositivos (ou *dispositiones*)⁷⁰ da matéria jurídica para a construção do sistema do

⁶⁶ Cf. GUARINO, Antonio. *L'esegesi delle fonti del diritto romano*. Napoli: Jovene, 1968, v. 1, p. 23-24; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 430. Tratou-se, em suma, de uma ciência que tinha em consideração o direito romano como direito vigente, destinando-se a estudá-lo, portanto, com vistas à sua aplicação prática (tal como já o fizeram, v.g., o *mos italicus* e o *usus modernus pandectarum*), ainda que com estilo e método novos (daí tratar-se, a rigor, de uma *Pandettistica in senso stretto*). Cf. LUIG, Klaus. La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell'Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 289-300, p. 290.

⁶⁷ Cf. WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 430 e nt. 1; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 456.

⁶⁸ Cf. SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 68; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas: a criação da dogmática civil brasileira. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 155-170, p. 168; SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien - Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Siebeck, 2009, p. 36.

⁶⁹ Cf. BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificado. In FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 364.

⁷⁰ Em relação ao direito romano, seria preferível empregar *dispositio* a “sis-

direito civil brasileiro.⁷¹

3. O DIREITO ROMANO E A TRADIÇÃO ROMANÍSTICA NA SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

3.1. *Da tripartição gaiana (“personae-res-actiones”) ao sistema pandectista (“Pandektensystem”)*

A ciência jurídica de comentários sobre o *Corpus iuris* desenvolveu-se, com glosadores e comentadores, praticamente segundo a ordem de tratamento das matérias estabelecida pelos compiladores justinianeus nas *Institutas*, *Digesto* e *Codex*,⁷² ou seja, conforme o *ordo legum*.⁷³ Dentre alguns humanistas, porém, manifestou-se maior preocupação com a organização do material justinianeus de forma diversa da sucessão de livros e títulos até então seguida nas exposições,⁷⁴ valorizando-se, tendencialmente, o esquema tripartido

tema” para aludir ao conjunto de questões relativas à ordem expositiva na ciência jurídica, uma vez que a ideia de sistema se manifesta apenas mais tarde no pensamento jurídico, como uma das soluções ao problema da disposição. Cf. ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 133.

⁷¹ A atividade sistemática de Augusto Teixeira de Freitas parece descrever-se, mais propriamente, como “construção”, na acepção que lhe atribui, v.g., LOSANO, Mario. *Sistema e struttura nel diritto*. Torino: Giappichelli, 1968, v. 1, p. XXIV.

⁷² Acerca da pluralidade de esquemas dispositivos presentes nas várias partes que integram a compilação justinianeia, cf. ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 142-144.

⁷³ Cf. ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 145; 147.

⁷⁴ Cf. BUCHER, Karl. *System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des justinianischen Privatrechts*. Erlangen: Palm und Enke, 1822, p. 30-31; ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 160-169.; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 164; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford, 1996, p. 29; SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der*

das Institutas de Justiniano, tomado do manual de Gaio,⁷⁵ segundo o qual *omne autem ius, quo utimur, vel das personas pertinet vel ad res vel ad actiones*.⁷⁶

Savigny-Stiftung. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 583; WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistemática istituzionale gaiana: modello per i giustinianeî e per l'esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 49.

⁷⁵ Cf. Gai. 1,8; Inst. 1,2,12. Cf. HAURIU, Maurice. Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit. *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*. Paris, v. 16, 1887, p. 375; ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 143; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 164; WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistemática istituzionale gaiana: modello per i giustinianeî e per l'esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 51.

⁷⁶ As Institutas de Justiniano articulavam-se, aproximativamente, do seguinte modo, no que concerne à distribuição das matérias por seus livros e títulos: Livro I: *de iustitia et iure; de iure personarum; de ingenuis; de patria potestate; de nuptiis; de adoptionibus; de tutelis; de curatoribus*; Livro II: *de rerum divisione; de servitutibus; de usu fructu; de usucapionibus et longi temporis possessionibus; de testamentis ordinandis; de legatis; de codicillis*; Livro III: *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur; de bonorum possessionibus; de obligationibus*; Livro IV: *de obligationibus quae ex delicto nascuntur; de actionibus; de publicis iudiciis*. Por outros termos: o primeiro livro ocupava-se, além das noções iniciais sobre o *ius* (*ius naturale, gentium, civile*), do direito relativo às pessoas, o qual abrangia matérias como *status*, casamento, adoções, tutela e curatela (inseridos, hoje, no "Direito de Família" do sistema pandectista); o segundo livro principia com o direito concernente às coisas, como sua classificação, e matérias como servidões prediais, usufruto, usucapião, sucessão testamentária, estendendo-se o *ius quod ad res pertinet* a matérias como sucessão *ab intestato* e obrigações, surgidas dos contratos ou dos atos ilícitos, compreendidas nos livros terceiro e quarto (ou seja, temas hoje tratados, no sistema referido, no Direito das Sucessões, Direito das Coisas e Direito das Obrigações); por fim, parte do último livro destina-se às ações e a temas do direito público, matérias que hoje estariam fora do Direito Civil propriamente dito. Cf. análise desse sistema em SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 394-395 (§ 59). Apesar da retomada da tripartição de Gaio, observam-se algumas divergências, de caráter substancial e com reflexos formais, sobretudo no que concerne à terceira parte (*actiones*)

Essa tripartição do *ius (personae-res-actioes)*⁷⁷ prestou-se, para a ciência jurídica dos séculos XVI-XVII, seja como esquema expositivo do direito romano em geral, pela inserção, em suas articulações, de material proveniente de outras partes da compilação justinianéia, seja como inspiração para novas ordens expositivas do direito.⁷⁸

Os esforços de sistematização tiveram alento e maior independência na literatura jusracionalista,⁷⁹ a qual visou, pela elaboração de conceitos gerais, à organização de sistemas racionais da matéria jurídica, dos quais constituiriam importante resultado as codificações surgidas no final do século XVIII e início do século XIX, conhecidas como “codificações do direito natural” (*Naturrechtkodifikationen*).⁸⁰

entre o manual gaiano e o imperial. Cf. WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistematica istituzionale gaiana: modello per i giustiniani e per l'esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 47-48; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford, 1996, p. 25-28.

⁷⁷ Os elementos dessa divisão corresponderiam aos objetos das regras jurídicas, ou seja, a uma divisão do direito objetivo e não do subjetivo. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 395, nt. c (§ 59). Para Aldo Dell'Oro, a divisão de Gaio teria por critério a individualização das referências das normas (pessoas e coisas) a serem utilizadas, critério esse que reputa naturalístico, pois seria a natureza ou realidade efetiva a indicar tais referências. Cf. DELL'ORO, Aldo. Partizione gaiana del diritto e sua validità odierna. In ROMANO, Silvio (org). *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*. Napoli: Jovene, 1997, v. 3, p. 405.

⁷⁸ Cf. WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 164; ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 167.

⁷⁹ Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandekten-systems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 584; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 275;

⁸⁰ São elas: *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* (1756), *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco (1811) e *Code civil* francês (1804). Cf. WIEACKER,

À parte a utilização, nesses trabalhos, da tradicional *dispositio* das Institutas, houve também ensaios de planos expositivos originais.⁸¹ De qualquer modo, o plano gaiano-justiniano ainda prevaleceu na estruturação do *Code Civil*⁸²⁻⁸³ e do *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austríaco,⁸⁴ ao passo que se observa o

Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 322-345; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 414.

⁸¹ Cf. ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris: LGDJ, 1969, p. 130-138.

⁸² Titre préliminaire: *Sur la publication, les effets et l'application des lois en général*; Livre Premier (*Des personnes*); Titre I: *Sur la jouissance et la privation des droits civils*; Titre II: *Sur les actes de l'état civil*; Titre III: *Sur le domicile*; Titre IV : *Sur les absents*; Titre V: *Sur le mariage*; Titre VI: *Sur le divorce*; Titre VII: *Sur la paternité et la filiation*; Titre VIII: *Sur l'adoption et la tutelle officieuse*; Titre IX: *Sur la puissance paternelle (...)*; Livre II (*Des biens, et des différentes modifications de la propriété*): Titre I: *Sur la distinction des biens*; Titre II: *Sur la propriété*; Titre III: *Sur l'usufruit, l'usage et l'habitation (...)*; Livre III (*des différentes manières dont on acquiert la propriété*): Titre I: *Sur les successions*; Titre II: *Sur les donations entre-vifs et les testaments*; Titre III: *Sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*; Titre IV: *Sur les engagements qui se forment sans conventions (...)*.

⁸³ Reconhece-se o embasamento no esquema tripartido, ainda que não se excluam as influências e intermediações, entre as Institutas de Justiniano e o *Code civil*, de sistematizações e doutrinas mais recentes, como as de Hugues Doneau e de Robert-Joseph Pothier. Cf. HAURIUO, Maurice. Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit. *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*. Paris, v. 16, 1887, p. 373; p. 385; ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris: LGDJ, 1969, p. 122; p. 147; p. 152; p. 170; p. 218; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 342; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford, 1996, p. 30, nt. 166; WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistemática istituzionale gaiana: modello per i giustinianeî e per l'esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 56.

⁸⁴ Einleitung: *Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt*; Erster Theil: *Von dem Personenrechte*: Erstes Hauptstück: *Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen*; Zweytes Hauptstück:

maior afastamento desse modelo no ALR prussiano,⁸⁵ atrelado às novas orientações sistemáticas da Escola do Direito Natural.⁸⁶

Do juracionalismo, a Escola História herdaria, não obstante oposições fundamentais, alguns resultados, dentre os quais aquilo que se denominaria, mais tarde, de “Parte Geral” (*Allgemeiner*

Von dem Eherechte; Drittes Hauptstück: *Von den Rechten zwischen Aeltern und Kindern*; Viertes Hauptstück: *Von den Vormundschaften und Curatelen*; Zweither Theil: *Von den Sachenrechte*: Erste Abtheilung des Sachenrechtes (*Von den dinglichen Rechten*): Erstes Hauptstück: *Von dem Besitze*, Zweytes Hauptstück: *Von dem Eigentumsrechte*; Drittes Hauptstück: *Von Erwerbung des Eigentumes (...)*; Achtes Hauptstück: *Von dem Erbrechte (...)*; Zweyte Abtheilung (*Von den persönlichen Sachenrechten*): Siebzehntes Hauptstück: *Von Verträgen überhaupt (...)*; Dreyssigstes Hauptstück: *Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung*; Dritter Theil: *Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte*: Erstes Hauptstück: *Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten*; Zweytes Hauptstück: *von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten*; Drittes Hauptstück: *Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten*; Viertes Hauptstück: *Von der Verjährung und Ersitzung*. Cf. WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 343.

⁸⁵ Einleitung; I. *Von den Gesetzen überhaupt*; II. *Allgemeine Grundsätze des Rechts*; Erster Theil: Erster Titel: *Von Personen und deren Rechten überhaupt*; Zweiter Titel: *Von Sachen und deren Rechten überhaupt*; Dritter Titel: *Von Handlungen und deren daraus entstehenden Rechten*; Vierter Titel: *Von Willenserklärungen*; Fünfter Titel: *Von Verträgen*; Sechster Titel: *Von den Pflichten und Rechten die aus unerlaubten Handlungen entstehen*; Siebenter Titel: *Vom Gewahrsan und Besitz*; Achter Titel: *Von Eigenthume (...)*; Zwölfter Titel: *Von den Titeln zur Erwerbung des Eingenthums welche aus Verordnungen von Todes wegen entstehen* – Erster Abschnitt: *Von Testamenten und Codicillen*; Zweiter Abschnitt: *Von Erbverträgen (...)*; Zweiter Theil: Erster Titel: *Von der Ehe*; Zweiter Titel: *Von den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Eltern und Kinder* – (...) Fünfter Abschnitt: *Von der Erbfolge der Kinder und anderer Verwandten in absteigender Linie*; Sechster Abschnitt: *von der Erbfolge der Aeltern un anderer Verwandten in aufsteigender Linie*; Dritter Titel: *Von den Rechten und Pflichten der übrigen Mitglieder einer Familie*; Vierter Titel: *Von gemeinschaftlichen Familien-Rechten (...)*; Sechster Titel: *Von Gesellschaften überhaupt und von Corporationen und Gemeinen insonderheit*; Achtzehnter Titel: *Von Vormundschaften und Curatelen*.

⁸⁶ Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 585; p. 605.

Teil),⁸⁷ à qual se somaram outros grupos de relações jurídicas (*Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht, Erbrecht* – Direito das Coisas, Direito das Obrigações, Direito de Família e Direito das Sucessões), compondo-se, assim, o “sistema pandectista” (*Pandektensystem*).⁸⁸ Essa organização da matéria, esboçada primeiramente por Gustav Hugo (1764-1844)⁸⁹, tornou-se corrente, a partir do índice de Georg Arnold Heise (1778-1851)⁹⁰ e de sua fundamentação⁹¹ e consagra-

⁸⁷ Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 588; p. 596; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 321; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 455-456.

⁸⁸ Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 580; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 456; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford, 1996, p. 30; WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistemática istituzionale gaiana: modello per i giustiniani e per l’esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l’amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 54.

⁸⁹ Cf. HUGO, Gustav. *Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Mylius, 1789. Reconhece-se o pioneirismo a esse autor, v.g., BURCHARDI, Georg Christian. *Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht*. Bonn: Weber, 1822, p. 3 (§ 2); SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 406, nt. s (§ 59); SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 581.

⁹⁰ Eileitung; Erstes Buch (*Allgemeine Lehren*): Erstes Kapitel: *Von den Quellen des Rechts*; Zweites Kapitel: *Von den Rechten in Allgemeinen*; Drittes Kapitel: *Von Verfolgung und Schützung der Rechte*; Viertes Kapitel: *Von Subjecten und Objecten der Rechte*; Fünftes Kapitel: *Von den Handlungen*; Sechstes Kapitel: *Raum- und Zeit-Verhältnisse*; Zweites Buch (*Dingliche Rechte*); Drittes Buch (*Obligationenrecht*); Viertes Buch (*Jura potestatis*); Fünftes Buch (*Das gesamte Erbrecht*); Sechstes Buch (*Die restitutio in integrum*). Cf. HEISE, Georg Arnold. *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1807.

⁹¹ Cf. CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito

ção⁹² por Friedrich Carl von Savigny,⁹³ nos tratados de direito romano dessa última escola (*Pandektenrecht*),⁹⁴ e que confluiria, afinal, para a estrutura do Código civil alemão.⁹⁵

Em meados do século XIX, período em que Augusto Teixeira de Freitas executava os trabalhos (1855-1869) destinados à codificação do direito civil brasileiro, apresentavam-se, portanto, como

privado. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 77.

⁹² Cf. SCHMOECKEL, Mathias. Der Allgemeiner Teil in der Ordnung des BGB. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 138. De fato, podem-se identificar traços desse sistema, com algumas variações, na literatura anterior a Friedrich Carl von Savigny: v.g., BUCHER, Karl. *System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des justinianischen Privatrechts*. Erlangen: Palm und Enke, 1822; MACKELDEY, Ferdinand. *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Giessen: Heyer, 1820; PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Barth, 1838; MAREZOLL, Gustav Ludwig Theodor. *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*. Leipzig: Barth, 1839.

⁹³ Erstes Buch (*Rechtsquellen*); Zweites Buch (*Rechtsverhältnisse*); Drittes Buch (*Anwendung der Rechtsregeln auf die Rechtsverhältnisse*); Viertes Buch (*Sachenrecht*); Fünftes Buch (*Obligationenrecht*); Sechstes Buch (*Familienrecht*); Siebentes Buch (*Erbrecht*). Os institutos que compoem a “Parte Geral” (“*Allgemeiner Theil*”) tais como capacidade jurídica, surgimento e extinção da relação jurídica e proteção dos direitos são tratados no segundo livro (*Rechtsverhältnisse*) e articulam-se do seguinte modo: Kapitel I: *Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse*; Kapitel II: *Die Personen als Träger der Rechtsverhältnisse*; Kapitel III: *Entstehung und Untergang der Rechtsverhältnisse*; Kapitel IV: *Verletzung der Rechtsverhältnisse*. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 389-390 (§ 58).

⁹⁴ Cf., v.g., WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006; VANGEROW, Karl Adolph von. *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. Marburg: Elwert, 1848; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Pandekten*. Leipzig: Tauschnitz, 1861; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Düsseldorf: Buddaeus, 1862; DERNBURG, Heinrich. *Pandekten: Allgemeiner Theil und Sachenrecht*. Berlin: Müller, 1896, v. 1.

⁹⁵ Cf. WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 455-456.

possíveis “methodos” ou “systemas”,⁹⁶ o antigo esquema das Institutas (*personae-res-actiones*) e de seus arremedos legislativos, como o *Code civil* francês, o plano expositivo do ALR prussiano,⁹⁷ bem como a sistematização dos tratados alemães de direito romano, ou seja, o sistema pandectista.⁹⁸

3.1.1. De “*personae-res-actiones*” à tripartição da “*Parte Geral*”

Na *Consolidação das Leis Civis*, Augusto Teixeira de Freitas submete a críticas a tradicional tripartição enunciada nos manuais romanos, imprecisa quanto aos seus termos constitutivos, o que dá lugar, sobretudo, a dúvidas quanto à correta inserção das obrigações (entre as *res incorporales* ou como introdução às *actiones*), e arbitrária, vícios esses que seriam insanáveis até mesmo pelas acomodações ensaiadas por vários autores:⁹⁹ “Renda-se homenagem á sagacidade dos Jurisconsultos Romanos, mas não se diga, que houve idéa normal de systema nesse famoso texto, cuja importância se tem exagerado”.¹⁰⁰ Do mesmo modo, não aprova o método expositivo do *Code civil* e de seus sectários (embora não entrevisse nele, exatamente, a ordem das Institutas),¹⁰¹ e tampouco aqueles esquemas presentes nas codificações germânicas, como o ABGB austríaco.¹⁰²

⁹⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXIX-XL; LVI.

⁹⁷ Dessas codificações, bem como do Código do Cantão de Berne (1831) e do holandês (1838), Augusto Teixeira de Freitas teria conhecimento não fragmentário, ao contrário do que se verificaria, por declaração do próprio autor, em relação a outras legislações, como, *v.g.*, o Código bávaro e o do Cantão de Argóvia. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LIII, nt. 39; p. LV-LVII.

⁹⁸ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LII; LVI.

⁹⁹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XLI; p. XLVII.

¹⁰⁰ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XL, nt. 13; p. XLVII-XLVIII. Alude-se, com “texto”, a Gai. 1 *inst.*, D. 1, 5, 1, 1 ou aos já referidos Gai. 1, 8 e Inst. 1, 2, 1 pr.

¹⁰¹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LIII-LIV.

¹⁰² Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LVI-LVII.

Com efeito, na referida obra, o plano já se encontra dividido, em alinhamento com parte da literatura jurídica romanista alemã,¹⁰³ em “Parte Geral” e “Parte Especial”,¹⁰⁴ subdividida a primeira em “pessoas” e “coisas”, opções nas quais se nota não apenas o distanciamento em relação ao plano francês, carente da primeira divisão, mas também de outro filão sistemático, que admite uma tripartição da Parte Geral: “Alguns Escriutores adicionão este terceiro elemento sob a denominação de *factos*, *factos jurídicos*, *atos jurídicos*, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com esse methodo”.¹⁰⁵

Uma vez que os juristas romanos não construíram uma teoria dos fatos e atos jurídicos,¹⁰⁶ a emulsão desses parece dever-se, primeiramente, ao humanista François Connan (*Connanus*, 1508-1551), o qual interpretou, consciente do desvio e com propósitos sistematizadores, as “*actiones*” – componentes da terceira parte da

¹⁰³ A anteposição de uma parte geral a uma parte especial consistiu, também, numa contribuição jusracionalista aproveitada, posteriormente, na composição do *Pandektensystem*. Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 588-599. Nota-se, de fato, a primeira divisão explícita de uma exposição em “*pars generalis*” e “*pars specialis*” no tratado de Joachim Georg Darjes (1714-1791) – DARJES, Joachim Georg. *Institutiones jurisprudentiae universalis*. Ienae: Cuno, 1745). Cf. SCHMOECKEL, Mathias. Der Allgemeiner Teil in der Ordnung des BGB. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 136-137. Na literatura posterior, a divisão em “*Allgemeiner Teil*” e “*Besonderer Teil*” nem sempre é explícita, tal como se verifica, afinal, no próprio BGB alemão.

¹⁰⁴ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXII-CXIII.

¹⁰⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIX.

¹⁰⁶ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma: La Sapienza, 1992, p. 135, nt. 01; MOREIRA ALVES, José Carlos. O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito Romano - Seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. *Revista Jurídica*. v. 305, 2003, p. 9; AARÃO REIS, Carlos David Santos. Direito romano, abstração e Parte Geral do Direito Civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 70, a. 18, 1994, p. 37-38.

dispositio das Institutas de Gaio e de Justiniano, e que nessas significavam apenas ações judiciais - como ações humanas juridicamente relevantes,¹⁰⁷ o que compreendia matérias como, v.g., contratos e casamento.¹⁰⁸ Para exprimir essas diversas manifestações da atividade humana, Hermann Wöhl (*Vulteius*, 1555-1634) propôs, como conceito geral, “*factum*”,¹⁰⁹ ao passo que, mais tarde, Daniel Nettelbladt (1719-1791) cunhou as expressões “*actus iuridicus*” e – como sinônimo desse¹¹⁰ – “*negotium iuridicum*” (“*rechtliches Geschäft*”).¹¹¹⁻¹¹² De qualquer modo, na primeira parte do Código prussiano

¹⁰⁷ Cf. CONNAN, François. *Commentariorum iuris civilis libri X*. Lutetiae Parisiorum: Ex officina typographica Michaelis Vascosani, 1558, p. 71 (= lib. II, cap. I). “*Quaecunque enim esse potest iuris disceptatio & controversia, aut de persona alicuius est, aut de rebus, aut de factis eius & actis. (...) Nullum enim ius est, quod non aut de nobis, aut de rebus nostris, aut de iis ipsis quae facimus & dicimus, constitutum sit*” (= qualquer que possa ser, pois, a discussão e controvérsia de direito, <versa ela> sobre a pessoa de alguém, ou das coisas, ou dos fatos e atos dele. Não pode haver, pois, direito que não seja estabelecido acerca de nós, de nossas coisas ou daquelas próprias coisas que fazemos e dizemos) (tradução livre).

¹⁰⁸ Cf. ORESTANO, Riccardo. François Connan (Connanus). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, v. 4, 1957, p. 100; BERGFELD, Christoph. *Franciscus Connanus (1508-1551): Ein Systematiker des römischen Rechts*. Köln-Graz: Böhlau, 1968, p. 147-149.

¹⁰⁹ Cf. WÖHL, Hermann. *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri II*. Marpurgi: Typis Pauli Egenolphi, 1610, p. 24-36 (= lib. I, cap. VII): “*factum autem est hominis opus externo aliquo actu declaratum*” (= o fato, pois, é obra do homem, manifestada por algum ato externo) (tradução livre).

¹¹⁰ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito Romano - Seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. *Revista Jurídica*. v. 305, 2003, p. 09.

¹¹¹ Consistiria esse nos “*facta hominum licita, quae iura et obligationes concernunt, sive iura et obligationes producant, sive non, sicque vel valida, vel invalida sint*” (= fatos lícitos humanos que dizem respeito a direitos e obrigações, produzam eles ou não direitos e obrigações, e assim sejam <tais fatos> válidos ou inválidos) (tradução livre). Cf. NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare iurisprudentiae positivae germanorum communis generalis*. Halae: In Officina Rengeriana, 1781, p. 108 (= § 183); FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft*. Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 1992, v. 2, p. 29, nt. 09.

¹¹² Cf. SCHERMAIER, Martin Josef. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜ-

(não denominada, porém, como “Parte Geral”) já surge, em seguida aos títulos dedicados às pessoas e coisas, um sob a rubrica “dos atos (*Handlungen*) e dos direitos dele decorrentes”.¹¹³

Observa-se, porém, que o jurista brasileiro controverte com propostas sistemáticas de “alguns escriptores”. De fato, em 1857, dada de conclusão da Consolidação, a tríade a que alude o jurista (*Personen-Sachen-Handlungen*) já se apresentava na literatura, com algumas variações e encimada ou não por rubricas como “*Allgemeiner Theil*”, “*Allgemeine Lehren*” ou ainda “*Allgemeine Begriffe*”.¹¹⁴

CKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 356.

¹¹³ Em outra obra, Daniel Nettelbladt teria contado entre os “*actus iuridici*” também os *facta illicita* - mais precisamente, como uma das subdivisões dos “*actus obligatorii*” (uma das espécies dos “*actus iuridici*” em geral) - contrapostos aos *actus obligatorii liciti*, que, por sua vez, corresponderiam aos *negotia iuridica*. Cf. NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*. Halae Magdeburgicae: In Officina Rengeriana, 1767, p. 63 (§ 145, principalmente). Essa sistematização poderia explicar a escolha que se fez no ALR por “*Handlungen*” (termo mais geral) como terceiro elemento central de sua Parte Geral, em vez de “*Rechtsgeschäft*”. Cf. SCHERMAIER, Martin Josef. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 356.

¹¹⁴ Cf. v.g., NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare iurisprudentiae positivae germanorum communis generalis*. Halae: In Officina Rengeriana, 1781; HUGO, Gustav. *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Mylius, 1826; HEISE, Georg Arnold. *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1807; PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Barth, 1838; VANGEROW, Karl Adolph von. *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. Marburg: Elwert, 1848; ARNDTS, Ludwig. *Grundriss zur Vorlesungen über Pandecten*. München: Hübschmann, 1840; MACKELDEY, Ferdinand. *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Giessen: Heyer, 1820; ORTOLAN, Joseph-Louis Elzéar. *Explication historique des Instituts de l’Empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe précédée d’une Généralisation du droit romain*. Paris: Joubert, 1844, v. 1. Dentre essas obras, é possível atestar que Augusto Teixeira de Freitas conhecesse os trabalhos de Ferdinand Mackeldey (pela tradução da 10ª ed., 1833, preparada por Jules

Por serem os fatos de grande variedade (acontecimentos fatais, voluntários), e por não tratar a Parte Geral das relações jurídicas já estabelecidas, mas de seus elementos constantes, perderiam aqueles o caráter de generalidade e, por essa razão, defendia o autor que eles seriam mais convenientemente regulados na exposição das diversas instituições jurídicas (das quais constituem a causa produtora), ou seja, no âmbito da Parte Especial.¹¹⁵

Contudo, no Esboço, Augusto Teixeira de Freitas declarou-se convencido do acerto de inserir um terceiro elemento na Parte Geral, sem o qual seria “impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado”.¹¹⁶ A crítica, desta vez, volta-se às legislações que regulam restritivamente a contratos e testamentos matérias que seriam de aplicação geral à categoria mais abrangente dos “atos jurídicos”.¹¹⁷ A aproximação ao ALR prussiano, no qual essa se faz presente, não foi, porém, sem reservas, uma vez que o jurista prosseguiu na busca de categorias ainda mais gerais, ascendendo aos “fatos”¹¹⁸ como mais um dos componentes da Parte Geral,

Beving. *Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes, précédé d'une introduction à l'étude du droit romain*. 3ª ed. Bruxelles: Societé Typographique Belge, 1848) e de Joseph-Louis Elzéar Ortolan (ao menos a *Généralisation du droit romain* que, até 1854, ainda é anteposta à *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, e apresenta a primeira parte dividida em “personnes”, “choses” e “faits”). Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XLVI, nt. 27; p. LX, nt. 54; p. LXI, nt. 55.

¹¹⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIX-CXX.

¹¹⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 143 (comentário ao art. 431).

¹¹⁷ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 143 (comentário ao art. 431).

¹¹⁸ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 144 (comentário ao art. 431). A sugestão parece provir de Friedrich Carl von Savigny, a considerar a observação, já presente na obra anterior. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XLIX-L, nt. 33. Com efeito, esse jurista utiliza, para denominar os acontecimentos em virtude dos quais as relações jurídicas surgem ou extinguem-se, “*juristische Thatfachen*” (cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 3, p. 3, § 104), locução traduzida por Charles Guenoux,

os quais correspondiam, no conjunto, aos “elementos constitutivos de todas as relações jurídicas”:¹¹⁹

Mas essas disposições, que cumpria generalizar, só teriam por objeto os atos jurídicos; e pois que o Livro 1º do Projeto devia dar conta fiel de todos os elementos dos direitos, assim como subidos contratos e testamentos para os atos jurídicos, foi necessário remontar depois dos atos jurídicos par aos atos lícitos em geral, dos atos lícitos para os atos voluntários, achando aí os atos ilícitos; e finalmente dos atos voluntários para os fatos em geral. Desta gradual associação de idéias resultou a síntese completa da teoria dos fatos, como um dos elementos dos direitos, como a sua causa criadora, (...).¹²⁰

“Pessoas”, como sujeitos destinados à aquisição de direitos; “coisas”, como objetos sobre os quais se exercem esses direitos e, finalmente, “fatos”, como causas produtoras desses direitos, compreensivos tanto dos atos humanos quanto dos fatos exteriores, alheios à participação da vontade: tal a articulação entre os elementos componentes do “sistema do movimento da vida civil”.¹²¹

de cujo trabalho serviu-se o jurista brasileiro, como “*faits juridiques*”. Cf. GUENOUX, Charles. *Traité de droit romain*. Paris: Didot, 1843, t. 3, p. 3.

¹¹⁹ Ou simplesmente “elementos dos direitos”. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIII; p. CXLVI (em relação às pessoas e coisas); TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 143 (comentário ao art. 431).

¹²⁰ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 144 (comentário ao art. 431).

¹²¹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 144 (comentário ao art. 431). No que concerne à justificativa da escolha do termo “fato”, bem como à inter-relação que Augusto Teixeira de Freitas estabelece entre os elementos dos direitos componentes de sua Parte Geral, parece também notável a influência do autor de *Généralisation du droit romain*, Joseph-Louis Elzéar Ortolan, por ele conhecido (*supra*, nt. 114): “*fait (factum), (...), est pris, dans la langue juridique aussi bien que dans la langue ordinaire, chez le Romains comme chez nous, en un sens plus large; comme désignant tout événement quelconque survenu dans le monde de nos perceptions. Du reste, le fait peu être produit, soit par une cause placée entièrement en dehors de l’homme, à laquelle celui-ci n’a pu ni aider ni mettre obstacle; soit avec la participation directe*

3.1.2. Da contraposição entre “res corporales” e “res incorporales” à bipartição da “Parte Especial”

No sistema pandectista, a Parte Especial é reservada ao tratamento das relações jurídicas específicas, conforme se pode notar nos referidos manuais alemães¹²² e, também para Augusto Teixeira de Freitas, essa secção de um Código “descreve os direitos por suas diferenças, regula as relações jurídicas como engendradas, o que supõe os factos, que lhes tem dado origem (...)”.¹²³

Com efeito, já na primeira obra, o autor parece admitir que a passagem dos conceitos da Parte Geral para a Parte Especial, destinada aos diferentes direitos e relações jurídicas, mediava-se pelos fatos jurídicos, os quais dão origem a esses últimos,¹²⁴ concepção que se enuncia, mais claramente, no Esboço: “Sem fatos que engendrem direitos, eis o pensamento fundamental do nosso artigo e da presente Seção, não pode existir direito algum no sentido em que o Projeto vai regular direitos na Parte Especial”.¹²⁵ Essa conexão parece insinuar-se no ALR prussiano – cujo título terceiro da primeira parte (*Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten* – “dos atos e dos direitos que dele surgem”) precede a disciplina, v.g., dos contratos, das obrigações e direitos decorrentes dos atos ilícitos e da propriedade¹²⁶ - e em autores como Friedrich Carl von Savigny, que,

*ou indirecte de l’homme; soit enfin par l’effet immédiat de sa volonté”. Em relação à segunda assertiva, ao introduzir o tratamento dos “faits”, afirma este autor: “ici, la méthode des jurisconsultes romains nous abandonne presque entièrement. Nous arrivons à um troisième élément qu’elle n’a pas discerné et classé à part, quoiqu’il se trouve partout dans le droit. Nous avons eu le sujet et l’objet des droit : montrons la cause efficiente, l’élément générateur”. Cf. ORTOLAN, Joseph-Louis Elzéar. *Explication historique des Instituts de l’Empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe précédée d’une Généralisation du droit romain*. Paris: Joubert, 1844, v. 1, p. 62 (n. 50).*

¹²² Cf. *supra*, nt. 94.

¹²³ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIX.

¹²⁴ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIX-CXX.

¹²⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 144 (comentário ao art. 431).

¹²⁶ Cf. *supra*, nt. 85.

ao tratar da relação jurídica, dedica um capítulo à origem e extinção dessa, como premissa para a exposição de suas modalidades (Direito das Coisas, Direito das Obrigações, Direito de Família, Direito das Sucessões).¹²⁷

Na *dispositio* das Institutas de Gaio e Justiniano, cuja estrutura corresponde a uma divisão do que hoje se denomina “direito objetivo”,¹²⁸ não se procedeu a uma distinção dos direitos subjetivos ou das relações jurídicas. No direito concernente às coisas (*ius quod ad res pertinet*), apresenta-se a distinção entre *res corporales* e *res incorporales*,¹²⁹ a partir da qual se articula a disciplina, de um lado, da propriedade (*res corporalis*)¹³⁰ e, de outro lado, dos direitos reais

¹²⁷ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 3, p. 03 (§ 104).

¹²⁸ Cf. *supra*, nt. 77.

¹²⁹ Cf. Gai. 2, 12-14; Inst. 2, 2, 1-2; também, Gai. 2 *inst.*, D. 1, 8, 1, 1: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur (= Além disso, algumas coisas são corpóreas, outras incorpóreas. São corpóreas estas que podem ser tocadas, como um bem de raiz, um escravo, uma veste, o ouro, a prata e, enfim, outras inumeráveis coisas. São incorpóreas as que não podem ser tocadas, quais sejam, as que consistem em um direito, como a herança, o usufruto, as obrigações de qualquer modo contraídas. Não importa que na herança estejam contidas coisas corpóreas, pois também os frutos que são percebidos do imóvel são corpóreos, e aquilo que a nós é devido em razão de alguma obrigação na maior parte das vezes é corpóreo, como um bem de raiz, um escravo, um dinheiro. Pois o próprio direito de sucessão, o próprio direito de usufruir e o próprio direito de obrigação é incorpóreo. No mesmo número estão também os direitos dos prédios urbanos e rústicos, os quais são chamados também de servidões) (tradução de FRANÇA MADEIRA, Hécio Maciel. *Digesto de Justiniano – Introdução ao direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96-97).*

¹³⁰ Embora a propriedade seja também um direito, os juristas romanos situavam-na em uma categoria diversa uma vez que, devido à amplitude dos

limitados, herança e obrigações (*res incorporales*).¹³¹ Em suma, todos os *iura* de caráter patrimonial foram reunidos na noção de *res* por meio dessa dicotomia, a qual assume, no plano das *institutiones*, um papel de grande importância, pois dela dependeria, enfim, a própria tripartição (*personae-res-actiones*).¹³²

O plano expositivo dos manuais romanos foi criticado por Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716)¹³³, o qual propôs, como critério para uma classificação jurídica, a consideração da diferença dos direitos (e não das pessoas e coisas),¹³⁴ orientação essa que teria

poderes sobre a coisa que ela implicava, eles foram levados a identificar o direito de propriedade com a própria coisa que ele tem por objeto. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 145.

¹³¹ Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 383.

¹³² Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 383-384; também AARÃO REIS, Carlos David Santos. *Direito romano, abstração e Parte Geral do Direito Civil*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 70, a. 18, 1994, p. 38.

¹³³ Cf. LEIBNIZ, Wilhelm Gottlieb. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, ex artis didacticae principiis in parte generali praemissis, experientiaeque luce*. In LEIBNIZ, Wilhelm Gottlieb. *Opera Omnia*. Genève: De Tournes, 1768, t. 4, p. 183 (= Pars II, § 10): “*Sed nos contra methodi Justinianae vitia, novae utilitatem explicabimus. Primum in ipsa methodo Justinianea labor crescit in duplum, dum alia est Institutionum, alia Digestorum Codicisque methodus. Institutionum methodus per personas, res & actiones primum superflua est; (...). Et ut breviter dicam, est haec methodus non ex juris sed facti visceribus sumpta. Personae enim & res sunt facti, potestas & obligatio, & c. juris termini*”. (=Mas nós, contra os vícios do método justinianeu, explicaremos a utilidade de um novo <método>. Primeiramente, no próprio método justinianeu, o trabalho cresce duplamente, pois um é o método das Institutas e outro é o método do Digesto e do Códex. O método das Institutas, por pessoas, coisas e ações, é, primeiramente, supérfluo. [...] E, para que eu diga brevemente, esse método é haurido não das vísceras do direito, mas do fato. Pois pessoas e coisas são termos de fato, o direito e a obrigação, e <outros>, são termos jurídicos) (tradução livre).

¹³⁴ Essa proposta enuncia-se, mais claramente, numa revisão do § 10 da obra, feita pelo próprio autor: “*Caeterum Methodus Jurisprudentiae non ex facto sed juris visceribus sumenda est; nec tam personae et res, quam jura personis rebusque affixa tractantur. (...)*” (= Ademais, o método da ciência jurídica há de ser extraído das vísceras do direito e não do fato; não

sido seguida pela ciência jurídica alemã,¹³⁵ e que Augusto Teixeira de Freitas tomou como “supremo princípio” ou “princípio diretor”.¹³⁶

Dada a aproximação do jurista brasileiro ao sistema expositivo da literatura alemã, que se nota pela previsão de uma “Parte Geral” já desde a *Consolidação das Leis Civis*, seria natural que, também na estruturação da Parte Especial, realizasse também uma transposição legislativa do *Pandektensystem*, ou seja: direito das coisas, direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões.¹³⁷ Contudo,

tanto as pessoas e as coisas, como os direitos ligados às pessoas e coisas são tratados) (tradução livre). Dessa inserção se tem notícia pela edição de suas obras pela Preussische Akademie der Wissenschaften – *Philosophischen Schriften*. v. 1. Berlin: Akademie, 1990, p. 297-298, notas. Cf., também, VASOLI, Cesare. Enciclopedismo, pansofia e reforma ‘metodica’ del diritto nella “Nova Methodus” di Leibniz. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze, v. 2, 1973, p. 39, nt. 6; p. 69, nt. 85.

¹³⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LVI.

¹³⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XLIV, nt. 21; p. XLIX e nts. 30-31; p. LI, nt. 34, principalmente; TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostila à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859, p. 24-25. É provável que o autor tenha conhecido o teor da crítica de Gottfried Wilhelm Leibniz não diretamente, mas principalmente a partir do artigo de BLONDEAU, Hyacinthe. Des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées, à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de celles qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des Universités d'Allemagne. *Thémis*, Paris, v. 3, 1821, p. 246-277. Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre*, v. 17, 1999, p. 190, nt. 05.

¹³⁷ De fato, o pioneirismo de Augusto Teixeira de Freitas, em matéria de sistematização da matéria civil não teria consistido na construção da “Parte Geral”, como pretenderam alguns escritores (v.g., ROCHA, Clóvis Paulo da. Teixeira de Freitas e a sistematização do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 204, 1963, p. 409; VALLADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, v. 1, p. LIV-LV; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas: a criação da dogmática civil brasileira. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p.

a *summa diviso* dos direitos na qual “repousa todo o systema do Direito Civil” corresponderia, no plano do autor, apenas àquela entre “direitos pessoaes” e “direitos reaes”.¹³⁸

Para o autor, o critério distintivo deveria consistir no objeto dos direitos, não na oponibilidade ou na personalidade ativa daqueles:¹³⁹ os “direitos reaes” recairiam imediatamente sobre as coisas, ao passo que os “direitos pessoaes” afetariam as pessoas e, apenas por intermédio dessas, as coisas (ou, em suas palavras, “as pessoas nos factos á prestar”),¹⁴⁰ compreendendo a locução os direitos pessoais

170), pois que já corrente nos manuais alemães, mas em sua transposição legislativa. Cf., v.g., SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodification in Brasilien - Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Siebeck, 2009, p. 27-28. Contudo, o primeiro projeto (*Entwurf*) de Código civil para o reino da Saxônia, de 1853, já previa um *Allgemeiner Theil*, articulado do seguinte modo: *Erster Theil – Allgemeiner Theil: Erster Abtheilung – Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt; Zweite Abtheilung – Von den Personen überhaupt; Dritte Abtheilung – Von den Sachen überhaupt; Vierte Abtheilung – Von den Rechten in Allgemeinen; Fünfte Abtheilung – Von dem Besitze; Sechste Abtheilung – Von der Verjährung*. Essa parte recebeu, no texto final de 1863, a rubrica “*Allgemeine Bestimmungen*”, e passou a estruturar-se: *Erster Abtheilung – Von den bürgerlichen Gesetzen; Zweite Abtheilung – Von den Personen; Dritte Abtheilung – Von den Sachen; Vierte Abtheilung – Von den Handlungen; Fünfte Abtheilung – Von den Rechten; Sechste Abtheilung – Von den Sicherung, Vewahrung und Verfolgung der Rechte*. Sobre o pioneirismo desse Código no que concerne à previsão de uma Parte Geral e à acolhida de todo o *Pandektensystem*, cf. SCHMOECKEL, Mathias. *Der Allgemeiner Teil in der Ordnung des BGB*. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 147; SCHWARZ, Andreas. *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 578.

¹³⁸ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XLVII; p. LXI.

¹³⁹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XCV, nt. 51; p. XCVII; p. CVII-CVIII.

¹⁴⁰ Afastam-se, assim, outros significados que a locução “direitos pessoaes” poderia assumir: v.g., o de categoria de oposição a “direitos patrimoniais”, o de direitos a serem exercidos pessoalmente pelo sujeito, o de direitos não transmissíveis hereditariamente. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LXX, nt. 73; p.

nas relações de família e os direitos pessoais nas relações civis ou seja, as obrigações.¹⁴¹

No sistema das Institutas, os direitos concernentes às relações familiares constituíam apenas um desenvolvimento do *ius quod ad personas pertinet*, ao passo que as matérias atinentes aos direitos reais, ao direito sucessório e ao obrigacional integravam o *ius quod ad res pertinet*.¹⁴² Por não terem os juristas romanos individualizado a figura do “direito subjetivo”, não se ocuparam de sua classificação,¹⁴³ razão pela qual as fontes não enunciam a contraposição entre “direitos pessoais” e “direitos reais”, seja em termos de “direitos de família” e “direitos patrimoniais”, seja em termos de “direito obrigacional” e “direito real”. Por outro lado, sustenta-se que, no direito romano, a distinção entre as *actiones in rem* e *actiones in personam*¹⁴⁴

XCIII; p. XCVII, nt. 154; p. CVIII-CIX; p. CXII-CXIV.

¹⁴¹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIV. Sobre essa bipartição, cf. a valoração de BURDESE, Alberto. La distinzione tra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 306-307.

¹⁴² Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 73.

¹⁴³ Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 71; p. 386-387; p. 501.

¹⁴⁴ Gai. 4, 2-3: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi uel altius tollendi prospiciendive, (...).* (= Há *actio in personam*, pela qual demandamos, todas as vezes em que litigamos com alguém que se obrigou conosco ou por contrato ou por ato ilícito, ou seja, quando pretendemos que seja necessário dar, fazer ou prestar <algo>. Há *actio in rem*, quando pretendemos que uma coisa corpórea seja nossa, ou que nos caiba algum direito, como por exemplo, o de usar ou de usar e gozar, o de passar, o de transitar com o gado ou de conduzir água ou o de construir mais alto ou de ter vista) (tradução livre). Inst. 4, 6, 1: *Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit, qui nullo*

corresponderia, na prática, àquela entre direitos reais e obrigacionais.¹⁴⁵

Na tradição romanística, essa divisão é reproposta em termos substanciais de *ius in re* e *ius ad rem*,¹⁴⁶ os quais assumem, respectivamente, os significados de “direito real” e “direito obriga-

*iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu prodiatae actiones in rem sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est (= A principal divisão de todas as *actiones*, pelas quais se demanda, entre os sujeitos, junto aos juízes e árbitros, acerca de qualquer coisa, dá-se em dois gêneros: pois as <*actiones*> ou são *in rem* ou *in personam*. E, de fato, alguém demanda ou contra aquele que se obrigou com ele ou por contrato ou por ato ilícito, em cujo caso, as *actiones* ajuizadas são *in personam*, pelas quais pretende que o adversário deva dar-lhe ou dar ou fazer e por outros modos; ou <alguém> demanda contra aquele que não se obrigou por nenhum direito a ele, mas move a alguém uma controvérsia acerca de alguma coisa. Nesse caso, as *actiones* ajuizadas são *in rem*. Por exemplo, se alguém possuir uma coisa corpórea, a qual Tício afirma ser sua, e o possuidor disser, <em contrapartida>, que ele mesmo é o proprietário: se Tício pretender que <a coisa> é sua, a *actio* é *in rem*) (tradução livre).*

¹⁴⁵ Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 71; KASER, Max. *Das römische Privatrecht – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. München: Beck, 1971, p. 224-225. Em contrapartida, observou Friedrich Carl von Savigny que não havia completa correspondência entre tais distinções, pois, se por um lado, as ações decorrentes de direitos reais são *actiones in rem*, e aquelas de direitos obrigacionais são *actiones in personam*, por outro, reconhecem-se *actiones in rem* fora do âmbito dos direitos reais. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 373, nt. e (§ 56)

¹⁴⁶ Deve-se notar que as locuções “*ius in re*” e “*ius in rem*” apresentam-se, algumas vezes, em textos recolhidos no Digesto e no Códex: v.g., Gai. *l. ad ed. praet. urb.*, D. 9, 4, 30 (= D. 39, 2, 19 pr.); Ulp. 6 *fideicom.*, D. 32, 20; Ulp. 56 *ad ed.*, D. 47, 8, 2, 22; *Iust.*, C. 7, 39, 8, 1a (de 528). Entretanto, tais expressões seriam aplicadas, nesses contextos, indistintamente, tanto aos direitos pessoais, quanto aos reais. Cf. ORTOLAN, Joseph-Louis Elzéar. *Explication historique des Instituts de l’Empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe précédée d’une Généralisation du droit romain*. Paris: Joubert, 1844, v. 1, p. 81, nt. 01 (n. 68).

cional” (ou de crédito) na obra de alguns autores¹⁴⁷, tais como Arnold Vinnen (*Vinnius*, 1558-1657)¹⁴⁸ e Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741).¹⁴⁹

¹⁴⁷ A primeira distinção sistemática entre os direitos reais (“*dominium*”) e os direitos de crédito (“*obligatio*”) dever-se-ia a Johann Apel (*Apellus*, 1485-1536). Cf. STINZING, Johann August Roderich von. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München-Leipzig: Oldenbourg, 1880, v. 1, p. 294-295; WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 157; WIEACKER, Franz. *Gründer und Bewahrer: Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1958, p. 60; WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts – Von Frühformen bis zur Gegenwart*. München: Beck, 2006, p. 369; p. 390.

¹⁴⁸ Cf. VINNEN, Arnold. *In quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus e forensis*. Amstelodami: Apud Danielelem Elsevirium, 1665, p. 133 (comentário a Inst. 2, 1, 11): “*jura in rem sunt haec: dominium (...). Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum*” (= os direitos sobre a coisa são estes: a propriedade [...]. O direito à coisa é aquele que se diz, por um só nome, obrigação ou crédito) (tradução livre); e VINNEN, Arnold. *In quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus e forensis*. Amstelodami: Apud Danielelem Elsevirium, 1665, p. 572 (comentário a Inst. 3, 14, n. 1): “*rerum tractatio suscepta tit. 1. lib. 2, ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum, significari non tantum ea, quae dominii nostri sunt, caeteraque jura in rem, quae vindicari possunt: verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes*” (= o tratamento das coisas sustentado no título 1, livro 2, onde dissemos que, pela denominação de coisa, nesta distinção dos objetos, não está compreendido apenas aquelas coisas que são de nossa propriedade e os outros direitos sobre a coisa que podem ser reivindicados, mas também o direito à coisa, que, por uma só palavra, dizemos obrigação. E não fazemos mal aqueles que reconduzem o tratamento de toda essa matéria a dois capítulos, <a saber>, a propriedade e a obrigação, compreendendo na palavra “propriedade” todos os direitos sobre a coisa) (tradução livre).

¹⁴⁹ Cf. HEINECCIUS, Johann Gottlieb. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*. Amstelodami: Apud Ianssonio Waesbergios, 1738, p. 110 (§ 332): “*IVS IN RE, (...) est facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam. IVS AD REM facultas, competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur*” (= o direito na coisa [...] é o poder pertencente ao homem sobre a coisa, sem relação com uma pessoa determinada. O direito à coisa é o poder pertencente a uma pessoa sobre

A classificação dos direitos em *ius in re* e *ius ad rem* – que surge reproposta em termos de *ius reale* e *ius personale* em autores como Joachim Georg Darjes (1714-1791)¹⁵⁰, ou de *dingliches Recht* e *persönliches Recht* no ALR prussiano¹⁵¹ ou ainda de *dingliches Recht* e *persönliches Sachenrecht* no ABGB austríaco,¹⁵² mas sempre limitada aos *iura circa res*¹⁵³ ou *Sachenrecht* – dá, tendencialmente, lugar a outra, na literatura alemã oitocentista.

Com efeito, no sistema formulado por Gustav Hugo,¹⁵⁴ os diversos direitos ou relações jurídicas foram agrupados em *Sachenrecht*, *Obligationenrecht*, *Familienrecht* e *Erbrecht*, correspondentes, respectivamente, à teoria dos direitos reais, dos direitos de crédito, das relações de família e dos direitos reais e obrigacionais a ela relacionados, e das heranças e legados.¹⁵⁵ Também Friedrich Carl von Savigny, partindo da contraposição entre direito patrimonial - *Vermögensrecht* (compreensivo, este último, dos institutos concernentes aos direitos reais, obrigacional e sucessório)¹⁵⁶ e direito de família - *Familienrecht*),¹⁵⁷ e não obstante reconheça a possibilidade de maior articulação no interior de cada uma dessas categorias, findou por

outra pessoa, para que esta esteja obrigada a dar ou fazer alguma coisa) (tradução livre).

¹⁵⁰ Cf. DARJES, Joachim Georg. *Institutiones iurisprudentiae privatae romano-germanicae*. Jena: Cuno, 1749.

¹⁵¹ Cf. Th. 1, Tit. 2, § 122 e 125. Essa contraposição surge também, v.g., em ARNDTS, Ludwig. *Grudriss zur Vorlesungen über Pandecten*. München: Hübschmann, 1840; VANGEROW, Karl Adolph von. *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. Marburg: Elwert, 1848.

¹⁵² Cf. *supra*, nt. 85.

¹⁵³ Cf. HEINECCIUS, Johann Gottlieb. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*. Amstelodami: Apud Ianssonio Waesbergios, 1738, p. 110 (§ 331).

¹⁵⁴ Cf. *supra*, nt. 89. Observa-se, entretanto, uma organização das matérias muito semelhante a essa na obra de François Connan (*supra*, nt. 107). Cf. BERGFELD, Christoph. *Franciscus Connanus (1508-1551): Ein Systematiker des römischen Rechts*. Köln-Graz: Böhlau, 1968, p. 45.

¹⁵⁵ Cf. MACKELDEY, Fredinand. *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*. v. 2. Giessen: Heyer, 1833, p. 3-4 (§ 207).

¹⁵⁶ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 367 (§ 56); p. 380-386 (§ 57).

¹⁵⁷ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 338-344 (§ 53); p. 370 (§ 56).

aderir à - “mais fácil e conveniente” - disposição dos institutos jurídicos segundo o aludido sistema,¹⁵⁸ a qual se fundava não no critério do objeto da relação jurídica ou da oponibilidade dos direitos, mas na “íntima essência dos institutos, ou seja, na ligação orgânica desses últimos com a essência da pessoa”.¹⁵⁹

Em suma, no *Pandektensystem*, à distinção, de algum modo remontante ao direito romano, entre direitos reais e obrigacionais, somou-se a individualização, operada desta vez pelos juracionaisistas,¹⁶⁰ do direito de família e do sucessório, e sua colocação após o tratamento do direito patrimonial.¹⁶¹

Ao enfrentar o problema da classificação dos direitos, Augusto Teixeira de Freitas confrontou-se, principalmente com o tradicional “methodo das Institutas”, e com as classificações dos “Escriptôres allemães”. Em relação ao primeiro, criticou o tratamento dos direitos concernentes à família conjuntamente com os direitos relativos à pessoa, bem como a assimilação dos direitos reais e obrigacionais na noção geral de coisas (*res corporales-res incorporales*).¹⁶² Por

¹⁵⁸ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 387-389 (§ 58).

¹⁵⁹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 386-387 (§ 58).

¹⁶⁰ Cf., v.g., PUFENDORE, Samuel. *Ius naturae et gentium libri VIII*. Francofurti et Lipsiae: ex Officina Knochio-Eslingeriana, 1759, para as matérias atinentes ao direito de família; WOLF, Christian. *Institutiones iuris naturae et gentium*. Halae Magdeburgicae: in Officina Rengeriana, 1754; DARJES, Joachim Georg. *Institutiones jurisprudentiae universalis*. Ienae: Cuno, 1745, em relação às matérias de direito de família e sucessório.

¹⁶¹ Cf. SCHWARZ, Andreas. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Wien-Köln, v. 42, 1921, p. 581; p. 603-609; SCHMOECKEL, Mathias. Der Allgemeiner Teil in der Ordnung des BGB. In SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, v. 1, p. 138; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford, 1996, p. 100.

¹⁶² Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXLIV-CXLV; p. CLIV-CLV. Tratava-se, não obstante, de seu ponto de referência para a pesquisa do critério mais exato para a classificação dos direitos. Cf. FERRAZ PEREIRA, Aloysio. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In

sua vez, os sistemas doutrinários germânicos pareciam-lhe inconseqüentes, pois a síntese obtida em “direitos patrimoniais” e “direitos de família” acaba por ceder a divisões reputadas desnecessárias.¹⁶³

Para o autor, a contraposição fundamental dos direitos não se dava entre “*ius in re*” e “*ius ad rem*”, ou seja, entre “direitos reais” e “direitos obrigacionais”, segundo a leitura corrente daquelas locuções por humanistas e jusracionalistas, nem mesmo entre e “direitos patrimoniais” e “direitos de família”, conforme se verifica em Friedrich Carl von Savigny, mas entre “direitos reais” e “direitos pessoais”, tomando-se essa última locução na sua significação mais ampla.¹⁶⁴ Nessa carga semântica atribuída a “direitos pessoais” encontra-se a “inovação” que o jurista esforça-se por justificar: segundo o critério adotado, reconhece o autor identidade estrutural entre os direitos de família e os direitos obrigacionais: “as relações de família, do mesmo modo que as obrigações, dão-se de indivíduos para indivíduos determinados”,¹⁶⁵ distinguindo-se os direitos pessoais nessas relações apenas por sua maior intensidade, uma vez que têm tais direitos por objeto não os atos, mas a própria pessoa.¹⁶⁶

A locução “*jus in personam*” já havia sido empregada por Wilhelm Gottlieb Leibniz para aludir a direitos diversos dos estritamente obrigacionais, em contraposição ao “*jus in rem*”, compreensivo da propriedade e de seus desmembramentos.¹⁶⁷ Ao articular

SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 97.

¹⁶³ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CLII-CLIII.

¹⁶⁴ Expressões como “*ius personale*” e “*persönliches Recht*”, empregadas por autores e Códigos, aludiam, em regra, apenas ao direito de crédito (obrigações). E, de fato, ainda no século XIX, utilizavam-se, em regra, tais locuções nessa acepção limitada, conquanto se reconheça que, em geral, pudesse aludir aos direitos sobre pessoas alheias (*Rechte an fremden Personen*), em oposição aos direitos sobre coisas (*dingliche Rechte*). Cf. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Düsseldorf: Buddaeus, 1862, p. 86 (§ 41).

¹⁶⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CL.

¹⁶⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXLVII; p. CLI, nt. 253.

¹⁶⁷ Cf. LEIBNIZ, Wilhelm Gottlieb. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, ex artis didacticae principiis in parte generali praemissis, ex-*

as classificações dos direitos – “*droits dans les choses*” e “*droits sur les personnes*” – com a das ações – “*actions réeles*” e “*actions personnelles*”, Michel Prévôt de la Jannès (1695-1749) considerou que essas últimas decorrem dos vínculos que os homens estabelecem uns com os outros, os quais surgem, por sua vez, ou de acordos que têm por objeto uma coisa determinada, ou daqueles, como o casamento, do qual decorrem direitos sobre todas as ações, estado e vida dos contratantes.¹⁶⁸ Por conseguinte, a segunda parte de seu trabalho, dedicado às ações pessoais, compreendia matérias como casamento, obrigações e tutela.¹⁶⁹ Enfim, a possibilidade de aproximação entre a relação jurídica obrigacional e as relações de direito de família – em oposição aos direitos reais¹⁷⁰ – com base em critérios como o do ob-

perientiaequ luce. In LEIBNIZ, Wilhelm Gottlieb. *Opera Omnia*. Genève: De Tournes, 1768, t. 4, p. 185-186 (Pars II, § 17): “*Jus in rem dicitur Facultas, & habet species: Dominium directum in rei materiam; utile, seu jus utendi fruendi (...); & alia jura realia. Jus in personam dicitur Potestas, & multis modis variat, interdum vitae necis, interdum & castigationis, interdum increpationis, & c.*” (= o direito sobre a coisa é chamado de “faculdade”, e comporta espécies: o domínio direto na matéria da coisa, o <domínio> útil, ou o direito de usar e fruir [...]; e outros direitos reais. O direito sobre a pessoa é chamado de poder, e varia por muitos modos, às vezes o <direito> de vida e morte, às vezes o de castigo, às vezes o de repreensão, e outros) (tradução livre).

¹⁶⁸ Cf. PREVÔT DE LA JANNÈS, Michel. *Les principes de la jurisprudence française exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice*. Paris: s. ed., 1770, v. 1, p. 7; PREVÔT DE LA JANNÈS, Michel. *Les principes de la jurisprudence française exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice*. Paris: Briasson, 1750, v. 2, p. 2-3.

¹⁶⁹ Cf., sobre esse plano, ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris: LGDJ, 1969, p. 149-151.

¹⁷⁰ Essa vinculação manifesta-se, também, nas *Institutiones iurisprudentiae privatae romano-germanicae*, de Joachim Georg Dajes, cuja a parte especial (*pars specialis*) divide-se em sect. I (*De iure atque obligatione personali*) – articulada segundo os modos de aquisição: *ex turbatione, ex contractu e ex lege*, compreendendo essa última causa aquisitiva também a matéria afeita às relações de família (*de iuribus atque obligationibus, quae ex iusto matrimonio sequuntur, de patria potestate et quibus modis adquiritur, de tutoribus, de curatoribus*) – e sect. II (*De iuribus realibus*). Cf. DARJES, Joachim Georg. *Institutiones iurisprudentiae privatae romano-germanicae*. Jena: Cuno, 1749.

jeto da relação jurídica (*fremde Personen*)¹⁷¹ e o da oponibilidade dos direitos (*Verhältnisse zu bestimmten Individuen* ou *gegen bestimmte Individuen*),¹⁷² foi discutida por Friedrich Carl von Savigny, que a considerava apenas aparente, por não considerar diferenças substanciais entre essas relações.¹⁷³

Embora também reconheça essas últimas,¹⁷⁴ as semelhanças estruturais assumem maior peso para Augusto Teixeira de Freitas, ainda que não seja clara a influência que sobre ele possam ter exercido as sugestões de Wilhelm Gottlieb Leibniz¹⁷⁵ e de Michel Prévôt

¹⁷¹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 339-340 (§ 53); p. 387 (§ 58).

¹⁷² Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 387 (§ 58).

¹⁷³ Nas relações obrigacionais, há, entre os sujeitos, uma sujeição parcial de um sujeito à vontade do outro, ao passo que, nas relações de família, há uma relação de vida, de caráter natural e costumeiro, mas também jurídico, que se estabelece para uma vinculação duradoura entre os sujeitos. O conteúdo da relação jurídica, nesse caso, não é a sujeição, mas pretensão geral de reconhecimento, oponível a todos, da existência dos vínculos familiares. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 342-343 (§ 53); p. 349 (§ 54); p. 363 (§ 55); p. 387-388 (§ 58).

¹⁷⁴ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CL-CLI e nt. 253.

¹⁷⁵ A divisão entre *ius in rem* e *ius in personam*, nos termos em que a compreendia Wilhelm Gottlieb Leibniz, não foi referida por Augusto Teixeira de Freitas em seus trabalhos. O artigo de Hyacinthe Blondeau, de que se teria servido o jurista brasileiro (*supra*, nt. 136), por sua vez, alude a uma distinção entre “*jus in re*” e “*jus ad rem*” no trabalho do jurista alemão, como correspondentes, respectivamente, à propriedade e à obrigação. Cf. BLONDEAU, Hyacinthe. Des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées, à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de celles qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des Universités d'Allemagne. *Thémis*, Paris, v. 3, 1821, p. 246-277. Embora utilize as locuções exatas – *jus in rem* e *jus in personam* –, José Luis de Los Mozos também as reconduz ao significado de direito real e de obrigação, interpretação que não parece corresponder completamente ao sentido da passagem transcrita (*supra*, nt. 167). Ademais, esse autor afirma que a distinção leibniziana, nos termos em que a compreende (a saber, “direitos reais” e “obrigação”), foi referida por Augusto Teixeira de Freitas como fundamental para toda classificação jurídica, o que também não se comprova

de la Jannès.¹⁷⁶ De fato, as referidas semelhanças prestavam-se bem aos seus esforços de síntese para a classificação dos direitos, a qual resultava natural, pois ditada pelas diferenças inalteráveis das relações jurídicas, e exauriente, pois suprimia as “divisões escusadas” dos autores alemães.¹⁷⁷

Essa “classificação capital”¹⁷⁸ da Parte Especial é reproposta no Esboço, ainda que com maiores articulações, mantendo-se o critério basilar da distinção, a saber, o do objeto - imediato - dos direitos, a saber, pessoas e coisas.¹⁷⁹

art. 18: Os direitos, que o presente Código regula, são considerados em relação ao seu *objeto*, e distinguidos em *direitos pessoais*, e *direitos reais*. Os *direitos pessoais* são distintamente considerados nas relações de família, e nas relações civis.

no trecho a que remete o leitor (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostila à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859, p. 24-25). Cf. DE LOS MOZOS, José Luis. Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas (a través de la distinción entre obligaciones y derechos reales y a propósito de la posesión. In SCHIPANI, Sandro (org). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, p. 471-473.

¹⁷⁶ O artigo de Hyacinthe Blondeau (*supra*, nt. 136) não se deteve no exame desse trabalho, por ele criticado em razão do critério adotado e não se localizaram citações dele por parte de Augusto Teixeira de Freitas. Cf. BLONDEAU, Hyacinthe. Des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées, à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de celles qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des Universités d'Allemagne. *Thémis*, Paris, v. 3, 1821, p. 250-251, nt. 01.

¹⁷⁷ A crítica é especialmente dirigida ao sistema de Ferdinand Mackeldey (cf. *supra*, nt. 92), presente no *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* (= *Manuel de droit romain contenant la théorie des Institutes*), cuja 10ª ed. (1833) já apresenta o sistema quadripartido na Parte Especial. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LXI-LXII; p. XCIII; p. CXIII-CXIV; MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 431.

¹⁷⁸ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 13 (nota ao art. 18).

¹⁷⁹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 13-14 (nota ao art. 19).

art. 19: São *direitos pessoais* os que têm por *objeto imediato* as pessoas, posto que mediatemente possam ter por objeto as *coisas*. São *direitos reais* os que têm por *objeto imediato* as coisas, posto que mediatemente tenham por objeto as *pe-soas*.

Dentre os aprimoramentos,¹⁸⁰ conta-se a concepção de outro livro - resultante do desenvolvimento de reservas já feitas na Consolidação - dedicado às disposições comuns aos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores e prescrição),¹⁸¹ cujo conteúdo, entretanto, não foi elaborado.¹⁸² A sugestão, sob o ponto de vista formal, parece ter vindo do ABGB austriaco (cuja terceira parte dedicava-se às disposições comuns dos direitos pessoais e reais - *Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte*), e algumas dessas matérias já figuravam à parte nos sistemas doutrinários e em projetos de codificação germânicos do período.¹⁸³ De qualquer modo, Augusto Teixeira de Freitas, embora o tivesse concebido como terceiro livro, chegou à conclusão de que comporia, mais convenientemente, o primeiro livro da Parte Especial, sob a denominação “dos efeitos civis”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Dividiu-se o livro II (*Dos direitos pessoais*) em três seções, correspondentes aos “direitos pessoais em geral” (seção I), aos “direitos pessoais nas relações de família” (seção II), e aos “direitos pessoais nas relações civis” (seção III). Na subdivisão dos direitos pessoais, corroborou-se o critério (ou “ponto de vista”) da intensidade dos direitos – Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 13 (nota ao art. 18). Por sua vez, o livro III (*Dos direitos reais*), foi tripartido em “dos direitos reais em geral” (seção I), “dos direitos reais sobre as coisas próprias” (seção II), e “dos direitos reais sobre coisas alheias” (seção III).

¹⁸¹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXV-CXVIII.

¹⁸² Cf. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas: a criação da dogmática civil brasileira. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 164.

¹⁸³ Cf., em relação ao concurso de credores, v.g., MACKELDEY, Ferdinand. *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Rechts*. Giessen: Heyer, 1820 e o Projeto de Código Civil para o Reino da Saxônia.

¹⁸⁴ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXIII, nt. 6; p. CXVIII-CXIX.

4. CONCLUSÕES

A sistematização da matéria jurídica passa a ser um direcionamento expressivo dos esforços da ciência jurídica a partir do século XVI, quando o *ordo legum* da compilação justinianéia, sobre o qual se desenvolvia a atividade precipuamente exegética dos juristas, mostrou-se insuficiente para atender às aspirações racionalistas dos humanistas e dos autores da Escola do Direito Natural.

Dentre os livros do *Corpus iuris* justinianeu poderia prestar-se a tais fins apenas as *Institutae*, obra didática (mas dotada também de força legal), na qual a matéria jurídica (o “*omne ius*”) tripartia-se em *personae*, *res* e *actiones*. Esse plano expositivo inspirou não apenas a organização de alguns comentários sobre o direito romano dos séculos XVI-XVII, mas também subjaz à disposição das matérias em codificações jurracionalistas como o *Code civil* francês e o ABGB austríaco.

Por sua vez, a estrutura do *Pandektensystem*, depurado na ciência jurídica alemã oitocentista, não parece completamente alheia à influência do manual bizantino: de um lado, as incrustações interpretativas em torno da tripartição *personae-res-actiones*, principalmente pelo significado atribuído às *actiones*, podem ter confluído para o esquema tripartite da Parte Geral: pessoas-coisas-atos ou fatos; de outro lado, a principal divisão das *res* em *res corporales-res incorporales*, pela qual se reuniam os direitos patrimoniais (propriedade, direitos reais parciais, direito sucessório e direito obrigacional) parece refletir-se, com a inclusão do direito de família emulsionado em sistemas jurracionalistas, na composição da, explícita ou implícita, “Parte Especial”: *Sachenrecht*, *Schuldrecht*, *Familienrecht* e *Erbrecht*.

Logo, as divisões fundamentais das *Institutae* – *personae-res-actiones* e *res corporales-res incorporales* – teriam constituído o ponto de partida de toda a sistematização posterior do direito.¹⁸⁵

Em meados do século XIX, encarregado da organização de

¹⁸⁵ Cf. WOŁODKIEWICZ, Witold. La sistematica istituzionale gaiana: modello per i giustinianeus e per l’esposizione del diritto moderno. *Panorami: riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l’amministrazione*. Catanzaro, v. 92, 1997, p. 45; LUIG, Klaus. La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 293.

um código civil para o Império brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas teve como uma de suas principais preocupações a escolha ou elaboração de um plano sistemático.¹⁸⁶ Confrontou-se, assim, tanto com a tradição do plano gaiano-justinianeu, quanto com a autoridade científica de que desfrutava o sistema corrente nos manuais alemães de direito romano. Com efeito, o primeiro não apenas correspondia àquele de parte das codificações europeias, mas contava com séculos de persistência no âmbito científico, de modo que o próprio Friedrich Carl von Savigny esforçou-se para vincular, de algum modo, o sistema que consolidou à tradicional *dispositio* das Institutas,¹⁸⁷ e célebres autores portugueses ainda lhe davam preferência.¹⁸⁸ Por outro lado, o prestígio da literatura jurídica alemã comunicava-se também ao mais recente *Pandektensystem*, o qual já encontrava certo favor em autores brasileiros como Antonio Joaquim Ribas.¹⁸⁹

O jurista brasileiro considerava que, ao empreender-se uma nova legislação, seria necessário “que muito se medite á respeito do methodo conveniente”.¹⁹⁰ De suas reflexões, apresentadas sobretudo na Introdução à Consolidação das Leis Civis e retocadas no Esboço, resultou um plano geral que, se por um lado, afastava-se declaradamente do modelo romano, não acolhia, porém, sem reservas, o sistema de Gustav Hugo, Arnold Georg Heise e, em certa medida,

¹⁸⁶ Cf. VILLARD, Paul. La tradition juridique française dans l’oeuvre de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 275.

¹⁸⁷ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 404-405 (§ 59).

¹⁸⁸ Cf., v.g., MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati – Liber II – De jure personarum*. Coimbra: Typographia Academico-Regica, 1828, p. 01 (§ 1); BORGES CARNEIRO, Manoel. *Direito civil de Portugal, contendo três livros I. Das pessoas: II. Das cousas: III. Das obrigações e accções*. Lisboa: Imprensa Régia, 1826, t. 1, p. 01 (Prefação).

¹⁸⁹ Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, v. 1, p. 323-334. Sobre o autor e sua importância para a sistematização do direito civil brasileiro, cf. STRENGER, Irineu. *Da dogmática jurídica: contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000, p. 127-159, principalmente.

¹⁹⁰ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LXII.

aquele de Friedrich Carl von Savigny.¹⁹¹

A sua reverência pelo direito romano, “fonte vital” dos juristas, não constituiu um obstáculo a que se afastasse das *dispositiones* dos livros justinianeus, sobretudo daquele “inculcado methodo das Institutas”,¹⁹² por entender que suas falhas e incongruências não o tornavam apto a servir de base para o traçado sistemático de uma legislação de seu tempo. Suas críticas à sistematização romana opunham-se à “veneração supersticiosa”¹⁹³ de Jacques Cujas (*Cuiacius*, 1520-1590), e assinalam, também, maior desprendimento da tradição em relação àquelas de Friedrich Carl von Savigny,¹⁹⁴ ao qual se alinha, de qualquer modo, no propósito de ensaiar um novo plano de sistematização da matéria civil.

Augusto Teixeira de Freitas passa em revista propostas de sistematização, provavelmente a partir da contribuição de Hyracinthe Blondeau, de autores (humanistas e jusracionalistas) alemães e franceses, bem como de tratadistas portugueses como José Homem Corrêa Telles e Manuel António Coelho da Rocha.¹⁹⁵ De toda essa literatura, parece selecionar, para seu plano, a “idéa capital” de Wilhelm Gottlieb Leibniz, segundo a qual o critério para a classificação jurídica deveria ser o da diferença dos direitos.¹⁹⁶ Outra concepção que o anima desde a primeira obra é a divisão do sistema em Parte Geral e Parte Especial, devida a “alguns Escriptoires”¹⁹⁷ alemães, e correspondentes ao “direito possível” e ao “direito efetivo”.¹⁹⁸

¹⁹¹ Cf. KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil brasileiro. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 328.

¹⁹² Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LVI.

¹⁹³ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XL, nt. 14.

¹⁹⁴ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 394-395 (§ 59); sobretudo, p. 404-405 (§ 59).

¹⁹⁵ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LVIII-LXI.

¹⁹⁶ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LVI.

¹⁹⁷ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXIX.

¹⁹⁸ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXLVI.

Entretanto, a admiração pelas conquistas da ciência jurídica germânica não impediu tampouco o juízo crítico de Augusto Teixeira de Freitas. Com efeito, a transposição legislativa da Parte Geral, tal como figurava nas obras romanísticas (*Personen-Sachen-Handlungen*), não se deu imediatamente, tratando-se, antes, de uma proposta meditada, criticada, reconsiderada e, por fim, conscientemente acolhida no Esboço. A quadripartição do *Pandektensystem* (*Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht e Erbrecht*), a seu turno, não teria a mesma sorte, uma vez que, para a Parte Especial, acreditava o autor ser possível a obtenção de maior síntese na classificação dos direitos. A inspiração para a divisão dos direitos em “direitos reais” e “direitos pessoais” poderia ter provindo de autores como Wilhelm Gottlieb Leibniz ou Michel Prévôt de la Jannès. É mais provável, porém, que a aproximação estrutural entre as relações jurídicas obrigacionais e de família, em contraposição aos direitos reais, tenha-lhe sido sugerida pela leitura de Friedrich Carl von Savigny,¹⁹⁹ o qual, embora a rejeitasse, dizia ser ela compartilhada por vários autores.²⁰⁰ A retomada dessa perspectiva por Augusto Teixeira de Freitas consentia-lhe conformar a sua categoria dos “direitos pessoais”, ensaiando, aparentemente pela primeira vez, a transposição legislativa de deduções científicas não aproveitadas na estruturação do *Pandektensystem*.

Verifica-se, portanto, que, também em matéria de sistematização, o direito romano – “precioso legado” de que depende a manutenção das noções jurídicas obtidas a custo de meditações, sacrifícios e tradições históricas²⁰¹ - constitui seu ponto de partida, fornecendo-lhe modelos,²⁰² assim como a literatura romanística - de humanistas a Friedrich Carl von Savigny e Ferdinand Mackeldey²⁰³ -

¹⁹⁹ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CXLIX-CL.

²⁰⁰ O autor refere-se apenas a “muitos” (*bey Vielen*) ou “alguns” (*Manche*) partidários desse modo de consideração dos direitos, sem referências mais precisas. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 342-343 (§ 53); p. 387-388 (§ 58).

²⁰¹ Cf. Correio Mercantil. Rio de Janeiro, anno XIV, n. 284, 22.10.1857.

²⁰² Cf. FERRAZ PEREIRA, Aloysio. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 96-97.

²⁰³ Com efeito, já se notou que o sistema alemão era representado, para Augusto Teixeira de Freitas, sobretudo por aquele presente na obra desse

aconselha-lhe outros, porém nem a autoridade pessoal deste,²⁰⁴ nem a impessoal do direito antigo,²⁰⁵ impuseram-lhe o traçado definitivo.

Reconhece-se, assim, na relação entretida com o patrimônio jurídico romano, um alinhamento do jurista brasileiro com os autores alemães da Escola Histórica,²⁰⁶ ao realizar o lema de Rudoph von Jhering: “*durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*”.²⁰⁷

Por outro lado, as propostas de disposição das matérias decantadas pela ciência jurídica germânica do século XIX não lhe pareciam, em seu conjunto, satisfatórias, o que levou Augusto Teixeira de Freitas a operar seleções. Para tanto, não se ateu o jurista a essa literatura, admitindo, em princípio, para a confecção de seu plano, a possibilidade de aproveitamento de resultados e tradições acumulados ao longo dos séculos de estudos, sem distinções de escolas, cujas rupturas ou não foram visualizadas²⁰⁸ ou não foram consideradas relevantes pelo autor.

autor. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 417-448, p. 431 e *supra*, nt. 114.

²⁰⁴ Cf. SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 77; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas: a criação da dogmática civil brasileira. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 155-170, 158-159; p. 168.

²⁰⁵ Cf. FERRAZ PEREIRA, Aloysio. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 99.

²⁰⁶ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 417-448, p. 448; SCHMIDT, Jan Peter. *Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien - Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Siebeck, 2009, p. 37.

²⁰⁷ Cf. JHERING, Rudoph von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866, p. 14 (I, §1).

²⁰⁸ Cf., nesse sentido, LUIG, Klaus. La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 300.

Como Zêuxis de Heracleia, pintor encarregado de retratar Helena para o templo de Crotona,¹ o “jurisconsulto do Império” compulsa, dos vários modelos oferecidos, as partes desses que lhe parecem mais adequadas para forjar o seu sistema, não reconhecendo outros compromissos senão aquele com “as verdadeiras bases da codificação”.²

Com efeito, o exame crítico de materiais muito variados - fontes jurídicas antigas, literatura romanística, codificações civis e produção científica contemporânea - conduziu à elaboração de planos sistemáticos, na Consolidação e no Esboço, em seu conjunto, originais, tal como o próprio autor, muito provavelmente, também os considerasse: “O plano da Consolidação das Leis Civis foi obra minha, primeiro testâmen da exatíssima divisão dos direitos em pessoais e reais”.³

Nessas vicissitudes intelectuais, desponha, independentemente das virtudes e defeitos dos sistemas obtidos, a independência do jurista em sua construção: para além do direito romano, para além das obras legislativas e doutrinárias de grande prestígio em seu tempo, Augusto Teixeira de Freitas procedeu com a liberdade de cujo reconhecimento depende - segundo ponderação de Friedrich Carl von Savigny, a propósito da possibilidade de coexistência de diversas sistematizações da matéria jurídica - a verdadeira vida de toda ciência.⁴

¹ Cf. Cícero, *De inventione*, 2,1-3.

² Cf. Carta de 20.9.1867, transcrita em NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império (Nabuco de Araújo). Obras completas de Joaquim Nabuco*. São Paulo: Instituto Progresso, s.d., v. 4, p. 66.

³ Cf. Carta de 20.9.1867, transcrita em NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império (Nabuco de Araújo). Obras completas de Joaquim Nabuco*. São Paulo: Instituto Progresso, s.d., v. 4, p. 64.

⁴ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1, p. 407 (§ 59).

A NOÇÃO DE “CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS” NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX⁵

Alfredo de Jesus Flores

1. APROXIMAÇÃO AO TEMA

Dentre várias características da história da codificação no Brasil, há um fato relevante que até os dias atuais gera debates acadêmicos - o fato de que a independência jurídica que se anelava desde 1822, como consequência da independência política do Reino de Portugal, em particular no âmbito civil, somente poderia ocorrer com a publicação de um Código. Mas este Código civil não saiu publicado senão em 1916, quase um século depois. Desta maneira, é pacífico que a prática jurídica civil no Brasil, no Império e no início da República, foi regida pela legislação que foi sendo promulgada neste período e, particularmente, pelas Ordenações Filipinas que advinham da época do domínio português.

O instrumento para garantir no Brasil desta época a vigência dessa legislação advinda do Antigo Regime português foi a “Consolidação das leis civis”, obra publicada em 1857 sob os auspícios do governo imperial, sendo fruto do trabalho de Augusto Teixeira de Freitas, um dos juristas mais respeitados do período. Essa “Consolidação” cumpriu a função na prática do Direito civil brasileiro de atualizar o texto filipino e abarcar as novidades da legislação que se fazia no país naquele então. Com isso, a “Consolidação das leis”, enquanto uma compilação legislativa, não sendo propriamente um

⁵ Texto consolidado de conferência no *Seminário “Direito e linguagem na construção do Estado brasileiro” – Conceitos jurídico-políticos e estatalidade do Antigo Regime à República*, que ocorreu no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, Campus Trindade (Florianópolis) em 21 de maio de 2012.

Código,¹ é uma noção que teve guarida no discurso, bem como na prática jurídica brasileira do séc. XIX, de modo especial após a publicação do texto de Teixeira de Freitas.

Vale recordar que o conceito de Consolidação é ainda hoje utilizado, como é possível referir à “Consolidação das Leis do Trabalho” publicada no ano de 1943 e que ainda hoje tem vigência como texto central da legislação trabalhista nacional. Mas não é só isso. Essa noção foi utilizada por outros autores em obras intituladoas como “Consolidação das leis” no mesmo séc. XIX, sendo que, entre essas obras, as de maior relevância se encontravam tanto no âmbito civil como no processual civil, levando-se em conta igualmente o peso específico dos autores da época que publicam tais livros.

Desta maneira, o presente trabalho buscará dar atenção às peculiaridades das obras que têm a expressão “Consolidação de leis” em seu título, presumindo aqui que existiria alguma formatação destes textos em vista de tal enquadramento. Na sequência, pretende-se trabalhar com a perspectiva conceitual que possa dar conta do uso dessa nomenclatura, observando-se o debate central que havia sido desenvolvido no continente europeu e a recepção que se dá no Brasil em meados do séc. XIX desta mesma terminologia. Com isso, busca-se problematizar a postura da doutrina corrente nacional que trata do tema, a qual normalmente se encontra presa a concepções ultrapassadas de metodologia e aos discursos da época de afirmação do projeto liberal de confirmação do processo codificatório. Dessa maneira, visa-se ressaltar a relevância do emprego que houve desta terminologia no cenário nacional como sendo a denominação de uma ideia de organização legislativa, nesse caso, em forma de com-

¹ Segundo se percebe no próprio texto de Teixeira de Freitas, nunca houve tal pretensão nem por parte de seu autor, nem pelo governo imperial, de que a compilação legislativa fosse entendida como um Código, ao sentido utilizado no séc. XIX. Assim: “Consolidará (tal foi o programma do Governo) toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da Classificação. – Consiste a consolidação em mostrar o ultimo estado da Legislação. – A consolidação será feita por titulos e artigos , em os quaes serão reduzidas a proposições claras e succintas as disposições em vigor. – Em notas correspondentes deverá citar a lei , que autoriza a disposição, e declarar o costume, que estiver estabelecido contra ou além do texto” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. V-VI).

pilação, que teve guarida nesse contexto oitocentista nacional e que realmente concorreu com o processo de elaboração de códigos.

Se é importante a questão da metodologia, a que se emprega neste trabalho se inspira de uma forma mais livre nos moldes da “história do livro”, em que se aprecia cada obra dando atenção igualmente aos aspectos externos como ao conteúdo jurídico ali presente. De maneira mais direta, pretende-se fazer a comparação entre os conteúdos e as características mais gerais das obras intituladas de “consolidação de leis” de determinada matéria. A intenção de fazer tal comparação é no sentido de buscar averiguar elementos constantes que identifiquem, neste imaginário jurídico da segunda metade do séc. XIX no Brasil, a forma de uma obra tida como uma “Consolidação” com relação às outras obras da literatura jurídica da época.

A investigação aqui encetada tomou por base alguns elementos de análise das obras, a saber: (a) o caráter da divisão da matéria na obra; (b) a apresentação do texto e das notas; (c) a disposição do texto, se em forma legislativa ou não; (d) as citações feitas da obra-chave, no caso a “Consolidação” de Teixeira de Freitas, lembrando que foi a primeira obra importante no cenário nacional que tem no título essa nomenclatura.

2. AS OBRAS INTITULADAS DE “CONSOLIDAÇÃO DE LEIS” NA LITERATURA JURÍDICA DA 2ª METADE DO SÉC. XIX NO BRASIL

Desde uma rápida pesquisa que qualquer interessado pode fazer nos atuais sistemas de busca em páginas web especializadas e em bibliotecas virtuais, é possível identificar que, após a publicação da primeira obra com tal terminologia, a “Consolidação” de Teixeira de Freitas em 1857, algumas outras obras tiveram essa locução “consolidação de leis” em seus títulos na segunda metade do séc. XIX. Desta forma, partindo de uma perspectiva mais nominal, em que interessa averiguar a razão do emprego desta terminologia e não de outra, opta-se por ordenar as obras com tal nomenclatura em dois planos: (2.1) as obras que versam sobre processo civil; e (2.2) as que versam sobre direito civil. O foco da distinção entre estas duas subseções parte da constatação de que as obras a serem citadas, que eram justamente as de maior relevância na literatura jurídica

nacional do período com tal nomenclatura,² restringiam-se mais a essas duas matérias, ainda que outras “consolidações” tenham sido publicadas no período.

A perspectiva adotada nesta seção é analítico-extensiva: ou seja, não tem a pretensão de afirmar alguma verdade apodíctica, uma vez que o uso de determinada nomenclatura³ em títulos de obra jurídica também pode compreender critérios distintos aos da ciência. Por isso, a análise parte de um ponto de vista externo ao problema do uso da terminologia, uma vez que não se pode presumir que exista uma essência da noção de “consolidação de leis” que viesse a ser propriamente apreendida. Dentro da perspectiva da linguagem, existe sim uma confluência de interesses que pode explicar o uso

² Assim, por exemplo, na “Rede Virtual de Bibliotecas” do Congresso Nacional constante na Internet, aparecem outras obras datadas de meados do séc. XIX até o final do mesmo século, das quais algumas serão citadas neste texto, tanto em suas edições originais como nas edições posteriores. Essas obras utilizam no título a expressão “Consolidação de leis” ou terminologia muito próxima a isso (como “Consolidação das disposições legislativas”, por exemplo); contudo, para efeitos desta pesquisa, entende-se que, muito embora tais obras tenham circulado no âmbito prático-jurídico do Direito nacional com tal nomenclatura, nem todas tiveram a mesma relevância para o foro. Valendo-se do prestígio que os autores das obras aqui selecionadas possuíam na época, optamos por deixar de fora desta análise os trabalhos menos conhecidos, que são justamente essas obras outras que tiveram o seu uso, mas que não foram distinguidas pela doutrina como de valor mais perene. As obras aqui trabalhadas são de per se reconhecidas já na sua época, o que se acrescenta com o renome dos autores das mesmas, que eram juristas ou políticos ilustres do período. Para as demais obras, fica a proposta de uma investigação posterior.

³ Não se tem a pretensão de enquadrar a expressão “consolidação de leis” como “conceito”, no sentido afirmado por Koselleck, pois este assevera que “de forma evidentemente simplificada, podemos admitir que cada palavra remete-nos a um sentido, que por sua vez indica um conteúdo. No entanto, nem todos os sentidos atribuídos às palavras eu consideraria relevantes do ponto de vista da escrita de uma história dos conceitos” (KOSELLECK, Reinhart. *Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 05, n. 10, 1992, p. 134-146), de onde são necessários instrumentos metodológicos específicos para conseguir alçar o termo ao nível de um “conceito”. Mas isso não obsta que se busque mostrar neste trabalho elementos que manifestam sua relevância na história da legislação nacional.

desta locução para identificar um tipo de obra em certo período, passando isso por critérios editoriais, mercadológicos (ainda que se veja isso desde um prisma bem mais simples naquele então), forenses e até políticos.

A razão do uso dos termos passa igualmente por questões de estilo quanto a intitular uma obra: não se pode negar que o reconhecimento do texto de Teixeira de Freitas poderia ter ensejado isso em outros autores; mas também pode abarcar uma diretriz que seja externa ao mercado editorial, como no caso das publicações autorizadas pelo governo imperial. Assim, é notório que a resposta à razão do uso da expressão “consolidação de leis” não ficará restrita à análise aqui apresentada, pois há muitos fatores em jogo, mas precisa dos elementos materiais desta análise para poder alcançar uma compreensão do fenômeno, já que a expressão chegou a ser empregada em várias obras.

2.1 Obras em processo civil

Constam entre as publicações mais relevantes na matéria processual civil desta época, em que o texto apresenta o título de “Consolidação de leis”, duas obras de referência, quais sejam, a de Antonio Joaquim Ribas e a de Cassiano Candido Tavares Bastos. São dois autores reconhecidos e que publicaram outras obras de relevância jurídica no mesmo período, não só em processo civil; entretanto, nesse momento, importam suas propostas de estabelecer uma “consolidação” legislativa para essa área jurídica.

2.1.1 O livro de Ribas sobre processo civil

Do professor no Largo de São Francisco muito já se falou. Sua presença na Academia de Direito de São Paulo foi notória, abarcando inúmeras matérias do currículo de então, de modo especial o Direito administrativo e o Direito civil, a respeito dos quais fez obras que se tornaram referência na época. Mas o que nos interessa agora ressaltar foi a elaboração de uma obra em processo civil que chegou a receber a chancela do governo imperial, também com o título de “Consolidação”, assim como ocorrera com Teixeira de Freitas (em 1858, a Comissão nomeada pelo governo imperial aprova a

sua “Consolidação das leis civis” que foi publicada no ano anterior) e com José Hygino Duarte Pereira no fim do mesmo século, quando elabora uma “Consolidação das leis referentes à justiça federal”.⁴

Por sua vez, a obra de Ribas, publicada em 1878, tinha por título⁵ “Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil”; foi também feita a pedido do governo, no caso o imperial, que lhe dera tal encargo em cumprimento da regra que se apresentava⁶ na Lei 2.033 de 1871, que havia determina-

⁴ Vale recordar que no final do séc. XIX, o governo republicano determina a elaboração de uma “Consolidação” das leis sobre a Justiça mais valorizada naquele momento, a Justiça federal, a “mais importante das justiças da República”, como afirma José Tavares Bastos; o mesmo recorda ainda a respeito da autoria desta compilação: “assim é que em 1898, fora aprovada a Consolidação das leis referentes á Justiça Federal pelo Decreto n. 3.084, de 5 de Novembro de 1898. Foi o seu consolidador o douto e emérito José Hygino Duarte Pereira” (TAVARES BASTOS, José. *Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, ou, Consolidação das leis referentes a justiça federal aprovada pelo decreto n. 3.084 de 5 de novembro de 1898*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 04). O próprio presidente Prudente de Moraes, ao entregar o cargo em 15 de novembro de 1898 ao novo presidente, Campos Salles, confirma: “Esforcei-me lealmente por dar ou suggerir ao Congresso as providencias complementares que ainda se tornam necessarias para a definitiva regularisação da Justiça Federal, em execução da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894. A 1 de julho de 1897 contratei o trabalho da consolidação sytematica de todas as disposições vigentes sobre a organização da Justiça Federal, e respectivo direito processual, de accôrdo com a autorisação concedida pelo art. 87 n. 2 dessa lei.- O trabalho, confiado á competencia do Dr. José Hygino Duarte Pereira, divide-se em cinco partes: organização e funções da Justiça Federal, processo criminal, processo civil, processo commercial e processos civeis de ordem publica ou administrativa. Essa utilissima consolidação acaba de ser approvada e publicada por decreto n. 3084 de 5 do corrente mez” (ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. *Diario Official*, anno XXXVII, n. 310, seção 1, p. 18, 16 nov. 1898).

⁵ Ver RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

⁶ Na citada legislação (Lei 2.033, de 20/09/1871), em seu § 14, do art. 29, prenunciava que “o Governo poderá, no regulamento que der para a execução da presente Lei, impôr prisão até tres mezes e multa até 200\$; e fará consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal”, como se pode ver no Portal da Presidência da

do a consolidação da legislação e dos regulamentos de processo civil e criminal. Importa frisar que Ribas se restringiu à matéria processual civil em sua obra, o que não redundou em diminuição do prestígio da mesma, em não haver retratado a matéria processual criminal que era também demandada pelo governo.

Quanto à obra em si, faz-se mister averiguar os tópicos já elencados anteriormente no sentido de estabelecer um padrão que caracterize o livro; além do mais, a julgar pela chancela imperial, é muito corrente a atribuição a tal obra de um caráter de texto obrigatório, com força de lei.⁷ É a opinião generalizada dos processualistas atuais; na verdade, melhor seria apurar o teor desta “força de lei” na aplicação prática, ainda que não se faça aqui neste trabalho.

Voltando aos tópicos, naquilo que se refere à estrutura (a) de dita obra, importa dizer que o texto se divide em duas partes:⁸ uma primeira que versa sobre a organização judiciária e uma segunda sobre a forma do processo, manifestando um caráter didático que é próprio dos trabalhos docentes do autor. No que tange aos demais detalhes técnicos do livro, nota-se que a obra, em sua apresentação

República (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm).

⁷ Apesar de não existirem elementos no texto para que se afirme uma pretensão obrigatoriedade de reconhecer “força de lei” ao texto, é praxe nos doutrinadores da área processual no Brasil afirmar isso, ainda que sem maiores fundamentos, com base na menção, no título da obra, de que foi aprovada por Resolução imperial. É possível apontar que alguns autores poderiam basear-se nas declarações divulgadas por órgãos públicos – assim, no site do Senado em texto que explica a história processual nacional, sem autor identificado, há uma afirmação categórica da “força de lei”, de onde um direcionamento neste sentido seria natural. O texto está disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C3%87%C3%95ES.pdf

⁸ As duas partes do texto de Ribas, aprovado pelo governo imperial, estão dispostas da seguinte forma, conforme se lê no índice ao final do livro (RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 465-468): Parte I – Da organização judiciária: Título único – Dos districtos de jurisdição, alçada e atribuições civis dos juizes e tribunaes; Parte II – Da fórmula do processo: Título I – Do processo em geral; Título II – Do processo das acções ordinarias; Título III – Do processo das acções especiaes; Título IV – Da execução das sentenças; Título V – Dos recursos.

(b), contém simplesmente o texto central e notas diretas de rodapé. A disposição do texto (c) segue o modelo de um corpo legislativo com 1666 artigos dispostos em duas partes, conforme já se disse, contendo 2307 notas de rodapé em que basicamente se elencam a legislação anterior (na maioria das notas) e a doutrina mais autorizada (em pontos da matéria). Ainda sobre esse tópico: em apêndice, o autor apresenta decretos da época sobre o Supremo Tribunal de Justiça,⁹ um índice cronológico de disposições legislativas citadas¹⁰ e um índice alfabético¹¹ das matérias contidas na “Consolidação”, além do índice geral da obra. Sobre citação ou influência da obra de Teixeira de Freitas (d), que foi a primeira com o título, não se pode dizer que seja relevante, particularmente pela matéria distinta. Contudo, parte da regulamentação da matéria civil que se encontrava nas Ordenações filipinas foi muito citada, mas não tal compilação de Teixeira. De qualquer forma, alguma influência houve em razão da grande divulgação da “Consolidação” de Teixeira de Freitas no mercado editorial da época.

A relevância desta obra compilatória autorizada pelo governo imperial pode medir-se de várias formas, particularmente nas citações jurisprudenciais; contudo, há um elemento que serve de corroboração, que é a publicação em 1879 de versão do texto com comentários por parte do próprio autor e de seu filho, Julio Ribas.

Com efeito, dita obra receberia o título¹² de “Consolidação das leis do processo civil”, tratando-se de uma versão publicada pela Editora Dias da Silva Junior em dois volumes. Este segundo livro,

⁹ Seriam os seguintes textos: Decreto 2.684 de 23 de outubro de 1875 e o Decreto 6.142 de 10 de março de 1876 (RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 421-426).

¹⁰ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 427-436.

¹¹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 437-463.

¹² Ver RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis de processo civil*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior Typographo, 1879. Vale lembrar que o primeiro volume contém 529 páginas, enquanto que o segundo contém 560 páginas.

um comentário da obra autorizada pelo governo imperial, pode ser igualmente enquadrado nestes tópicos, com as peculiaridades de ser uma obra mais detalhada e composta. Assim, a divisão interna (*a*) do texto acompanhou a divisão do texto autorizado pelo governo; quanto à apresentação do livro (*b*), contém o texto da obra anterior, com as notas diretas com as fontes (legislativas e doutrinárias), além dos comentários dos autores com mais fontes e citações de jurisprudência. A disposição (*c*) do texto é em forma legislativa, com as notas de rodapé do próprio texto logo abaixo e, separadamente, mais no rodapé da página, comentários para cada artigo relevante; além disso, não há citação relevante (*d*) da “Consolidação”¹³ de Teixeira de Freitas nas notas e nos comentários dos dois autores.

2.1.2 O livro de Tavares Bastos sobre a organização judiciária

A respeito de Cassiano Candido Tavares Bastos,¹⁴ vale lembrar que foi senador por dois mandatos durante a Primeira República e, além disso, era irmão de Aureliano Candido Tavares Bastos, renomado autor de Direito público que escreveu o livro “A província”¹⁵ em 1870 em defesa do discurso liberal de descentralização

¹³ Entretanto, o livro de Ribas sobre o Direito civil brasileiro é mencionado tanto nos comentários feitos pelos autores (e.g. o comentário XIX ao art. 9, § 1º, n. 3 – RIBAS, 1879, vol. I, p. 30; e o comentário CIV ao art. 165 – idem, p. 143) como nas notas de rodapé que estavam no texto autorizado pelo governo. Quanto a Teixeira, não se percebe nenhuma citação de obra sua por parte de Ribas, tanto nas notas como nos comentários; parece que a citação do manual de Direito civil do próprio Ribas substituiria o texto de Teixeira, considerado como doutrina.

¹⁴ Uma biografia sucinta a respeito do senador Cassiano Candido Tavares Bastos pode ser encontrada na página web referente ao mesmo no site do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/senadores_biografia.asp?codparl=1554&li=21&lcab=1890-1891&lf=21>

¹⁵ Ver TAVARES BASTOS, Aureliano Candido. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1870. Trata-se de obra de referência no estudo do Direito público brasileiro, mas não se averiguará a relação entre os irmãos a respeito de alguma mútua influência quanto a ideias jurídicas e políticas. Não se pode negar o discurso ideológico liberal no texto do irmão, Aureliano, que foi o corolário da trajetória do autor. De qualquer forma, a obra de Cassiano é mais técnica; melhor, todas as suas obras têm caráter técnico.

governamental no Brasil. Por sua vez, Cassiano, que foi, além de senador, magistrado e chefe de polícia, fez inúmeras obras¹⁶ sobre matérias jurídicas referentes a seus ofícios, como livros sobre prática processual e guias para o trabalho de polícia. Entretanto, em obra específica, retrata e ordena a organização judiciária¹⁷ no Brasil do fim do Império no texto que se intitula “Consolidação das leis sobre organização judiciária quanto ao processo civil e comercial”, obra essa publicada no Rio de Janeiro pela prestigiada Livraria Garnier no ano de 1885.

Quanto aos detalhes desta obra: em primeiro lugar, a divisão interna (a) da matéria em capítulos é pouco didática (é descritiva, mas não explica nem o critério de divisão em duas partes). Ou seja, a estrutura da obra se divide em duas partes que não se justificam, sendo que tal divisão¹⁸ não parece, pois, obedecer a outro critério senão o da explicação dos ofícios num primeiro momento e a apresentação de temas gerais que são aplicáveis de modo particular aos magistrados. Por sua vez, a apresentação (b) segue o modelo comum já mencionado, de um texto com notas diretas de rodapé; a disposição (c) do texto é em forma legislativa, não em artigos, mas agora em parágrafos (ao total, 652 parágrafos), lembrando o modelo alemão já disseminado por intermédio das obras traduzidas para as

¹⁶ É possível ver referências a essas obras na página do autor no Senado, citada anteriormente.

¹⁷ Ver TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciária quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885.

¹⁸ Assim, conforme o índice geral no final do livro (TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciária quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885, p. 587-591), conjugando-se aí o teor do próprio texto (daquilo que não aparece neste índice, as “partes”), há a seguinte divisão: Parte I (cap. I – Dos juizes de paz; cap. II – Dos juizes municipaes, de orphãos e da provedoria; cap. III – Dos juizes de direito; cap. IV – Dos juizes substitutos dos de direito; cap. V – Das audiencias nos juizos de primeira instancia; cap. VI – Dos porteiros; cap. VII – Dos desembargadores; cap. VIII – Da ordem do serviço e do processo nas relações; cap. IX – Das juntas e inspetorias commerciaes; cap. X – Do Supremo Tribunal de Justiça; cap. XI – Disposições communs). Parte II (cap. XII – Da aposentadoria dos magistrados; cap. XIII – Representação sobre duvidas e lacunas nas Leis; cap. XIV – Das férias; cap. XV – Das licenças; cap. XVI – Das incompatibilidades).

línguas neolatinas na época e bem consultadas no Brasil. As notas diretas,¹⁹ totalizando 911, fazem menção a fontes legislativas e doutrinárias, contendo ainda comentários do autor. Mas não somente isso formava o corpo do texto: o autor ainda acrescentou modelos práticos nas duas matérias, civil e comercial²⁰ e, além do mais, um índice²¹ alfabético que remete aos artigos do texto. Outrossim, são notórias as inúmeras citações²² (*d*) de Teixeira de Freitas nesta obra de Cassiano Tavares Bastos, e se vê que foram citações de várias obras deste autor, de modo especial a “Consolidação das Leis Civis”. Logo, é plenamente plausível afirmar a influência de Teixeira.

2.2 Obras em direito civil

Entrando na seara da civilística, é perceptível na literatura jurídica da segunda metade do séc. XIX a existência de dois distintos níveis de apresentação da matéria civil nas obras, o que fica patente ao trabalhar com os dois exemplos mais notórios destas obras, os quais serão apresentados a seguir, o texto que seria o primeiro a ser publicado no Brasil com tal expressão como “Consolidação”, feito por Teixeira de Freitas, e a versão feita no final do mesmo século por Carlos de Carvalho, em que esse se utiliza do texto de Teixeira como referência e chega a apresentar o seu texto como a “Nova Consoli-

¹⁹ O corpo do texto, contendo os parágrafos, com suas respectivas notas diretas, compreendia a maior parte do livro (TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciaria quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885, p. 01-465).

²⁰ Os “Mappas da estatistica civil e commercial” com seus 55 modelos práticos tinham por objetivo apresentar os modelos para a prática jurídica (TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciaria quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885, p. 469-505).

²¹ O “Índice alphabetico” continha verbetes que aludiam a determinados setores do texto, fazendo menção aos parágrafos da divisão do livro (TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciaria quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885, p. 507-586)

²² Interessante que Tavares Bastos também cita a “Consolidação” de Ribas (TAVARES BASTOS, Cassiano Candido. *Consolidação das leis sobre organização judiciaria quanto ao processo civil e comercial*. Rio de Janeiro: Garnier, 1885, p. 48).

dação”, em evidente alusão ao título da obra de Teixeira de Freitas. Porém, importa afirmar que as obras se mostram com uma caracterização muito clara, a de que seriam mais genéricas porque têm a pretensão de apresentar um modelo de disposição de toda a matéria civil presente na prática jurídica nacional da época. Nestes casos, segundo já se mencionou em subseção anterior, o caráter de abarcar a generalidade de uma área jurídica por parte de um autor reconhecido como doutrinador, manifesta uma noção de que a “Consolidação” é primeiramente uma compilação legislativa que compreende toda a matéria em questão, seja a civil ou a processual.

Agora, não se pode esquecer que outras obras deste mesmo período teriam utilizado tal expressão “Consolidação de leis” ou algo similar; entretanto, acabaram não tendo o caráter de uma compilação mais genérica de regras que retrataria uma determinada área jurídica. Assim, essas outras obras, diferentemente disso, versam sobre a regulação de uma instituição jurídica e suas relações. Um exemplo é a obra de Joaquim Ferreira Alves, chamada de “Consolidação das leis relativas ao juízo da provedoria”,²³ em que tal autor trabalha²⁴ com matéria de Direito civil (testamentos, sucessões e associações religiosas) e sua repercussão no plano processual civil.

²³ Dentre essas outras obras, é possível ressaltar uma interessante investigação sobre o direito sucessório por parte de Joaquim Ferreira Alves: apesar do caráter mais específico da análise, o jurisconsulto consegue elaborar um texto feito em estilo legislativo consolidando a temática abordada. O texto compreende 538 parágrafos mais um apêndice com as “adições aos paragraphos e notas da obra” (FERREIRA ALVES, Joaquim Augusto. *Consolidação das leis relativas ao juízo de provedoria: testamentos, sucessões e associações religiosas*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1897, p. I-XXVII).

²⁴ Com os detalhes da obra, vê-se aqui um uso distinto do termo “Consolidação”. Essas outras obras, como a de Ferreira Alves, têm temática mais específica, partindo da regulação de uma instituição jurídica. Um exemplo está no índice (FERREIRA ALVES, Joaquim Augusto. *Consolidação das leis relativas ao juízo de provedoria: testamentos, sucessões e associações religiosas*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1897, p. XXIX-XXX), a divisão do texto: Título I (“Juízo da Provedoria” – sobre competência jurisdicional e funções dos juízes); Título II (“Juízo de residuos e obrigações” – tratando dos testamentos); Título III (“Sucessão legítima” – os herdeiros); Título IV (“Juízo de Capellas e obrigações” – as ordens religiosas); Título V (“Juízo do evento” – semoventes, como gado, que vagam sem dono).

2.2.1 A “Consolidação das leis civis” de Teixeira de Freitas

A obra-chave para a compreensão do papel dessa expressão “consolidação de leis” nos títulos de inúmeras obras na segunda metade do séc. XIX no Brasil é, sem sombra de dúvidas, a “Consolidação das leis civis”²⁵ de Augusto Teixeira de Freitas, editada por primeira vez em 1857, como primeiro resultado dos esforços de reorganização e futura codificação da área do Direito civil durante o Segundo Reinado.

Retomando o esquema de análise das obras segundo determinados tópicos, vê-se que, com relação à divisão interna do texto (a), pode-se asseverar que é complexa, comportando duas partes, a saber: a “Parte geral” com seus dois títulos²⁶ (Título I - “Das pessoas”; Título II - “Das cousas”) e a “Parte especial”, compreendendo dois livros. Nesses dois livros, o jurista estabelece a divisão fundamental de seu texto compilativo, que se dá entre os direitos pessoais e os direitos reais.

Assim, o Livro I, intitulado “Dos direitos pessoases”, tem por divisão duas seções, a saber: a seção I, que tem por título “Dos direitos pessoases nas relações de família”;²⁷ e a seção II, nominada

²⁵ O livro, em sua primeira edição: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

²⁶ O Título I, “Das pessoas”, abarca os art. 1º-41 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 01-15). Já o Título II, “Das cousas”, abarca os art. 42-75 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 16-36).

²⁷ Aqui o autor trata de vários temas de Direito de família: o Título I - “Do matrimonio”, tem cinco capítulos e abarca os art. 76-165 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 37-67); o Título II - “Da paternidade, maternidade, e filiação”, com três capítulos, abarca os art. 166-206 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 67-81); o Título III - “Dos filhos illegitimos, e dos adoptivos”, abarcando os art. 207-224 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 81-88); o Título IV - “Dos parentes”, contendo os art. 225-237 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p.

“Dos direitos pessoaes nas relações civis”.²⁸ Por outro lado, o Livro II, intitulado “Dos direitos reaes”, é dividido em cinco títulos.²⁹

Vale lembrar, em primeiro lugar, que, no início, há uma renomada “Introdução” a tal “Consolidação”, parte essa do texto que immortalizou Teixeira de Freitas na doutrina nacional. A citada “Introdução” compreende, na primeira edição desta obra, o total de 237 páginas de doutrina civil da melhor qualidade naquela época.³⁰

88-91); o Título V – “Das tutelas, e curatelas”, com três capítulos, abarcando os art. 238-341 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 91-125).

²⁸ Na seção II, o autor apresenta quatro títulos, a saber: o Título I – “Dos contratos em geral”, abarcando os art. 342-410 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 126-153); o Título II – “Dos contratos em particular”, com doze capítulos, abarcando os art. 411-797 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 153-290); o Título III – “Do damno, e esbulho”, contendo os art. 798-821 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 290-298); o Título IV – “Da extinção dos direitos pessoaes”, com três capítulos, abarcando os art. 822-883 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 298-320).

²⁹ Assim: o Título I – “Do dominio” compreende os art. 884-931 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 321-335); o Título II – “Das servidões”, abarca os art. 932-958 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 335-341); o Título III – “Da herança”, tendo oito capítulos, abarca os art. 959-1267 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 342-447); o Título IV – “Da hypotheca”, contendo os art. 1268-1318 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 447-467); o Título V – “Da prescrição aquisitiva”, compreendendo os art. 1319-1333 (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 467-471).

³⁰ A “Introdução” à “Consolidação” de Teixeira é reconhecida como o melhor texto doutrinário brasileiro desta época por inúmeros autores, não só nacionais. Normalmente, tem-se como o início da atividade científica na área jurídica no Brasil. Ademais, como prova da relevância desta parte da

Por outro lado, importa recordar ainda que a divisão apresentada nesta “Consolidação” difere e muito daquela do “Esboço do Código civil”³¹ que o mesmo autor haveria de construir nos anos posteriores à primeira edição da compilação civil. Mas não se pode negar que todo o trabalho compilatório anterior, organizando as fontes de uma forma lógica, serviu para traçar o modelo apresentado no “Esboço”.

Na sequência da análise, pode-se inicialmente atestar que a apresentação do texto (b) da “Consolidação” (excetuando a “Introdução”) é feita com os dispositivos do corpo do texto e as notas respectivas em rodapé. A respeito das notas, são numeradas por página (não sendo em sequência em todo o texto) e com referência a cada dispositivo, contendo as fontes (neste caso, normalmente são as fontes da legislação anterior, sendo que, destas, muitas vezes são as citações de extratos das Ordenações filipinas) e, algumas vezes, comentários do próprio autor sobre a legislação mencionada em nota.

Com estes elementos, nota-se que a disposição (c) do tex-

obra, chegou a ser traduzida ao castelhano por Enrique Martínez Paz, sem a parte legislativa – MARTÍNEZ PAZ, Enrique. *Freitas y su influencia sobre el Código civil argentino*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1927.

³¹ A divisão interna do “Esboço” de Teixeira de Freitas pode ser vista na sua edição mais atual (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço: Código civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983): assim, no índice do 1º volume (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço: Código civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, v. 1, p. LXIII-LXXI) se vê o “Título preliminar” (“Do lugar e do tempo”) com dois capítulos; a “Parte geral” (compreendendo o Livro 1º – “Dos elementos dos direitos”, com três seções: I – “Das pessoas”; II – “Das coisas”; III – “Dos fatos”); ainda no primeiro volume está o começo da “Parte especial” (“Dos direitos”), o Livro 2º (“Dos direitos pessoais”) e suas seções: seção I – “Dos direitos pessoais em geral” (sobre obrigações, pagamento, novação e outros institutos); e a seção II – “Dos direitos pessoais nas relações de família” (tratando de casamento, filiação, tutela e curatela); seguindo, no índice do segundo volume desta edição (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço: Código civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, v. 2, p. V-XIV) vem a seção III do mesmo Livro – “Dos direitos pessoais nas relações civis” (contratos em geral e em espécie); na sequência, na parte não terminada do “Esboço” por Teixeira de Freitas, surge o Livro 3º (“Dos direitos reais”), com a seção I – “Dos direitos reais em geral”, a seção II – “Dos direitos reais sobre as coisas próprias”; e a seção III – “Dos direitos reais sobre coisas alheias”.

to obedece à forma legislativa (novamente excetuando o caso da “Introdução”) com 1.333 artigos no corpo do texto. Sobre o texto doutrinário introdutório, está dividido por seções³² com inúmeras notas de rodapé,³³ as quais se apresentam em sequência somente a cada página. Vale lembrar que esta dinâmica da presença de uma exposição científica da matéria antes do texto legislativo determinou muitas vezes a compreensão dos dispositivos presentes na sequência da obra, pois serviram como um critério para a interpretação dos artigos.

Há ainda um índice alfabético³⁴ do temário do texto compilativo, ordenado em função da menção aos artigos da “Consolidação”. Esse trabalho meticuloso por parte de Teixeira de Freitas posteriormente servirá de base para a publicação de uma obra organizando todo esse material constante no índice. Foi o “Prontuário das leis civis”, publicado em 1876 para servir à prática jurídica da

³² Consideramos o início desta “Introdução” como uma explicação preliminar, ainda que sem título (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. V-XIII), o texto doutrinário continua com uma seção de título “Actual systema do direito civil” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XIII-XL); depois disso, vem a seção de título “Noções fundamentais” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XL-XCIX), que é seguida pela seção “Aplicação de principios” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XCIX-CLXIII) e, logo, a seção “Importancia pratica” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CLXIII-CLXXIII) para terminar com a seção “Relações economicas” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CLXXIII-CCXXXVII).

³³ Nas notas de rodapé desta “Introdução”, Teixeira apresenta as fontes legislativas de seu raciocínio, bem como as explicações com base em doutrina nacional e estrangeira sobre os temas e ainda os artigos da “Consolidação”, isso de forma livre em cada nota (podendo aparecer um ou outro tipo de fonte).

³⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 473-527.

época.³⁵

Passando agora ao tópico das citações (*d*), por óbvio, parece ser interessante retomar que o jurista explorou bastante dito texto nas outras obras de sua autoria, tanto as legislativas como as doutrinárias; além disso, o reconhecimento desta edição explica as novas edições da mesma “Consolidação” nos anos posteriores: a segunda em 1865 e a terceira em 1876, que foram as publicadas em vida pelo autor, antes de sua morte em 1883.

2.2.2 A “Nova Consolidação das leis civis” de Carlos de Carvalho

A obra de Carlos Augusto de Carvalho foi editada por primeira vez³⁶ no ano de 1899 pela Livraria Francisco Alves, tendo em 1915 sua segunda edição³⁷ em Portugal. Tratava-se de proposta, por parte deste autor, de arranjo da matéria civil dentro do contexto da época, a saber, o início da República no Brasil. Isso se explica, como bem recorda o próprio autor, em razão da profícua produção legislativa ocorrida no período, mediante uma política do governo republicano de efetivar mudanças demandadas desde o discurso modernizador que foi usado como justificativa da ascensão do novo regime. Também relevante neste período era o cenário econômico-financeiro, em que o governo republicano enfrentava dificuldades para o aumento dos recursos públicos.

Com isso, é fácil perceber que a intenção de Carlos de Carvalho com essa obra seria a de substituir o trabalho de Teixeira de

³⁵ O autor, no início da obra, recorda que esta obra era um compêndio de resumos segundo se dava a disposição da matéria na “Consolidação” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Promptuario das leis civis*. Rio de Janeiro: Instituto Typographico do Direito, 1876, p. VI-VII).

³⁶ Ver CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

³⁷ O texto da edição de 1915 é igual à primeira edição, somente que a formatação das páginas na editoração ficou distinta, o que explica o número maior de páginas na 2ª edição (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Porto: Nogueira, 1915). Assim, na primeira edição eram 645 páginas, enquanto que na segunda foram 699 páginas, mas a estrutura é a mesma.

Freitas na prática do foro. Não se tem notícia de que tal situação tenha de fato ocorrido, até porque houve, assim como esse texto de Carvalho, outras edições da “Consolidação” de Teixeira (em 1910 e 1915). Apesar disso, a referência à obra de Teixeira permeia todo o texto.

A respeito de certos detalhes técnicos do livro, podemos retomar os tópicos de análise: a divisão da obra (a) é complexa, pois a obra começa primeiramente pela “Introdução” com 117 páginas tratando de temática geral do direito privado.³⁸ Na sequência, aparece o “Título preliminar” com quatro capítulos,³⁹ que é, por sua vez, seguido pela “Parte geral” que possui o seu “Livro único” (“Dos elementos dos direitos”) em três títulos (Título 1 - “Das pessoas”; Título 2 - “Dos bens”; Título 3 - “Dos factos”). Em seguida, a “Parte especial” com cinco livros, a saber: o Livro I - “Do direito dos bens”⁴⁰ (tratando de posse, propriedade e direitos reais); o Livro II - “Das obrigações” (mais responsabilidade civil e contratos); o Livro III - “Dos direitos de família” (sobre casamento, regime de bens e parentesco); o Livro IV - “Da sucessão”; o Livro V - “Do concurso de credores. Dos privilegios e preferencias”. Por fim, o autor entendia que deveria haver uma “Parte complementar” sobre os registros.

Já sobre a apresentação (b), o texto da “Consolidação” (tirando a “Introdução”, que é um texto monográfico e ao estilo acadêmico) está ordenado de forma que cada artigo do texto é seguido por

³⁸ Os temas da Introdução (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. I-CXVII), em tópicos: I - dir. vigente e sua recompilação; II - método e classificação das matérias; III - unidade do direito civil; IV - guarda e defesa da unidade do direito civil; V - unificação do direito privado; VI - direito privado e o código civil; VII - pessoas jurídicas estrangeiras e o Código civil; VIII - Ordenações, Direito romano, Código civil. Nesses pontos se nota a tentativa do próprio autor de manifestar uma visão erudita na área de direito privado e na de internacional privado.

³⁹ Quanto ao Título preliminar (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 01-22), era composto por: cap. 01 (unidade do direito civil); cap. 02 (leis, sanção); cap. 03 (efeitos das leis); cap. 04 (aplicação e interpretação das leis).

⁴⁰ Sobre a propriedade, o livro fala da aquisição, da propriedade intelectual e industrial e dos direitos reais.

uma nota logo abaixo do próprio dispositivo: formando um único parágrafo, tais notas normalmente apresentam fontes legislativas (de vários tipos: às vezes, alguns extratos das “Ordenações filipinas” ou de leis e regulamentos imperiais; mais comumente, dependendo da matéria, decretos do início da República) ou jurisprudenciais, havendo ainda algumas que são doutrinárias. A função destas notas de cada artigo é justificar o dispositivo em tela. Como se percebe, a disposição (c) do texto é em forma legislativa (não a “Introdução”), com 1.944 artigos no texto principal. Já a “Parte complementar”, que trata dos registros, também possui a forma legislativa, mas não há sequência numérica; cada título tem a sua própria sequência⁴¹ de artigos, com a peculiaridade de que em geral essas regulamentações são acompanhadas de modelos de prática registral.

Por fim, o texto de Carlos de Carvalho possui inúmeras citações (d) do texto-chave de Teixeira de Freitas, além de outras obras (tanto o projeto, o “Esboço do Código civil”, como alguns textos de comentário doutrinário por parte do autor). Da mesma forma, as

⁴¹ Assim, o Título I (“Do registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos”) possui oito capítulos com 60 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 547-567) mais modelos; o Título II (“Do registro das associações”) tem um capítulo único, com 2 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 575-576) e modelo; o Título III (“Do registro geral e hypothecario”) tem oito capítulos, com 73 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 577-592) e modelos; o Título IV (“Do registro Torrens”) tem onze capítulos, com 70 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 613-631) e seus modelos; o Título V (“Da inscrição de empréstimos em obrigações ao portador”) possui 3 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 640-641) e modelo; e o Título VI (“Do registro das patentes de invenção”) tem 13 art. (CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 642-645).

citações não se restringiram ao corpo de texto legislativo, pois na “Introdução”, Carlos de Carvalho tenta justificar a sua obra partindo da compilação de Teixeira, buscando superá-la. Por isso, expõe sobre os temas do momento (em sinal de uma necessária “atualização” que faltaria ao texto de Teixeira), apresentando uma erudição que pretende ser acadêmica, mas com poucas notas de rodapé, o que prejudica a valoração do texto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da exposição feita, entendemos que uma análise quanto à problematização do uso do termo “consolidação de leis” dentro da linguagem da ciência e técnica legislativa do séc. XIX colabora para uma melhor descrição da política legislativa do Segundo Reinado e sua conexão (ainda que existam rupturas) na Primeira República. Entretanto, para aprofundar esse estudo se demandaria determinados passos que ficam somente ensaiados neste texto, que poderiam ser resumidos em quatro pontos: (a) a questão das mudanças nas edições posteriores das obras (falando claramente da Consolidação de Teixeira de Freitas); (b) o tema da chancela imperial ou republicana, ou seja, o caráter oficial de algumas das obras e não-oficial de outras; (c) a revisão dos conceitos empregados em termos de teoria e ciência da legislação; (d) e, por fim, a análise política do debate.

Quanto às edições posteriores da *Consolidação das leis civis*, feitas por Teixeira de Freitas nos anos de 1865 e 1876, pode-se dizer que é perceptível a influência direta ou indireta dos graves conflitos políticos do momento com relação ao processo codificatório num cenário político-militar delicado no Império brasileiro, em época de grave conflito bélico – a Guerra do Paraguai. Ainda que se trate de fenômeno não vinculado diretamente à política legislativa, a repercussão se fez sentir com as mudanças de ambiente e de espírito, pois por essa época vai sendo consolidada a visão de abrandamento da escravidão no Brasil, com toda a repercussão que se sabe que houve disso. Neste caso e lembrando da malfadada empreitada de Teixeira na codificação civil, quando a partir de 1865 seu *Esboço do Código civil* sofre com embargos de toda ordem, a publicação de novas edições da Consolidação seria uma resposta do autor a um

cenário de contradição.

O caráter oficial de algumas das Consolidações (não só a de Teixeira de Freitas, pois houve outras, conforme já se comentou anteriormente) serve como um dos critérios possíveis para identificar tal fenômeno, mas não é de todo determinante, sempre em razão da liberdade editorial de lançamento de livros na época explorando esse termo.

Já sobre a revisão dos conceitos utilizados, pretendeu-se apresentar o uso desse termo “Consolidação” como um ponto fora da curva de ascensão do discurso liberal no país, sem que isso signifique que tal postura, mais claramente tradicional e conservadora, tenha que ser conjugada necessariamente com o que normalmente hoje se entende como retrógrado daquela época. Isso porque tal tema das compilações legislativas da época pode ser entendido desde uma forma independente do cenário sócio-político nacional, em razão de idiossincrasias que o ambiente jurídico alimenta segundo as liturgias e os procedimentos do direito. Com isso, resta claro que as análises mais estruturalistas não conseguiriam explicar o fenômeno, por estarem centradas no político ou no econômico, como sói ocorrer nos estudos nacionais sobre o tema.

Partindo destes elementos citados acima, a análise política do debate não pode ser feita desprezando os dados apresentados neste texto: quanto mais se avança no discurso liberal e na via da “modernização” do país mediante os Códigos, mais se valoriza a ideia da flexibilidade das Consolidações, isso desde o Segundo Reinado até meados da Primeira República. Quando se implementa uma nova agenda de política legislativa no país, na Era Vargas, mesmo assim, o expediente das Consolidações retorna com a CLT em 1943. Ou seja, o citado fenômeno não dependeu sempre e diretamente do estímulo estatal, nem se restringiu a um momento dentro de um pretenso processo de construção do ideário liberal no país.

Nesse sentido, desde uma perspectiva mais conclusiva, não se pode negar que o tema resta ainda em aberto, pois faltam elementos para sanar o dilema da relação entre tradição e progresso no discurso jurídico do Império e do início da República. Junto a isso, surge ainda o questionamento mais essencial sobre a questão, se a *Consolidação* de maior prestígio, a de Teixeira de Freitas, serviu somente aos interesses do foro (em razão da inserção na prática em juízo e na prática jurídica em geral como foco), ou deveria ser vista

simplesmente como um caminho de sistematização em direção ao malogrado *Esboço do Código civil*. Dependendo do ponto de vista, poderemos ver tanto alguns resquícios da prática jurídica do Antigo Regime, talvez acobertando posições políticas conservadores e anti-liberais - uma vez que a elaboração de compilações legislativas não abarca a ideia do Código, conforme este se consolidou a partir do modelo napoleônico; como também poderemos falar do caminho de introdução gradual de elementos do discurso liberal oitocentista, caudatário do Iluminismo, nos países que entram na escalada de independência na América durante o séc. XIX.

Com isso, algumas hipóteses podem ser levantadas, sem que se possa aprofundar aqui a questão: (a) O discurso liberal da codificação poderia ter sido reinterpretado pelos atores sociais que se apresentavam na prática forense nacional da época, durante todo esse período em que se daria a discussão e a implementação dos processos codificatórios, como um estratagema de parcela da elite política do Segundo Reinado que tinha objetivos que não seriam tradicionais; (b) Logo, falar em Código nesse período poderia agora não mais significar a adoção de uma lógica codificatória que sabemos que triunfou na Europa continental, mas antes, dentro do cenário brasileiro, utilizar o discurso do Código seria empregar um discurso de legitimação de poder que se aproximaria a exemplos históricos de modelos autocráticos e centralizadores de governo que não tivessem mais vínculo com a tradição; (c) Por outro lado, fica o questionamento a respeito do que poderia explicar o uso de modelos legislativos mutáveis, de pouca ou nula interferência estatal, uma vez que o citado fenômeno das “consolidações” não ficou restrito a textos elaborados e depois publicados sob a chancela governamental; (d) E, por último, em que medida a prática jurídica era refém do discurso liberal que se apresentava como o “progresso” racional para o país, já que se pode presumir que tal discurso foi reinterpretado à luz dos cenários políticos diversos, mesmo dentro do Segundo Reinado ou da Primeira República.

Ainda que a tônica histórico-jurídica tenha sido explorada neste trabalho juntamente com uma perspectiva da história do livro, é interessante reter uma informação a mais, presente no site da Câmara dos Deputados: de que se fala hoje de uma retomada, a partir de diretrizes constitucionais, da ideia de “consolidação de leis”, para

efeitos de racionalizar⁴² a legislação nacional. Isso mais que comprova a atualidade da questão: quais seriam os parâmetros que se deveriam utilizar para justificar a “racionalização” e a “modernização” do direito no país, se o que realmente se percebe é uma conjugação de tais discursos com os elementos tradicionais.

⁴² É o comunicado oficial no site da Câmara, utilizando justamente a terminologia que está sendo aqui estudada: “A partir de previsão constitucional (§ único do art. 59), a Lei Complementar nº 95, de 1998, dispôs que a consolidação das leis consistirá na integração de todas as normas pertinentes a determinada matéria em um único diploma legal, suprimindo dispositivos conflitantes, repetitivos e desatualizados, revogando-se formalmente as leis incorporadas sem, no entanto, modificação do mérito alcançado pela regra jurídica”. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/54a-legislatura/gtel/arquivos> >.

CONSOLIDAÇÃO E CODIFICAÇÃO EM DIREITO CIVIL

BASES CONCEITUAIS E
EXPERIÊNCIAS SULAMERICANAS

Fabio Queiroz Pereira

1. INTRODUÇÃO

A crescente complexidade das relações sociais conduz ao paralelo fenômeno do aumento do número de leis que buscam regular as condutas em uma dada coletividade. No entanto, o excesso de instrumentos legislativos, não raramente, concretiza um verdadeiro caos, marcado pela insegurança quanto ao direito aplicado e pela incoerência encontrada no corpo das normas a serem utilizadas nos casos concretos. Nos contextos em que se verifica essa verdadeira inflação legislativa, passa a tomar o centro das preocupações a busca pela organização e sistematização dos instrumentos vigentes. Esse fenômeno parece repetir-se no tempo e alcançar variados ordenamentos jurídicos. Como sustentado por João Baptista Villela:

[...] a aspiração de saneamento formal da legislação converteu-se em fenômeno típico do Estado moderno, reduzido, em certa medida, a um aprendiz de feiticeiro, que se perde nos labirintos por ele mesmo abertos, que se enleia no cipal que fez crescer, que sufoca na *selva selvaggia* dos seus produtos, que se revela, enfim, perplexo e impotente ante o crescimento e desgoverno de sua própria criatura.⁴³

⁴³ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 241.

Diante de uma gama imensa de leis e instrumentos normativos, busca-se dotar o corpo de normas de critérios organizacionais mínimos que gerem a necessária segurança ao direito e possibilitem ao jurista um fácil manuseio dos dispositivos a serem utilizados no plano prático. Concernentemente ao direito civil, o caráter imperativo da referida tarefa apresenta-se de modo ainda mais agravado, tendo em vista a sua forte influência nas relações privadas cotidianas.

Para elaborar e organizar esse corpo de normas, por outro lado, podem ser utilizadas diferentes técnicas legislativas, dentre as quais se destacam a consolidação e a codificação. Como se verá, trata-se de fenômenos legislativos dotados de determinadas características peculiares, que, no entanto, não apresentam uniformidade em seus enquadramentos teórico-dogmáticos.

Interessante observar que, na experiência sul-americana, dois países destacam-se pela teorização ou pelo efetivo uso das duas técnicas no processo de formação de seus corpos normativos de direito civil, quais sejam Brasil e Chile. No primeiro país, a insegurança jurídica gerada pela multiplicidade de normas apresentou especial relevo no contexto pós-independência. Ao romper com a metrópole, deveria o país seguir rumos próprios, identificando as normas que teriam vigência ou produzindo novos instrumentos normativos. Foram, assim, demasiadamente relevantes os trabalhos empreendidos por Augusto Teixeira de Freitas, jurista incumbido da elaboração da Consolidação das Leis Civis e, posteriormente, autor do projeto de código civil, conhecido como *Esboço*. Já no Chile, diante de similar conjuntura, destaca-se o trabalho desenvolvido por Andres Bello, autor do projeto que deu origem ao Código Civil da República do Chile, do ano de 1855. O aludido jurista acreditava na adequação da técnica consolidadora como etapa revisional para alcance de uma adequada codificação, embora, a realidade tenha acabado por consagrar diretamente o Código, sem que se tenha conhecido qualquer consolidação.

Desse modo, o presente ensaio busca compreender os conceitos de consolidação e de codificação para, em seguida, verificar as particularidades identificadas nas construções teóricas e nos trabalhos empreendidos por Teixeira de Freitas e por Andres Bello. A concepção e a aplicação das referidas técnicas parecem dotadas de características próprias e o exercício comparativo mostra-se como adequado instrumento para compreender as justificativas e funda-

mentos para tanto.

2. AS CONSOLIDAÇÕES

Com a evolução de um grupo social normas consuetudinárias são criadas no esforço de regular as condutas dos indivíduos. Como decorrência direta desse fato, os costumes eleitos como regras tendem a se materializar em normas escritas, de modo a fornecer um maior grau de certeza quanto à aplicação do direito. Segundo Mario Viora, “a população sente a necessidade de redigir um corpo escrito de normas consuetudinárias, de modo que essas possam ser rapidamente conhecidas e respeitadas por todos e que não sejam, por outro lado, esquecidas”.¹

Esse corpo de normas, no entanto, tende a se tornar cada vez mais complexo, e o surgimento paulatino de um excesso de instrumentos legais origina uma conjuntura confusa, propícia à contradição e à desordem no momento de aplicação do direito. Diante desse contexto, surge a preocupação com a organização e o funcionamento do sistema. Observa-se um verdadeiro clamor social no sentido de se adequar as normas às necessidades práticas da população.

As consolidações podem ser compreendidas como resultado desse processo, materializando uma tentativa de ordenar o direito vigente. Elaborar uma consolidação é, assim, um trabalho que se concretiza com os olhos voltados para o passado. A organização do ordenamento jurídico faz-se por meio da pesquisa e identificação do direito a ser aplicado. Trata-se, em verdade, de um exercício sintético que busca ordenar as normas em vigência, baseando-se em determinados critérios.

Importante traçar a diferenciação entre consolidação e compilação. Enquanto a primeira é marcada pelo caráter sistemático, a segunda materializa uma simples ordenação de instrumentos, sem que seja adotada qualquer ideia de coerência interna do corpo de normas. Uma compilação apoia-se, habitualmente, em simples critério cronológico ou material agrupando os textos legais, sem preo-

¹ VIORA, Mario. *Consolidazioni e codificazioni*. Torino: Giappichelli, 1967, p. 1. No original: “Il popolo [...] sente il bisogno di redigere in iscritto il corpo delle norme consuetudinarie, affinché esse possano da tutti essere agevolmente conosciute e rispettate, e non siano d'altra parte dimenticate”.

cupação com contradições ou omissões.²

A consolidação, no entanto, revela-se como técnica de organização de normas dotada de maior complexidade e sofisticação. Faz-se necessária a análise de variados textos, pautada em critérios racionais e sistêmicos, que possibilitem a elaboração de um conjunto ordenado de regras. Nesse sentido, textos legislativos podem ser suprimidos ou substituídos, desde que tal ocorrência esteja pautada nos critérios inicialmente formulados. De acordo com João Baptista Villela, “excluída a prática do arbítrio, o consolidador é livre para descobrir combinações, tanto mais adequadas quanto melhor respondam aos novos anseios do sistema de direito positivo e tanto mais fecundas quanto mais capazes sejam de ultrapassá-lo”.³ Trata-se, assim, de uma apreciação da legislação passada, pautada em elementos presentes, e voltada para a ordenação dos acontecimentos futuros. A escolha dos textos vigentes e sua adequação dentro de uma conjuntura sistemática revelam-se como os pontos centrais em que se funda uma consolidação de direito. São essas combinações que permitirão que o sistema de normas vigentes ultrapasse o corpo desordenado de regras identificado preteritamente.

3. AS CODIFICAÇÕES

A técnica codificadora, por outro lado, é atividade que se volta para o futuro. Ao realizar uma codificação, o jurista não está adstrito aos elementos normativos do passado. Sua liberdade é bem mais ampla e permite a construção de novas figuras de diferentes

² Sobre as Ordenações do Reino de Portugal, Giordano Bruno Soares Roberto enquadra-as como simples compilações: “Todas as três compilações se caracterizavam pelo apego comodista ao Direito Romano e ao Direito Canônico, além das inúmeras falhas e contradições. Em todas, inclusive na última, nascida já no século XVII, as opiniões de Acúrsio e de Bartolo eram consideradas regras subsidiárias e deveriam ser seguidas pelo seu valor extrínseco e não apenas quando fossem razoáveis” (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54).

³ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 246.

contornos jurídicos. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “codificar o direito é coordenar as regras pertinentes às relações jurídicas de uma só natureza, criando um corpo de princípios, dotados de unidade e deduzidos sistematicamente”.⁴ Assim, um código não se trata apenas de uma soma de normas, mas sim de um corpo dotado de unidade e construído sob a estrutura de verdadeiro sistema de direito.

De fato, a própria ideia de sistema já traz em si a necessária identificação da unidade. Não é possível pensar em um sistema que não se pautar no critério de unidade. Sobre a temática, afirma Claus-Wilhelm Canaris:

Há duas características que emergem em todas as definições de sistema: a da ordenação e a da unidade. [...] No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se com ela exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.⁵

Alguns doutrinadores, no entanto, perfilham um conceito diverso do que seja uma codificação. Nesse sentido, por exemplo, identifica-se o pensamento de John Gilissen, para quem “a ideia de código corresponde a uma compilação de normas jurídicas de origem legislativa ou, por vezes, doutrinal, tendentes a um melhor conhecimento do direito e uma maior segurança jurídica”.⁶ A título de exemplo, em sua obra, Gilissen aponta as codificações romanas ou mesmo as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas como corpos de normas que atendem à ideia de um código.⁷ Não prepondera, no entanto, essa concepção doutrinária.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 64.

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 448.

⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 449.

Na verdade, a compreensão do que seja uma codificação não é algo que demonstre entendimento pacífico até os dias de hoje. No entanto, é inegável que os elementos centrais que descrevem o que realmente é um código remetem-se ao pensamento jus-filosófico do século XVIII. Trata-se, assim, de um fenômeno da modernidade que surge em decorrência do pensamento iluminista europeu. Sobre essa conexão, R. C. van Caenegem sustenta que:

Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: a criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes; a segunda era formal: uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática do novo direito. A primeira condição foi preenchida pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu.⁸

Assim, para a substituição dos velhos costumes pelo novo direito fez-se imperiosa a elaboração das codificações e, nesse cenário, os códigos jusnaturalistas apresentam-se, comumente, como instrumentos conexos às transformações revolucionárias. Não obstante o surgimento do Código da Áustria e do Código da Prússia, produtos do despotismo esclarecido, o maior e mais influente modelo de codificação é materializado no Código Civil francês, de 1804.⁹

⁸ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 163.

⁹ Franz Wieacker assevera que “a ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas. Apesar do carácter muito facetado das circunstâncias do seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redacções de direitos desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram direito já existente; nem pretendem completá-lo (como,

A obra de Napoleão Bonaparte é comumente vista como uma adequação dos valores tradicionais do direito francês com os anseios gerados pelo período revolucionário. Elaborado por juristas práticos, o *Code Napoléon* alcançou o objetivo de promulgação de uma nova ordem jurídica, mesmo que houvesse clara ligação com os institutos clássicos presentes no direito francês.

Quanto às características de uma codificação, baseando-se em Norberto Bobbio, Giordano Bruno Soares Roberto apresenta um rol de elementos a serem identificados. De acordo com o autor, a primeira característica de um código deveria ser sua completitude, uma vez que seu objetivo seria abranger todo o direito de um país ou uma área completa do Direito. A segunda qualidade de uma codificação seria a clareza da redação, que permitiria sua perfeição formal. A terceira característica seria a brevidade, transparecendo concisão, não permitindo o texto descer a minúcias, mas dando as diretrizes básicas do sistema. O quarto predicado estaria na acessibilidade, permitindo a linguagem do código ser acessível a todos os cidadãos. E, por fim, uma codificação deveria aspirar permanência, devendo para tanto ser rígida, dificultando a ocorrência de modificações.¹⁰ Assim, essas características, somadas ao arcabouço sistêmico, apresentam-se como elementos centrais e concretizadores de um apropriado código de normas. Importa, contudo, compreender as diferenças estruturais existentes entre a prática consolidadora e a técnica da codificação.

4. CONSOLIDAÇÕES E CODIFICAÇÕES: ELEMENTOS DISTINTIVOS

Em uma análise generalista, Ricardo Luis Lorenzetti discorre sobre algumas diferenças existentes entre as consolidações e as codificações. Para o autor, as consolidações pretendem reprodu-

por exemplo as *Ordonnances francesas* e as *Reformationen alemãs* do séc. XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através da reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica". WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 365.

¹⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31-32.

zir o direito vigente, sem modificá-lo, objetivando continuidade ou melhoria. De maneira oposta, a codificação pretende uma ruptura, criando nova regulamentação substitutiva. No aspecto formal, as consolidações gerariam insegurança, uma vez que não se sabe ao certo qual o direito a ser aplicado, e seriam, por consequência, incognoscíveis para o cidadão. Já os códigos permitiriam segurança, traduzida em uma sequência ordenada de artigos, e concretizariam também maior acessibilidade ao seu texto. As consolidações basear-se-iam em critérios cronológicos e casuísticos, estando ausentes os enunciados gerais e abstratos. As codificações, por outro lado, estariam fundadas em axiomas principiológicos, restringindo o campo de atuação do intérprete. Por fim, Lorenzetti aponta o direito civil codificado como autossuficiente, enquanto o direito baseado na consolidação não prescindiria da busca de outras fontes jurídicas.¹¹

Como colocado por Giordano Bruno Soares Roberto, os “delineamentos [dos referidos critérios] são algo simplistas e até exagerados em alguns aspectos”.¹² No entanto, é possível identificar na exposição de Lorenzetti alguns dos aspectos centrais da diferenciação entre as técnicas de consolidação e de codificação, como o retorno a um direito vigente e a busca de um direito novo. No que diz respeito aos axiomas, as afirmações de Lorenzetti não parecem as mais adequadas. Não há nenhum empecilho a que um texto consolidado seja baseado em uma sistemática que busque a sua unidade em valores principiológicos. Como se verá, a Consolidação das Leis Civis, elaborada por Augusto Teixeira de Freitas, é um exemplo de aplicação da técnica consolidadora que tem por base uma divisão sistemática calcada em valores sólidos.

Uma das obras mais paradigmáticas sobre o tema foi desenvolvida pelo italiano Mario Viora. Com um pequeno trabalho, elaborado inicialmente em 1928 e intitulado “*Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*”, o autor buscou delimitar e distinguir as categorias consolidação e codificação. Tratava-se de uma preocupação presente naquele tempo, em que variados instrumentos eram denominados como códigos, mas que, até hoje, se revela importante diante da ausência de um entendimento pacífi-

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42-43.

¹² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31.

co sobre a aludida diferenciação.¹³

Mario Viora chama a atenção para um primeiro e importante ponto de distinção entre as duas categorias: a novidade do material legislativo oferecido pelos códigos.¹⁴ Essa originalidade distingue as codificações modernas das antigas consolidações, que continham apenas material legislativo preexistente. Nesse ponto, é importante destacar que não revela importância o fato de os codificadores levarem em consideração as normas antigas. Na verdade, os códigos pretendiam ser uma elaboração nova, cujas normas, longe de serem tratadas como na antiga tradição jurídica, são inspiradas por critérios vários encontrados na mente do legislador. Os códigos da Modernidade, em razão dos princípios em que buscavam inspiração, objetivavam a apresentação de um sistema novo de direito, que buscava ser considerado divergente do precedente sistema de direito comum, e quase antitético a esse, vindo, no momento próprio, a substituí-lo completamente.

Ainda segundo Viora, a técnica codificadora trouxe vantagens novas e indiscutíveis.¹⁵ Uma delas materializava-se na possibilidade de manejo dos corpos de normas correspondentes às grandes divisões de direito. As normas passaram a ser subdivididas em uma hierarquia de títulos, livros e parágrafos, dotados cada um de uma série de disposições elementares marcadas por uma individualidade própria. Mesmo a destinação exclusiva da codificação ao regramen-

¹³ Sobre a proposição de Mario Viora, sustenta Ugo Petronio: “Nesse ponto, me parece que se imponha a releitura de alguns passos de Viora, que provavelmente limitou-se a propor, na ótica naturalística e positivista que o inspirava, um instrumento para classificar, talvez de modo adequado, as diversas coleções de leis que se seguiram no tempo e que foram muitas vezes rotuladas como códigos”. PETRONIO, Ugo. *Una categoria storiografica da rivedere. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, v. 13, 1984, p. 707. No original: “A questo punto mi sembra che s’imponga la riletura di qualche passo di Viora, il quale probabilmente si era limitato a proporre, nell’ottica naturalistica e positivista che lo ispirava, uno strumento per classificare, magari alla buona, le diverse raccolte di leggi che si erano susseguite nel tempo e che spesso erano tutte etichettate codici”.

¹⁴ VIORA, Mario. *Consolidazioni e codificazioni*. Torino: Giappichelli, 1967, p. 41-42.

¹⁵ VIORA, Mario. *Consolidazioni e codificazioni*. Torino: Giappichelli, 1967, p. 43.

to de um ramo determinado do direito era uma novidade. Nas consolidações verificava-se, lado outro, um conjunto de normas pertinente aos mais diversos ramos do direito. Por fim, a arquitetura dos códigos, a concisão e a clareza de sua linguagem, constituíram um melhoramento essencial do precedente estado de coisas.

Desse modo, adotando-se a concepção exposta por Mario Viora, os códigos modernos romperam com a técnica legislativa anterior, qual seja a da consolidação. O que marca essencialmente a codificação são os elementos que revelam a sua originalidade frente ao pretérito direito identificado na Europa. Diante de suas novas vantagens, a sistematização por meio dos códigos acaba por romper com a anterior tradição de se utilizar da categoria consolidação. Percebe-se, assim, entendimento que materializa caráter evolutivo. Os códigos revelar-se-iam como um sistema em substituição às ultrapassadas consolidações de normas jurídicas.

5. CONSOLIDAÇÃO E CODIFICAÇÃO NA OBRA DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, como o principal modelo de concretização da técnica consolidadora.¹⁶ As concepções de consolidação e de codificação ganharam novos desenhos no processo de formação legislativa no Brasil pós-independência. Os trabalhos de Teixeira de Freitas, na elaboração da Consolidação das Leis Civis, denotam uma percepção diversa do que seria realmente uma consolidação.

¹⁶ Uma das mais famosas consolidações desenvolvidas no Brasil é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instrumento ainda vigente. Não obstante a sua designação, parte da doutrina compreende que, na verdade, se trata de um verdadeiro Código Trabalhista. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado sustenta que “o modelo justralhista então estruturado reuniu-se, anos após ano, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (consolidação), a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria de um código do trabalho” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 112).

Com a independência do Brasil, em setembro de 1822, surgiu uma nova nação sem que se verificasse um original arcabouço legislativo a sustentá-la. Fruto de uma ruptura, restou ao nosso país a utilização das leis da antiga metrópole como forma de possibilitar um mínimo de segurança jurídica. Nesse contexto, foi publicada a Lei de 20 de outubro de 1823, que previa em seu art. 1º:

As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Pode-se imaginar a existência de um ambiente extremamente confuso no que se relaciona à aplicação da legislação no Brasil. Em paralelo às Ordenações Filipinas, estava vigendo uma vasta legislação extravagante.¹⁷

Em 1824, o país começa a se organizar politicamente com a promulgação da Constituição do Império. Além dos necessários elementos de coordenação estatal, em seu texto, faz-se a previsão expressa de elaboração de um trabalho codificador. Constata-se a

¹⁷ Sobre o aludido contexto, João Baptista Villela afirma: “O Estado brasileiro de meados do século passado está longe de recordar os tempos intervencionistas que hoje vivemos. Nos quadros da legislação civil, contudo, pode-se bem imaginar o clima de confusão e o índice de incerteza do direito a que se havia chegado. As Ordenações Filipinas, que continham o núcleo fundamental de disposições sobre a matéria, eram velhas de mais de dois séculos. Já quando de sua promulgação não estavam à altura dos tempos e, de modo algum, se podem considerar um código no sentido que a expressão evoca desde a viragem do século XVIII para o XIX” (VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 242).

seguinte disposição em seu artigo 179: “Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Não há consenso se se buscava a realização de um código único, envolvendo matéria civil e criminal, ou se deveriam ser elaboradas duas codificações apartadas. A par dessa controvérsia de ordem hermenêutica, o Código Criminal foi publicado em 1830, restando, assim, a materialização de uma codificação civil.

Optou-se, no entanto, por, antes da codificação civil, realizar a consolidação do direito vigente, sendo Teixeira de Freitas o incumbido dessa empreitada. No entanto, não se pode afirmar ao certo qual a razão para a escolha desse caminho. Trata-se de uma opção que pode ter tido como elemento determinante questão de fundo ideológico, como pode ter sido influenciada pela ausência de aporte financeiro suficiente para o desenvolvimento de um Código Civil.

Nos termos do contrato assinado entre Teixeira de Freitas e o Governo Federal, incumbia ao jurista as seguintes tarefas:

1º) Coligirá e classificará toda a legislação pátria inclusive a de Portugal anterior à Independência do Império, compreendendo, na coleção e classificação, as leis abrogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas que forem peculiares àquele Reino e não contiverem alguma disposição geral estabeleça regra de Direito. 2º) A classificação guardará as divisões do Direito público ou administrativo privado, assim como as subdivisões respectivas, será feita por ordem cronológica, contendo, porém, índice alfabético por matérias. 3º) Consolidará toda a Legislação Civil Pátria com as mesmas condições da classificação. Consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação. A Consolidação será feita por títulos e artigos em os quais serão reduzidas a proporções claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a lei que autoriza a disposição a declarar o costume que estiver estabelecido contra ou além do texto.¹⁸

As tarefas foram finalizadas em 1857, mas o trabalho de Teixeira de Freitas na realização da Consolidação das Leis Civis é, até hoje, aplaudido, em razão do seu apuro técnico e de sua sistemati-

¹⁸ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 94.

zação. Sobre seu primoroso desenvolvimento, discorre Sílvio Meira:

Constitui um extrato fiel das Leis Civis então vigentes, depuradas, aperfeiçoadas. Era um trabalho preparatório para a tarefa maior da codificação, Para bem entender-se o exaustivo esforço a que se dedicou basta contemplar o número considerável de leis extravagantes que vinham se acumulando através dos séculos, ao lado das Ordenações Filipinas de 1604. Era uma imensa teia de leis extravagantes, diz ele, acumuladas no decorrer de dois séculos e meio. Ninguém antes se abalancara à tarefa. Não bastava ler e classificar, era preciso realizar seleção de textos, adaptando-os à realidade brasileira.¹⁹

A Consolidação das Leis Civis, devido à sua qualidade técnica, alcançou enorme êxito. É interessante observar que, desde a sua publicação, a obra foi apresentada como um trabalho preparatório para a codificação que não detinha a intenção de substituir legislações, mas, sim, de efetuar a preparação para a concretização do Código Civil brasileiro. Desse modo, a Consolidação é assim apresentada pelo próprio Teixeira de Freitas:

A presente publicação é a última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil empreenderá o Governo Imperial. Examinadas as Leis da nossa extensa coleção, distribuídas em suas divisões naturais, explorou-se particularmente a classe das Leis Civis, e delas se apresenta um extrato fiel. É um trabalho de simplificação, que, destinado à grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória.²⁰

Assim, o cerne da Consolidação das Leis Civis estava no seu enquadramento enquanto trabalho preparatório. Mas, apesar dessa característica elucidada oportunamente por Teixeira de Freitas, é possível notar uma ambivalência na obra, pois não se tratava apenas de revelar o direito vigente, mas também de preparar o direi-

¹⁹ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 143.

²⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. V.

to futuro.²¹ Desse modo, não obstante ser compreendida como uma atividade preliminar, é nítido o caráter sistematizador encontrado em seu texto. A composição do texto é baseada na ideia de sistema, partindo de um amplo grau de generalidade até se alcançar as peculiaridades dos institutos de direito civil.²²

Nesse sentido, a obra está estruturada na dicotomia existente entre direitos pessoais e direito reais. Apoiando-se no direito romano, essa bipartição serviu de guia ao jurista e lhe deu a tônica necessária para fornecer unidade à sua obra²³. Apesar de ser uma consolidação, a ideia de sistema está inserida em cada uma de suas linhas e, como consequência, é essa característica que permite o apuro técnico encontrado na Consolidação. Nesse contexto, aduz João Baptista Villela:

O seu longo e metuculoso exame do método de ordenação é um puro discurso doutrinário, sem qualquer tributo a limites supostamente intransponíveis da legislação positiva. Tendo considerado a diferença entre direitos reais e direitos pessoais a chave de todas as relações civis, fá-la dominar a distribuição da matéria especial. E, do mesmo modo, havendo pressentido a necessidade de um espaço próprio para as disposições comuns, como precursor que foi da *allgemeiner*

²¹ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 245.

²² MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 97.

²³ Sobre a estrutura e unidade da Consolidação das Leis Civis, Judith Martins-Costa discorre: “Ora, o que me parece digno de nota é que uma tal estrutura só seria possível se tivesse como premissa a existência, em cada ser, em cada instituto jurídico, de um princípio primeiro, fundante e verdadeiro, princípio inato, radicado no interior do próprio ser, e do qual derivariam, como consequências necessárias, as demais regras, tal como havia proposto Leibniz. Este princípio denominou Teixeira de Freitas de a unidade superior através da qual podem ser deduzidas relações que compõem os institutos e as regras da legislação” (MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, v. 23, 1999, p. 97).

Teil, não hesita em garanti-lo.²⁴

Assim, seja na estruturação ou na busca por uma unidade conceitual, seja na opção pela utilização de uma parte geral, é possível identificar o cuidado com o emprego sistemático da técnica. Além disso, é possível denotar da sua obra uma preocupação, inclusive, com o juízo de constitucionalidade,²⁵ algo que só pode ser pensado dentro de uma lógica de sistema.

Por outro lado, a tarefa do consolidador, não raro, esbarra na ausência de liberdade para a modificação da ordem jurídica e, assim, a despeito de estar dotado de amplos poderes, revelados em sua capacidade sistematizadora, alguns limites demonstram-se intransponíveis. Quem consolida não altera o direito, mas trabalha em sua atualização e em sua ordenação com padrões previamente estabelecidos. Apesar dessas confrontações, são esclarecedoras as palavras de Villela, ao elucidar a importância da interpretação e a liberdade presente no discurso hermenêutico. Segundo o autor, “como quer que seja, o comportamento de Teixeira de Freitas reforça a ideia de que não há consolidação rigorosamente neutra. Onde está o direito, aí está a interpretação. Onde está a interpretação, aí está a liberdade”.²⁶ Desse modo, os limites formais não foram obstáculos para uma atualização baseada no discurso da interpretação.²⁷

²⁴ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 244.

²⁵ Nesse sentido, assim dispõe na própria Consolidação das Leis Civis: “Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional?” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857, p. VIII)

²⁶ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 250.

²⁷ Ainda segundo Villela, “não sendo o consolidador alguém que legisla, é natural que se guarde de formular livremente os textos que encontra. Mas seria reduzir de muito a utilidade de seu trabalho, atrelá-lo a expressão formal preexistente, não só porque muda o alcance dos preceitos, em virtude da incessante atividade legislativa, como também porque evolui o entendi-

Assim, devido a sua atualidade e a sua apuração técnica, a Consolidação das Leis Civis foi alçada ao patamar de um código civil. Importante, ainda, destacar que, no Brasil, um verdadeiro código civil ainda demandou alguns anos até ser concebido. Desse modo, de acordo com Sílvio Meira, “a Consolidação das Leis Civis do Brasil, de 1858 foi o verdadeiro Código Civil Brasileiro até primeiro de janeiro de 1916, quando se promulgou outro, baseado no projeto de Clóvis Beviláqua, para entrar em vigor a 1º de janeiro de 1917. Foram, portanto, cerca de cinquenta e nove anos de vigência”.²⁸

Todavia, apesar de a Consolidação das Leis Civis ser compreendida como verdadeiro Código Civil, a *ratio* presente em sua elaboração era a de ser um intróito ao trabalho codificador. Como assinalado por João Baptista Villela consolidar é realizar uma “síntese de conciliação entre o passado e o presente, a consolidação poderá significar ato de *aggiornamento* do direito”.²⁹ Assim, o trabalho do consolidador Teixeira de Freitas objetivava garantir uma linha de continuidade histórica, permitindo a adequação do novo instrumento legislativo e a sua real eficácia.³⁰

mento das regras, cuja expressão atualizada se busca precisamente alcançar. Haveria, portanto, uma dupla fonte de legitimidade para reproduzir o texto em linguagem reprocessada: adequar a determinação preceitual ao estado da legislação e conformá-la com o sentido vigente das regras de direito” (VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 252).

²⁸ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 74.

²⁹ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico dogmáticos. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 253.

³⁰ Importante assinalar, ainda, que, devido ao sucesso alcançado pela sua consolidação, Teixeira de Freitas foi incumbido, em 1858, da elaboração do Código Civil brasileiro. Como resultado de seu encargo, foi desenvolvido o *Esboço*, trabalho extenso, composto por mais de 4900 artigos. Todavia, como relatado por Giordano Bruno Soares Roberto, “desgostoso pela demora dos trabalhos e pelo desprezo silencioso que sua obra recebeu, Freitas suspende a execução do contrato que, logo em seguida, é considerado resolvido pelo jurista e escritor José Alencar, então Ministro da Justiça”. (RO-

6. CONSOLIDAÇÃO E CODIFICAÇÃO NA OBRA DE ANDRÉS BELLO

O Código Civil da República do Chile foi promulgado em 14 de dezembro de 1855 e teve a sua origem nos trabalhos desenvolvidos pelo venezuelano Andrés Bello, ao longo de mais de vinte anos. Trata-se de uma codificação que, ainda hoje, permanece em vigor e que influenciou vários países latino-americanos, tais como Nicarágua, Colômbia, Equador e Uruguai.³¹ Na referida obra, buscou-se conjugar as tradições jurídicas já existentes com as inovações trazidas pelo movimento de codificação vivenciado, principalmente, no continente europeu.

Andrés Bello nasceu em Caracas, morou por um longo período em Londres e, depois, veio a se estabelecer em Santiago do Chile.³² Era um homem de múltiplos campos de atuação, dentre os quais se destacavam a educação, a universidade, a gramática, a literatura, a filosofia, as leis e a política. De acordo com Gregorio Weinberg, “a abrangência de sua obra e a influência que ela nunca deixou de exercer conferiram a ele grande prestígio em todo continente latino-americano e explicam o fato excepcional de que, até os nossos dias, todos os falantes de língua espanhola o reivindicuem para si”.³³

Como parece natural, o processo de independência leva à necessidade de também se autonomizar a legislação nacional. Ocor-

BERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65) Não obstante seu insucesso, o *Esboço* teve uma severa influência nas legislações que o sucederam, bem como na elaboração das codificações de outros países sul-americanos.

³¹ Cf. CALDERA, Rafael. *Andrés Bello*. Caracas: Instituto Nacional de Cultura y Bellas Artes, 1965, p. 143.

³² Rafael Caldera assim descreve a trajetória de Andrés Bello: “Conjunção feliz de duas épocas e de dois continentes, as circunstâncias históricas forjaram sobre uma natureza robusta a personalidade de Andrés Bello. Fruto sazonado da cultura colonial, amadurecido ao longo de vinte demorados anos à sombra do Museu Britânico, encontrou no Chile terreno amplo para deitar sua semente: e, assim sendo, a generosa oportunidade que lhe fora oferecida por aquele povo, em fase de serena criatividade, trouxe um campo definitivo ao seu trabalho” (CALDERA, Rafael. *Andrés Bello*. Caracas: Instituto Nacional de Cultura y Bellas Artes, 1965, p. 17).

³³ WEINBERG, Gregório. *Andrés Bello*. Recife: Massangana, 2010, p. 12.

re que, também no Chile, a ruptura não pôde ser feita de maneira abrupta, sendo mantida a vigência das normas da antiga metrópole em período posterior à emancipação política do país. Essa realidade parece confirmar as ideias de Henry Sumner Maine, para quem, “nas jovens nações, revela-se raro que a legislação seja chamada para a realização de uma reforma geral do direito privado. O clamor do povo não é pela mudança das leis, [...] mas somente pela sua pura, completa e fácil administração”.³⁴

De acordo com Gregorio Weinberg, diante do momento conturbado pelo qual passava a América Latina, Bello sustentava que “o objetivo não seria derrubar uma ordem ameaçada, e sim restaurá-la tão cedo quanto possível, utilizando instrumentos adequados: a educação, a legislação e o comércio”.³⁵ Assim, também no Chile, em um determinado momento, propôs-se um preliminar trabalho de revisão do direito antigo em uma consolidação, para depois se alcançar uma codificação. Desse modo, diferentemente de Juan Egaña, que propunha uma reforma radical e completa do direito naquele país, implicando no abandono de soluções tradicionais e em sua troca por concepções novas, Andrés Bello esboçava uma notável preocupação com a preservação das tradições jurídicas então existentes. Essas ideias foram expostas em um artigo publicado no periódico chileno “*El Araucano*”, no dia 28 de junho de 1933.

Bello defendia a divisão do processo de modernização legislativa em duas fases distintas: primeiramente deveria ser feita a consolidação (denominada no pensamento de Bello pela expressão *codificación*) e, só em seguida, deveria ser realizada a reforma, que materializaria o verdadeiro código civil.³⁶ Sua construção teórica desenvolveu-se como reação às concepções de Egaña, buscando apro-

³⁴ MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London: John Murray, 1866, p. 42. No original: “In the youth and infancy of a nation it is a rare thing for the legislature to be called into for the general reform of private law. The cry of the people is not for change in the laws, which are usually valued above their real worth, but solely for their pure, complete and easy administration”.

³⁵ WEINBERG, Gregório. *Andrés Bello*. Recife: Massangana, 2010, p. 15.

³⁶ Iván Jaksic afirma que Bello dava à palavra “*codificación*” a conotação de “*compilación*” (JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larramendi, 2001, p. 193).

veitar os instrumentos legislativos anteriores, notadamente as *Siete Partidas*, principal fonte legislativa originária da antiga metrópole. Nesse sentido, Guzmán Brito afirma que “*así, pues, es paladina la distinción establecida por Bello entre reforma y codificación (consolidación): la primera, en síntesis, consistía en formar un cuerpo de derecho nuevo; la segunda, en formar un cuerpo nuevo pero de derecho previgente*”.³⁷

O referido intento foi visto como uma tentativa de agradar os setores conservadores da sociedade e do Congresso, que viam a ruptura como algo indesejável.³⁸ Assim, a teorização construída por Bello revelou-se como apoio a um projeto de lei proposto pelo Deputado Manuel Camilo Vial, que indicava a compilação das leis existentes em um único corpo de direito. O referido projeto, no entanto, encontrou barreiras nas manobras parlamentares e, a partir do ano de 1834, foi esquecido pelo Legislativo chileno. O Ministro do Interior Diego Portales decidiu pedir que Bello comesçasse a redigir o Código Civil, tendo sido preparados, por ele, vários artigos sobre testamento e sucessões.³⁹ Inicialmente, o papel desenvolvido por Bello não foi levado a público em decorrência das objeções que sofria seu nome, principalmente, pelos fatos de ser estrangeiro e de não possuir título em Direito.⁴⁰

³⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 259.

³⁸ JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larra-mendi, 2001, p. 194.

³⁹ JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larra-mendi, 2001, p. 195. Para maiores detalhes sobre o processo político que redundou na escolha de Andrés Bello para a elaboração do Código Civil da República do Chile, ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro. Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 256-260 e JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larra-mendi, 2001, p. 190-196.

⁴⁰ Iván Jaksic afirma que “para solucionar este segundo problema, Andrés Bello solicitou o grau de bacharel em Direito Civil e Canônico à Universidad de San Felipe. O grau foi outorgado por meio de exames ante os membros acadêmicos e Bello não teve qualquer dificuldade para obter o título

A morte de Diego Portales (1837) e a Guerra contra a Confederação Peru-Boliviana (1837-1839) atrasaram as atividades de codificação. No entanto, quando a situação nacional apresentou melhoras, Bello, como senador e autor de partes importantes da nova legislação, estava em uma posição muito mais forte para reavivar a tarefa de codificação.⁴¹ Em 10 de agosto de 1840, foi proposta a formação de uma comissão bicameral que daria origem ao Código Civil chileno. Mesmo com dificuldades, Bello entregou ao governo seu primeiro rascunho completo da codificação, em outubro de 1857⁴² e, em 1855, o projeto foi aprovado no Congresso e promulgado pelo Presidente da República. O Código entrou em vigor em 1º de janeiro de 1857.⁴³

Apesar de a prática concretizada por Andrés Bello não ter seguido a sua teorização de uma prévia e autônoma consolidação das leis que, até então, estavam em vigência, percebe-se, um alinhamento com os trabalhos desenvolvidos por Teixeira de Freitas. Na teorização de Bello, o emprego da técnica consolidadora apresenta-se como fase preliminar de feitura de uma codificação, no intuito de se preservar a tradição jurídica anterior. Como assinalado por Guzmán Brito, a originalidade não está no mero emprego da consolidação como fase preliminar à codificação, mas, sim, na deliberada divisão do processo de renovação jurídica em duas partes distintas.⁴⁴ Na obra dos aludidos juristas é possível perceber a consciente manifestação de dividir a reforma em fases com o intuito de preservação da tradição jurídica. Nesse sentido, assinala o autor:

La primera conclusión que se impone con relieves muy sa-

lo *neminem discrepante*”. JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larramendi, 2001, p. 193.

⁴¹ JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larramendi, 2001, p. 196.

⁴² JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larramendi, 2001, p. 197.

⁴³ JAKSIC, Iván. *Andrés Bello*. Santiago de Chile: Fundación Ignacio Larramendi, 2001, p. 202.

⁴⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 266.

lientes, es que la bipartición del proceso codificador en una consolidación primero y en una codificación propiamente tal después no ha sido algo original en Chile ni en Brasil, pues se trata de una operación global de antecedentes europeos. Pero inmediatamente salta a la vista que la exposición de una teoría o doctrina sobre aquella bipartición, esto es, la explícita y consciente manifestación de la idea de dividir el proceso de renovación jurídica en dos etapas, una meramente técnica y otra de fondo, ha sido formulada con ribetes muy nítidos en Chile e después en el Brasil. En efecto, no encontramos en la literatura europea una exposición similar a la de Bello o Teixeira, en que tan tajantemente se apunte la bipartición.⁴⁵

Não obstante a existência de tal similitude e a constatação da originalidade de ambos, Guzmán Brito é categórico ao asseverar que uma influência de Bello sobre Teixeira de Freitas deve ser descartada, pois, dificilmente, este último teria tido acesso aos textos de Bello que tratavam do tema restringindo sua análise apenas às concepções presentes na codificação chilena.⁴⁶

Além disso, deve ser destacado que, apesar de não se verificar a referida autonomia do emprego da técnica consolidadora, a nova codificação tem por característica basilar a preservação das anteriores tradições jurídicas, dando-se preferência sempre à utilização de partes dos textos das *Siete Partidas*, em detrimento da simples apropriação de dispositivos presentes em códigos civis, então vigentes.⁴⁷ Esse fato, de certa maneira, revela que o Código Civil chileno

⁴⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 266.

⁴⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 262.

⁴⁷ Sobre as influências do codificador chileno, Engênio Faccini Neto sustenta: “Andrés Bello inspirou-se não só no modelo francês, mas também nas tradições jurídicas romanas (o projetista referiu-se várias vezes às *Siete Partidas* e ao pensamento de Savigny), além de desenvolver ideias originais para a época, como a propriedade fiduciária.” FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 198, 2013, p. 77.

buscou congregar os novos valores e a necessidade de adequada ordenação com uma importante preocupação relativa à manutenção de institutos e concepções já existentes. Nas palavras de Guzmán Brito:

El código no fue sólo un producto técnico, como obra legislativa destinada a señalar dirección y sentido a las actuaciones humanas, también un modelo absorbente de ideas sobre organización social. Igualmente en esto vinculó se él con el moderno movimiento codificador, que aspiraba non sólo a la reformulación técnica de la legislación y el derecho, sino además a su reforma de fondo, mediante la inserción de ciertas ideas en la legislación que nuevamente se formara.⁴⁸

Essa congregação de ideias marca a codificação chilena e, de certo modo, revela a sua originalidade. A preocupação com o passado e com as tradições revela-se como ponto essencial no desenvolvimento de um Código Civil, pois a ruptura abrupta com uma ordem jurídica pré-estabelecida não se demonstra como técnica adequada, devendo a mudança da legislação ser precedida de uma adequada reflexão social sobre os anseios com relação àquele instrumento. A técnica consolidadora pode ser de grande valia no processo de concepção de um código civil, porém, como visto, deve ser salientado que o seu uso não se apresenta como único caminho para o alcance de uma aplaudida codificação, como demonstra o exemplo chileno.

7. CONCLUSÃO

Como visto, não é assente a delimitação das diferenças existentes entre o emprego da técnica codificadora e da técnica consolidadora. Impera, no entanto, a teoria exposta por Mario Viora, que estabelece que o ponto central de distinção das figuras estaria na originalidade do conteúdo identificado nas codificações, enquanto nas consolidações haveria uma limitação à ordenação do direito pretérito. Vê-se, assim, que, por tal concepção, é a sistematização imbuída de direito novo o elemento propulsor, responsável por romper com a antiga tradição europeia de feitura de consolidações.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Andrés Bello codificador*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1982, p. 454.

Não obstante as discussões teóricas acerca dos institutos em análise, é possível verificar que os fenômenos da consolidação e da codificação podem tomar caminhos próprios não adstritos às conceituações estanques formuladas pela doutrina. E é justamente a liberdade de construção dada ao jurista que possibilita a realização de novos desenhos, dotados de notável originalidade.

Na América do Sul, a concepção sobre a utilização de consolidações de leis civis tem como maiores expoentes Augusto Teixeira de Freitas e Andrés Bello. Ambos idealizaram a utilização da técnica consolidadora com objetivos diversos dos apresentados nos compêndios doutrinários. Para os dois juristas, a consolidação deveria ser apresentada como exercício preparatório para a elaboração de uma codificação. A intenção central da tarefa de consolidar estaria na manutenção de uma tradição jurídica já existente, não permitindo uma ruptura com o sistema jurídico anterior, geradora de um ambiente de extrema insegurança jurídica.

Não obstante essa característica similar no uso da técnica de consolidação, os dois juristas empreenderam seus trabalhos de maneira diversa. Enquanto Teixeira de Freitas elaborou a Consolidação das Leis Civis (1857) como etapa preparatória para a codificação, Andrés Bello caminhou em sentido oposto, elaborando o Código Civil diretamente, mas tentando preservar parte dos textos que, até então, eram vigentes. Percebe-se, assim, que a concepção do que deveria ser uma consolidação apresenta-se como ponto comum em plano teórico, mas dissonante se tomada em consideração a forma como foi compreendida a aludida tarefa pelo codificador chileno. Por outro lado, não se pode negar que, nas duas experiências, revela-se presente uma acentuada preocupação com a necessidade de se preservar as antigas tradições jurídicas, sem que fossem apropriadas unicamente influências legislativas estrangeiras, evitando, por conseguinte, uma brusca quebra em seus respectivos ordenamentos.

INOVAÇÃO SISTEMÁTICA E ACUIDADE HISTÓRICA

A HESITAÇÃO DOGMÁTICA DE UM ESPÍRITO
INTRANSIGENTE – NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO
ENTRE OS CONCEITOS DE PROCURAÇÃO,
MANDATO E REPRESENTAÇÃO (A PARTIR DE
UMA CONFRONTAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS
2853 E 2857 DO ESBOÇO DE CÓDIGO CIVIL)

Estevan Lo Ré Pousada

1. APRESENTAÇÃO

Dissertar sobre Augusto Teixeira de Freitas - ou sobre qualquer uma das facetas de sua vasta obra - é tarefa a um só tempo das mais fáceis e das mais difíceis de se cumprir: é tarefa fácil porque a paixão que o autor revela pela contemplação científica do Direito acaba contagiando todo aquele que se debruça sobre sua respectiva obra; contudo, acaba sendo tarefa das mais difíceis, pois a genérica circunscrição de um tema em especial não é suficiente para manter o objeto analisado sob o desejado controle. Como teremos a oportunidade de observar logo adiante, a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas confere à sua obra uma singularidade que permite a sua tranquila identificação por um leitor mais cuidadoso: em suas linhas conseguem-se depreender, simultaneamente, diversas facetas aparentemente inconciliáveis do espírito científico - intransigência, harmonização, abnegação e escrúpulo -, em uma mistura que por vezes acabou por redundar em autêntica hesitação por parte do jurista ora estudado.

Com efeito, é sobre tal personagem que gostaríamos de discurrir durante as próximas páginas: um estudioso que - adotando

uma postura pretensamente científica ao longo dos diversos momentos de sua existência - acabou por nos legar um dos mais preciosos monumentos legislativos dos últimos séculos: um projeto de Código Civil ao qual ele próprio conferiu a singela designação de *Esboço* - e em cujo bojo se dedicam ao tipo contratual do mandato quase duas centenas de disposições (compreendidas entre os artigos 2853 e 3042).

Decerto que não teremos a oportunidade de analisar toda a disciplina projetada para o contrato de mandato segundo o *Esboço* de Código Civil; contudo, a abordagem de uma série de elementos pontuais - o panorama imediatamente anterior, as inovações efetivamente implementadas (graças a algumas intervenções creditadas especificamente à referida fonte), os avanços que se poderia ter feito (caso as iniciativas constantes do “Esboço” tivessem sido adotadas) e a própria hesitação de Augusto Teixeira de Freitas (quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação) - parece-nos digna de uma reflexão própria, pois acaba por evidenciar o espírito inquieto de seu autor: uma inquietação que se deixa entrever, inclusive, no aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil.¹

Passemos à breve análise, pois, de três passagens emblemáticas, evidenciadoras: da “intransigência” científica do romanista Augusto Teixeira de Freitas; da “harmonização” científica promovida pelo autor da *Consolidação das Leis Civis*; e da “abnegação” científica do teórico responsável pela *Carta de 20 de setembro de 1867* (em decorrência da qual o *Esboço* não veio a se tornar o nosso primeiro Código Civil). Tais episódios servirão, pois, para valorizar ainda mais a aparente “hesitação” derivada de uma comparação entre os

¹ Como teremos a oportunidade de destacar logo adiante, nossa preocupação, neste estudo, se circunscreve à abordagem do conflito aparente de normas estabelecido entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil. Pelos demais aspectos apontados no corpo do texto, cf. o capítulo X (intitulado “historiografia exclusivamente brasileira: os contornos eficazes do contrato de mandato anterior ao Código Civil de 2002”) de nosso estudo anterior LO RÉ POUSADA, Estevan. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2010, p. 296-402.

artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil.²

2. A PERSONALIDADE DO ROMANISTA AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS NA POLÊMICA MANTIDA COM CAETANO ALBERTO SOARES NO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASIL (1857) – UM EXEMPLO DE INTRANSIGÊNCIA CIENTÍFICA.

Uma abordagem demasiado simplificadora do episódio em que se desentenderam Augusto Teixeira de Freitas (então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros*) e seu antecessor Caetano Alberto Soares poderia conduzir o leitor à indevida impressão de que o autor estudado era contrário à abolição da escravatura entre nós: contratado, contudo, em 1855 para a confecção da *Consolidação das Leis Civis*, em sua *Introdução* já se revelava um confesso (e convicto) partidário da causa abolicionista.³

De maneira que contrariamente às suas convicções pessoais a respeito do destino que deveria ser conferido à referida institui-

² Note-se que a alusão a tais eventos já havia sido feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao ensejo do *Prefácio* à recente edição (obra fac-similar) da *Consolidação das Leis Civis* levada a cabo pelo Senado Federal. A respeito, cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XIII-XXIV.

³ A posição dogmática do autor a respeito da escravidão é inteiramente contrária à sua convicção pessoal sobre a referida instituição. Com efeito, em trecho memorável da *Introdução* à *Consolidação das Leis Civis* este destaca não constar da referida obra qualquer disposição relacionada àquela - “correlativo odioso” do estado de liberdade (e que deveria ser objeto de um autêntico “Código Negro”). A este respeito, *in verbis*: “[c]umpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma exceção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro*” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXVII).

ção no cenário de então, em polêmica travada com Caetano Alberto Soares na própria época em que redigia a *Consolidação*, Augusto Teixeira de Freitas declarou, contudo, que o filho de escrava manumissa em testamento (com cláusula de servir a herdeiro ou legatário enquanto este vivesse) haveria de ser considerado escravo. Sua conclusão se estribava na interpretação que efetuará de fragmentos do Direito Romano aplicáveis à hipótese analisada.⁴

Ora, mais do que uma conclusão a respeito do acerto ou do erro de Augusto Teixeira de Freitas quanto à interpretação realizada, importam-nos sobremaneira dois aspectos outros: em primeiro lugar, como sua análise do próprio Direito Romano ainda se mostrava bastante comprometida com posicionamentos que poderiam ser considerados questionáveis (para não dizer propriamente ultrapassados), em virtude da acentuada autoridade ainda conferida ao manancial justinianeu por grande parte dos juristas de então - não obstante a admissão sistemática do *usus modernus pandectarum* pela Lei de 18 de agosto de 1769 e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772.⁵

⁴ A respeito da fundamentação da posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito do problema apresentado no *Instituto dos Advogados Brasileiros*, cf. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 79-87. Note-se que o próprio biógrafo se inclina, aliás, pela posição de Caetano Alberto Soares, uma vez que mais compatível com os avanços experimentados pelo Direito Romano mais evoluído - sendo que a tese de Augusto Teixeira de Freitas se estribava em passagens mais antigas (atribuídas a Ulpiano). Ainda quanto à posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito da escravidão, cf. SURGIK, Aluísio, O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 427-447.

⁵ Sobre a importância da Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) como mecanismo responsável por desautorizar o Direito Romano (justinianeu), já tivemos oportunidade de nos manifestar anteriormente: “[p]or meio da *Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão)* é promovida uma reestruturação do sistema das fontes do direito positivo português: o conceito de *boa razão* é tomado como *fundamento* para a aplicação do direito romano diante da omissão da legislação pátria; no que concerne às matérias econômicas, comerciais, mercantis e marítimas, os princípios adotados pelas nações iluminadas adquirem precedência sobre o direito justinianeu; quanto à interpretação da legislação reinícola o brocardo *odiosa limitanda*,

favorabilia amplianda é expressamente repudiado pelo legislador; a jurisprudência da Casa de Suplicação de Lisboa tem sua autoridade fortalecida em virtude da carga normativa atribuída (unicamente) aos seus assentos; a jurisdição espiritual é apartada de sua correlata temporal; a *Glosa* de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo são proscritos, extirpando-se a autoridade extrínseca a eles conferida pelas *Ordenações Filipinas*; o costume recebe tratamento específico, estabelecendo-se requisitos legais para o seu reconhecimento” (LO RÉ POUSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 67). Por sua vez, os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* acabaram por coroar tal processo de substituição das fontes sobre as quais deveriam se debruçar os estudantes forjados nessa nova cultura: “[o] sistema de ensino *escolástico-analítico* (então empregado pelos jesuítas na Universidade de Coimbra) é submetido à crítica no *Compendio histórico* de 1771, onde se preconiza a adoção do método *sintético-compendiário* (tal qual sugerido por Luís António Verney), à moda de Johann Gottlieb Heinnecius (...) Este novo método de *exposição* do Direito é adotado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*, ao mesmo tempo em que se define um critério prático para a constatação da conformidade entre o direito justinianeu e a *boa razão*: o uso do direito romano praticado entre as nações civilizadas da Europa (*usus modernus pandectarum*). Além disso, são instituídas as disciplinas relativas ao *Direito Natural*, ao *Direito das Gentes* e à *História do Direito* (pátrio e romano)” (LO RÉ POUSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006). Embora as referidas fontes tenham legitimado uma utilização mais criteriosa do Direito Justinianeu – uma vez que de suas entranhas haveriam de ser apartadas a parte “apodrecida” (a ser descartada) e aquela ainda “viva” (a ser aproveitada) das fontes romanas –, sintetizada pela expressão *usus modernus pandectarum*, fato é que a observância do manancial romano pelo autor estudado nem sempre redundou na eliminação automática do material considerado obsoleto. A respeito do *usus modernus pandectarum* praticado por Augusto Teixeira de Freitas, cf. PEREIRA, Aloísio Ferraz, O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 83-99. Consubstanciando um espírito lealmente comprometido – ainda que de modo inconsciente – com a *Escola Histórica do Direito*, sua análise esbarra em obstáculos intransponíveis a um adepto da *Jurisprudência dos conceitos* – e que somente poderão ser demovidos graças à consagração de uma emancipada *Jurisprudência dos*

Em segundo lugar, interessa-nos ainda a violenta reacção de Augusto Teixeira de Freitas ante a alegada falta de fundamentação científica dos adeptos da posição contrária: descontente com o desfecho do embate teórico, o até então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros* apresentou, enfim, sua renúncia ao cargo ocu-

interesses, algum tempo depois. A este respeito, parece-nos muito produtiva a comparação entre a referida utilização do Direito Romano levada a efeito por Augusto Teixeira de Freitas (no contexto de sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros) e a conhecida conversão de Rudolph von Ihering da *Jurisprudência dos conceitos* à *Jurisprudência dos interesses*, assim sintetizada por Gustav Radbruch: “No *Scherz und Ernst* (1885, mas uma parte já de 1861) critica Jhering a ‘*jurisprudência conceitual*’ (*Begriffsjurisprudenz*) que aliás tinha definido anteriormente nos *Geist des röm. Rechts*. O momento e o motivo desta conversão do ilustre jurista da ‘*jurisprudência conceitual*’ à ‘*jurisprudência teleológica ou dos fins*’ (*Zweckjurisprudenz*) podem hoje determinar-se com precisão (Cfr. Kantorowicz, *Deutsche Richterzeitung*, Jan. 1914). No Digesto (18, 4, 21) é atribuída ao jurisconsulto Paulo uma decisão segundo a qual o vendedor de uma coisa por ele duas vezes vendida e logo a seguir destruída por caso fortuito, pode exigir dos dois compradores o preço. Jhering concordou com esta decisão. Ora alguns anos mais tarde veio a encontrar-se perante um caso praticamente idêntico. Tratava-se, desta vez, duma cota na propriedade dum navio naufragado que tinha sido vendida duas vezes (...) A primeira instância tinha decidido no sentido daquele passo do Digesto, apoiando-se na opinião de Jhering. A segunda instância, porém, revogou a sentença. A Faculdade de direito de Göttingen, à qual foram enviados os autos, teve então de se ocupar do assunto. ‘Nunca na minha vida – confessou Jhering – um caso da vida jurídica me colocou, não direi já em tão grave embaraço, mas em tão grande aflição como este. Se um desacerto teórico pode alguma vez merecer castigo, tive-o então de sobra. Uma coisa é, na verdade, ocupar-se uma pessoa dum princípio jurídico numa atitude puramente teórica e científica, sem se preocupar com as conseqüências que ele pode vir a ter na prática, extraindo-se das fontes ou por via dedutiva; outra coisa é ter de aplicá-lo na vida prática. Uma opinião menos sensata, mesmo quando o opinante seja sensato, não resiste a esta prova.’ Jhering decidiu, com efeito, em contrário da sua primitiva opinião. Esta experiência presta-se admiravelmente para mostrar as vantagens que um direito de ‘caso’ tem sobre um direito de ‘leis’. Se neste último, por via de regra, o jurista se funda, quando muito, em casos tirados de sua fantasia ou de uma vaga memória de outros, no primeiro é obrigado a tomar contacto directo com as realidades e a experimentar aí a força das suas opiniões” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 406-407).

pado; tendo ainda recomendado aos adversários - naquela ocasião - um estudo mais criterioso das fontes constantes do *Corpus Iuris Civilis*.⁶

Embora tal episódio evidencie uma faceta de certo modo intolerante do autor ora estudado - manifestação que não pode ser confundida com a compreensível (e até mesmo desejável) firmeza (que deve ser adotada por qualquer teórico em seu respectivo discurso) -, também nos permite entrever um exemplo da intransigência dogmática que caracterizou a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas.⁷

Desponta, então, a inevitável pergunta: tal intransigência se deve a um puro conservadorismo do autor ora estudado? Ou se evi-

⁶ O episódio é narrado por Meira, que destaca ter Augusto Teixeira de Freitas oferecido ao Instituto a quantia necessária para a fundação de sua biblioteca, recomendando-se a aquisição urgente de um exemplar do *Corpus Iuris Civilis*, pois, nas palavras originais, “deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descanso” (MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 80). Quanto ao afastamento da Presidência do Instituto, o biógrafo revela certa desconfiança – não lhe parecendo que a mera divergência de entendimentos fosse suficiente para justificar sua renúncia: “[e]m rigor não vemos razões para, em assunto doutrinário, por ser vencido, desistir o jurisconsulto da Presidência do Instituto, salvo se, durante os debates, houvesse algum agravo à sua pessoa por parte dos colegas. Não cremos, com firmeza, nessa possibilidade, nem há quaisquer indícios nesse sentido. A longa carta que Freitas enviou ao Instituto revela o seu amargor por ter sido derrotado o seu parecer, tanto assim que volta ao assunto, expondo exaustivamente as suas razões (...) [a]lgo deve ter ocorrido de mais grave, talvez de natureza pessoal, levando-o a abrir mão da presidência do Instituto, que ele mesmo ajudara a criar e do qual era um dos mais respeitáveis esteios” (MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 80-81).

⁷ Na carta que continha a sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, Augusto Teixeira de Freitas assim arrematava sua exposição: “em questões de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamento do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio (...) [a]s opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos” (documento transcrito pelo biógrafo MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 83).

dencia como uma autêntica manifestação da inflexibilidade de sua personalidade? A fim de que se encontre uma resposta a tais indagações, será necessário analisar dois episódios também singulares na trajetória de nossa personagem: em primeiro lugar, o seu relevante papel como elemento estabilizador da tradição jurídica luso-brasileira (v. g., a propósito da preservação do “princípio da tradição” em matéria de transmissão da propriedade) no contexto de elaboração da *Consolidação das Leis Civis*; e em um segundo momento, o seu papel vanguardista ao sugerir, na fatídica *Carta de 20 de setembro de 1867* (dirigida ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada), a elaboração de um “Código Geral” - voltado à disciplina das “causas” jurídicas - inteiramente desvinculado da disciplina especificamente comprometida com a matéria civil.

Passemos à análise, pois, de tão significativas ocorrências.

3. A PERSONALIDADE DO CONSOLIDADOR AUGUSTO TEIXEIRA DEFREITAS NA ARTICULAÇÃO ENTRE A INTRODUÇÃO E O TEXTO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS – UM EXEMPLO DE HARMONIZAÇÃO CIENTÍFICA

Se o romanista Augusto Teixeira de Freitas poderia ser considerado um conservador quanto às suas íntimas convicções jurídicas, de sua parte o consolidador talvez pudesse também ser assim rotulado, conquanto que à custa de fundamentos bastante diferentes: em meio à empreitada que lhe fora confiada - por meio de contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855 (tendo por objeto a classificação e a consolidação de toda a legislação pátria de então) -, o autor se viu envolto por duas forças absolutamente distintas (e aparentemente inconciliáveis): de um lado, seu ímpeto inovador, que pode ser depreendido de uma *Introdução à Consolidação das Leis Civis* bastante arrojada, na qual todo o material coligido se vê submetido a uma criteriosa análise, vertida em uma lapidar estruturação jurídica; de outra banda, sua propensão conservadora, comprometida com a preservação de certos traços característicos de nossa própria tradição jurídica - construída à custa da consciente utilização de certos expedientes passíveis de recondução às milenares fontes jus-

tinianéias.⁸

Com efeito, a análise da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* nos remete a um contexto histórico bastante específico: diante da solene promessa – constante do artigo 179, XVIII da Constituição Imperial - de elaboração de uma codificação civil fundada nas “sólidas bases da justiça e da equidade”, fazia-se necessário um prévio esforço de “terraplenagem” jurídica, de modo que se pudesse divisar o que era direito vigente à época (e aquilo que havia sido proscrito, conscientemente ou não, de nosso cenário). Esse imenso cipoal com o qual se deparou Augusto Teixeira de Freitas lhe proporcionou não apenas a oportunidade para o desenvolvimento de um criterioso (e hercúleo) trabalho, como também acabou por credenciá-lo para a elaboração do - primeiro - projeto da nossa própria codificação civil - tão ansiada pela comunidade jurídica de então.⁹

⁸ Por tal razão tivemos ocasião de destacar: “(...) discordiamo in parti da quelli che negli ultimi tempi trattano dello spirito creatore di Augusto Teixeira de Freitas, lasciando il suo genio; veramente ci sembrano, per lo meno, precipitati. La singolarità dell’opera di Teixeira de Freitas risiede nel suo spirito conciliatore. Conciliatore di una scientificità ed uno spirito di creatività senza pari riguardo al *sistema*; allo stesso tempo um forte guardiano dela tradizione giuridica nazionale, riguardo alla base che disciplina la vita del popolo, il quotidiano di una massa che nella sua maggior parte non conosce l’ordinamento giuridico che la regola” (LO RÉ POUSSADA, Estevan. *L’opera di Augusto Teixeira de Freitas e la conformazione di un diritto civile tipicamente brasiliano: il suo genio inteso come conciliazione tra innovazione sistematica e acuità storica. Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*. Bruxelles, n. 51, 2004, p. 196). A respeito da conjugação entre os dois aspectos da obra de Augusto Teixeira de Freitas, cf. SALDANHA, Nelson. *História e sistema em Teixeira de Freitas*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 51-70.

⁹ Quanto ao estado generalizado de ansiedade – gerado pela expectativa da promulgação de um Código Civil brasileiro – cf., por todos, as análises de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 79-96 e GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3-13. Note-se que o primeiro autor revela, inclusive, a inusitada proposta de Euzébio de Queiroz lançada ao Instituto dos Advogados Brasileiros: “[p]ropôs que se adotasse, como código, o *Digesto português*, obra meio-codificadora, meio-expositiva, de José Homem Correia Telles, o que seria a solução mais conservadora possível e não atenderia à legislação

Diante da necessidade de um exame acurado das *Ordenações do Reino de Portugal* (bem como também da legislação extravagante que lhe sucedeu), o ambiente já se mostrava propício à incorporação de alguma sorte de inovações, destinadas a superar o eventual atraso da legislação brasileira em relação às suas congêneres. E, dentre diversos outros aspectos que poderiam vir a ser assinalados, parece-nos merecedora de especial atenção - quanto à disciplina da transferência da propriedade - a substituição, pelo *Código Civil francês*, do “princípio da tradição” (reputado ultrapassado) pelo “princípio do consenso” (considerado inovador): de modo que a moderna

posterior à feitura do livro. Compreende-se que o Instituto dos Advogados Brasileiros se opusesse, consultado, à tal medida. Seria parar; e mais do que parar: retroceder” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 79). Na verdade, discordamos de F. C. Pontes de Miranda quanto ao caráter conservador de uma tal solução: na verdade, parece-nos que seria uma solução possível, conquanto comparável a um balde d’água em meio a um incêndio. Teríamos alguma sorte de “atualização” - pois a obra de José Hommem Correia Telles, sem dúvida, era uma das mais reputadas da época. Contudo, se tal solução tivesse sido a adotada, teríamos ficado em um novo estado de estagnação imediatamente após, pois estaríamos atrelados a um estágio de direito científico “petrificado”. Quanto a isso, certamente resta razão a F. C. Pontes de Miranda. A este respeito, cf. as considerações críticas que tivemos a oportunidade de desenvolver outrora, quanto à indesejável estabilização gerada pela Constituição Imperial de 07.11.426 (pelos imperadores Teodósio II e Valentiniano III) – preservada no próprio Código Teodosiano (C. Th. 1.4.3) – e a propósito da arrogância de Friedrich Karl von Savigny, quando reputou inadmissível a codificação por se mostrar incompatível com a desejável renovação constante do sistema jurídico. LO RÉ POUSADA, Estevan. Por um triunfo do direito científico de F. K. von Savigny: cláusulas gerais, uniformização de jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao judge-made-law do sistema de origem anglo-americana). In PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 169 (nota 16) e p. 185 (nota 30). Observe-se, por fim, que a obra de José Homem Correia Telles será objeto de novas considerações muito em breve; de modo que o leitor deve estar atento ao fato de que o prestigiado estudo referido (o *Digesto Portuguez*) foi um dos principais responsáveis por um distanciamento entre as tradições jurídicas lusitanas e brasileiras – que já começa a se esboçar após as reformas levadas a cabo na segunda metade do século XVIII.

transferência da propriedade não deveria se lastrear em uma superada distinção entre “título” e “modo” de aquisição (consagrada em fragmentos romanos comprometidos pelo decurso dos séculos); devendo a alienação decorrer do próprio contrato – que deixou de tão somente delinear-la para, a partir de então, implementá-la.¹⁰

A adoção da nova orientação seria uma imposição da própria “natureza das coisas”, diagnosticada por meio do emprego da racionalidade característica dos novos tempos: seguindo as pegadas de romanista Hugo Grócio, não apenas os jusracionalistas reputaram supérflua a distinção - atribuída mais à sutileza característica dos jurisconsultos clássicos do que a um imperativo propriamente prático -, como também assim o considerou o próprio codificador francês. De modo que a superação do modelo anterior – forjado no período mais amadurecido da jurisprudência romana - se dá, em França, com a imprescindível intercessão das autoridades de Jean Domat, Robert Joseph Pothier e do próprio legislador napoleônico.¹¹

Assim, conter a força da novidade não se revelou tarefa das

¹⁰ Pela distinção entre os conceitos de título e modo de aquisição de propriedade, por todos, cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298-ss.

¹¹ A respeito da distinção entre título e modo de aquisição de propriedade segundo o direito justinianeu (comparado à orientação adotada nos modelos clássico e pós-clássico da Jurisprudência romana), cf. o nosso já referido estudo LO RÉ POUSSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 203-210 (especialmente a nota 347). Por sua vez, na mesma oportunidade tivemos a oportunidade de abordar a consagração do sistema da miscigenação propugnado pelos jusracionalistas Hugo Grócio e Samuel Pufendorf (LO RÉ POUSSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 216-219) - levada a cabo com a edição do *Code Civil*, graças aos esforços preparatórios de Jean Domat e Robert Joseph Pothier (LO RÉ POUSSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 219-221). Pela análise mais aprofundada e pela bibliografia respectiva, remete-se o leitor ao estudo precedentemente desenvolvido.

mais fáceis, sobretudo se se tomar em consideração a circunstância de que o modelo propugnado se apresentava, à primeira vista, como uma alternativa muito mais simples do que o tradicional sistema de origem romana. Por tal razão, “autorizado” – aparentemente – pela ferramenta do *usus modernus pandectarum*, José Hommem Corrêa Telles acaba por propugnar a adoção da nova fórmula em Portugal.¹²

¹² Note-se que, inicialmente, a *Lei de 18 de agosto de 1769* (Lei da Boa Razão) e os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* não autorizavam a utilização do direito estrangeiro em lugar do direito reinícola. O que se admitiu, originalmente, foi simplesmente a utilização do *usus modernus pandectarum* como mecanismo para a aferição da compatibilidade do direito justinianeu com as necessidades dos novos tempos: ou seja, o direito estrangeiro tinha a missão exclusiva - inicialmente - de legitimar a utilização subsidiária (ou não) do direito justinianeu. Contudo, com o passar do tempo, não apenas se admitiu a utilização do próprio direito estrangeiro em caso de lacunas da legislação portuguesa, como também - e de maneira inteiramente desautorizada pela *Lei de 18 de agosto de 1769* - em situações nas quais a orientação lusitana então existente (não sendo, pois, o caso de lacuna própria) se mostrasse indesejável. A respeito de tal abuso, levado a cabo com o beneplácito da autoridade de José Hommem Correia Telles constante de seu *Digesto Portuguez*, cf. o nosso já referido estudo de LO RÉ POUSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 221-224 (especialmente a nota 347). Ali tivemos a oportunidade de observar que as posições de Paschoal José de Mello Freire dos Reis, Manuel Borges Carneiro, Manuel António Coelho da Rocha e Manuel de Almeida e Sousa (de Lobão) eram contrárias à incorporação do sistema francês. Eis a passagem em que a posição de J. H. Correia Telles se torna evidente: “380. Logo que a compra e venda é perfeita, se o vendedor tinha a propriedade da coisa, é trespassada no comprador, independente de esta ser entregue, e de ter pagado o preço. 381. Por tanto ainda que o vendedor faça nova venda da mesma coisa, o primeiro comprador deve preferir ao segundo” (CORREIA TELLES, José Hommem. *Digesto Portuguez ou Tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade: para servir de subsídio ao Novo Código Civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846, p. 63-64). Eis a nota ao artigo 380: “*Desideratur*. Pelo § 3 Inst. de Empt e Ord. L. 4 T. 7., pr. era precisa a entrega para o comprador adquirir o domínio: legislação contrária às regras da Jurisprudencia Natural. Grocio de Jur. bel. L. 2 Cap. 6, § 1, e Cap. 8 § 25. Burlamaq. Dir. Nat. Tom. 4 cap. 9 § 1, Cod. Civ. Franc. art. 1583” (CORREIA TELLES,

Na mesma época, no Brasil, a questão foi enfrentada por Augusto Teixeira de Freitas ao tempo da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*: e em lugar de defender a adoção do novo modelo, então em voga no cenário europeu, o autor sustentou a imprescindibilidade da preservação da orientação romana – convicto de que a distinção entre “título” e “modo” de aquisição de propriedade ainda então se revelava útil. Eis a razão por que o sistema brasileiro acabou por consagrar um sistema de “separação relativa” (entre os planos do “Direito das Obrigações” e do “Direito das Coisas”) em matéria de transmissão da propriedade – em uma orientação que se manteve a meio passo entre a “miscigenação” francesa e a “separação absoluta” propugnada pelos alemães.¹³

José Hommem. *Digesto Portuguez ou Tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade: para servir de subsídio ao Novo Código Civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846, p. 63-64). Por sua vez, esta a nota acrescentada ao artigo 381: “*Desideratur*. O contrario decide a Ord. L. 4, T. 7 pr. e L. 15 Cod. *de Reivind. Leis repugnantes ás regras da boa razão*” (CORREIA TELLES, José Hommem. *Digesto Portuguez ou Tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade: para servir de subsídio ao Novo Código Civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846, p. 63-64).

¹³ A. Teixeira de Freitas vai criticar a proposta de J. H. Correia Telles, uma vez que ela envolve não apenas a adoção do sistema espiritualista, como a contraditória manutenção de expedientes com ele incompatíveis, tais como as tradições *simbólica e ficta* (bem como o *constituto possessório*): “se o simples consentimento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. LX-LXI). A separação entre título e modo de aquisição de propriedade foi consagrada pelos artigos 620 e 622 do Código Civil de 1916: “Art. 620. O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675). Art. 622. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato. Parágrafo único. Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”. A doutrina reconheceu a preservação do princípio da tradição

(de origem romana) pelo código civil brasileiro de 1916. Neste sentido, cf. C. Beviláqua: “o systema romano, da necessidade da tradição para a transferência do domínio, por acto entre vivos, e que foi seguido pelo nosso Codigo Civil, acha-se admittido na Allemanha, Codigo Civil, arts. 929 e 930; na Austria, Codigo Civil, arts. 423 e 426; na Suissa, Codigo Civil, arts. 714 e 717; na Argentina, Codigo Civil, arts. 577, 2601 a 2603; no Uruguay, Codigo Civil, arts. 758 e segs.; no Chile, Codigo Civil, arts. 670 e seguintes” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas* Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, v.1, p. 248); E. Espinola: “denomina-se compra e venda o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra pessoa, a qual, por sua vez, se obriga, como contra-prestação, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Essa definição tanto pode aplicar-se ao direito romano, cujo sistema o nosso acompanhou, como ao direito francês, que inaugurou, na codificação moderna, orientação diferente” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953, p. 23-24); F. C. Pontes de Miranda: “a compra e venda, quando pura - isto, sem condição ou termo -, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço (art. 1.126). Ao contrário do Code Civil, art. 1.583, e do italiano, art. 1.448, do venezuelano, art. 1.514, e do boliviano, art. 1.004, a compra e venda não opera a transferência de domínio. No sistema do Código, dela somente se origina obrigação de dar; para a translação do domínio, é de mister, para os móveis, a tradição, e, para os imóveis, a transcrição ou registro. Se a coisa não pertence ao vendedor, mas depois a adquire, revalida-se o contrato. Se decorrer o prazo para a usucapião, o comprador adquirirá o domínio. A compra e venda pode ser de coisas futuras, ou de coisas presentes que podem vir a não existir: aplicam-se, então, os princípios do Código relativos aos contratos aleatórios” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 273). Referindo-se especificamente ao *caput* do art. 620, V. de Sá Pereira destaca: “no rigor dos principios, nem antes nem depois da tradição, o domínio das cousas se transfere pelo contracto; como está redigido, parece que elle tem este poder, *depois* da tradição. A alinea, entretanto, é a palinodia do texto. Nella se dispõe que a tradição se subentende, quando o transmittente continúa a possuir pelo constituto possessorio” (PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito das Coisas*. In LACERDA, Paulo de. *Manual do Codigo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, v. 8, p. 384). Note-se que a correlação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas foi identificada por C. do Couto e Silva com bastante argúcia: “a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento adquire entretanto, sua máxima relevância, dogmática e praticamente, quando o adimplemento importa em transmissão da pro-

Ora, a análise expandida não tem o propósito de reconhecer qualquer mérito de Augusto Teixeira de Freitas em empreender tal esforço de resistência (embora talvez ele efetivamente exista): um diagnóstico como esse só poderia ser efetuado em um ambiente apropriado a tal espécie de avaliação. Contudo, interessa-nos observar que o espírito conservador do autor aqui se manifesta em virtude de suas convicções cívico-jurídicas: diante da “oportuna” adoção do novo paradigma, sua intercessão foi fundamental para a preservação de uma tradição jurídica lusitana - e que acabou se evidenciando, afinal, mais brasileira do que propriamente portuguesa.¹⁴

priedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. Tal divisão em planos, quando absoluta, significa abstração da causa, nos casos de aquisição derivada. O exame das fases da relação obrigacional leva-nos, assim, à análise da teoria da causa, a fim de que os problemas dogmáticos decorrentes da separação entre o plano do direito das obrigações - em que se inserem o nascimento e o desenvolvimento dos deveres - e o do direito das coisas, em que o adimplemento se verifica, sempre que esse adimplemento importar em transferência de propriedade, possam ser tratados” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 44-45). Contudo, tal como se depreende do parágrafo único do artigo 622 do Código Civil de 1916, a separação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas é tão somente relativa - e não absoluta, como no sistema germânico.

¹⁴ Por tal razão, G. Braga da Cruz conclui que a tradição jurídica lusitana, neste particular, se fez mais brasileira com a intercessão de Augusto Teixeira de Freitas: “outro ponto em que o direito brasileiro manteve sempre uma intransigência inflexível e que o direito português logo cedeu, com o Código Civil, à novidade vinda da França, foi o da insuficiência do simples acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acordo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, produzir a transferência da propriedade, para a qual é necessário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. Esta regra, ardentemente defendida por Teixeira de Freitas na *Consolidação*, e várias vezes confirmada depois disso, por diplomas legislativos avulsos, havia de ser reafirmada em todos os projetos de Código Civil, com exceção do de Felício dos Santos, e receberia o mais natural acolhimento no Código de 1916. O nosso Código Civil, diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que se haviam deixado seduzir pelo Código de Na-

De toda forma, novamente aqui temos Augusto Teixeira de Freitas a desempenhar um papel conservador, agora não mais em um ambiente meramente teórico (mas sim em um contexto nitidamente prático). Contudo, surpreende-nos observar que tal propensão à estabilidade seja contrabalançada pelo caráter inovador do autor (quando nos concentramos em seu papel de “sistematizador”); eis a nova faceta de Augusto Teixeira de Freitas que já se podia antever na “Taboa das materias” da *Consolidação das Leis Cíveis* - tão pretensamente científica quanto os demais aspectos de sua produção intelectual - e que desaguará num dos maiores exercícios de abnegação jurídica conhecidos em nossa historiografia.

Passemos, pois, à abordagem da *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida pelo autor do *Esboço* de Código Civil ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada.

4. A PERSONALIDADE DO CODIFICADOR AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS NA CARTA DE 20 DE SETEMBRO DE 1867 AO MINISTRO DA JUSTIÇA MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA – UM EXEMPLO DE ABNEGAÇÃO CIENTÍFICA

A *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida - pelo autor do até então inacabado projeto de Código Civil brasileiro (singelamente designado *Esboço*) - ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada é um dos documentos que lamentavelmente têm sido objeto de inadmissível indiferença por parte de nossa civilística contemporânea. Com efeito, Augusto Teixeira de Freitas ali assinalara - de maneira assaz corajosa - a deficiência sistemática do projeto inicial de codificação civil contratado com o Governo Imperial, por ele próprio, alguns anos antes; no entanto, a gravidade do diagnóstico acabou sendo superada pelo “surpreendente” comportamento do autor diante da interação levada a cabo após a exposição das razões que o levaram a uma completa reformulação da planificação inicial

poleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa” (BRAGA DA CRUZ, Guilherme. Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1981, p. 67-68).

da obra.¹⁵ Expliquemo-nos.

A aprovação da *Consolidação das Leis Civis* pela Comissão especialmente encarregada de sua análise elevou a reputação de Augusto Teixeira de Freitas a um novo patamar: a seriedade (e o escrúpulo científico) subjacente à obra de terraplenagem deram margem à sua contratação para a confecção do prometido Código Civil brasileiro; e em 10 de janeiro de 1859 o então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, representando o Governo Imperial, firmou com aquele negócio jurídico voltado à elaboração de nossa primeira codificação civil.¹⁶

Em termos deliberadamente singelos, pode-se dizer que o plano inicial do *Esboço* dividia o nosso futuro Código Civil em duas grandes partes: uma *Parte Geral* - voltada à disciplina dos “elementos dos direitos” (pessoas, coisas e fatos) - e uma *Parte Especial* - ainda comprometida com a tradicional estrutura justinianéia da análise jurídica, cindida em “direitos pessoais” e “direitos reais” - conquanto mitigada em seu rigor pela existência de um Livro voltado às “disposições comuns” às duas unidades componentes.¹⁷

¹⁵ No ano de 1977, a referida *Carta de 20 de setembro de 1867* foi objeto de publicação quando da veiculação do primeiro volume da *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Contudo, a valorosa iniciativa dos editores não parece ter redundado no acolhimento desejado, à vista do quase que inteiro desconhecimento de seu teor pela comunidade jurídica brasileira - sendo que seu resgate, paulatinamente, tem sido pretendido por vozes isoladas, dentre as quais merece destaque e do romanista e civilista Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes (docente da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

¹⁶ A respeito da contratação de Augusto Teixeira de Freitas para a confecção do *Esboço* de Código Civil, por todos, cf. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 181-209.

¹⁷ Pela estrutura inicialmente concebida, cf. a documentação coligida pelo biógrafo MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 186-189. Contudo, cabe aqui assinalar que tal estrutura é um aperfeiçoamento da “Táboa das materias” constante da *Consolidação das Leis Civis* - cuja *Parte Especial* se dividia unicamente em dois livros (um devotado aos “direitos pessoais” e outro comprometido com os “direitos reais”). De todo modo, repise-se o fato de que a *Consolidação das Leis Civis* já se revela inovadora quanto à sua estruturação sistemática, sendo a primeira codificação civil dotada de uma *Parte Geral*. Para que se tenha em devida conta a relevância da precedência de Augusto Teixeira

Augusto Teixeira de Freitas lançou-se ao trabalho e, depois de uma longa jornada, encaminha em 20 de setembro de 1867 ao Governo Imperial uma proposta de reformulação das diretrizes básicas da obra a ser produzida. Entenda-se: grande parte do esforço codificatório já se mostrava superada - restando inacabado o projeto, em uma analogia grosseira, pela exclusiva falta de uma disciplina voltada ao *Direito das Sucessões*. Daí a razão por que a proposta de “reformulação” do sistema tenha sido tão mal recebida pelo contratante: por que o escrúpulo científico do autor haveria de postergar o advento de uma codificação tão ansiada? Preocupações pragmáticas - ou melindres tão comuns à nossa historiografia jurídica - acabaram redundando, em 18 de novembro de 1872, na extinção do contrato que vinculava as partes.¹⁸

Observe-se, contudo, que aquilo que levou Augusto Teixeira de Freitas à extinção do contrato mantido com o Governo Imperial não parece ter sido a sua vaidade; se assim o fosse, haveria de ter dado continuidade a uma empresa já próxima de seu final, eternizando seu nome como autor do primeiro Código Civil brasileiro. Bem ao contrário, o que se depreende do *Carta de 20 de setembro de 1867* é uma angústia - tipicamente - científica, característica de um estado de alma inquieto e perturbado - pela mera possibilidade de afrontar, por meio de expedientes legislativos (e, portanto, contingentes), uma verdade (científica) que estaria além do alcance da “voluntas legislatoris”.¹⁹

Considerando que as noções de “pessoas”, “bens” e “fatos” (jurídicos) ultrapassavam os limites da experiência exclusivamente

de Freitas, cf. – por todos – R. David: “[l]’idée d’une ‘partie générale’ a été présentée sous forme législative pour la première fois au Brésil dans la *Consolidação das Leis Civis* d’Augusto Teixeira de Freitas em 1858. Le Code civil brésilien de 1916 l’a consacrée en raison peut-être de ce précédent, plus que par imitation du BGB” (DAVID, René. *Les grands systèmes du droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964, p. 90, nota 1).

¹⁸ Para que se tenham em conta os detalhes que levaram à extinção do contrato entre o Governo Imperial e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, cf. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurista consulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 347-364.

¹⁹ A propósito, reitere-se o teor da Carta de renúncia encaminhada ao Instituto dos Advogados Brasileiros e o trecho especificamente transcrito em ocasião anterior do presente estudo (nota 07).

civil, Augusto Teixeira de Freitas defendeu a edição de dois códigos diferentes: um “Código Geral” - voltado à disciplina das “causas jurídicas” e seus “efeitos” (gerais) - e um “Código Civil” - especificamente devotado aos “efeitos civis” (e ainda comprometido com a dicotomia estabelecida entre “direitos pessoais” e “direitos reais”).

Novamente aqui não nos interessa concluir pelo acerto ou pela incorreção do pensamento do autor: o que buscamos destacar é que Augusto Teixeira de Freitas, tendo a possibilidade de eternizar seu nome com a autoria do primeiro Código Civil brasileiro, preferiu sacrificar as concretas honrarias do burburinho da rua (em prol de seu compromisso com as abstratas verdades científicas reinantes no silêncio de seu gabinete de trabalho). Fato é que sua obra não foi esquecida, tal como imaginado - e talvez pretendido - pelo Ministro da Justiça José de Alencar: o legislador argentino soube muito bem reciclar o dejetto legislativo brasileiro, tornando-o um dos mais prestigiados códigos civis de todos os tempos.²⁰

De toda forma, evidencia-se aqui mais uma manifestação da

²⁰ A respeito da tragédia brasileira, eis a síntese de F. C. Pontes de Miranda, logo no *prefácio* ao seu *Tratado de Direito Privado*: “a ciência do direito, colhendo das regras jurídicas, da sistemática e da prática dos conceitos, obedece às diferenças; os juristas, aqui e ali, perdem-nas de vista. Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceitual. Já Teixeira de Freitas percebera que a parte do direito concernente à eficácia (‘dos efeitos civis’ dizia ele) havia de ser todo um livro, após as causas, as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Somente depois se trataria - no plano do direito civil - dos direitos pessoais e dos direitos reais. O Código Comercial fundir-se-ia, unificando-se o direito privado. Foi isso o que ele propôs em ofício de 20 de setembro de 1867, antes do Código suíço das Obrigações, - e a mediocridade circundante rejeitou” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. XXII-XXIII).

Observe-se que o autor se equivoca ao aludir a livro que versaria sobre os “efeitos civis” - após o tratamento das causas (pessoas, bens e fatos jurídicos). De fato, Augusto Teixeira de Freitas propõe um livro que trate dos efeitos *jurídicos* - e não *civis* - que sucederia ao tratamento das causas *jurídicas* (pessoas, bens e fatos jurídicos), constituindo-se em livros elementares do “Código Geral”. Por sua vez, os efeitos civis corresponderiam ao primeiro livro do “Código Civil”, que precederia o tratamento dos direitos pessoais e reais (que respectivamente comporiam a matéria dos livros segundo e terceiro do Código Civil).

intransigência científica de Augusto Teixeira de Freitas: agora, reveladora não de um seu compromisso com o passado, mas sim de uma vinculação de sua própria sorte ao desenrolar da Jurisprudência. Tal aspecto vanguardista do pensamento do autor pode surpreender pelo compromisso estabelecido com um novo “aliado” (o futuro): no entanto, que não se mostra de modo algum incoerente, pois intimamente atrelado à tenaz defesa de uma pretensa verdade científica - mesmo que à custa do virtual comprometimento da memória jurídica futuramente atrelável ao seu nome.²¹

Ora, a contundência das posições de Augusto Teixeira de Freitas nos permite afirmar que, qualquer que fosse o aliado “da” ocasião - e aqui o cuidado terminológico é imprescindível, pois o autor nunca foi propenso a aliados “de” ocasião -, sua posição frente aos desafios jurídicos jamais foi a de um hesitante: razão por que nos causou invulgar surpresa entrever um aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil - e que será objeto de nossa consideração no próximo item de nossa ligeira abordagem.

5. A PERSONALIDADE DO ESTUDIOSO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS NA HESITAÇÃO QUANTO À DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE PROCURAÇÃO, MANDATO E REPRESENTAÇÃO – UM EXEMPLO DE ESCRÚPULO CIENTÍFICO CONSTANTE DO ESMOÇO DE CÓDIGO CIVIL

Não se pretende, aqui, analisar as diversas disposições forjadas por Augusto Teixeira de Freitas para disciplinar o contrato de mandato; com efeito, já tivemos a oportunidade de desenvolver uma análise mais cuidadosa em oportunidade outra de nossas investigações. Contudo, interessa-nos diagnosticar uma aparente contradição entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil - perfeitamente contornável, aliás, graças ao emprego de expedientes herme-

²¹ A despeito de uma tal “imprudência” de Augusto Teixeira de Freitas, deve-se destacar o fato de que não apenas o próprio autor do projeto de Código Civil argentino (Dalmácio Vélez Sarsfield) dedica ao jurista brasileiro grande parte dos méritos da codificação levada a efeito, como também a própria comunidade científica estrangeira tem seu nome em elevada consideração científica.

nêuticos bastante elementares.²²

Na primeira das disposições mencionadas se estabelece que “haverá *mandato*, como *contrato* (art. 1830), quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil”; por sua vez, a segunda prescreve que “haverá *mandato*, como *ato unilateral*, quando uma ou mais pessoas tiverem conferido autorização a outra ou mais pessoas para representá-las em um ou mais atos da vida civil. Antes de aceita pelo mandatário a autorização, não haverá *contrato de mandato* (arts. 1833 a 1836)”²³

Tivemos a oportunidade de observar há pouco que Augusto Teixeira de Freitas sempre se mostrou bastante escrupuloso quanto às questões relacionadas à ciência; assim, considerado o particular contexto de sua própria obra, bastante inesperada - e pouco ortodoxa - é a sua alusão a duas entidades inteiramente distintas por meio do emprego do mesmo vocábulo (*mandato*).²⁴ De modo que sua hesitação parece reveladora de um estado de inquietação relativo a matérias que ainda não se mostravam inteiramente sedimentadas no cenário jurídico-científico de então.

Com efeito, até mesmo nos dias atuais a confusão entre os termos *procuração*, *mandato* e *representação* é freqüente: não sendo poucos, pois, os “doutrinadores” que ainda baralham tais noções, incentivados pela ignorância jurídica perpetuada por um legislador acomodado; de toda forma, a maior parte de nossa civilística especializada já dissocia com muita tranquilidade o negócio jurídico de outorga de poderes de representação - negócio jurídico unilateral de procura (instrumentado na “procuração”) - e o contrato de incumbência (designado pelo termo “mandato”). De modo que embora já

²² A respeito do regime jurídico do contrato de mandato segundo o *Esboço* de Código Civil, cf. nosso estudo LO RÉ POUSSADA, Estevan. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2010, p. 296-402.

²³ Note-se que os itálicos são do original.

²⁴ Observe-se que o subterfúgio da utilização de itálicos demonstra o relativo desconforto de Augusto Teixeira de Freitas em provocar uma “antinomia de técnica legislativa”; a respeito da noção de polissemia, do conceito de “antinomia de técnica legislativa” e dos critérios utilizados para superá-las, por todos, cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 311-313.

não cause grande surpresa a certos espíritos mais atentos a existência: de representação desprovida de procuração e desvinculada de um mandato precedente (a representação legal); de outorga de poderes de representação (negócio de procura) desvinculada de contrato de incumbência (v. g. no caso do locatário procurador de seu senhorio); e de mandato desprovido de efeitos representativos (frequentemente estudado a propósito da chamada interposição de pessoa) - ainda se costumam encontrar algumas vozes a defenderem a sinonímia entre expressões dotadas de alcances tamanho modo distintos.²⁵

Todos esses aspectos nos interessam muitíssimo; contudo, não nesta específica ocasião. Neste momento, nossa preocupação central é a de registrar a hesitação de Augusto Teixeira de Freitas: não uma grande hesitação (pois ele próprio já se antecipava em apartar o *contrato* do *ato unilateral* em matéria de mandato); mas sim uma hesitação verdadeiramente grandiosa. Expliquemo-nos.

O *Esboço* de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas - naquilo que concerne à disciplina do contrato de mandato - foi publicado em 1865; um ano antes da veiculação da obra de Paul Laband (*A representação na conclusão de negócios jurídicos segundo o Código Geral de Comércio alemão*), considerada pela doutrina especializada como “o momento decisivo da doutrina da abstracção do poder de representação”.²⁶

De modo que ao apontar duas acepções distintas para a palavra mandato (uma como “contrato” e outra como “ato unilateral”), Augusto Teixeira de Freitas acabava por se antecipar a muitos de seus contemporâneos; o que não se mostra inteiramente surpreendente, quando se tem em mira que para a depuração do regime jurídico do mandato o jurista brasileiro empreendeu a elaboração de quase duas centenas de disposições - refertas de incisos, parágrafos e alíneas.

Eis a oportunidade, enfim, para esboçarmos uma ligeira conclusão a respeito de nossa intervenção.

²⁵ Por exemplos de tais posicionamentos, cf. nosso estudo LO RÉ POUSADA, Estevan. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2010, p. 18-20 (nota 06).

²⁶ A respeito, cf. ALBUQUERQUE, Pedro de. *A representação voluntária em direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 10.

6. CONCLUSÕES

Ora, se já não bastasse a Augusto Teixeira de Freitas a primeira versão em texto legal de uma *Parte Geral* (até então somente concebida em termos hipotéticos pela doutrina mais arrojada); ou a primeira alusão à estrutura escalonada do sistema jurídico (antecipando-se na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* ao próprio Hans Kelsen); ou ainda a primeira defesa quanto à natureza sobranceira das normas constantes da chamada *Parte Geral* do Código Civil (e que para alguns estudiosos corresponderia a uma autêntica versão legislada da Teoria Geral do Direito Privado). Se nada disso fosse suficiente para que a obra deste singular autor viesse a ser respeitada dentro e fora do Brasil como um dos pontos mais altos da produção jurídica nacional; que ao menos lhe seja garantida a anterioridade naquilo em que foi precursor no âmbito do Direito Privado.²⁷

²⁷ A. Teixeira de Freitas já evidencia na *Consolidação das Leis Civis* uma compreensão escalonada do ordenamento jurídico; esta perspectiva – que hoje nos é familiar graças à influência do positivismo jurídico estrito (do normativismo kelseniano) – já pode ser vislumbrada em algumas passagens da própria *Introdução*. Dentre elas, merece destaque o trecho em que o autor afirma à desnecessidade técnica de normas jurídicas expressamente revogadoras de preceitos jurídicos incompatíveis com as bases do “systema representativo” (cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXIII).

Com efeito, em vez de uma concepção na qual a constituição ocupa uma posição de supremacia, era mais natural – à época em que a *Consolidação das Leis Civis* foi redigida – a tomada da constituição *ao lado* do código civil, como instrumentos ambos de garantia dos cidadãos contra o Estado, nos âmbitos respectivamente político (público) e privado. Razão pela qual a posição de A. Teixeira de Freitas parece inovadora a O. de Carvalho, que destaca a antecipação daquele em praticamente meio século com relação às idéias concatenadas por H. Kelsen: “se na filosofia, aliás difusa, de Teixeira de Freitas (...) o pensar *more geometrico* do jovem autor da *Nova methodus docendaeque Jurisprudentia* terá influído muito mais do que o idealismo subjetivo de Kant, só indirectamente bebido através da Escola Histórica, sobretudo de Savigny, a verdade, porém, é que essa vertente geometrista acabou por conduzir o grande mestre brasileiro a posições muito próximas da ‘*reine Rechtslehre*’ (...) a preocupação pelo método e pelo rigor do sistema (...) aproxima-o, realmente, na carta a Martim Francisco (...) da ‘estrutura escalonada da ordem jurídica’ de Kelsen (...) permitindo-lhe aceder, com

Pois embora as certezas de muitos dos “jurisconsultos” atuais não ensejem qualquer espécie de reflexão, as hesitações de um espírito leal como o de Augusto Teixeira de Freitas acabam por suscitar controvérsias vivas até os dias atuais; talvez porque suas hesitações tenham sido puramente conceituais - e na medida em que seu compromisso com as verdades universais da Ciência Jurídica jamais tenha sido atingido por qualquer espécie de hesitação.

meio século de antecedência, às intuições (e ilusões) do positivismo lógico do direito” (CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 141-142).

HISTÓRIA E DIREITO

A INTERLOCUÇÃO COM O JURISCONSULTO TEIXEIRA DE FREITAS

Márcia Motta

1. INTRODUÇÃO

Queiramos ou não, a relação entre História e Direito está asentada numa relação desigual. Em geral, o Direito se utiliza da história como “argumento de autoridade” para fundamentar o encaminhamento de um processo e uma interpretação da lei que dê conta do que se pretende defender ou acusar. Para a História, há várias janelas de investigação que se abrem quando operamos com a legislação. Em geral, no entanto, são três as possibilidades de parcerias.

A primeira e a mais conhecida é aquela que assegura que a legislação nada mais é do que o instrumento jurídico de dominação. Por este viés, muitos historiadores de diversas temáticas construíram suas reflexões a partir daquela assertiva. Para os estudos da escravidão, por exemplo, o mais importante dentre tantos foi Jacob Goreneder, autor do célebre “O escravismo colonial”, escrito em 1978. Naquele livro, o autor procurou apresentar o que ele denominou “as leis específicas do Modo de Produção Colonial”, em sua tentativa de compreender a dinâmica da relação entre escravo e senhor, bem como as leis que explicariam a especificidade do cativo, a um só tempo, mercadoria e pessoa.

Uma segunda possibilidade é a que, ao destrinchar os limites da primeira, considera que aquela visão está fundamentada numa concepção estreita do significado da legislação. Como desdobramento, tal crítica - ao longo dos anos 90 e 2000 - possibilitou a constituição de uma nova geração de historiadores e antropólogos, preocupados em alargar a visão sobre a legislação e os processos legais, focalizando-os como espaço de disputas e conflitos. Inspirados maio-

ritariamente por E. P. Thompson, esses autores estiveram agrupados, em sua grande maioria, na chamada história social da escravidão, em Campinas. Entre tantos, destacam-se Silvia Lara, Sidney Chalhoub, Eduardo Penna e Joceli Mendonça. A primeira, por exemplo, em livro inaugural e publicado em 1988, *Campos da Violência*, procurou reinterpretar a atuação do escravo como sujeito, no intuito de aprofundar a dimensão do castigo e das práticas de controle social sobre a propriedade escrava.

Uma última procura entender a dinâmica social do espaço da lei, aproximando as reflexões de Thompson com a de Bourdieu. Assim sendo, se como nos ensina Thompson as leis expressam a luta entre as várias concepções e valores diferentes, e é importante apreendê-la no próprio jogo de sua constituição, deslindar sua história, seu parentesco - se houver - com tentativas anteriores de legislar sobre o tema e associá-las aos debates que fizeram delas o que elas se tornaram. Será possível dar a conhecer como uma lei pode abraçar diversas interpretações, reconhecendo assim que sua aplicabilidade é quase sempre direcionada à defesa do grupo dominante, ainda que no corpo legislativo ela possa incorporar os direitos dos mais pobres.

O presente texto deslinda as tentativas de Teixeira de Freitas para produzir o Primeiro Código Civil Brasileiro em relação à discussão sobre a questão da propriedade no país. Recuperam-se aqui as diretrizes inauguradas pelos autores antes citados para discutir - no âmbito da construção do código jamais terminado - as tensões entre posse e propriedade e os esforços de constituir uma norma legal.

2. TEIXEIRA DE FREITAS

Não são poucas as referências sobre Teixeira de Freitas na literatura jurídica do Brasil. Muitos ressaltam ter sido ele o maior juriconsulto do Brasil do oitocentos. Outros destacam sua tentativa em redigir aquele que seria o primeiro Código Civil do país. O estudo aqui delineado busca inserir as discussões sobre a elaboração do código - e seu fracasso - nas questões relativas à necessidade de discriminar posse e propriedade; público e privado.

A Constituição do Império do Brasil de 25 de março de 1824, estabelecia em seu artigo 179 que se deveria organizar o quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e

Equidade.¹ No mesmo artigo, garantia-se o “Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”.²

A necessidade de promulgação de um código era percebida pelos contemporâneos e há evidências de que sua ausência dificultava as deliberações do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, posto que elas se apoiavam em artigos das Ordenações, muitas expressando uma realidade a muito distante. Ademais, a inexistência do código significava que as fontes do Direito compreendessem “(a) a legislação peninsular antiga, feita pelo próprio rei: as cartas de lei, cartas-patentes, ou, simplesmente, cartas, os alvarás (temporários, mas às vezes com a declaração de valerem como leis, também chamados provisões reais e as cartas régias a determinadas autoridades)”³ Eram também fontes do direito, “a legislação propriamente dita: peninsular, até 1822, brasileira, daí por diante”.⁴

O certo é que as inúmeras fontes do direito não podiam garantir - tal como expresso na constituição - o direito de propriedade em toda sua plenitude, nos marcos de uma sociedade escravocrata. Ao contrário, elas eram de fato fontes de conflito. Sobre as Ordenações Filipinas se havia “acumulado numerosíssimas leis avulsas - que era preciso coordenar sistematicamente, para que se pudesse empreender a codificação determinada pela própria Constituição de 1824”⁵ No Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, processos que envolviam disputas de terras eram a expressão da dificuldade de definir o direito de propriedade, posto que ambas as partes acionavam artigos das Ordenações Filipinas que apresentavam visões profundamente discordantes sobre um mesmo tema. Alguns advogados talvez se sentissem comprimidos em interpretar as leis da antiga metrópole, posto que elas se mantinham em vigor no país. Outros citavam princípios romanos, com decisões que feriam, inclusive, os princípios da Lei da

¹ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1985.

² CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1985..

³ MIRANDA DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 67.

⁴ MIRANDA DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 67.

⁵ CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. XI.

Boa Razão que determinara a utilização das leis pátrias (as portuguesas), em detrimento do direito romano.

Assim sendo, era bastante nítida, para advogados e juristas do Império, a necessidade de elaboração de um Código Civil e não foi gratuita a escolha do nome de Teixeira de Freitas para redigir o primeiro código civil brasileiro. Sua trajetória mostra que de fato ele podia fazer jus à tarefa. Nascido na Bahia em 1816, formado em Direito na Academia de Ciências Sociais e Jurídica de Olinda, Teixeira de Freitas foi nomeado em 1845, um dos advogados do Conselho de Estado, e foi também membro fundador do Instituto dos Advogados Brasileiros, criado dois anos antes. Quando convidado em 1855 para redigir o Código, propõe que antes fosse realizado o trabalho de consolidação das leis civis, já que segundo o jurista “a legislação existente deve ser bem conhecida, quando se quer fazer uma lei nova. A nossa Legislação Civil acha-se envolvida e dispersa em um imenso caos de Leis compiladas e extravagantes, que se remontam a épocas desviadas”.⁶ Ao aceitar os argumentos de Freitas, o governo Imperial - representado por Nabuco de Araújo, então ministro e secretário de Estado dos Negócios da Justiça - firmou um contrato com o jurista, lhe confiando a realização do empreendimento.

Teixeira de Freitas realiza seu trabalho e em três anos vem à luz a Consolidação das Leis Civis, composta por 1333 artigos “enriquecidos de preciosas anotações e de uma introdução verdadeiramente monumental, toda a legislação civil vigente - excluída apenas a referente a escravidão, que proposadamente omitiu”.⁷

A decisão por não incluir a legislação concernente aos escravos talvez tivesse relação direta com o fato de ser parte integrante do Instituto dos Advogados Brasileiros, uma instituição que se expressava enquanto uma “imagem idílica e redentora do ser advogado no Brasil”.⁸ O discurso dos advogados do IAB de “por em ordem nos sucessivos desentendimentos das alçadas em relação às interpretações das leis” encontrava em Teixeira de Freitas sua maior expressão.⁹ Neste

⁶ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: jurista do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 92.

⁷ CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. XII.

⁸ PENA, Eduardo Spiller. *Pagens da casa imperial*. Campinas: Unicamp, 2001, p. 44.

⁹ PENA, Eduardo Spiller. *Pagens da casa imperial*. Campinas: Unicamp,

sentido, ao omitir a questão servil, ele buscava - pela simples ausência - condenar a instituição da escravidão no país.

Teixeira de Freitas havia adotado uma estratégia para condenar a escravidão, pois a opção por nada redigir era de fato um ato político indiscutível. No entanto, ela era respaldada em sua própria visão sobre o papel da lei. Não redigir nada sobre o tema era uma forma de não referendar um respaldo legal - expresso num código civil - à propriedade escrava. Assim, a estratégia era não somente política como estava inserida em sua visão legalista. Por esta razão entende-se, por exemplo, o confronto de interpretações entre Teixeira de Freitas e Caetano Alberto Soares acerca de uma questão jurídica submetida ao Instituto dos Advogados, quando o primeiro era então presidente do órgão, em 1857.

A questão em debate era “se eram livres ou escravos os filhos de uma escrava, que em testamento havia sido libertada, mas com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este visse”.¹⁰ Para o primeiro, a resposta era de que os filhos permaneciam escravos, enquanto que para o segundo, os filhos da escrava libertada em testamento tornar-se-iam livres. Para o advogado Freitas não havia contradição entre a omissão de incluir a questão escrava na consolidação das leis civis e seu parecer acerca dos filhos de escrava liberta, pois ambas - como afirmei - devem ser compreendidas numa concepção legalista que impunha a submissão de sua visão pessoal ao que estava inscrito em lei. Para Teixeira de Freitas, o parecer de Soares feria a lei, pois de seu ponto de vista, “em questões de jurisprudência não podia compreender que se desenvolvessem paixões”.¹¹

De qualquer forma, o que importa considerar é que Teixeira de Freitas era de fato um crítico à forma como se instituía a propriedade no Brasil. Não apenas condenava a propriedade na pessoa do escravo, ao se eximir de copilar as leis escravagistas, como buscava refletir sobre os problemas oriundos da promulgação da primeira legislação agrária do país, a Lei de Terras de 1850. Por conseguinte, sua omissão sobre a questão escrava, quando da elaboração do esboço do código civil, talvez deva ainda ser compreendida à luz de uma crítica

2001, p. 46.

¹⁰ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 80-81.

¹¹ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p. 141.

de um fôlego maior: a discussão sobre os fundamentos da propriedade no país. A condenação do sistema escravista já era parte de uma cultura política do Instituto que somava esforços no sentido de deslegitimar o sistema. Mas Teixeira de Freitas não se contentava em apenas condenar a escravidão, pois era preciso discutir a própria noção de propriedade. Talvez por isso, tenha aceitado a defesa de um agregado - Antonio Pascoal - envolvido, em 1858, num processo contra o Barão de Entre Rios, na disputa por uma parcela de terras da Fazenda Cantagalo, município de Paraíba do Sul, Rio de Janeiro.

Em 24 de janeiro de 1857, Antônio Barroso Pereira, o Barão de Entre Rios, havia dado início a um processo para expulsar um de seus agregados, Antônio Bernardes de Oliveira, conhecido pelo apelido de Antônio Pascoal. O Barão afirmava ter concedido a Antônio o uso de uma pequena porção de terras, pelo regime de comodato, na região de Cantagalo. Após perder no processo inicial, Antonio Pascoal continuou a lutar pelo seu direito, argumentando de que era o primeiro possuidor de uma parcela de terra localizada naquela região. O Barão, ao contrário, continua a insistir que aquelas terras eram partes de uma sesmaria que havia sido medida e demarcada em 1836 e que ela era ainda composta por outro quinhão comprado posteriormente. Em 17 de setembro de 1857, o nobre fazendeiro solicitou ao juiz que despejasse de suas terras seu incômodo agregado. No entanto, o réu não se deu por vencido e, 13 dias depois, solicitou a apelação da sentença ao Tribunal da Relação, tendo como seu advogado Teixeira de Freitas.¹²

Na construção da defesa de Antonio Pascoal, o advogado apoiava-se nas imprecisões e determinações da Lei de Terras de 1850 e no seu Regulamento, de 1854, para produzir uma extensa explicação de motivos, defendendo que a citada lei, diferentemente do que informava o fazendeiro, o Barão de Entre Rios, favorecia aos apelandes, ou seja, o posseiro e sua mulher.

Ao destrinchar os artigos do regulamento, Teixeira de Freitas adensava sua reflexão sobre a primeira legislação agrária do país para provar que seu cliente tinha razão em reivindicar, como suas, aquelas

¹² Eu discuto as disputas pela terra da Fazenda Cantagalo e a sublevação ocorrida na região em 1858, no livro: MOTTA, Márcia. *Nas fronteiras do poder*. Rio de Janeiro: Vício de Leitura, 1998. O processo encontra-se no Arquivo Nacional. Processo de Notificação. Notificante: Barão de Entre Rios/ Notificado: Antonio Bernardes de Oliveira e sua mulher, 1857.

terras. Para tanto, retomava o artigo 23 do Regulamento, segundo o qual se exigia o cumprimento de três condições para que não fosse obrigatória a revalidação das terras: a medição, a confirmação e o cultivo. Para Augusto Teixeira de Freitas, não havia dúvidas acerca da medição e do cultivo feitos pelo Barão de Entre Rios, mas ele não havia apresentado nada que pudesse provar que o processo de medição tivesse sido confirmado, tal como exigia a lei. Ademais, o artigo 18 do mesmo Regulamento era claro ao afirmar que o Governo podia mandar proceder à medição de sesmarias que estivessem sujeitas à revalidação.¹³

Não satisfeito, o advogado ia mais além e destrinchava vários artigos do Regulamento para derrubar a versão sustentada pelo Barão de Entre Rios. Neste sentido, pelos artigos 53 e 54 podia-se verificar que a confirmação da medição era essencial para “ter lugar a revalidação”. Além disso, mesmo que se considerasse o fato de que o barão tivesse medido e confirmado suas terras, ainda assim os argumentos defendidos por Antônio Pascoal tinham um apoio jurídico na Lei de Terras.¹⁴ O artigo 41 do Regulamento assegurava o direito à terra àqueles que haviam ocupado uma posse no interior de uma sesmaria. Segundo o mencionado artigo:

Se dentro dos limites da sesmaria, ou concessão, encontrarem posses com cultura efetiva, e morada habitual, em circunstancias de serem legitimadas, examinarão se essas posses têm em seu favor alguma das exceções constantes da segunda parte do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei número 601, de 18 de setembro de 1850.¹⁵

Por este artigo da Lei de Terras,

as posses em circunstâncias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo,

¹³ MOTTA, Márcia. *Nas fronteiras do poder*. Rio de Janeiro: Vicio de Leitura, 1998.

¹⁴ MOTTA, Márcia. *Nas fronteiras do poder*. Rio de Janeiro: Vicio de Leitura, 1998.

¹⁵ VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Coletânea legislação agrária, legislação de registros públicos, jurisprudência*. Brasília: Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, 1983, p. 367.

não incursas em comisso ou revalidadas por esta Lei, só dará direito à indenização pelas benfeitorias. Excetua-se desta regra o caso de verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hipóteses: 1º, ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionários e os posseiros; 2º, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco anos; 3º, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 anos.¹⁶

Em outras palavras, o advogado acionava um dos dispositivos do regulamento que reconhecia a primazia do cultivo em relação a um título, no caso, a carta de sesmarias. Assim, ao mesmo tempo em que procurava provar que o título não era legal, pois o fazendeiro não teria cumprido todas as etapas exigidas por lei, ele ressaltava a anterioridade da ocupação do agregado do barão que alegava cultivar em terras limítrofes à fazenda, e não em seu interior.

O Jurisconsulto perdeu a causa que tanto defendera, destrinchando a Lei de Terras e mostrando a legitimidade da ocupação de seu cliente. De qualquer forma, sua participação na defesa dos pequenos posseiros revela que não havia sido também gratuita a escolha de seu nome para defender Pascoal e sua mulher contra o Barão de Entre Rios. Ele já era um advogado de enorme influência, e como já afirmamos havia sido convidado a elaborar o Código Civil. Assim sendo, ao ter defendido pobres agregados contra um rico barão de Paraíba do Sul, Teixeira de Freitas trazia a nu, nos embates jurídicos presentes no processo, não somente seu conhecimento sobre as questões que envolviam a legitimidade da ocupação de seu cliente, como se mostrava pessoa capaz de construir um código civil que viesse a se tornar um instrumento que permitisse estreimar as terras públicas das privadas, definir mais claramente o que era posse e propriedade e discutir de forma também nítida a questão da prova de domínio.

Sua derrota no processo em tela demonstrava, no entanto, que Teixeira de Freitas não podia inibir o poder dos fazendeiros, pois estes haviam conseguido imprimir uma concepção de propriedade da terra que feria, inclusive, o que era então determinado por aquela

¹⁶ VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Coletânea legislação agrária, legislação de registros públicos, jurisprudência*. Brasília: Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, 1983, p. 358.

lei. Vale dizer: Teixeira de Freitas mais uma vez buscava a lei para salvaguardar o interesse de seu cliente, mas ela era operada exatamente para consagrar a propriedade dos detentores de terra, mesmo que para tanto fosse necessário encobrir artigos ali presentes que fundamentavam o direito à posse do agregado do Barão de Entre Rios.

Para além de tantos outros temas presentes na elaboração do código civil, a escolha de Teixeira de Freitas pode inclusive ser entendida como um esforço do governo em chamar para si a responsabilidade na condução de uma política de terras para o Brasil, já que desde 1822, o país vivia sem nenhuma legislação concernente à propriedade da terra, a partir do fim do sistema de sesmaria.

No processo envolvendo o posseiro Pascoal, ele já se posicionava contra as leituras e interpretações acerca da Lei de Terras e de seu regulamento. Ademais, quando elaborara a Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas expressava sua discordância contra a utilização dos Registros de Terra como prova de domínio. Os registros haviam sido criados pelo artigo IX do Regulamento, mas para o jurisconsulto:

Com esse registro nada se predispõe, como pensam alguns, para o cadastro da propriedade imóvel, base do regime hipotecário germânico. Teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exata conta corrente de toda a propriedade imóvel do país, demonstrando sua legitimidade e todos os seus encargos. O sistema cadastral é impossível entre nós.¹⁷

As afirmações do jurisconsulto não eram destituídas de sentido. Na verdade, a análise cuidadosa das informações presentes nos registros mostra-nos que os fazendeiros eram bastante concisos em suas informações. Diziam-se “senhores e possuidores” de uma extensão X de terras, mas muitas vezes declaravam que elas limitavam aos fundos “a quem direito pertencer” ou “ao fundo a quem de direito for” ou ainda “até o limite do morro Y”. Ademais, em muitos registros, os fazendeiros apresentavam a relação de seus confrontantes para consagrar os limites de outrem, num jogo de poder que fazia desaparecer - no documento - um confrontante indesejado e/ou um pequeno posseiro. Por ser um documento apenas declaratório, o re-

¹⁷ FERREIRA, Benedito. *A Questão Fundiária*. Brasília: Senado Federal, 1986, p. 17.

gistro não incluía nenhuma prova sobre a origem da ocupação, se ela foi vendida, o comprovante de compra e venda; se ela foi doada, o comprovante da doação e, no caso de sesmarias, a carta de confirmação de sesmarias que deveria ter sido registrada no Conselho Ultramarino.¹⁸ Em suma, Teixeira de Freitas escrevia sobre o que muitos já sabiam inclusive o governo: os registros paroquiais não poderiam se tornar prova de domínio, pois a forma como eles eram operados pelos fazendeiros obstaculizava a discriminação das terras.

Em 1860, a editora Laemmert começa a publicar fascículos do Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas. Cinco anos depois, é nomeada uma comissão para revisar o esboço preparado pelo juriconsulto, mas o trabalho é logo suspenso.¹⁹ Em 1867, ele abandona a tarefa, alegando, segundo Grinberg, “incompatibilidade entre a sua concepção jurídica e a do governo”.²⁰ No entanto, mesmo incompleto, o esboço nos permite entender as concepções de posse e propriedade de Teixeira de Freitas. O esboço do Código Civil contém 4.904 artigos, divididos em Livros: primeiro: Dos elementos dos direitos; segundo: Dos direitos pessoais, e o terceiro: Dos direitos reais, este último com 1201 artigos do total. Deteremos-nos no último livro.

Os artigos referentes aos chamados direitos reais são a expressão maior do esforço de Teixeira de Freitas em definir a natureza dos direitos reais, as formas de aquisição, obrigações e direitos relativos à posse e muito mais. Em cada linha do livro terceiro, há a tentativa de “descer aos detalhes”, procurando abarcar um universo de infundáveis proporções.

Mas para além das definições, era preciso resolver os problemas relativos à aquisição dos direitos reais em sua relação com a titulação da propriedade e a transmissão de patrimônio. No título II, “Da aquisição dos títulos reais”, Teixeira de Freitas definia que “Adquirem-se os direitos reais só pelos modos de adquirir designados neste Título, e nas Seções 2º e 3º deste livro, se para sua aquisição

¹⁸ Eu discuto a forma como foi operada a utilização dos Registros Paroquiais em meu livro.

¹⁹ CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. XIV-XV.

²⁰ A autora, no entanto, não explicita esta posição. KRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 13

houver justo título”.²¹ Vejamos com mais atenção este item, posto que ele é imprescindível para entendermos a posição de Teixeira de Freitas a respeito do tema em tela. Sabemos que o advogado era contrário à utilização do Registro Paroquial de Terra como prova de domínio. Sabemos também que o documento foi operado de várias formas pelos fazendeiros e lavradores da segunda metade do século XIX.

O que é o justo título para adquirir direitos reais? “1º, De atos entre vivos que tiverem por fim transmiti-los; 2º, De disposições de última vontade que tiverem por fim transmiti-los; 3º, De atos judiciais, que também tiverem por fim transmiti-los e 4º, Do direito de herdar sem disposição de última vontade.”²²

À vontade de transmitir o bem ou a decisão judicial para definir a transmissão estavam, no entanto, subordinadas, a outra exigência: Pelo artigo 3.735, “Os direitos reais sobre imóveis transmitidos e constituídos por atos entre vivos, adquirem-se unicamente pela transcrição no Registro Conservatório dos respectivos instrumentos públicos”²³. No artigo seguinte, Teixeira reitera que a “tradição ou a

²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 3730.

²² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 3731.

²³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 3735. Neste artigo, ele chama atenção para os art. 1929 n.1º, 2019 e 3068 n.2º. O artigo 1929, p. 362 está inserido no Livro Dos Direitos Pessoais, da seção “Dos direitos pessoais nas relações civis”, capítulo I Dos contratos em geral. O artigo dispõe sobre a obrigação de que os contratos “devem ser feitos por escritura pública” (art. 688 nº 1 e 705 a 730) pena de nulidade (arts. 1203, ns 1 e 2, 1244, 1568, 1580, 1630, 1657, 1658). No item 1º afirma-se: “Todos os contratos, a não serem feitos em hasta pública, que tiverem por fim transferir domínio de imóveis, ou constituir direitos reais sobre imóveis, ou transferir direitos reais sobre imóveis de outrem, o que é aplicável às embarcações do alto mar, como se fossem imóveis. No artigo 2019, que refere-se a forma e prova da compra e venda, afirma-se “A compra e venda de imóveis e de embarcações do alto mar não pode ser feita, pena de nulidade, senão por escritura pública, salvo o disposto nos arts. 1929 a 1934. Esses artigos referem-se a exigência da escritura pública e dispõe que a escritura particular “em que as partes se obriguem expressamente a reduzi-los à escritura pública. No artigo 3068, refere-se ao Contrato de Sociedade, seu item 2 afirma que “não adquirirá a sociedade, em relação a terceiros, o domínio de imóveis, ou de

transcrição sem justo título dará somente a posse (art. 3.709), mas não o direito de possuir (art. 3730)". E mais: "O justo título sem tradição ou transcrição, dará somente direito à posse (art. 900, nº 2; 901 e 3.157), mas não a posse (art. 3.709), nem o direito de possuir (art. 3.730)

O que Teixeira queria dizer com essa filigrana? Destrinchemos o xadrez por ele proposto.

A posse se define pelo artigo 3.709; o direito de possuir pelo artigo 3.730 e o direito à posse pelos artigos 900, 901 e 3157.

"Haverá posse, quando alguém, por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la", afirma o artigo 3.709.²⁴ O direito de possuir se insere no artigo que afirma: "adquirem-se os direitos reais só pelos modos de adquirir designados neste Título, e nas seções 20 e 30 deste livro, se para sua aquisição houver justo título". E por último, o direito à posse só se dá se observados as disposições expressas nos artigos 900: "que dispõe sobre as obrigações de dar coisas certas."²⁵ No artigo 901, que dispõe que, no que diz respeito a imóveis, a "tradição consistirá na inscrição ou transcrição dos respectivos títulos do Registro Conservatório".²⁶ E por último, o artigo 3157, que se refere aos direitos e obrigações da sociedade em relação aos sócios.²⁷ Em outras palavras, Teixeira de Freitas procurava dar conta dos vá-

direitos reais sobre imóveis, em que tenham consistido as entradas sociais.

²⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 3.709.

²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 900.

²⁶ Os artigos 900 e 901 se inserem no Título II Das Obrigações em relação ao seu objeto do Livro segundo dos direitos pessoais, seção I dos direitos pessoais em geral. Há duas versões presentes no esboço sobre o mesmo artigo. O primeiro diz: "Antes da tradição o credor não adquire sobre a coisa algum direito real, e para adquiri-lo, se a tradição depender do ato do devedor, será necessário que este lhe faça, ou que se lhe dê posse judicial em virtude da sentença." O segundo afirma: "A tradição só dependerá de ato do devedor, quando for de coisas móveis. Quanto a imóveis a tradição consistirá na inscrição ou transcrição dos respectivos títulos do Registro Conservatório. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 901.

²⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço: Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, art. 3.157.

rios estágios que configuram a posse de alguma coisa, desde a intenção inicial, à posse fundada em título justo, o que implicava atender às exigências do registro que ele chama de Conservatório.

Pela proposta de Teixeira podemos entender quais as razões de sua crítica aos argumentos do Barão de Entre Rios. O fazendeiro alegava ser proprietário daquelas terras, tinha, portanto, a posse no lugar. No entanto, o advogado discordava da utilização do Registro de Terras como prova de domínio, e o fato das sesmarias do Barão não terem sido revalidadas, fazia com que ele não pudesse ter o direito de possuir, já que a posse não estaria atrelada ao justo título.

A carta de concessão de sesmarias também não se coadunava com a proposta de Freitas. Primeiro, porque o sistema de sesmarias havia terminado em 1822. Segundo, porque as sesmarias poderiam ser revalidadas quando do registro de terras, mas Freitas não reconhecia o registro. E por último, porque o advogado não fizera nenhuma referência à sesmaria quando analisara o “justo título”.

Assim sendo, a proposta do juriconsulto esbarrava nos interesses dos fazendeiros, já que eles haviam operado com a lei de terras e com o regulamento, de acordo com seus interesses, imprimindo limites fluidos exatamente para permitir a perpetuação de uma dinâmica de ocupação irregular pela “porta dos fundos” das fazendas. Definir o direito de possuir significa, para Teixeira de Freitas, impor um limite claro na ocupação de terras dos vários agentes sociais, muitos em conflito. Estabelecer o registro que tanto desejava era não mais repetir o erro cometido quando do regulamento de 1854, da Lei de terras de 1850. O direito de possuir implicava uma intervenção do governo, na definição deste mesmo direito enquanto um direito expresso num registro público.

Não é difícil imaginar que Teixeira de Freitas tinha clareza das mudanças que estava propondo, se lembrarmos – mais uma vez – sua intervenção na defesa do pequeno posseiro Pascoal contra o fazendeiro, o rico barão de Entre Rios. O que ele escrevia fazia justiça à proposta inscrita na constituição de 1824 “de assegurar a propriedade em toda a sua plenitude”, mas para o advogado isso significava definir com detalhes o direito a posse e o direito de possuir. Sua defesa no caso envolvendo Pascoal era assim um esforço de assegurar a primazia do cultivo como forma legítima de ocupação, impondo limites à utilização, pelos fazendeiros, de cartas de sesmarias, como prova de domínio. Além disso, Teixeira de Freitas conhecia profundamente o

código filipino e estava ciente que nos dispositivos presentes naquele código, havia várias determinações que asseguravam o direito do primeiro ocupante em detrimento de uma sesmaria posteriormente concedida, assim como sabia que a própria Lei de Terras havia mais uma vez reconhecido este direito. Assim, se por um lado, o barão tinha uma carta, por outro as indeterminações de seus limites podia demonstrar que era possível assegurar as posses realizadas nas fronteiras das fazendas, já que os fazendeiros tendiam a registrar suas terras, sem estabelecer limites precisos.

A crítica de Teixeira de Freitas ao registro paroquial de terras era assim o resultado de uma aguda percepção sobre as questões que envolviam a ocupação territorial do país. Ademais, o advogado estava ciente do fracasso do estado, no processo de discriminação de terras públicas e privadas, pois otimismo dos primeiros anos após a promulgação da lei dera lugar a uma crescente percepção da incapacidade do Estado em discriminar suas terras publicas e de impor e consagrar o registro de terras. Nos anos 60, quando Teixeira de Freitas ainda estava preparando o esboço, denúncias de invasões das terras devolutas tornavam-se recorrentes nos Relatórios dos Presidentes de Província e nos Relatórios do Ministério da Agricultura. Em 1867, ele abandonou a tarefa de fazer o que tanto pretendia: um código civil, ao mesmo tempo em que o Estado reafirmava a necessidade de se rever os fundamentos expressos na lei. Três anos depois, em 1870, o relator do Relatório do Ministério da Agricultura afirmava que a lei de terras deveria ser revista, pois “ela nem sequer pode impedir, como pretendeu, o abuso da invasão das terras públicas, as quais continuam não só era assoladas, (...) como também possuídas ilegalmente e sem estorvo”.²⁸

As dificuldades em promulgar um Código Civil então a cargo de Teixeira de Freitas também podem ser percebidas na relação entre este Código e o Comercial já em vigor. O juriconsulto assim se posicionava:

Quando esse Código [o Civil] aparecer, devem forçosamente acompanhá-lo um Código de Comércio e um Código de Processo Civil, cessando a um só tempo toda a legislação actual, concernente a tais matérias. Se quisermos conservar o

²⁸ Relatório do Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, 1870.

Código do Comércio, que temos, e seus regulamento sobre o processo, ficaríamos agrilhoados, não poderemos fazer um bom Código Civil. O actual Código do Comércio é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto.²⁹

Para o autor, era preciso estabelecer critérios claros para a consagração da propriedade e assim rever as disposições presentes no código comercial. Em outras palavras, o juriconsulto insistia na necessidade de se estabelecer uma norma para a ocupação territorial, antes de consagrar os fundamentos de um código comercial que desconsiderava a origem pretérita da terra. Ele estava ciente que os fazendeiros reagiam a qualquer investida do governo e procurava contribuir para que fosse respeitada a propriedade da terra em toda a sua plenitude, insistindo na imperiosa necessidade de que fosse discriminado o público do privado.

Para Orlando de Carvalho,

a rigidez é em Teixeira de Freitas, não uma absolutização da dogmática, mas uma escolha metódica para a consecução de certos fins. Para uma luta, repetimos, pela propriedade da terra – pelo Brasil do interior contra o Brasil litorâneo –, a qual sentia a missão de defender e promover.³⁰

Ou seja, ele defendia de fato o

Hinterland agrícola progressivamente marginalizado e explorado pela especulação mercantil” e por isso seu esforço era no sentido de determinar uma “sistematização dicotômica “direitos reais – direitos pessoais”, que acentua a primazia econômico-jurídica dos primeiros. (...) Daí que toda a problemática da aquisição do domínio e direitos reais limitados

²⁹ CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984. Carta de 10 de junho de 1854, *apud* MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983.

³⁰ CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984.

– sistema de título e modo, sistema de título e sistema de modo – se enfrente também à luz da fundiabilidade brasileira.³¹

O fato é que Teixeira de Freitas tinha ciência de que embora o direito civil seja um ramo do direito privado, ele enfeixa os princípios da aplicação corrente da sociedade. Pois, “nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico”: E ainda: “o direito civil enuncia as regras de hermenêutica, os princípios relativos à prova dos negócios jurídicos, a noção dos defeitos dos atos jurídicos, a organização sistemática da prescrição etc, institutos comuns a todos os ramos do direito”.³²

No entanto, ao procurar fundamentar seu Código, transformá-lo de fato num conjunto de normas legais que harmonizasse os interesses de diversos setores da sociedade, ele enfrentou os interesses daqueles que não viam com bons olhos a promulgação de um novo código comercial, submetido ao que ele procurava estabelecer com o seu Código Civil. Seus esforços de produzir aquele que seria o primeiro código civil do país podem ser vistos como a tentativa - no oitocentos - de deter o processo de ocupação irregular de terras, ferindo as normas pré-existentes das Ordenações Filipinas. O desrespeito a pequenas posses e a consagração do poder dos fazendeiros no processo de invasão de terras não eram desconhecidas. Teixeira de Freitas buscava - apoiando-se no enorme prestígio que detinha junto ao governo - interferir, utilizando sua erudição para sistematizar e produzir uma nova ordenação civil. No entanto, seus esforços eram por si só, ameaçadores de uma ordem que se firmou exatamente pela desordem da estrutura fundiária do país, que permitiu que os fazendeiros continuassem a invadir terras devolutas pelas portas dos fundos de suas enormes fazendas.

Teixeira de Freitas expressou os embates sobre a posse e propriedade no Brasil, revelando as tensões oriundas das dificuldades em defini-las. A influência de seus escritos é hoje reconhecida pelos que

³¹ CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984..

³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p. 16.

estudam a História do Direito no Brasil. Mas nunca é demais lembrar que seus textos influenciaram também o Código da Argentina, do Paraguai e do Uruguai.³³ Talvez não seja de fato nenhum exagero a afirmação de René David: “Louvre de Teixeira de Freitas, est, peut-on dire, la Pierre angulaire du droit et de la doctrine brésiliené”.³⁴

³³ CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. XXXV.

³⁴ VALLADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. XLVII.

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO EM TEIXEIRA DE FREITAS

Fellipe Guerra David Reis

1. INTRODUÇÃO

A discussão doutrinária acerca da unificação do direito privado já não mais tem estado no centro do debate da doutrina comercialista pátria como esteve outrora; seja porque esta tem se debruçado mais sobre os novos problemas - como novos títulos de créditos, novos arranjos societários e proteção dos minoritários, ou mesmo novas formas negociais -, seja porque esta se resignou com a “unificação” promovida pelo Código Civil de 2002.

De todo modo, muito embora a preocupação com problemas concretos seja louvável, sendo, inclusive, o *leitmotiv* de Augusto Teixeira de Freitas para a defesa da tese de unificação, esta negligência para com o tema não é inócua: primeiro porque não se tem ainda um consenso se a unificação promovida pelo Código Civil de 2002 foi meramente formal ou se materialmente as obrigações civis e empresariais foram unificadas, já que permaneceu-se a distinção entre o regime da insolvência civil e o regime falimentar, único critério, conforme afirma Cesare Vivante,³⁵ capaz de promover uma efetiva

³⁵ “*Intanto quella separazione è un ostacolo, ognora più sensibile, alla formazione di un diritto cosmopolita, mentre pare che lo favorisca; è cagione di continue soperchierie a danno dei cittadini, costretti a subire la legge che i commercianti si vennero elaborando a tutela dei propri interessi; nuoce al progresso scientifico e legislativo del diritto privato: del diritto commerciale, perché esso trae uno scarso beneficio dalla dottrina giuridica tradizionale, e del diritto civile, perciò gli manca l'elemento che può rinnovarlo secondo la necessità della vita reale; nuoce infine all'esercizio pratico perché è cagione di inestricabili difficoltà processuali.*” VIVANTE, Cesare. *Per un codice unico delle obbligazioni*. Bologna: Tipografia Fava e Garagnani, 1888. No mesmo sentido cf.: VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Vallardi, 1929, v. 1, p. 23; e REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*.

unificação; segundo porque vem causando, mormente na manualística,¹ um progressivo desaparecimento das contribuições - e das referências - de importantes juristas pátrios sobre a questão, como o caso de Freitas, mantendo-se, apenas, a remissão à doutrina italiana que embasou o *Codice Civile* de 1942, principal influência para o Código Civil de 2002.

Sobre a primeira questão, isto é, da efetiva (ou não) unificação do direito privado pelo diploma civil, não se tratará no presente trabalho - apesar de sua importância também para a solução de problemas concretos. O objetivo premente deste é exatamente retomar os argumentos de Augusto Teixeira de Freitas para a tese da unificação do direito privado, traçando-se um panorama histórico e a evolução do pensamento do jurista sobre a questão.

Desta feita, a pesquisa mostra-se notadamente como uma pesquisa histórica, bibliográfica. Assim, para fins metodológicos, dividiu-se o presente em três partes. Na primeira, traçar-se-á duas características da personalidade do jurisconsulto do Império - valendo-se da expressão de Silvio Meira - que, entende-se, são relevantes para a compreensão das escolhas e posicionamentos do jurista.

Após, no capítulo seguinte, serão explicitados o desenrolar dos fatos históricos relevantes para a proposta de unificação freitiana, que, quando não aceita pelo Ministro da José de Alencar em 1869, o fez abdicar de todo o trabalho até então realizado no Esboço de Código Civil com os seus quase 5.000 artigos.

Ao final, em caráter conclusivo, tecer-se-ão breves considerações sobre a proposta de unificação do jurista baiano frente ao cenário econômico-social contemporâneo.

2. A COERÊNCIA E O REALISMO DE FREITAS: UMA INTRODUÇÃO A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 18-24.

¹ Cf.: MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2016; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2010; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1.

Como afirmou Ruy Rosado,² Teixeira de Freitas é melhor compreendido por sua obra do que pelos fatos em sua vida. Contudo, antes de se adentrar propriamente na evolução do pensamento do jurista sobre a necessidade de unificação do direito privado, duas características de sua personalidade merecem destaque: seu compromisso metodológico com a ciência do direito, isto é, sua coerência para com o sistema jurídico; e seu compromisso com a solução de problemas práticos - o que leva Miguel Reale³ a chamá-lo de realista. Isto se justifica na medida em que ambas as características influem diretamente no desfecho da tese da unificação: a renúncia de Freitas quando sua proposta não é acatada pelo Ministro José de Alencar em 1869, levando o jurista a abdicar de todo o esforço depreendido no *Esboço*.

A primeira característica, isto é, sua coerência e seu compromisso metodológico com a ciência jurídica, pode ser vista no episódio que levou sua renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) em 1857.

Em consulta feita ao Instituto sobre “se eram livres os escravos os filhos de uma escrava, que em testamento havia sido libertada, mas com cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este vivesse”,⁴ Teixeira de Freitas entendeu, fundamentando-se em um texto de Ulpiano, que estes seriam escravos. Por outro lado, o também parecerista no caso, Caetano Alberto Soares entendeu que os filhos seriam livres. Submetida a questão ao plenário do Instituto, venceu a tese contrária à de Freitas, o que o levou a renunciar ao cargo em longa carta onde, em tom característico, oferecia a quantia de 1.000\$000 para ser aplicada na fundação da Biblioteca do Instituto, assim concluindo: “e recomendando-vos, sobretudo, que a enriqueça com o Corpus Juris, que deve ser a fonte vital, e onde devemos beber sempre e sem descanso”.⁵

² ROSADO, Ruy. Prefácio. In FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

³ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: Cedam, 1988, p. 46.

⁴ MEIRA, Silvío. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979, p. 85.

⁵ MEIRA, Silvío. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979, p. 86.

Não é no episódio em si do IAB que a característica da coerência de Freitas pode ser vista, mas pelo fato de o jurista ter adotado uma postura conservadora em relação ao tema submetido à análise do Instituto, mesmo sendo um convicto adversário da escravidão,⁶ em respeito à técnica e ao sistema jurídico vigente.

Assim dizia em sua carta ao IAB:

[...] em questões de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamento do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio... As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos.⁷

O incidente, como bem afirma Rosado, mostra a sua “intransigência com a rigorosa observância do sistema jurídico, ainda que a conclusão contrariasse seus sentimentos”.⁸

A preocupação com a solução de problemas concretos, a segunda característica destacada de Freitas, vista na epígrafe do presente trabalho e também observada por Eros Grau,⁹ justifica-se na medida em que o jurista rechaçava interpretações do Direito Romano ou de outros sistemas estrangeiros que não guardavam semelhança com a realidade da vida civil pátria. Para Freitas, a realidade da vida é apreendida como substrato do direito:¹⁰ “Sem fatos que

⁶ Sobre isso cf.: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XI; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, comentário ao art. 21.

⁷ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979.

⁸ ROSADO, Ruy. Prefácio à *Consolidação das Leis Civis*. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Ed. Senado Federal, 2003, p. 2.

⁹ GRAU, Eros Roberto. Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 42, 2002, p. 36-57.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 42, 2002, p. 37.

engendrem direitos, eis o pensamento fundamental do nosso artigo e da presente Seção, não pode existir direito algum [...]”¹¹

Isto posto, retomando-se a relevância das referidas características para a tese da unificação do direito privado e seu desfecho, tem-se que o jurista baiano estava deveras preocupado com a solução dos problemas concretos do país e não meramente em uma discussão teórica desconexa da realidade. Logo, já pode-se afirmar neste ponto que a *ratio* da tese da unificação por ele desenvolvida jaz em problemas práticos do sistema do direito comercial da época, notadamente do sistema objetivo adotado pelo Código Comercial de 1850 e pelo Regulamento 737 também de 1850, herdado do Direito francês.

Por outro lado, o comprometimento com as convicções de superação do Direito Comercial como um direito classista e defensor de interesses de determinados segmentos da sociedade, na construção de um regime civil unificado em um Código Geral e um Código Especial para regular todas as relações interprivadas, que, como já dito, quando não aceita pelo Ministério da Justiça, leva Freitas a abandonar seu contrato com o Governo não permitindo, inclusive, que as partes já elaboradas (e publicadas) do *Esboço* fossem utilizadas no projeto do Código Civil pátrio.

3. A EVOLUÇÃO E O ‘FIM’ DA TESE DE UNIFICAÇÃO DE TEIXEIRA DE FREITAS

A ideia da necessidade de unificação do direito privado para Teixeira de Freitas não surge apenas à época do *Esboço*. Ao contrário, já se mostrava presente mesmo em 1854 - anterior à sua contratação para a feitura da Consolidação das Leis Civis - na carta dirigida ao então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo onde afirma (fazendo referência ao Código Civil prometido pelo §18 do art. 179 da Constituição do Império de 1824):

Não se pode separar impunemente as partes de um corpo que deve ser homogêneo; o Código do Comércio, e o do Processo Civil, são o mesmo Código Civil; são partes integrantes

¹¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil: Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, comentário ao art. 431.

dele. [...] [O Código Comercial] é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que não façamos nada.¹²

Apesar do ideal da unificação já estar presente, Freitas abre mão temporariamente das suas convicções para proceder à Consolidação de 1857 já que, apesar de possuir um Código Comercial em vigor, faltava ao país um diploma coerente sobre as leis civis.

Assim o jurista deixa claro na introdução da Consolidação:

A demarcação dos limites da Legislação Civil é assumpto, que não se póde separar do exame geral das outras divisões que compõem a taboa synthetica da Classificação das Leis. Basta saber por ora que tomamos o Direito Civil em sua accepção mais stricta, excluídas as leis do processo, e respectiva organização judiciaria, e também as disposições excepçionaes cujo complexo fórma hoje o Direito Commercial.¹³

Como anteriormente dito, Freitas, em seu viés realista/humanista, possuía preocupações com a solução de problemas reais. Logo, a motivação para a defesa da unificação não poderia deixar de estar relacionada com a realidade do ordenamento jurídico pátrio.

Tal como Vivante, que em 1888 em sua famosa Aula Magna na Universidade de Bologna, constatou que o sistema objetivo - da teoria dos atos de comércio - inaugurado pelo Code de Commerce napoleônico de 1807 tão somente alterou a classe beneficiada pela legislação comercial - para a nova classe burguesa -, não refletindo, objetivamente, a quebra do paradigma existente no sistema subjetivo das corporações de ofício,¹⁴ Freitas assim também o viu.

¹² MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: juriconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979, p. 98-100.

¹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XII. E continua Freitas na nota de rodapé nº 2 desta mesma página: “Não acontece isso como o nosso Direito Commercial, cujo Codigo, não achando apoio na defectiva legislação civil que temos, contém muitas matérias de Direito Commum, que não lhe pertencem”.

¹⁴ VIVANTE, Cesare. *Per un codice unico delle obbligazioni*. Bologna: Tipografia Fava e Garagnani, 1888.

Entretanto o fez em 1854, 34 anos antes de Vivante.

A despeito de o sistema objetivo francês estar fundamentado nos ideais revolucionários daquele país e, portanto, dar a todos indistintamente - na teoria - a possibilidade de se valerem dos benefícios da legislação comercial desde que praticassem “atos de comércio”, o próprio rol de tais atos,¹⁵ com a exclusão de certas atividades - ou, de outro modo, com a inclusão apenas de algumas atividades exercidas pela classe burguesa - fazia desse sistema um sistema classista e ainda mais burocrático que o anterior.¹⁶

Explica-se: se no sistema subjetivo a legislação comercial era apenas aplicada aos matriculados nas corporações de ofício, no sistema objetivo havia de se verificar primeiro, antes de se proceder à solução do litígio, se as partes envolvidas praticavam atos de comércio, analisando se estavam sujeitas às vantagens da legislação comercial. Ademais, era facultado ao magistrado, independentemente do registro (ou não) do sujeito como comerciante, declarar a atividade como atividade mercantil e, como consequência, conceder-lhe a proteção da legislação especial.¹⁷ Desta feita, mantinham-se os privilégios do sistema subjetivo das corporações apenas travestidos de um sistema objetivo plenamente acessível.

No Brasil, pela influência dos Códigos napoleônicos - o Civil de 1804 e o Comercial de 1807 -, adotou-se a teoria dos atos de comércio com suas respectivas regalias àqueles considerados comerciantes como, por exemplo: o regime jurídico próprio com jurisdição específica; e a possibilidade de aplicação de um regime falimentar diferente da insolvência civil. Além disso, manteve-se a exclusão de determinadas atividades como não sendo consideradas de natureza mercantil, notadamente a atividade agrícola¹⁸ e o princípio da não

¹⁵ Vide artigos 632 e 633 do Código Comercial Francês de 1807.

¹⁶ Neste sentido cf.: CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984. “[O Direito Comercial era disciplina de exceção] privilegiando a fortuna mais duvidosa e inescrupulosa — a ‘res mobilis, res vilis’, a circulação sobre o consumo —, constituía uma afronta para as verdadeiras sedes da riqueza, que permaneciam esquecidas pelo direito do seu tempo.”

¹⁷ VIVANTE, Cesare. *Per un codice unico delle obbligazioni*. Bologna: Tipografia Fava e Garagnani, 1888.

¹⁸ No Brasil, cientes das críticas já formuladas ao sistema objetivo francês,

comercialização de imóveis disciplinado no artigo 191 do Código Comercial de 1850.

Para além de verificar que o sistema objetivo constituía um “álibi” para um sistema subjetivo de privilégios a determinados sujeitos, Freitas levantava-se especialmente contra as citadas exclusões: o princípio da não comercialização de imóveis que atendia a interesses da classe fundiária favorecendo a especulação de imóveis - classe a quem Freitas chamava de “novos alquimistas”;¹⁹ e o não tratamento da atividade agrícola como tendo natureza mercantil dado o fato de esta ser a principal atividade econômica desenvolvida no país.

Neste sentido, assim afirmou o jurista baiano na *Consolidação*, - epígrafe que se permite repetir aqui: “Nosso paiz é agrícola e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilização do seu solo, a circulação de immensos valores que elle encerra, eis o mais importante problema á resolver”.

Portanto, apesar de a doutrina pátria contemporânea tender a atribuir à Vivante a epifania da unificação e os louros por ter desvelado os interesses subjacentes do sistema objetivo, Freitas já o tinha observado anteriormente - mais precisamente, como dito, 34 anos antes. Em especial, o jurista baiano o fazia com base na realidade pátria.

Em 1859, após entregar antes do prazo previsto a *Consolidação*, Teixeira de Freitas foi novamente incumbido, pelo então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, de preparar um projeto de Código Civil em prazo pouco menor que três anos, valendo-se da mesma metodologia empregada na Consolidação das Leis Civis. Isto é: uma

primeiramente tentou-se não enumerar os atos de Comércio no Código de 1850. Contudo, dada a inoperabilidade de se adotar a teoria sem um rol de tais atos, posteriormente, mas ainda em 1850, editou-se o Regulamento 737 que em seu artigo 19 trazia o rol de atividades consideradas mercancia: art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; § 2º As operações de câmbio, banco e corretagem; § 3º As empresas de fábrica, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; § 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; § 5º A armação e expedição de navios.

¹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CLXXV-CLXXVI.

legislação civil para vigorar juntamente com o Código Comercial já vigente.²⁰

Já em 1860 lança o primeiro volume do *Esboço* convidando a todos que o auxiliem na “feliz execução desta empresa patriótica”.²¹

Terminado o prazo concedido pelo Governo Imperial em 1861 sem que o Projeto estivesse concluído, este prorrogou-se para 1864 época em que, apesar de publicados 3.700 artigos no *Esboço*, o projeto ainda pendia de conclusão.

Em 20 de novembro de 1866, em carta dirigida novamente ao Ministro da Justiça Joaquim Nabuco, Freitas já demonstrava seu desinteresse pelo projeto de Código Civil afirmando que, apesar de estarem publicados ou em vias de publicação 5.016 artigos,²² reconhecia que o trabalho estava incompleto e se oferecia para devolver os valores recebidos pela sua empreitada.

O motivo da desmotivação do jurista - e do seu esgotamento intelectual²³ - pode ser compreendido se se conjuga a sua característica de busca pela coerência no raciocínio jurídico, anteriormente mencionada, com a carta que envia ao Ministro da Justiça Martin Francisco Ribeiro de Andrada em 20 de setembro de 1867. Nesta carta Freitas explicita que aos seus olhos não é mais possível conceber o projeto de um Código Civil para vigorar ao lado de um Código Comercial apenas revisto. Por tal motivo, a elaboração do Projeto de Código Civil não havia sido concluída por alguém que, como ele, havia concluído a *Consolidação* antes do prazo concedido.

Assim afirmou Freitas:

[...] Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contente. [...] O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como o subsídio ao

²⁰ CARNEIRO. Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil, Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, p. X.

²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil: Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, p. 3.

²² Foram publicados efetivamente 4908 artigos. Neste sentido cf.: ROBERTO. Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

²³ Cf.: CARNEIRO. Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil, Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, p. XII-XIII.

complemento de um Código de Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente, com a revisão que lhe destina: e hoje minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação das leis Civis, não distinguem, no todo das leis desta classe, algum ramo que exija um Código de Comércio. [...] Não há tipo para esta arbitrária separação de leis a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação de existência. [...] Não há mesmo alguma razão para tal seleção de leis; pois que, em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil, aparecem raros casos em que seja de mister distinguir o fim comercial, por motivo da diversidade de efeitos jurídicos. Entretanto, a inércia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas, formou lentamente um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de exceção, e que de leis passaram a ser códigos, com seus tribunais de jurisdição restrita e improrrogável. Eis a história do Direito Comercial! Eis falsificada a instrução jurídica, e aturdidos os espíritos com a frívola anatomia dos atos até extrair-lhes das entranhas o delicado critério!²⁴

Propunha então o jurista que se alterasse a metodologia inicialmente contratada pelo Governo, elaborando-se um Código Geral destinado aos operadores do direito e um Código Especial, mutável, que conteria as disposições civis e empresariais sem segregação. Em outras palavras: os contratos mercantis seriam disciplinados na parte referente aos contratos em geral; juntamente com a disciplina do mandato seriam trabalhadas as disposições sobre leiloeiros e corretores; os dispositivos referentes a comandantes de navios, pilotos, tripulação e caixeiros seriam tutelados na parte referente a locação de serviços; os títulos de créditos trabalhados juntamente com o contrato de mútuo, etc.²⁵

Logo: se para Freitas, já não mais era possível continuar a

²⁴ MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979, p. 420.

²⁵ CARVALHO, Orlando de. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984.

empreitada na elaboração do Projeto de Código Civil encomendado sem que se alterasse a metodologia inicialmente proposta; e, dado o seu comprometimento (coerência) com a ciência jurídica; a recusa por parte do Ministro José de Alencar em 1869, conduziriam, indubitavelmente, à sua renúncia.

Assim, mesmo tendo sido o projeto de Teixeira de Freitas acatado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado - composta por Nabuco de Araújo, Torres Homem e pelo Visconde de Jequitinhonha²⁶ - o parecer da Seção não chegou ao Imperador, já que o então Ministro da Justiça José de Alencar considerou rescindido o contrato com o jurista baiano afirmando por fim: “Mudam-se de repente as instituições políticas de um país. Mas a sociedade civil, não há revolução que a altere de um jato. Modifica-se por uma transformação secular”²⁷.

Com a rescisão de seu contrato, Freitas abandona sua empreitada dos últimos anos, com seus 4.908 artigos publicados. Este episódio é bem descrito pelas palavras de Clóvis Beviláqua em 1906:

É uma página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, essa em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o com a heróica abnegação de um estóico, ao que ele julgava a verdade científica.²⁸

²⁶ “A nova idéia é de difícil execução, mas não deve ser, por isso, repelida *in limine* quando quem se propõe a executá-la é o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, que tantos abusos tem dado de sua alta capacidade. Que inconveniente há em que o govêrno ajude e facilite a grande concepção do autor? Não pede êle aumento de despesa. Não é uma lei, de que êle está encarregado, mas de um projeto sujeito ao exame de uma comissão, e que pode ser rejeitado, se não preencher seu fim. Haverá demora, mas uma demora compensada pela possibilidade de uma invenção, que pode dar glória ao autor e ao país”. *apud* CARNEIRO. Levi. Estudo Crítico-Biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil, Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, p. XV.

²⁷ CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984.

²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, p. 23.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

Primeiramente, como afirma Orlando de Carvalho, a ideia de um Código Geral propedêutico de Freitas não se mostra como uma “descoberta do autor”, mas ainda assim constituir-se-ia em um contributo singularíssimo na medida em que nenhum outro jurista teria “levado tão longe a conversão em jurídico do jurídico-científico”.²⁹

De outro lado, de uma perspectiva transnacional, o sistema objetivo francês que influenciou largamente as codificações oitocentistas europeias e americanas, somente foi abandonado pelo Código Comercial alemão - *Handelsgesetzbuch* (HGB) de 1897 - com a inauguração de um novo sistema subjetivo diverso daquele primeiro das corporações de ofício. Ademais, somente em 1881 com o código geral das obrigações suíço é que se restringiu a necessidade de uma tutela específica do direito comercial.

Tais questões, como dito, haviam sido objeto de análise de Teixeira de Freitas.

Jaz, portanto, nesses pontos, a genialidade e a visão inovadora do jurisconsulto do Império já que, contemporaneamente, pela influência do *Codice Civile* italiano de 1942 - que adotou tanto o sistema subjetivo moderno (a teoria da empresa) quanto incorporou seu *Libro del Lavoro* ao texto do diploma Civil - o Código Civil de 2002 procedeu a (ou alguma) unificação do direito privado.

Contudo, há que se ter em conta que, embora inovadora, não se mostra de todo equivocada a recusa de José de Alencar à proposta freitiana. Isto porque, conforme bem salientou Orlando de Carvalho³⁰ fazendo referência ao ex-ministro, o projeto pressupunha uma sociedade “culto e opulenta” bastante diversa daquela existente no país a época. E conclui:

[tanto o projeto freitiano como outros projetos de unificação] não lograram vencer com sua “política do direito” a “di-

²⁹ CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 36.

³⁰ CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 54-55.

cotomia incongruente” de uma sociedade heterogênea que a pura via jurídica pode decerto ilidir, mas que, até quando o deseje, não pode abolir ou dirimir.³¹

Ademais, o que se verifica hodiernamente não é uma absorção do direito empresarial pelo direito civil em geral, mas, ao contrário, uma necessidade crescente de tutela específica das novas realidades mercantis. Seja por questões de metodologia inerentes ao direito empresarial dentro das suas especificidades; seja pela axiologia que norteia a interpretação de suas normas; o direito empresarial deve sim valer-se dos regimes gerais do Código Civil - no que toca obrigações e contratos, por exemplo -, contudo, ainda hoje - ou especialmente hoje -, não é possível vislumbrar uma assimilação deste ramo pelo Direito Civil.

Vivante em 1906 assim o constatou. Em um reconhecimento da necessidade de autonomia do direito empresarial pelas especificidades supracitadas, o jurista italiano reconhece a não pertinência da unificação por ele anteriormente defendida em sua Aula Magna em Bologna (1888). Deste modo, apesar de as críticas ao sistema objetivo francês permanecerem no espectro de Vivante, reconhecia ele a inoperabilidade de um regramento jurídico único para relações empresariais e civis, especialmente, por questões metodológicas na aplicação de suas normas.³²

Novamente com Orlando de Carvalho, para Freitas “não sobraram anos para esta palingenesia”,³³ mas certamente que o jurista baiano não permaneceria inerte às transformações econômicas e sociais experimentadas no país após seu tempo.

Se é pertinente a afirmação de Washington de Barros Monteiro na conferência proferida em 7 de dezembro de 1966 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

Propunha-se êle, destarte, unificar o direito privado, numa época remota, em que ninguém praticamente se animava a sustentar esse ponto de vista. Para tanto, propunha-se a reformular tudo

³¹ CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 55.

³² Vide nota explicativa da 5ª edição em VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Vallardini, 1929, v. 1, p. 25.

³³ CARVALHO, 1984, p. 56.

quanto já se encontrava feito. Um direito geral e unificado: sonho de titã, que depois se converteria, no dizer de Orosimbo Nonato em doloroso e cruel delírio.³⁴

Também o é a afirmação de Orlando de Carvalho:

Isso nos basta para concluirmos sem receio que até onde perdeu – e terá perdido neste campo – ele deixou uma imagem que nos incita a progredir. A duvidar, a contestar, a preservar. Que é o que importa sobretudo ao jurista que quer sê-lo *hic et nunc* sem a permanente sensação de que a sua tarefa é um desperdício para a História.³⁵

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 62, 1967, p. 305-318.

³⁵ CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984, p. 59.

“CÓDIGO NEGRO”REVERBERAÇÕES DE TEIXEIRA DE FREITAS ENTRE
OS PENALISTAS BRASILEIROS DO SÉCULO XIX^{36*}*Ricardo Sontag***1. INTRODUÇÃO**

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer vivamente aos organizadores do evento, na pessoa do caríssimo colega prof. Giordano Bruno Soares Roberto, pelo gentil convite para estar aqui hoje e pelo evento em si. Infelizmente, eu não pude acompanhar todas as mesas, mas todas que eu vi foram muito ricas!

O ponto que eu gostaria de abordar pertence a duas escalas diametralmente opostas. Por um lado, quando eu falo de reverberações de Teixeira de Freitas entre os penalistas brasileiros do século XIX no que diz respeito à noção de “código negro”, estou me referindo a algo pequeno. Ou seja, são dois ou três fragmentos. Por outro lado, o uso da noção de “código negro” como instrumento de crítica - no qual a dimensão penal, como veremos, era forte - parece apontar para questões mais amplas e profundas no âmbito da cultura jurídico-política brasileira do século XIX. Por isso, inclusive, eu pretendo mencionar não só os textos dos penalistas, mas, também, alguns discursos cuja esfera de circulação era maior, isto é, alguns

^{36*} Palestra apresentada no II Congresso Mineiro de Direito Civil - O Bicentenário de Teixeira de Freitas (1816-2016) realizado entre os dias 21 e 23 de setembro de 2016 em Belo Horizonte, na Faculdade de Direito da UFMG. Para esta versão escrita acrescentei algumas informações, notas e referências, mas mantive o tom oral da apresentação, bem como o caráter ensaístico, que nem tem a pretensão, portanto, de sugerir respostas fundadas em levantamento sistemático e análises minuciosas da documentação e da historiografia, mas, simplesmente, lançar ideias que, talvez, possam abrir horizontes de pesquisa.

fragmentos que eu encontrei em jornais da época - tarefa hoje muito facilitada em função da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional.

Chegaremos nisso em breve. Mas o nosso ponto de partida é o famoso trecho da “Consolidação das Leis Civis” de Teixeira de Freitas publicado pela primeira vez em 1857 em cuja introdução ele menciona a expressão “código negro”.¹ Se a “Consolidação” já é um dos livros mais famosos e importantes da cultura jurídica brasileira oitocentista, exatamente essa passagem talvez seja a mais célebre. Como veremos, ela já causara interpretações díspares na época, e, ainda hoje, divide os historiadores.

2. “GOLPEAR A ESCRAVATURA”: O FAMOSO FRAGMENTO DA “CONSOLIDAÇÃO” DE FREITAS

Muito embora essa passagem de Freitas seja muito conhecida, vale a pena recapitulá-la:

[c]umpre advertir, que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado á extinguir-se em uma época mais, ou menos, remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte e formarão nosso Código Negro.²

O código negro, por assim dizer, como uma legislação especial atinente à escravidão. Porém, o significado da expressão não se esgota nisso. Na esteira de algumas sugestões de Quentin Skinner,³ J. G. A. Pocock,⁴ entre outros, concebidas para a história política,

¹ Apesar disso, vou citar a terceira edição de 1876.

² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXXVII.

³ SKINNER, Quentin. *Visions of politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, v. 1.

⁴ POCOCK, John Greville Agard. O conceito de linguagem e o *métier d’his-*

ou melhor, de uma história do discurso político, mas que pode nos servir, aqui, para uma história dos discursos jurídicos, não basta sabermos o que determinados atores estavam pensando, mas as ações e performances que estavam sendo realizadas através dos discursos por eles enunciados. Em suma, o que eles estavam fazendo ao publicar determinados textos. Não pretendo, aqui, debruçar-me sobre os complicados embates de teoria e metodologia da história em torno de tais formulações. Basta-me admitir, de maneira bastante instrumental, que elas podem abrir horizontes interessantes para a compreensão do nosso tema. Inclusive, se as sugestões que eu vou levantar serão mais ou menos fieis ao conjunto das elaborações de Skinner ou de Pocock, é um problema que eu pretendo deixar em suspenso.

Qual teria sido a performance de Teixeira de Freitas com o citado fragmento sobre o código negro?

As respostas da historiografia não têm sido unívocas. Como responder a tal pergunta sem cair em uma história meramente laudatória? Ou, por outro lado, sem cair em uma pretensa história crítica que se sente obrigada em encontrar coerência entre escravismo e as palavras deste representante, sim, da elite brasileira do século XIX? Evidentemente, é difícil encontrar algum exemplar da historiografia que se enquadre perfeitamente nesses dois esquematizados modelos, mas o fantasma deles parece assombrar as tentativas de resposta a tal quesito, mesmo quando são, como não poderia deixar de ser, mais articuladas do que esses dois polos que exageram certas características de narrativas existentes sobre o assunto.

Em um velho artigo de Haroldo Valladão,⁵ intitulado “Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo”, ele qualifica o nosso jurista como um “espírito progressista”, e, que, por isso, defendia que “a legislação civil ‘modelada para uma monarquia absoluta, sob o predomínio doutras idéias, deve, em muitos casos, repugnar às condições do sistema representativo’. E, por isto, teve muitas vezes que desbastar o antigo Direito reinícola, quase a machado, qual fêz, por exemplo, com a escravidão”. Logo depois dessa passagem, para reforçar essa narrativa do Teixeira de Freitas

torien. In POCOCK, John Greville Agard. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003.

⁵ VALLADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 8, 1960, p. 210.

progressista em tema de escravidão, Valladão cita justamente a passagem sobre o código negro. Evidentemente, não é errado dizer que Freitas tinha várias posições, por assim dizer, progressistas, muito embora, no que diz respeito à escravidão, é preciso lembrar que, nem sempre, ele adotou as interpretações possíveis do direito vigente mais favoráveis aos escravos, como bem demonstrou a pesquisa de Mariana Armond Dias Paes.⁶ O problema é quando a simplificação inerente à narrativa historiográfica - que ilusão pensar que uma narração elaborada por um historiador possa dar conta de todas as complexidades de qualquer processo histórico - é correlata a uma característica essencial estilo da narrativa, isto é, quando estamos diante de um texto cujo propósito central não passa de uma simples ode a uma figura importante do passado. A compreensão histórica de qualquer objeto exige muito mais do que isso, mesmo que não queiramos negar a importância de alguém como Teixeira de Freitas.

Por outro lado, adotando um juízo que poderíamos chamar mesmo de “denunciata”, no verbete “código negro” do “Dicionário da escravidão negra no Brasil” de Clóvis Moura,⁷ lemos as referidas palavras de Teixeira de Freitas não seriam mais do que um “falso pudor jurídico” que “escondia uma covardia e uma infâmia”. Que a escravidão, em si, não só pode como deve ferir as nossas sensibilidades, especialmente em se tratando de juristas, parece-me evidente. Por isso, podemos concordar que havia, de certa forma, uma “covardia e uma infâmia”. Porém, atribuir ao fragmento de Freitas a função de “esconder” algo parece-me simplificador, pois, é bem verdade que se tratava de tirar da “Consolidação”, porém, o próprio fragmento citado, enquanto performance discursiva, tornava visível o problema.

Apesar de tudo, as avaliações historiográficas “politizantes” estavam mais próximas de tocar a questão da performance do discurso de Freitas.

Já Keila Grinberg,⁸ equivocadamente, interpretou a “tran-

⁶ PAES, Mariana Armond Dias. Eu vos acompanharei em vosso vôo, contanto que não subais muito alto: as escolhas de Teixeira de Freitas sobre o direito da escravidão. *Anais XXVIII Simpósio Nacional de História*. Florianópolis, 2015.

⁷ MOURA, Clóvis. Código negro [verbete]. In MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2004, p. 104.

⁸ GRINBERG, Keila. Esclavage, citoyenneté et élaboration du code civil au Brésil (1855-1917). *Cahiers du Brésil Contemporain*. Paris, n. 53-54, 2003,

sitoriedade” da escravidão nesse fragmento como as possibilidades de trânsito entre a condição de escravo e a condição de livre, que, segundo ela, trariam uma dificuldade técnica para a inserção de tais dispositivos na “Consolidação”. Isso, porém, no máximo, deixaria o texto um pouco mais complexo, mas a dificuldade técnica estava bem longe de ser insuperável, tanto é que Freitas tratou do tema nas notas da “Consolidação” - que Eduardo Spiller Pena,⁹ perspicaz, chamou de “código negro de rodapé”.

Dentre as interpretações que, a meu ver, melhor solucionariam o imbróglio dessa passagem, eu gostaria de destacar um velho artigo de João Baptista Villela sobre a noção de consolidação em Teixeira de Freitas.¹⁰ Como bem se sabe, em tese, consolidar significa sempre respeitar o direito já vigente, tanto é que, na historiografia jurídica, quando se fala no outro polo, codificar, a noção de ruptura, de alguma forma, é constitutiva.¹¹ A análise de Villela observa com lupa as operações de Freitas na consolidação percebendo a oscilação entre o respeito ao direito vigente e a atualização desse mesmo direito através do papel interpretativo que o consolidador também acaba exercendo nessa tarefa (pelos juízos de constitucionalidade, pela modificação do alcance dos dispositivos em função da reclassificação, etc.). Obviamente, tudo isso sem necessariamente macular a distinção entre codificar e consolidar que me parece bastante clara no pensamento de Freitas.¹² Dentro dessa análise, Vil-

p. 99-103.

⁹ PENA, Eduardo Spiller. Um romanista entre a escravidão e a liberdade. *Afro-Ásia*. Salvador, n. 18, 1996, p. 33-75.

¹⁰ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 89, 1986, p. 323-338.

¹¹ Para mencionar somente dois, um dos pioneiros da historiografia das codificações, cujo opúsculo se debruça exatamente sobre a distinção entre consolidação e codificação, Mario Viora (VIORA, Mario. *Consolidazioni e codificazioni*. Torino: Giappichelli, 1967), e, mais recentemente, um texto que, ao mesmo tempo, sintetiza e propõe interpretações bastante originais, de Paolo Cappellini (CAPPELLINI, Paolo. Codici. In FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*. Roma-Bari: Laterza, 2007).

¹² Sublinhe-se: “no pensamento de Freitas”, o que não quer dizer que essa fosse uma distinção forte em todos os âmbitos da cultura jurídica brasileira oitocentista. No âmbito editorial, em uma das conferências do próprio II

lela, então, apesar do adjetivo laudatório para se referir a Freitas, a meu ver, enquadra muito bem o nosso problema:

“[c]omo se sabe, Teixeira de Freitas não incluiu na Consolidação das Leis Civis qualquer disposição sobre os escravos. Não podendo, porém, negar que as houvesse no direito positivo brasileiro, deu por esta solução genial: figurariam em corpo à parte, para o qual retomou a velha expressão Código Negro, polissemia sutil e ferina, com a qual, ao mesmo tempo em que indicava a matéria, profligava e golpeava a escravatura”.¹³

“Golpear a escravatura”: parece-me, sim, que era isso o que estava em jogo no uso que Freitas fazia da noção de código negro. Não se tratava de uma mera descrição, de uma mera qualificação técnica para dispositivos que se referiam especificamente aos escravos. A performance do discurso de Freitas. Basta que não imaginemos, com isso, que ele era um militante abolicionista ou que ele sempre adotaria, em função de tal posicionamento, as interpretações do direito vigente mais favoráveis aos escravos, sob pena de, aí sim, recairmos em uma narrativa meramente laudatória.

3. “GOLPEAR A ESCRAVATURA” II: OS JORNAIS

Quando eu disse que “era isso o que estava em jogo”, eu pretendia indicar duas coisas. Primeiro, não usei a expressão “era essa a intenção de Freitas” porque o sentido das performances pode escapar completamente das intenções do autor. Talvez o que foi dito

Congresso Mineiro de Direito Civil, Samuel Rodrigues Barbosa mostrou como a palavra código era utilizada de maneira bastante ampla. O mesmo Samuel Rodrigues Barbosa já tinha demonstrado, também, que a Consolidação de Freitas assumira funções de código no âmbito da prática jurídica - o que não exaure, evidentemente, o lugar e o significado da noção de código em determinada cultura jurídica (BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2008).¹³ VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 89, 1986, p. 329.

acima até se identifique, também, com as intenções de Freitas, mas não é esse o ponto, da mesma forma que as “intenções do legislador” já deixaram de ser a pedra de toque da hermenêutica jurídica há bastante tempo. Como bem explica Pocock,

se o que ele [um autor] estava fazendo inclui, e até mesmo privilegia, o que ele pretendia efetuar, não somente suas intenções e performances podem ter sido diversas e até mesmo divergentes entre si, mas também o que ele teria de fato feito pode se mostrar quase exponencialmente distante de qualquer performance que ele tivesse pretendido.¹⁴

Por outro lado, quando eu digo que o que “estava em jogo” era, efetivamente, “golpear a escravatura”, eu me refiro, também, a alguns interlocutores oitocentistas de Freitas. Trata-se, portanto, do “jogo” historicamente localizado entre determinados interlocutores.

Ou seja, a polêmica em torno do uso da expressão “código negro”, e que envolveu díspares interpretações especificamente acerca do fragmento de Freitas, já estava instaurado no século XIX. Os debates historiográficos são somente outro nível de tal polêmica. O que estava em jogo parece que estava claro para os agentes da época, como veremos, porém, isso não quer dizer, necessariamente, que todas as reações ao texto de Freitas fossem previsíveis pelo seu emissor - como bem coloca, mais uma vez, Pocock, não há autor astuto o suficiente para prever todas as respostas - corretas ou equivocadas - dos seus leitores.¹⁵ Em suma, para compreender o papel da expressão “código negro” em determinado momento histórico, é preciso capturá-la nas suas circunstâncias de uso.

Para isso, eu tentei me aproximar do contexto dentro do qual o fragmento de Freitas se movia no que diz respeito ao nosso tema em particular procurando na Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional todas as ocorrências da expressão “código negro” entre 1820 e 1889. Como minha pretensão não era a de uma pesquisa propria-

¹⁴ POCOCK, John Greville Agard. O conceito de linguagem e o *métier d'historien*. In POCOCK, John Greville Agard. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003, p. 75.

¹⁵ POCOCK, John Greville Agard. O conceito de linguagem e o *métier d'historien*. In POCOCK, John Greville Agard. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003, p. 75.

mente, mas ensaiar algumas ideias para abrir horizontes de pesquisa, não vou apresentar esses resultados de maneira sistemática, ou seja, vou me limitar a indicar exemplos que me pareceram interessantes aqui e acolá.

Primeiro, a expressão “código negro” apareceu muitas vezes como um adjetivo pejorativo para qualquer conjunto de regras excessivamente rigorosas. O ensino jesuítico chegou a ser mencionado mais de uma vez. Entrando especificamente no direito, falava-se em “código negro” para denunciar os rigores da famigerada lei de 10 de junho de 1835, que previa a pena de morte para homicídios e lesões corporais praticados por escravos contra os seus senhores e agregados, bem como invertia certas garantias processuais: não havia a possibilidade de recurso em caso de condenação, por exemplo.¹⁶ Em um discurso posterior à “Consolidação”, de 7 de abril de 1885, divulgado pelo *Jornal do Commercio*, o senador Domingos José Nogueira Jaguaribe disse que “houve uma época em que toda a tendencia do legislador entre nós era para o arrocho. É desta época a lei de 10 de Julho [Junho] de 1835, estabelecendo penas especiaes para os crimes dos escravos, a lei chamada codigo negro e não se contentou com as penas do nosso codigo criminal”.¹⁷ Aqui, o clima já era de abolicionismo. Nesse mesmo sentido, falava-se em código negro para denunciar os açoites, previstos no código criminal de 1830 como pena específica para os escravos e como castigo doméstico aplicável pelos próprios senhores, especialmente nos veículos de comunicação do movimento abolicionista. No jornal “O Abolicionista”, “órgão da sociedade brasileira contra a escravidão”, muitos casos de açoites eram relatados para desqualificar não só os açoites especificamente, mas, também, a escravatura de um modo geral. Em 1º de dezembro de 1881, o jornal reportava um caso sob o título “Coram populo!”, qualificando-o como mais um “capítulo das surras officiaes, das surras judicarias, das surras sem responsabilidade criminal, das surras autorizadas pelo nosso codigo negro”.¹⁸ Em outras ocasiões, notícias

¹⁶ Sobre a lei de 10 de junho de 1835, posso me limitar a remeter à quase exauriente pesquisa do historiador João Luiz Ribeiro (2005).

¹⁷ ASSEMBLEA Geral. Senado. 13ª sessão em 7 de abril de 1885. *Jornal do Commercio*, n. 98, 8 de abril de 1885, p. 1. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_07/12623 Acesso em 17 abr. 2017

¹⁸ CORAM Populo! *O Abolicionista: órgão da sociedade brasileira contra a escravidão*. Rio de Janeiro, n. 14, 1º de dezembro de 1881. Disponível em:

similares foram intituladas com a expressão “Código Negro” (a título de exemplo, basta olhar a segunda página da edição do dia 1º de setembro de 1881).¹⁹

Sobre isso tudo, eu gostaria de sublinhar dois aspectos: 1) a expressão utilizada em contextos de denúncia dos rigores escravistas,²⁰ especialmente em um momento mais tardio, isto é, anos 1870 e 1880, o que não estranha, pois, aqui, já estamos no momento em que podemos falar propriamente de um movimento abolicionista;²¹ 2) o código negro como metáfora calcada substancialmente no aspecto penal.

Antes de seguir adiante com o aspecto penal, eu gostaria de destacar dois discursos que reagem explicitamente ao fragmento de Teixeira de Freitas.

Em 14 de maio de 1888, França Júnior, muito conhecido pela sua obra dramática, mas, como tanto outros, também formado em Direito e advogado, publica um pequeno artigo de jornal comemorando a Lei Áurea:

O paiz inteiro não ha de esquecer os nomes dos que batalharam pela santa causa. (...) E no Pantheon da patria ha de luzir, ao lado dos grandes paladinos, a memoria de um homem, que ha trinta annos, mais ou menos, quando ainda era crime falar em prol da escravidão, escreveu o seguinte: [e, aqui, ele cita o famoso fragmento de Teixeira de Freitas que já vimos no início]. Esse homem foi Augusto Teixeira de

<http://memoria.bn.br/DocReader/230812/120> Acesso em 17 abr. 2017

¹⁹ Sobre a questão dos castigos físicos - açoites como pena pública ou como castigo privado - no âmbito de discursos de denúncia às vésperas da lei n. 3.310 de 15 de outubro de 1886, cf. o artigo de ASSIS, Nancy Rita Sento Sé de. Contra a pena de açoites: de como instruir os ricos e persuadir o trono. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Niterói, v. 9, n. 2017.

²⁰ Uma das poucas exceções foi uma notícia publicada no jornal “O Paiz” de 10 de novembro de 1885 (p. 1, col. 3) que usou a expressão código negro em um sentido nem tão pejorativo, isto é, para qualificar a lei que regulamentaria a emancipação gradual dos escravos.

²¹ Segundo as historiadoras Hebe Mattos e Cláudia Regina Andrade dos Santos (2002, p. 19-20), um movimento abolicionista propriamente se forma no Brasil a partir da década de 1860.

Freitas. Gloria ao venerando jurisconsulto!²²

Nessa mesma linha, outro artigo que comemorava a abolição de autoria de Alfredo Pinto, jogava confetes sobre Teixeira de Freitas: “Desapareceu, como um terrível pesadelo á nação, esse Código Negro e infamante, que o benemerito jurisconsulto Teixeira de Freitas ha trinta annos, classificou a parte de nossa legislação common, separando assim a escravidão do direito”.²³ O tom de denúncia – que, aqui, já se transformara em comemoração - de Teixeira de Freitas ao propor inserir as disposições referentes aos escravos em um “código negro” em separado em função da indignidade da instituição para figurar no futuro código parece-me claro. Porém, para não cairmos em uma (pouco profissional) história meramente laudatória, é preciso lembrar das ressalvas já feitas no item anterior, e, agora, eu gostaria de acrescentar outra: isso não quer dizer que todos tenham concordado, na época, que tal denúncia fosse a estratégia mais eficaz. O “jogo” era “golpear a escravatura”, porém, as respostas à performance de Freitas poderiam ser díspares, como eu já indiquei. Alguns o transformaram, não sem algum exagero, em um verdadeiro pioneiro do abolicionismo, como acabamos de ver. Já outros viam o seu fragmento sobre o código negro como um golpe, por assim dizer, demasiado fraco contra a escravatura.

O famoso abolicionista Joaquim Nabuco escreveu exatamente que

[a] Consolidação das Leis Civis [...] apareceu sem nenhum artigo referente a escravos. Pela Constituição não existia a escravidão no Brasil: a primeira codificação geral do nosso direito continuou essa ficção engenhosa. A verdade é que ofende a suscetibilidade nacional o confessar que somos – e não o sermos – um país de escravos, e por isso não se tem tratado de regular a condição destes. [e, nesse momento, Na-

²² FRANÇA Júnior, Joaquim José de. Nova Phase. *O Paiz*. Rio de Janeiro, n. 1316, 14 de maio de 1888, p. 1 col. 5-6. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/178691_01/5323 Acesso em 17 abr. 2017

²³ PINTO, Alfredo A abolição (carta á “A Província”). *A Província do Espirito Santo*. Victoria, n. 1662, 29 de maio de 1888, p. 2, col. 1. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/301582/6589> Acesso em 17 abr. 2017

bucu cita o famoso fragmento de Teixeira de Freitas]. Tudo isso seria muito patriótico se melhorasse de qualquer forma a posição dos escravos. Mas quando não se legisla sobre estes porque a escravidão é repugnante, ofende o patriotismo, é uma vista que os nervos de uma nação delicada não podem suportar sem crise (...). esse receio de macular as nossas leis com disposições vergonhosas só serve para conservar aquelas no estado bárbaro em que se acham.²⁴

Exatamente essa passagem de Nabuco foi comentada em um artigo do jornal estadunidense *Evening Post*, traduzido e transcrito pelo jornal *Gazeta de Notícias* em 7 de agosto de 1884:

No constante evitar periphrasico d'esses termos, como quando o imperador (cuja responsabilidade pela continuação da escravidão reluz d'essas paginas [livro *O Abolicionismo*]) refere-se ao elemento servil, e os nossos estadistas [dos EUA] costumavam fallar da instituição peculiar e da instituição patriarcal. No Brazil, essa repugnancia foi levada tão longe, que a consolidação das leis civis, oficialmente encomendada em 1855, appareceu sem um só artigo relativo à escravidão, ficando reservada a legislação a respeito, por motivos sentimentaes, para um Codigo Negro [e, em seguida, o autor cita o trecho de Nabuco].²⁵

Mas a opinião de Nabuco também não era unanimidade. Havia quem defendesse - como o senador Silveira da Motta - que legislar mais sobre escravidão (estamos na época dos debates em torno da chamada lei do ventre livre) significaria entrar em um precipício “para manter uma instituição viciosa”.²⁶ O trecho de Freitas, inclusive, transportado para outra problemática: legislar ou não legislar,

²⁴ NABUCO, Joaquim. A escravidão atual. In NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo [1883]*. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 118-119.

²⁵ A ESCRAVIDÃO no Brazil e nos Estados Unidos. *Gazeta de Notícias*, 7 de agosto de 1884, p. 2, col. 5. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/103730_02/7339 Acesso em 17 abr. 2017.

²⁶ CORPO Legislativo. Senado. 91ª sessão em 16 de setembro de 1871. *Diario do Rio de Janeiro*, 21 de setembro de 1871, p. 2, col. 1. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_02/27820 Acesso em 17 abr. 2017

regulamentar minuciosamente ou não, a emancipação dos escravos.

De qualquer forma, Joaquim Nabuco não negou a dimensão de denúncia contra a escravidão do que disse Freitas. O ponto era outro: o da ineficácia. Trocando em miúdos, dizer que as disposições sobre escravidão não deveriam figurar na consolidação (e no futuro código), no curto prazo, não ajudava a melhorar a sorte dos escravos.

4. “GOLPEAR A ESCRAVATURA” III: OS PENALISTAS

É nesse tom - pejorativo e de denúncia - que as menções à noção de código negro (às vezes com referências explícitas ao fragmento de Freitas) aparecem nos textos de alguns penalistas brasileiros do século XIX, mesmo que não possamos qualificá-los, necessariamente e só por isso, como arautos do movimento abolicionista.

Thomaz Alves Júnior, nas suas “Anotações ao código criminal”, escrevia em 1864, na sua anotação acerca do artigo do código criminal sobre açoites, que a distinção entre as penas aplicáveis aos escravos e aos livres seria algo “manifestamente contrario e repugnante com o pensamento do Creador, que de certo no seu *fiat* não estabeleceu essa linha divisoria”.²⁷ E, logo em seguida: “a escravidão é um facto atroz, que a civilização deve fazer desaparecer para sempre da superfície da terra”.²⁸ Sempre em tom de lamento, Alves Júnior admite que “o açoite existe porque existe a escravidão”.²⁹ Depois de criticar o amplo arbítrio concedido ao juiz na aplicação dos açoites e de demonstrar ceticismo quanto aos avisos ministeriais que procuravam remediar os abusos, Alves Júnior menciona o nosso Teixeira de Freitas: “Não seria melhor que o nosso legislador dissesse (já que o açoite se deve conservar nas páginas do livro negro de nossa escravidão que ficasse ao prudente arbítrio do executor applica-lo de maneira que elle nunca importasse a morte [...])?”³⁰ Não obstante todas

²⁷ ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864, v. 1, p. 120.

²⁸ ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864, v. 1, p. 120.

²⁹ ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864, v. 1, p. 121.

³⁰ ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864, v. 1, p. 121.

as denúncias, a solução de Alves Júnior talvez seja questionável (eu diria ambígua). De resto, o nosso comentarista do código criminal fez várias interpretações rigorosas que não beneficiavam o escravo (por exemplo: possibilidade de aplicação dos açoites aos escravos menores) - aliás, assim como Teixeira de Freitas nem sempre se inclinou para as interpretações do direito vigente mais favoráveis aos escravos.

Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho, sem citar Teixeira de Freitas, tinha uma posição semelhante a de Alves Júnior.³¹ Segundo ele, não só os açoites, mas também a pena de galés, deveriam figurar em legislação especial aplicável somente aos escravos, e, mais genericamente, “[a] legislação penal relativa aos escravos deve ser diferente da legislação *commum*”. Completando o raciocínio, Bandeira Filho ainda diz:

si a lei consagrou o primeiro absurdo, a escravidão, é forçoso convir nos absurdos indispensáveis para manter a instituição legal. Felizmente para nós já menos escuro se mostra o horizonte do futuro, e parece que dentro de limitado número de annos serão livres todos os brasileiros, e escusados os rigores penaes.³²

Apesar de qualificar como absurda a escravidão, enquanto isso, haveria a necessidade de tornar mais pesados os trabalhos dos galés escravos para que a pena pudesse ser pior do que a condição normal deles.³³

No universo dos posicionamentos da época sobre os açoites, é preciso recordar que as opiniões de Thomaz Alves Júnior e de Bandeira Filho, apesar do tom de denúncia (talvez maior no primeiro, mais discreta no segundo, que se limitava a dizer *en passant* que a

³¹ BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brasil. *O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 25, 1881, p. 194.

³² BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brasil. *O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 25, 1881, p. 195.

³³ BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brasil. *O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 25, 1881, p. 195.

escravidão era um absurdo), eram, por assim dizer, conservadoras. Nos anos de 1860 já existia quem defendesse a abolição da pena de açoites antes mesmo da abolição da escravidão, como é o caso de Perdigão Malheiro.³⁴ Da mesma forma, Carlos Perdigão, em um artigo de 1874, defendia que a pena de açoites deveria ser imediatamente abolida na medida em que a infâmia que se abatia sobre o condenado-escravo era um impedimento para que ele se integrasse, futuramente, como cidadão livre; ou seja, uma pena que se opunha à tendência das leis de emancipação gradual.

Em outubro de 1886 a pena de açoites foi legalmente abolida. Em maio de 1888, como sabemos, a própria escravidão. Em outubro de 1888, o líder abolicionista Joaquim Nabuco apresenta um projeto de lei que autorizava a elaboração de uma nova edição do código criminal de 1830 com o objetivo principal de eliminar os velhos dispositivos que pressupunham a existência da escravidão.³⁵

O jurista e deputado João Vieira de Araújo tomou a iniciativa de redigir a nova edição. Na exposição de motivos do projeto ele dizia que a lei Áurea, “declarando extinta a escravidão no Brasil, impõe como uma necessidade imperiosa o cancellamento de todos os institutos que puderem fazer lembrar aquelle monstruoso attentado aos direitos da humanidade, até então com existência legal”.³⁶ Operação de apagamento da memória análoga àquela levada a cabo nos primeiros anos da República no âmbito dos arquivos da escravidão? Teremos que deixar esse interessante ponto de lado, pois logo em seguida João Vieira cita Teixeira de Freitas:

[s]i nas relações civis repugnava o exímio jurisconsulto [Teixeira de Freitas] consolidar a legislação aliás vigente que re-

³⁴ MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*. Ensaio histórico-jurídico-social. Parte 1ª (jurídica). Direito sobre os escravos e os libertos [1866]. Ebooks Brasil, 2008, p. 30-31. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/malheiros1.pdf> Acesso em 30 jan. 2016

³⁵ Para mais detalhes sobre todo esse processo, peço licença para remeter ao que já escrevi em outro lugar (SONTAG, Ricardo. “*Código criminológico*”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1889). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 127-172).

³⁶ ARAÚJO, João Vieira de. *Nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto [1889]*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 1.

gia a escravidão, no terreno da repressão, não se concebe que possam continuar a subsistir no corpo de uma codificação especial figuras de crimes particulares ao estado servil e formas de penas cruéis e infamantes, abolidas pelo art. 179, n. XIX, da Constituição do Império, correspondentes à existência de uma ordem de cousas que com aquelle estado inteiramente cessou.” E, por fim, “[é] visto que o regimen excepcional imposto àquelle estado [servil] na esphera do Direito Criminal fere mais profundamente os sentimentos communs de justiça e de humanidade, constituindo attentado monstruoso à civilização actual. Assim, em uma lei viva não devem permanecer partes mortas, que representam como triste lembrança os resíduos de uma instituição condemnada que já desapareceu.”³⁷

O projeto, porém, não teve boa acolhida. Prevaleceu a ideia de aproveitar a ocasião para substituir inteiramente o código de 1830, intento que se completaria logo depois da instauração da República, em 1890.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isso, eu quero me aproximar do encerramento da minha intervenção. Essas poucas passagens em textos de direito penal em que o fragmento de Teixeira de Freitas sobre o “código negro” estava em jogo, às vezes citado diretamente, sim, são poucas, mas elas ganham um significado mais forte se pensadas como parte de um mosaico mais amplo: o mosaico dos usos da noção de código negro no Brasil oitocentista. Não me parece possível obnubilar o caráter de brado contrário à escravidão desse fragmento em Teixeira de Freitas, mesmo em um tipo de texto jurídico claramente desfavorável a um protesto desse gênero, como é uma consolidação. Talvez um golpe inócuo (como sugeriu Joaquim Nabuco), fraco, assim como o de alguns penalistas que vimos, mas nem por isso menos dignos de análise histórica. Por outro lado, não podemos deixar de dimensionar adequadamente todo o resto. Por exemplo, que tal estratégia,

³⁷ ARAÚJO, João Vieira de. *Nova edição official do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto [1889]*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 2.

como eu acabei de reiterar, chegou a ser percebida como ineficaz; que ela não significou a adoção de interpretações sempre favoráveis à melhoria imediata da condição dos escravos; e que os próprios discursos laudatórios em torno do famoso fragmento - processo que se iniciou, talvez, às vésperas ou logo depois da abolição da escravidão - tenham tido um papel na consolidação de um determinado tipo de memória sobre Teixeira de Freitas, memória com a qual a historiografia tem o dever de lidar com o devido distanciamento.

Evidentemente, a noção de *code noir* tem uma história muito antiga. Ela chegou a intitular efetivamente o famoso édito do rei Luís XIV sobre os escravos das colônias das ilhas da América. O termo era usado em edições oficiais, o que significa ausência de qualquer tom pejorativo.³⁸ Aliás, o próprio Freitas chegou a usar expressão sem esses propósitos polêmicos na sua famosa carta ao Instituto dos Advogados Brasileiros sobre a condição jurídica de filhos de escrava liberta por testamento.³⁹ Lá ele simplesmente menciona *en passant* alguns dispositivos do “código negro das colônias francesas”. Nesse texto, a polêmica estava em outro lugar. Por outro lado, partir do fragmento de Teixeira de Freitas em que ele fala da necessidade de “classificar à parte”, em um “código negro”, tudo o que fosse atinente à escravidão, nos permitiu seguir os fios dos usos pejorativos da expressão, que reverberou, também, entre alguns penalistas brasileiros do século XIX. No fundo, olhar para as respostas ao fragmento

³⁸ O famoso *code noir* esteve em vigor nas colônias francesas do Caribe entre 1685 e 1848. As suas disposições eram ambíguas: por um lado, era draconiano contra os escravos, mas, por outro lado, garantia algumas prerrogativas e tentava limitar alguns poderes dos senhores. Certas disposições do *code noir* se parecem com algumas regras que, no Brasil, existiam esparsamente, o que indica maneiras distintas de estruturar juridicamente a regulamentação da escravatura, não somente do ponto de vista dos conteúdos das normas. O que não é inócuo, tendo em vista os debates – que não se limitavam a meras questões técnicas de interesse unicamente para a dogmática jurídica - em torno da expressão. Para uma rápida, mas eficaz síntese sobre o *code noir* francês, cf. MINARD, Philippe. *Code noir* [verbete]. In SIRINELLI, Jean-François (org). *Dictionnaire de l'histoire de France*. Paris: Larousse, 2006.

³⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Carta dirigida pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas ao Instituto dos Advogados. *Correio Mercantil*. Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1857, p. 1, col. 6. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/217280/13926> Acesso em 17 abr. 2017.

de Freitas com particular atenção ao jogo de “golpear a escravatura” com palavras, nos permite perscrutar as ideias jurídicas não somente como belas teorias, mas como posicionamentos de autores de determinados tipos de textos diante de questões que urgiam no seu momento histórico, o que me parece um caminho metodologicamente muito rico para a historiografia jurídica.

Muito obrigado pela atenção e pela paciência!

TEIXEIRA DE FREITAS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PRIVADO NA AMÉRICA LATINA

Alessandro Hirata

1. INTRODUÇÃO

Ao homenagear Teixeira de Freitas é preciso ressaltar a importância de sua obra para além das fronteiras brasileiras. Tal característica de sua biografia, já bastante peculiar, revela sua excepcionalidade também dentre os grandes juristas da história do direito brasileiro: influenciar direitos estrangeiros é privilégio de pouquíssimos brasileiros e Teixeira de Freitas é, certamente, aquele que mais se destacou por isso.

Como se deu e a profundidade dessa influência, contudo, são temas para um trabalho de maior fôlego. Nesse artigo, busca-se apenas traçar um panorama dessas influências, tanto no direito civil como no direito internacional privado. Além disso, procura-se lançar uma hipótese que explique essa importância de Teixeira de Freitas e sua escolha como modelo e inspiração para diversos códigos latino-americanos.

2. A VIDA DE TEIXEIRA DE FREITAS⁴⁰

Nascido em 19 de agosto de 1816, em Cachoeira, na Bahia, Augusto Teixeira de Freitas era filho do Barão de Itaparica. cursou direito tanto na Faculdade de Direito de Olinda (atualmente em Recife), quanto na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Após ter iniciado o curso em Olinda, vai para São Paulo, onde realiza parte dos seus estudos e entra em conflito com docentes do Largo, retornando em seguida a Olinda, onde conclui sua formação em 1837.

⁴⁰ Sobre a biografia de Teixeira de Freitas, cf.: HIRATA, Alessandro. Teixeira de Freitas. *Carta Forense*. São Paulo, 4 jan. 2011.

Funda o Instituto dos Advogados Brasileiros em 1843, tornando-se seu presidente em 1857. Entretanto, entra em conflito com Caetano Alberto Soares, levando a sua renúncia deste cargo. Em sua carta-renúncia, explicita a instigante questão jurídica, objeto da discussão com Caetano Alberto Soares, e demonstra seus profundos conhecimentos de direito romano: Defende que os filhos de escrava, que tivesse sido libertada por testamento em que houvesse uma cláusula de servir ao herdeiro enquanto este vivesse, permaneciam escravos. Ou seja, Teixeira de Freitas defendia a aplicação do direito romano como direito subsidiário (das Ordenações Filipinas, então aplicadas no Brasil), reconhecendo para o caso em tela uma manumissão testamentária sob condição. Em sua extensa argumentação, Teixeira de Freitas cita os romanistas de expressão de sua época, com destaque para o alemão Savigny, a quem chama de “sábio” diversas vezes. Sabe-se que ele adquiriu sua formação romanística por esforço próprio (ou seja, não nas Escolas de Olinda ou São Paulo), tornando-se profundo conhecedor do que ele mesmo chamava de “um direito vivo, objeto constante das lucubrações dos sábios da Alemanha, e ponto de partida de tudo quanto se tem escrito, e se tem de escrever em matéria de jurisprudência”.

Em 15 de fevereiro de 1855, o governo imperial brasileiro contrata o jurista para consolidar a legislação pátria. A dificuldade na aplicação do direito nacional à época, com a ausência de um Código Civil, impunha a necessidade de melhor organizar as fontes a serem aplicadas. A contratação estabelecia que a consolidação das leis deveria ser concluída em cinco anos, contendo, ainda, um índice alfabético das matérias. Revelou-se aí o talento codificador de Teixeira de Freitas. Ele realiza a chamada “Consolidação das Leis Civis” em cerca de dois anos, tendo sido aprovada em 4 de dezembro de 1858.

Depois do sucesso desta empreitada, Teixeira de Freitas recebe um novo contrato do governo, a fim de elaborar o Projeto de Código Civil, em 10 de janeiro de 1859. Já no ano seguinte, ele publica um primeiro fascículo daquilo que chama de “Esboço”, uma vez que ainda não o considerava um projeto propriamente dito. No mesmo ano, segue mais um fascículo e, no ano seguinte, dois capítulos. As publicações continuam em 1863 e 1864, totalizando 4.908 artigos e uma “tábua sintética”, que revela a sua busca por um “sistema”, talvez sob a influência de Savigny.

A influência da obra de Savigny em Teixeira de Freitas pode ser percebida já no título preliminar do Esboço, “O lugar”. Trata-se da teoria de Savigny para o direito internacional privado.¹ Em nota a esse capítulo, também Teixeira de Freitas rejeita a teoria dos estatutos, combatida pelo jurista alemão: “A velha distincção entre statutos pessoaes, statutos reaes, e statutos mixtos, craveira artificial, em vão manejada por tantos Escriptores, para dirimir questões de conflicto de leis privadas, não tem a menor importância, só tem valor histórico. Em vez desta distincção é preciso determinar a sede de cada um dos objetos jurídicos que são as pessoas, coisas, fatos e direitos, ou o lugar deles”.²

O governo brasileiro, entretanto, buscava um Código Civil de estrutura simples, sem as peculiaridades do projeto de Teixeira de Freitas. Por conseguinte, ele abandona a tarefa de desenvolver o projeto do Código Civil brasileiro e, desgostoso, isola-se do centro de discussões jurídicas. Passa a morar em Curitiba, retornando à Niterói, possivelmente, em 1876. Teixeira de Freitas vem a falecer em 12 de dezembro de 1883, aos 67 anos de idade, segundo relatos, com suas faculdades mentais prejudicadas, sem maior reconhecimento por sua admirável obra.

¹ Cf. SAMTLEBEN, Jürgen. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 79, 1984, p. 268.

² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860, p.1-4. Sobre “o lugar”, o Esboço de Teixeira Freitas contém os artigos 3 e 4. Aqui se destaca como efeito do lugar a determinação da lei aplicável e também do foro competente, bastante semelhante às idéias de Savigny:

Art. 3o: Distinguir-se-ha o lugar, para os os efeitos declarados neste Código, pelos territórios diversos de cada paiz e m relação ao território do Império; e, dentro do Império, pelas divisões territoriaes de sua organização judiciaria. Art. 4o: Os efeitos do lugar são: 1.o Determinar a legistação civil aplicável, ou dêste Código, ou de país estrangeiro; 2.o Determinar em geral a jurisdição das autoridades judiciaes do Império; 3.o Determinar a competncia das autoridades judiciaes do Império entre si.

3. A OBRA DE TEIXEIRA DE FREITAS

O jurista baiano é dono de fundamental obra bibliográfica.³ O grande destaque são seus estudos e projetos legislativos, que foram responsáveis pelas transformações do direito civil pátrio (e latino-americano) do século XIX, mais precisamente a “Consolidação das Leis Civil” (1858) e o “Esbôço” (publicado entre os anos de 1860 e 1865), projeto de Código Civil posteriormente abandonado.

3.1. A “Consolidação das Leis Civil” (1858)

A “Consolidação das Leis Civis” de Augusto Teixeira de Freitas, encomendada pelo governo imperial brasileiro, buscava sanar as dificuldades encontradas na aplicação das então vigentes e obsoletas Ordenações Filipinas. Teixeira de Freitas apresenta uma “Introdução” ao trabalho contendo 187 páginas, um marco do direito privado brasileiro do século XIX.⁴ A Consolidação contém 1333 artigos e em inúmeras notas, bastante extensas, já demonstrando a personalidade e capacidade do jurista. Ela vigora até 1º de janeiro de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil de 1916.

O momento histórico vivido pelo país no momento de sua confecção dá à Consolidação uma fundamental característica transitória: trata-se da passagem entre o direito português das Ordenações e de diversas leis extravagantes para o direito brasileiro, que será consagrado apenas com o Código Civil de 1916. É um momento de caótica aplicação do direito brasileiro, uma vez que o antigo direito português não mais é condizente com a realidade pós-Independên-

³ Apesar da importância da obra de Teixeira de Freitas e da sua “descoberta” pelos estudiosos nas últimas décadas, ainda são escassos os estudos aprofundados sobre o seu legado. Cf. LO RE POSADA, Estevan. A obra de Augusto Teixeira de Freitas e a conformação de um direito civil tipicamente brasileiro: sua genialidade compreendida como conciliação entre inovação sistemática e acuidade histórica artigo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 102, 2007, p. 90.

⁴ A análise acurada da Introdução à Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas é feita pela obra de LO RÉ POUSSADA, Estevan. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006.

cia do país, e sua Constituição Imperial de 1824.

A Consolidação apresenta 1.333 artigos e diversas (e extensas) notas, constituindo verdadeira obra didática sobre o direito brasileiro da época e o sistema pensado por Teixeira de Freitas. Era fundamental também essa característica de “doutrina” da Consolidação, uma vez que a quantidade e a qualidade dos textos doutrinários era bastante baixa, no mínimo bastante desatualizados. Aprovado o texto por uma comissão legislativa, salientou-se a importância em sanar e incerteza jurídica reinante na época.⁵

A Consolidação de Teixeira de Freitas tem o mérito de sistematizar o direito brasileiro. Foi o primeiro documento legal no país a apresentar esse tratamento científico do direito. Teixeira de Freitas estava em consonância com os estudos do direito na Europa, principalmente relacionados à Escola História alemã de Friedrich Carl von Savigny.

Assim, Teixeira de Freitas traz a distinção entre os direitos reais e pessoais, sendo o primeiro a aplicá-la no campo legislativo da América Latina, fazendo a distinção entre a parte geral e a parte especial da Consolidação. Na parte geral, trata-se das pessoas e das coisas, enquanto a parte especial contém dois livros: o primeiro com referência aos direitos pessoais, contendo tanto o direito de família como o das obrigações e o segundo com os direitos reais, abrangendo também o direito das sucessões.⁶

3.2. O “Esboço” (1860-1865)

O sucesso da Consolidação junto ao governo imperial levou à sua consagração e a receber a grande incumbência de elaborar um projeto de Código Civil brasileiro. Teixeira de Freitas passa a trabalhar, então, em seu “Esboço”.⁷ Apresenta seus resultados grada-

⁵ WALD, Arnaldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 163, 2004, p. 250.

⁶ WALD, Arnaldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 163, 2004, p. 251.

⁷ Cf. dentre outros, sobre o Esboço de Teixeira de Freitas: CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 60, 1984; LA GRASSERIE, Raoul de. *Lois civiles du Brésil*. Paris: Giard & Brière, 1897; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito*

tivamente, em três partes, nos anos de 1860 a 1865, sob a forma de anteprojeto com 4908 artigos. O trabalho, contudo, não é finalizado. Não são publicadas as partes dos direitos reais e dos direitos das sucessões. Com tais segmentos, o Esbôço teria cerca de 5300 artigos.

A primeira parte do Esbôço, também chamada de “geral”, contém 866 artigos e cuida das pessoas e das coisas, sem deixar de lado, porém, os atos e fatos jurídicos. Já na parte especial, tem-se a divisão em dois livros, sendo o primeiro destinado ao tratamento dos direitos pessoais e de família, e o segundo, dos direitos reais. Teixeira de Freitas cria uma série de peculiaridades em seu Esbôço. Em primeiro lugar, não se trata apenas de um projeto de lei, mas sim de uma obra didática e científica, com análise da doutrina e da legislação estrangeiras. A escassez de bibliografia jurídica pátria na época é a grande motivação para o jurista baiano. Além disso, ele é um grande cultor da precisão terminológica, já cultivada na Consolidação.

Em tema de direito contratual, Teixeira de Freitas partiu das normas provenientes do tradicional direito português e do direito imperial, especialmente das Ordenações, que foram consagradas por meio da sua Consolidação. Já no Esboço, a influência das idéias de Savigny no pensamento de Teixeira de Freitas leva a uma evolução dessas normas, mesmo que tais ideias sejam filtradas pelo jurista baiano, a fim de adaptá-las aos seus conceitos de sistema jurídico.⁸

Ainda com o trabalho inconcluso, foi nomeada uma comissão para avaliar os volumes já publicados. Sob fortes críticas e prestes a desistir da empreitada, Teixeira de Freitas responde aos apontamentos da comissão, sugerindo uma alteração no plano de trabalho do seu projeto: a elaboração de um “Código Geral” composto por dois livros, o primeiro sobre as “causas jurídicas” e outro sobre “efeitos jurídicos”, e de um Código Civil sobre os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais.

Ainda, em 1867, Teixeira de Freitas propõe ao governo im-

civil brasileiro. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928; PEIXOTO, José Carlos de Matos. A codificação de Teixeira de Freitas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 36, n. 77, 1939; VILLARD, Pierre. La tradition juridique française dans l'œuvre de Teixeira de Freitas. *Revista do Instituto de Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, n. 66, 1986.

⁸ SAMTLEBEN, Jürgen. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 79, 1984, p. 269.

perial a unificação do direito civil e comercial, querendo transformar o seu Esboço num verdadeiro código de direito privado. Sua visão, porém, como se sabe, está à frente de seu tempo, tendo sido o Esboço rejeitado pelo governo brasileiro.

Essa desilusão afeta seriamente Teixeira de Freitas. Contudo, preservado foi o seu brilhantismo, reconhecido pela comunidade jurídica. Clóvis Beviláqua,⁹ por exemplo, autor do Código Civil de 1916 declarou: “O projeto Teixeira de Freitas, apreciado mesmo na sua forma de Esboço, que não era ainda a definitiva, no pensamento do jurista, é um edifício de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinária solidez, talhado sobre a rocha dos bons princípios pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado internamente por sucessivas minúcias, que talvez desaparecessem quando o autor retirasse da obra os andaimes que ali pusera enquanto lhe erguia as altas muralhas. A análise, a decomposição dos princípios foi conduzida com admirável vigor e segurança, mas, procurando traduzir as relações de Direito Civil em todas as suas infinitas variações por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa. Daí a dispersão que demorou a obra, e, afinal, inutilizou, para o fim imediatamente almejado, uma tão grande soma de esforços”. Além disso, Beviláqua preveu a importância da obra, afirmando: “Mas se o Esboço não pode ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias”.¹⁰

4. A INFLUÊNCIA DE TEIXEIRA DE FREITAS NA AMÉRICA LATINA

Sábias as palavras de Beviláqua: a obra de Teixeira de Frei-

⁹ BEVILAQUA, Clovis. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In BEVILAQUA, Clovi. *Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. 1, p. 6.

¹⁰BEVILAQUA, Clovis. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In BEVILAQUA, Clovi. *Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. 1, p. 6.

tas, rica em idéias, influenciou não apenas a produção jurídica pátria, mas também, efusivamente, os direitos privados na América Latina.¹¹ Dalmácio Vélez Sársfield, o grande legislador argentino (1864-1869), utilizou o Esboço de Teixeira de Freitas como a principal fonte para o Código Civil argentino (1869), que tem mais de um terço de texto com base no projeto do jurista brasileiro. Além disso, a estrutura do Código portenho, com quatro livros (pessoas, direitos pessoais, direitos reais e disposições comuns a ambos), foi também fortemente influenciada pela lógica empregada por Teixeira de Freitas. Também o Código Civil uruguaio (1868) de Tristán Narvaja (1819-1877), baseado no projeto anterior do grande jurista Eduardo Acevedo (1815-1863), e o direito civil chileno foram bastante influenciados pela obra de Teixeira de Freitas.

Silvio Meira, em sua biografia sobre Teixeira de Freitas, cita diversos trabalhos que tentaram quantificar o número de artigos do Código Argentino que se inspiraram no Esboço do brasileiro. Pode-se concluir que somam-se mais de mil artigos, em confronto com outros 300 inspirados no Código Chileno e no projeto Espanhol, e, ainda, outras centenas, podendo alcançar até o número de mil artigos, baseados em textos da doutrina francesa e do Código napoleônico de 1804.¹²

Compõem o Código portenho 4.051 artigos, divididos em livros, capítulos e títulos. Desses artigos, mais de 1200 teriam sua origem no Esboço brasileiro.¹³ O Código Civil argentino tem 4 livros: Livro I, das pessoas (trata das pessoas naturais, jurídicas e sobre a família), Livro II, dos direitos pessoais nas relações civis (onde se encontra o tratado das obrigações, a teoria geral dos atos e fatos jurídicos, e a teoria geral dos contratos seguida dos contratos típi-

¹¹ Cf. sobre a influência de Teixeira de Freitas na América Latina, dentre outros: WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 163, 2004, p. 249-260; NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte, número especial: I Jornada de Estudos Jurídicos, 2010, p. 37-48.

¹² MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: Olimpio, 1978; SEGOVIA, Lisandro. *El Código Civil de la Republica Argentina*. Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Doni, 1881.

¹³ SEGOVIA, Lisandro. *El Código Civil de la Republica Argentina*. Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Doni, 1881.

cos), Livro III, dos direitos reais (coisa, posse, domínio e direitos reais típicos), e Livro IV, disposições comuns dos direitos reais e pessoais (sucessão, concurso de credores e prescrição).

Essa divisão do Código argentino, defendida por Vélez Sarsfield, baseada na distinção entre direitos pessoais e reais, localizados em livros distintos, foi inspirado nessa divisão feita por Teixeira de Freitas na sua Consolidação das Leis Civis. O jurista argentino entendia que a divisão das Institutas ou do Código Napoleônico não eram as ideais.¹⁴ Por outro lado, Vélez Sarsfield não adotou a divisão entre parte geral e parte especial adotada por Teixeira de Freitas.

Também no tocante à matéria de direito internacional privado o Código Civil argentino de 1869 tem como base o Esboço de Teixeira de Freitas. O autor do Código Civil portenho, Dalmacio Vélez Sarsfield, estava em contato direto com o seu colega brasileiro, deixando-se, ainda, inspirar-se, em tema de direito internacional privado, pelas idéias de Joseph Story. Assim, tem-se como resultado uma mistura de concepções divergentes que causa dificuldades interpretativas para o texto. Desse modo, na parte sobre os contratos, Vélez Sarsfield copiou nos arts. 1209-1216, quase literalmente, os arts. 1962 e ss. do Esboço de Teixeira de Freitas. Já os artigos precedentes, 1205-1208 do Código Civil, correspondem exatamente a passagens textuais da obra de Joseph Story.¹⁵

O brilhantismo da obra do jurista Augusto Teixeira de Freitas foi responsável pela importância inédita de sua obra, influenciando o direito privado na América Latina sem outros precedentes, além de vislumbrar a unificação do direito privado, que iria ocorrer no Brasil apenas com o atual Código Civil de 2002.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Teixeira de Freitas, como demonstra sua biografia e obra, representa uma figura excepcional e única do direito brasileiro, espe-

¹⁴ Em nota dirigida ao Ministro em 21 de junho de 1865, quando da entrega do Livro 1 do projeto, Vélez Sarsfield explicita sua opinião sobre a divisão do Código. Cf. BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la Codificación Civil em Iberoamérica*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 271.

¹⁵ Cf. SAMTLEBEN, Jürgen. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 79, 1984, p. 278.

cialmente pela repercussão de sua obra no exterior, particularmente na América Latina. Pergunta-se, assim, quais os eventuais motivos que levaram a sua prominência peculiar.

Assim, pode-se levantar alguns elementos que parecem ter colaborado para o seu sucesso no exterior. Primeiramente, contudo, cabe ressaltar que historicamente é bastante corriqueira a utilização da experiência de outros países e outros legisladores no momento de confecção de um código. Da Lei das XII Tábuas, no século V a. C., com o decenvirato romano buscando as fontes de direito ático de Sólon, ao Código Civil japonês de 1898, combinando o direito francês do Code Civil com o BGB alemão. Desse modo, não é nenhuma surpresa que no processo de criação dos diversos códigos civis latino-americanos no século XIX foram tomados diversos modelos, dentre eles a obra de Teixeira de Freitas. Além disso, deve-se lembrar ainda, que não houve a tomada do Esboço de Teixeira de Freitas como modelo absoluto de nenhum código, nem mesmo do argentino, mas sim, como explicita Vélez Sársfield em suas citações, a obra do brasileiro serviu de “inspiração” para o código portenho.

Mesmo com tais pressupostos relativizadores, dois elementos parecem ter sido decisivos para a preponderância da obra de Teixeira de Freitas. Em primeiro lugar, a qualidade e o ineditismo da sua obra foram fundamentais. Em virtude de sua formação excepcional, juntamente com a sua erudição, Teixeira de Freitas representa a vanguarda da civilística na América Latina do século XIX. Além disso, algumas soluções originais de sua obra contribuem para que o interesse em seus escritos fosse ainda maior. Em segundo lugar, e principalmente, Teixeira de Freitas simboliza uma ponte entre a América Latina e a Europa do século XIX. Estudioso dos grandes juristas alemães, como Savigny, a obra de Teixeira de Freitas está em consonância com o que havia de mais moderno no continente europeu, como os trabalhos para o então futuro BGB alemão e o Código Civil suíço. Desse modo, a obra de Teixeira de Freitas torna-se mais atrativa na América Latina pois estuda-la e deixar-se inspirar por ela significava estar mais perto daquilo que era desenvolvido na Europa, passada pelo filtro do jurista brasileiro, que já aproximava para a realidade latino-americana.

LA OBRA Y EL PENSAMIENTO DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, Y SU REPERCUSIÓN POR ESTE MEDIO EN LA CIVILÍSTICA NACIONAL E HISPANOAMERICANA

Ezequiel Abásolo

1. INTRODUCCIÓN

Gentilmente invitado a participar del merecido homenaje de la posteridad a la memoria del genial Freitas por los colegas de la Universidade Federal de Minas Gerais, y en especial por mi distinguido amigo, profesor Giordano Bruno Soares Roberto, son las primeras palabras de esta contribución mis obligadas muestras de gratitud. Mi colaboración -cuyo contenido entiendo refleja adecuadamente su título- se vincula con algo que en general es conocido, pero sobre lo cual no se ha profundizado lo suficiente. Me refiero a aspectos de la repercusión internacional de la obra de Freitas. En el Brasil, por ejemplo, el asunto no ha despertado sino un interés espasmódico y reducido.¹⁶ Aclaro, también, que lo que presento aquí se vincula con el Proyecto de Investigación IUS de la Universidad Católica Argentina, titulado “Experiencias de reforma en el derecho privado argentino y latinoamericano, entre el agotamiento de la cultura jurídica del *ius commune* y el cuestionamiento de la codificación inicial”.

Aún cuando en nuestros días, transcurrido alrededor de

¹⁶ Lógico que contamos con las eruditas indagaciones de Silvio Meira, que cito más adelante. Sin embargo, un asunto tan interesante como el referido no ha suscitado, a mi juicio, la producción académica que amerita. Excepcionalmente, hace pocos años se ha publicado en Minas Gerais el punto de vista sobre el tema propuesto por una graduanda. Se trata de NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte, número especial: I Jornada de Estudos Jurídicos, 2010, p. 37-48.

un siglo y medio desde la entrada en vigencia del código civil argentino redactado por Dalmacio Vélez Sársfield (1871), casi nadie tiene presente en nuestro país a los juristas consultados por el codificador, una luminosa excepción se distingue entre todas. Se trata de Augusto Teixeira de Freitas. Tan permanente e inmarcesible se mantiene en la actualidad el prestigio del noble jurista bahiano, que los operadores del derecho argentinos aún encuentran oportuno invocar su egregia estampa en la elaboración de sus interpretaciones doctrinales.¹ Consecuencia, en buena medida, del método velezano de código, merced al cual los artículos del sistema aparecen acompañados de “notas”,² los expertos e intérpretes argentinos del código mantuvieron permanentemente bajo sus ojos las propuestas originales de Freitas, asunto sobre el cual me refiero más adelante, en este mismo trabajo. Así las cosas, me aventuro a asegurar que al presente, al menos cuatro de cada cinco abogados militantes argentinos tienen alguna idea de quién fue y qué hizo el inmortal Freitas, situación que estimo mudará drásticamente, a partir de nuestros días y como consecuencia de la aplicación del nuevo código (2015), en la medida en que, si bien se encuentra adherido a la más rancia tradición jurídica del país, carece de notas.

Ahora bien, en cuanto al último cuerpo legal mencionado, cabe recordar que los integrantes de la Comisión redactora del ante-

¹ Para un ejemplo de lo dicho, véase el caso del artículo de HUBER, Carlos Alberto. El seguro obligatorio automotor brasileño en perspectiva para el seguro obligatorio automotor argentino: Vélez acude a Freitas. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe, v. 2, 2014, p. 687-712.

² Sobre esta modalidad codificadora, véase lo que digo en ABÁSULO, Ezequiel. Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del «ius commune» en la apoteosis de la codificación o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la cultura del código. *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*. Valparaíso, n. 26, 2004. En cuanto al origen de las notas del código civil, debe tenerse en cuenta lo que se asienta en el oficio de 20 de octubre de 1864 dirigido por el ministro Eduardo Costa a Dalmacio Vélez Sársfield, según el cual el presidente Mitre quería que el proyecto tuviese todos los antecedentes necesarios para su discusión, y su conformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo. Cfr. LEVAGGI, Abelardo. Influencia de Teixeira de Freitas sobre el proyecto de código civil argentino em matéria de relaciones de familia. Las fuentes utilizadas por Vélez Sársfield. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 400.

proyecto de código civil y comercial unificado -encomendado por decreto 191 de 23 de febrero de 2011, y aprobado por el Congreso nacional mediante ley 26994 -, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, al presentar los Fundamentos de su propuesta expresamente mencionaron a Freitas en tres oportunidades. La primera, para justificar la inserción de una Parte General en el código. Así, invocaron “la opinión de muchos juristas, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general”. Y las otras dos al ocuparse del título relativo a las modalidades de los actos jurídicos. En una de estas ocasiones, para sostener la incorporación de un apartado específico dedicado a la materia, posición que, conforme se aseguró, no hizo sino asumir el “criterio ya propiciado por Augusto Teixeira de Freitas”. En la otra, para cimentar el principio de acuerdo con el cual el “cargo es transmisible a menos que sólo pueda ser ejecutado por quien se obligó inicialmente a cumplirlo, con lo cual se recepta expresamente una solución aceptada en la doctrina y consagrada en el *Esboço* de Freitas, cuyo artículo 663 dispone: «Si los cargos no fueren de tal calidad, que sólo por el adquirente gravado puedan ser cumplidos, los bienes serán transmisibles entre vivos y por sucesión hereditaria, y con ellos se traspasará la obligación de cumplir los cargos»”.

Con estas remisiones a Freitas, los nuevos codificadores simplemente mantuvieron una postura ya evidenciada por los autores de la reforma legislativa de 1968 (mediante ley 17711, que morigeró el liberalismo original del código), y por los responsables del proyecto de 1998. En cuanto a lo dicho en primer término, hace ya tres décadas el profesor de historia del derecho de la Universidad de Linz, Hermann Eichler, señaló que con el dictado de la ley 17711 el derecho argentino se mantuvo adherido a los criterios “de Freitas, especialmente con las expresiones ‘personas de existencia ideal’ y ‘personas jurídicas’”.³ En cuanto al proyecto de 1998 -que fue responsabilidad de Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman-, su deferencia para con Freitas ya fue advertida en

³ EICHLER, Hermann. *Classificação das pessoas na teoria de Freitas e na terminologia do código civil da República Argentina*. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas ed il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 380.

su hora por Arnaldo Wald.⁴ Así, entre otras consideraciones, en su nota de elevación del anteproyecto al ministro de justicia, los autores mencionaron que “en la región, Augusto Teixeira de Freitas” había propiciado la unificación del derecho civil y comercial, al aludir a “esa calamitosa duplicación de leyes civiles” y a la inexistencia de “razón alguna que exija un Código de Comercio”. También recurrieron al bahiano para defender la inserción de una Parte General en el futuro código.

2. EL PENSAMIENTO Y LA OBRA DE FREITAS EN LA CONFECCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1871

Para sorpresa de algunos, en la nota de 21 de junio de 1865, con la cual Vélez Sársfield adelantó a las autoridades argentinas los primeros resultados de su actividad codificadora, advirtió: “me he servido principalmente del proyecto de código civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos, y sobre todo del Proyecto de Código civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”. Lo de la sorpresa obedece a que para la época los vínculos entre los juristas argentinos y brasileños eran prácticamente inexistentes. Y el codificador argentino reforzaba lo anterior, señalando: “Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño en su extensa y doctísima introducción a la Recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas”⁵ Conforme explica Abelardo Levaggi, “fueron el método y la técnica de Freitas lo que más le atrajo [a Vélez Sársfield]. Su capacidad para construir un sistema lógico y para pulir y desarrollar conceptos extraídos de las fuentes romano-canónicas y darles una formulación moderna”⁶.

⁴ WALD, Arnaldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 163, 2004, p. 255.

⁵ Reproducida en TEXO, Jorge Cabral. *Historia del código civil argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 118.

⁶ LEVAGGI, Abelardo. Influencia de Teixeira de Freitas sobre el proyecto de código civil argentino em matéria de relaciones de família. In SCHIPANI,

Ahora bien, el mismo Levaggi señala algunas diferencias de Vélez respecto de las propuestas de Freitas. A saber: en materia de aplicación de la ley en el espacio, el argentino sigue a Story, quien tenía en cuenta el lugar de celebración del contrato; niega el recurso de los menores en el caso de disenso matrimonial de sus padres; plantea mayores restricciones en cuanto a los contratos nupciales -únicamente permite la individualización de los bienes pertenecientes a los cónyuges y la reserva que pudiese hacer la mujer de la administración de algunos de ellos-; establece que las causales de divorcio son igualitarias -adulterio en ambos casos, tanto para el hombre como para la mujer; o sea que no lo restringe en el hombre al caso de tener concubina o mantenida.⁷ Esto, empero, no empaña la relevancia que Freitas tuvo en la obra de Vélez. Según Lisandro Segovia, poco más de un cuarto de los artículos del código argentino de 1871 fueron tomados del *Esbozo*,⁸ superando muchas veces las propuestas del brasileño en las preferencias de Vélez Sársfield a prestigiosos modelos europeos e hispanoamericanos.

Veamos dos ejemplos de esta adhesión.

El primero, el del instituto previsto en el artículo 109 del código de 1871, que planteaba que “si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas”. Sobre este tema, explicaba Vélez Sársfield en la nota respectiva que “todos los Códigos modernos, con excepción del de Chile, han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchos mueren a un tiempo, derivándolas de la edad o del sexo. Para unos, primero deben haber muerto las mujeres que los varones; para otros, la edad de las personas parece que fijaba el orden del fallecimiento. Pero estas presunciones de derecho, que también se ven en las leyes

Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas ed il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 406.

⁷ LEVAGGI, Abelardo. Influencia de Teixeira de Freitas sobre el proyecto de código civil argentino em matéria de relaciones de família. In SCHIPANI, Sandro (org.). *Augusto Teixeira de Freitas ed il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 414.

⁸ BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 273.

de *Partida*, eran arbitrarias, y sin ningún fundamento positivo, y lo que es más, no había necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho. ¿Qué interés social se presentaba para que necesariamente hubiera una transmisión de derechos entre personas que habían fallecido a un tiempo, o de quienes se ignoraba cuál hubiese muerto primero? Mejor es legislar el caso como el Cód. de Chile y como lo propone Freitas, estableciendo que han muerto todas en el mismo momento y que no ha habido entre ellas transmisión alguna de derechos. De esto no puede resultar cuestión alguna entre los sucesores de esas personas”.

El segundo es el del artículo 711, que establecía que la indemnización de pérdidas e intereses podía “ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal”. Para fundamentar su criterio, y luego de referirse a las posiciones contrarias adoptadas por el artículo 1205 del código francés, el 1521 del chileno, el 1065 del proyecto español de García Goyena, y a la doctrina de Marcadé, el argentino se remitía a “Freitas; porque la obligación de satisfacer los perjuicios en el caso de la inejecución de la obligación, es de ley según lo hemos también establecido. Esta obligación sucede a la obligación primitiva en su importancia y carácter sin necesidad de convención especial. No debe olvidarse tampoco el principio de que los deudores son mutuos mandatarios y representantes los unos de los otros, lo que en tantos casos les es muy favorable”.

Una pregunta que cabe hacerse ahora es cómo y cuándo Vélez entró en contacto con la obra de Freitas. Conforme Estanislao Zeballos, el codificador argentino se hizo de los primeros cuadernos del *Esboço* “por conductos privados y sin cultivar relación con el codificador”. Silvio Meira opina que el gran responsable de esta aproximación fue el diplomático brasileño acreditado en Buenos Aires, Francisco Otaviano de Almeida Rosa, gestor del tratado de la Triple Alianza.⁹ Así las cosas, lo cierto es que a partir de noviembre de 1865 dio comienzo una relación epistolar entre Vélez y Freitas, cuando el jurista argentino le remitió el primer libro impreso de su proyecto. El 22 de noviembre de 1865 Freitas le escribe a Vélez desde Rio de Janeiro: “leí con sumo interés y placer el libro primero del

⁹ Cfr. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Imperio*. Brasilia: Instituto Nacional do Livro, 1979, p. 318.

proyecto elaborado por Su Excelencia. Vi que comprende perfectamente mi sistema; y nada resulta más grato para mí que esa espontánea uniformidad de ideas”. En la misma carta le cuenta que mediante Otaviano le va a hacer llegar un retrato suyo, ejemplares del séptimo folleto de su *Esboço*, y de su crítica al sistema del proyecto de código civil portugués. También se sabe que para junio de 1868 Freitas le remitió el plan que concibió sobre el libro de las sucesiones.¹⁰

Lamentablemente, inmerso Vélez en las refriegas políticas de la época, la admisión de su firme simpatía por Freitas y su pensamiento dieron pábulo a contemporáneas condenas, tanto o más virulentas cuanto que infundadas. En efecto, Juan Bautista Alberdi, el distinguido publicista que había sido inspirador de la constitución nacional de 1853 y, décadas más tarde, reconocido modelo de referencia para Rui Barbosa,¹¹ no demoró en publicar en París (en noviembre de 1867), un folleto titulado “Proyecto de código civil para la República Argentina”, en el cual con singular habilidad retórica condenaba la obra de su antiguo amigo cordobés con estas palabras: “Es notorio que la República Argentina no tiene un código civil a la francesa ... lo único que revela involuntariamente por esas locuciones el autor del proyecto, es que su trabajo carece de originalidad, y que con todas las pretensiones de independencia no es más que la imitación de un modelo extranjero, y que el autor toma ese modelo que no nombra, pero que tampoco olvida”.¹² En definitiva, tal como lo recuerda Levaggi, el que Freitas fuese brasileño servía para descalificarlo. Con mordaz ironía Alberdi subrayaba el hecho de que “el Señor Freitas ha destronado en la predilección del ilustrado codificador argentino a los Gayo, a los Tronchet, a los Portalis, a los Maville”.¹³ En su diatriba, el genial tucumano aseguraba también que

¹⁰ Cfr. FREITAS, Augusto Teixeira de. Cartas de Freitas a Vélez Sársfield. *Revista de Derecho, Historia y Letras*. Buenos Aires, v. 58, 1921, p. 528.

¹¹ Sobre la admiración de Rui Barbosa por Alberdi, véase ABÁSULO, Ezequiel. Rui Barbosa y la cultura jurídica argentina: su percepción sobre los productos normativos y las reflexiones doctrinarias nacionales, y su papel en la construcción del prestigio asignado al derecho argentino en el Brasil. *Revista Escritos*. Rio de Janeiro, n. 8, 2014, p. 187.

¹² GARCÍA, Manuel Rafael (org.). *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 181.

¹³ Cfr. LEVAGGI, Abelardo. Alberdi-Vélez Sársfield: una polémica transcendental sobre la codificación civil argentina. In LEVAGGI, Abelardo

“la adopción de un proyecto de código brasileño, con preferencia a tantos otros códigos célebres y acreditados por la experiencia, acaba de confirmar la natural conjetura de que el código argentino es la obra de la política del Brasil, más bien que de la política argentina, y que si el padre de ese código es Mitre, Don Pedro II es el abuelo”. Y aupándose en su habitual criterio historicista, Alberdi sentenciaba: “Si el autor del Proyecto de código civil para el Imperio del Brasil, no se hubiese acomodado en la concepción y ejecución de su obra a las costumbres, al carácter e índole, a las tradiciones que el clima tórrido, la institución de la esclavitud, el gobierno monárquico han debido producir en la sociedad civil, en las instituciones americano portuguesas, en la constitución y costumbres de la familia brasileña, el señor Freitas, autor del proyecto, habría trabajado una copia sin talento ni juicio, indigna del imperio americano, como país civilizado, y de un jurisconsulto eminente”.¹⁴

El descargo de Vélez no tardó en llegar. Lo hizo bajo la forma de un artículo titulado “El folleto del Doctor Alberdi”, y fue publicado en *El Nacional* del 25 de julio de 1868, y en *La Tribuna* del 29 de julio del mismo año. En su refutación, el codificador argentino explicaba que recurrió a las “doctrinas de los más clásicos escritores”, y que lo que se había propuesto fue que en su “código apareciera el derecho científico, como lo llaman los alemanes al derecho que la ciencia establece, las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia, si yo alcanzase a tanto; y por eso justifico las resoluciones del código con los escritores más conocidos de todas las naciones”. Y ante lo que entendía era el injusto ataque de Alberdi llegaría al punto de lamentarse su franqueza. “En mala hora dije en mi oficio de remisión que entre las fuentes que me habían servido para la composición del primer libro, tenía como muy principal el proyecto de código civil que trabaja el señor Freitas para el imperio del Brasil”.¹⁵

(org.). *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*. Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino, 1992, p. 253, p. 262-263.

¹⁴ Se reproduce en GARCÍA, Manuel Rafael (org.). *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 217-220.

¹⁵ GARCÍA, Manuel Rafael (org.). *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil argentino*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 242-247.

3. EL CÓDIGO ARGENTINO, SU PARTICIPACIÓN EN LA PROYECCIÓN HISPANOAMERICANA DE LA OBRA DE FREITAS Y EL PAPEL DE ESTA ÚLTIMA EN LA DOCTRINA CIVIL ARGENTINA INMEDIATAMENTE POSTERIOR A LA CODIFICACIÓN

Una consecuencia de la redacción y sanción del código civil argentino sobre la cual los historiadores del derecho no se han detenido hasta el momento, consistió en la difusión de la obra y del pensamiento de Augusto Teixeira de Freitas en otros países de Hispanoamérica. En este orden de cosas, recuérdese que el código argentino trascendió las fronteras propias, e inspiró otras codificaciones.¹⁶

En cuanto al caso uruguayo, su código civil, redactado por el jurista cordobés Tristán Narvaja, combinó la influencia indirecta de Freitas oriunda de la argentina - la cual no pasaba, para la época, del grado de proyecto -, con el conocimiento inmediato de la obra del jurista bahiano. En efecto, conforme lo suscripto por los integrantes de su comisión de códigos el 31 de diciembre de 1867 - cuyos integrantes eran Manuel Herrera y Obes, Antonio Rodríguez Caballero, Joaquín Requena y Tristán Narvaja -, los uruguayos reconocían que tuvieron en cuenta “los códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, los más sabios comentadores del Código Napoleón, el proyecto del Dr. Acevedo, el del Sr. Goyena, el del Sr. Freitas, el del Dr. Vélez Sársfield”. Y sobre el *Esboço* en particular, señalaron que lo consideraban “el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela, y el mismo Dr. Vélez Sársfield dice que de él ha tomado muchísimos artículos”.¹⁷ En cuanto al elogio hacia Freitas, no se olvide que es bien probable que varios de los miembros de la comisión uruguaya, si no todos, hubiesen tomado contacto personal con Freitas durante su estancia en Montevideo, la cual se extendió desde diciembre de 1866 hasta un momento no precisado aún de

¹⁶ Sobre este tema, puede verse ALTERINI, Jorge Horacio. La influencia del código civil argentino en otras codificaciones. In AAVV. *La Codificación: raíces y prospectiva II. La codificación en América*. Buenos Aires: El Derecho, 2004, p. 183 y sigs.

¹⁷ Cfr. *Código civil de la República Oriental del Uruguay, con notas indicativas de las fuentes de cada uno de sus artículos y de sus concordancias con los otros códigos extranjeros*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1894, p. 6.

1867, pero que parece ubicarse más o menos a mediados de año.¹⁸ Por tal motivo, más que felices quedaron los orientales al saber del alto concepto que su código suscitó en Freitas. Así lo reflejaron las columnas de la *Tribuna* de Montevideo, en abril de 1869: “El Señor Freitas, el Savigny americano, el hombre a quien tanto se admira por su profundo saber, la extensión y brillantez de sus trabajos jurídicos, emitiendo su juicio sobre nuestro Código, dice positivamente, que el Código Civil Oriental no sólo es un trabajo bien acabado, sino también que se halla a toda altura de los progresos del derecho moderno, sobresaliendo particularmente por la excelencia de su redacción”.¹⁹

Respecto de otras influencias argentinas en el resto de Hispanoamérica, cabe recordar aquí que tras la trágica derrota del mariscal Francisco Solano López frente a los aliados argentinos, brasileños y uruguayos, mediante ley de 19 de agosto de 1876 se ordenó tener por ley del Paraguay al código civil de Vélez Sársfield. Con posterioridad y mediante nueva ley de 27 de julio de 1889 se le incorporaron las mismas reformas dispuestas en la Argentina. Esta situación -que implicó la utilización paraguaya de las notas remisivas al pensamiento de Freitas y de la doctrina argentina, que también recurría a nuestro jurista- se extendió hasta 1985.²⁰ En cuanto a Chile, Jorge Carranza afirma que el código trasandino incorporó algunos “progresos metodológicos” aceptados por Vélez Sarsfield en su código, como la condición de inenajenabilidad de los bienes, la desigualdad hereditaria, la prohibición de investigar la paternidad, y la subsistencia de los peculios.²¹ El código argentino también influyó en 878 artículos del código de Nicaragua de 1904 y en el de Panamá de 1916.²² Finalmente, respecto del Perú, Fernando Vidal Ramírez

¹⁸ Cfr. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Imperio*. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1979, p. 366.

¹⁹ Reproducido en FACIO, Jorge Peirano. *Tristán Narvaja: un jurista rioplatense en tiempos de la codificación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2008, p. 259.

²⁰ BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 278.

²¹ CARRANZA, Jorge. Dalmacio Vélez Sársfield y la América Latina. In SCHIPANI, Sandro (org). *Dalmacio Vélez Sársfield ed il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1991, p. 595-610.

²² BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 275.

advierte que la comisión de 1936 tomó la teoría del acto jurídico del código argentino,²³ el cual se apoyó sobremanera en la materia en el pensamiento de Freitas.

Consagrado entre los argentinos a partir de las explicaciones incorporadas por Vélez Sársfield a su código, las opiniones de Freitas merecieron ser dadas a conocer por la prensa forense argentina, aún antes de la puesta en vigencia del referido cuerpo normativo. En este sentido, recuérdese que entre las páginas 320 y 331 del tomo I de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1869) - dirigida por José María Moreno, Ceferino Araujo, Antonio Malaver y Juan José Montes de Oca -, se reprodujo encomiásticamente la propuesta dirigida por Freitas al ministro de justicia del Brasil, Martin Francisco Ribeiro de Andrada, el 20 de septiembre de 1867, relativa a “un nuevo sistema para el Código Civil”. En atención a lo anterior, no resulta sorprendente que la obra y el pensamiento de Freitas adquiriesen inmediata relevancia entre los autores juristas para la comprensión y construcción de la civilística argentina. Expresión de lo dicho son los debates plasmados en la *Discusión de la fe de erratas y correcciones al código civil propuestas por el Senador por Tucumán Doctor Don Benjamín Paz y la comisión de legislación*, editados en Buenos Aires por La Nación en 1879. En efecto, al referirse a la presunción de muerte, el jurista y senador Pizarro solicitó no se pretendiese hacer “argumento de autoridad del señor Freitas”, en la medida en que Vélez Sársfield se había apartado del brasileño en esta materia. Por su parte, el senador y también distinguido abogado Jerónimo Cortés, al ocuparse sobre la aparente contradicción del código civil en materia de nulidad cuando hubiese fraude presumido por la ley y sobre la anulabilidad de los actos jurídicos, advirtió que “la explicación de esto está, como puede verse en Freitas, que es de donde el doctor Vélez ha tomado su doctrina”.²⁴ En definitiva, tal como lo advirtiera Waldemar Ferreira hacia casi 90 años,²⁵ el interés asumido por la obra de Freitas entre

²³ RAMÍREZ, Fernando Vidal. Vélez Sársfield en la codificación civil peruana. In AAVV. *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, v. 5, p. 483.

²⁴ RAMÍREZ, Fernando Vidal. Vélez Sársfield en la codificación civil peruana. In AAVV. *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, v. 5, p. 196 y p. 399.

²⁵ FERREIRA, Waldemar. Teixeira de Freitas e o código civil argentina. *Re-*

los juristas argentinos no residía tanto en el hecho de haber originado el texto de muchos de los artículos del código civil, “sino en ser, a su respecto, un valioso comentario de los mismos textos” codificados. Un dato categórico corrobora este aserto: En la monumental *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, de José Olegario Machado (Buenos Aires, Félix Lajouane, 1898) - y bien digo monumental, en la medida en que se integra con once volúmenes, que agrupan un total de 7188 páginas -, el número de oportunidades que se cita a Freitas es abrumador... ¡Se trata de 1785 veces!

4. FREITAS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA ARGENTINAS DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Durante la primera mitad del siglo XX, los magistrados y abogados argentinos continuaron abrevando con frecuencia en las enseñanzas de Freitas. Tanto fue así, que hacia 1909 se publicó una edición en castellano del *Esboço*. Algunos años después, en pleno auge de una civilística identificada por sus embates contra un código que durante las décadas de 1920 y 1930 fue blanco de ácidas reflexiones, no faltaron las voces reivindicatorias del autor de la *Consolidação*. Entre las más significativas estuvieron las de Abel Cháneton, un apasionado biógrafo del codificador argentino que, no por ello escatimó elogios para Freitas,²⁶ y las de un destacado civilista y comparatista cordobés, de honda amistad con Clovis Bevilacqua, magistrado superior de su provincia y rector de la secular Universidad Nacional con sede en la ciudad homónima. Me refiero a Enrique Martínez Paz, quien en 1927 publicó un libro titulado *Freitas y su influencia sobre el Código civil argentino*. Por su parte, en las filas de los detractores del código, un contundente Alfredo Colmo atribuía los pretendidos errores de Vélez a su alejamiento de los más adecuados planteos originales de Freitas.²⁷ En el mismo sentido - aunque sin mayor justicia, según entiendo -, el académico y camarista Gastón Federico Tobal comparó negativamente el artículo 237 del código argentino,

vista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, v. 25, 1929, p. 185.

²⁶ Al respecto, pueden verse en CHÁNETON, Abel. *Historia de Vélez Sársfield*. Buenos Aires: La Facultad, 1937, t. 2, p. 216 y p. 224-225.

²⁷ CHÁNETON, Abel. *Historia de Vélez Sársfield*. Buenos Aires: La Facultad, 1937, t. 2, p. 274.

relativo a la reserva de propiedad para los herederos de un primer matrimonio de los bienes heredados de hijos de ese matrimonio -, con su homólogo, el artículo 1459 del *Esboço*.²⁸ Se entiende, de este modo, que no sólo un connotado defensor de la colegiación de los letrados argentinos, Juan Manuel González Sabathie, reconociese a Augusto Teixeira de Freitas como uno de los abogados brasileños “de ayer y de hoy más conocidos en el exterior”,²⁹ sino que para 1934 uno de los más reconocidos juristas del momento, el administrativista Rafael Bielsa afirmase que la presencia de “la obra sabia y original de Freitas”, resultaba “indispensable” en la biblioteca de todo abogado argentino.³⁰

A tono con lo anterior, y al margen de las reflexiones académicas ligadas a la crítica o a la exaltación del código de Vélez Sársfield, lo cierto es que entre los argentinos de la primera mitad del siglo XX la *Consolidação* y el *Esboço* suministraban a diario argumentos para el uso de jueces y de autores. Por ejemplo, se invocaba la obra de Freitas en tanto que origen de la regulación de las nulidades en el derecho nacional.³¹ También se hablaba de ella para afirmar que “el artículo 1375 [del código argentino], en sus cuatro incisos, fue copiado literalmente del artículo 2073 del proyecto de Freitas, y éste nos explica el verdadero alcance de sus disposiciones”.³² Algo semejante se sostenía respecto del artículo 43,³³ y de análoga manera, el pensamiento del jurista del Imperio sustentaba la postura conforme con la cual las acciones criminales debían ser previas a las civiles.³⁴

²⁸ Cfr. el voto de Gastón Federico Tobal, como vocal de la Cámara Civil 1° de la Capital, pronunciado el 11 de mayo de 1932, en autos “Igarzabal de Tezanos Pinto”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 38 (agosto-octubre de 1932), sección jurisprudencia, p. 152

²⁹ Juan Manuel González Sabathie, “El ejercicio de la abogacía en nuestro país y la ley de Santa Fe”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 13 (1924), sección legislación, p. 79.

³⁰ Rafael Bielsa, “La abogacía”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 46 (abril-junio de 1934), p. 25, sección doctrina.

³¹ Sentencia de la Cámara de Apelación de Catamarca de 24 de julio de 1918, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 (1918), p. 146 e 148.

³² Cfr. Felipe Espil, comentario en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 (1918), p. 407.

³³ Alejandro Rayces, comentario en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1 (1918), p. 30.

³⁴ Cfr. La sentencia del juez civil de Azul, doctor Salas, de 10 de diciembre

En cuanto a decisiones judiciales, podemos traer a colación aquí la sentencia del juez Adolfo Casabal de 1918, en la que se afirmó que el artículo 1482 del código de Vélez Sársfield había seguido a Freitas;³⁵ el comentario a un fallo catamarqueño de 24 de julio de 1918 sobre incapacidad relativa de derecho, que se remitía al artículo 810 del *Esboço* y la posterior decisión de la Cámara, que invocó el artículo 790 de Freitas.³⁶ También puede mencionarse el comentario a un pronunciamiento de la Cámara Federal de la Capital, de Alejandro Rayces, en el cual se afirmaba que la fuente del artículo 43 del código civil argentino habían sido el artículo 300 y siguientes del *Esboço*.³⁷ Por su parte, el juez Colmo, al discutir los alcances de la interrupción de la prescripción, sostuvo: “Por lo que toca al derecho comparado, hago constar, ante todo, estas dos circunstancias bien diversas: a) su aplicación sólo sería procedente en defecto de nuestras leyes, y ya se ha visto que nuestro código es bien explícito en los principios que acabo de citar; b) la mayoría de los códigos que conozco, inspirados en el código francés, y casi siempre anteriores al nuestro, estarían en contra de la tesis que sostengo. Esto último dice poco: se trata de códigos antiguos o de bien escasa autoridad. Cabría argumentar con el código brasileño (art. 172). Y se puede agregar el código suizo de las obligaciones (art. 135) ... Pero les opongo el precitado código italiano, la *Consolidação* de Freitas (cuyo artículo 855 autoriza ‘cualquier modo admitido en derecho’), así como el código alemán”³⁸.

Por otra parte, en lo que hace a la doctrina, cuando se mencionó la existencia de “derechos absolutos”, también se citó la *Consolidação das leis civis*, en este caso en su número 1876.³⁹ Asimismo, un comentarista anónimo aseguró que el artículo 1088 del código civil argentino había sido “tomado” del artículo 3646 “de Freitas con algu-

de 1918, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 3 (1919), p. 83.

³⁵ *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 (1918), p. 766.

³⁶ *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 (1918), p. 147-148.

³⁷ *Jurisprudencia Argentina*, t. 1 (1918), p. 30.

³⁸ Voto del doctor Alfredo Colmo emitido el 31 de diciembre de 1921 como integrante de la Cámara Civil Primera de la Capital, en autos “Baldovino contra Obras Sanitarias de la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 14 (1924), sección jurisprudencia, p. 1349-1350.

³⁹ Jorge Suárez Videla, “El daño moral y su reparación civil”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 35 (1931), sección doctrina, p. 2.

nas modificaciones”.⁴⁰ Algo semejante planteó Felipe Espil, cuando afirmó que el artículo 1375 del código de Vélez Sársfield había sido copia literal del artículo 2073 del proyecto de Freitas.⁴¹ Asimismo, Enrique Díaz de Guijarro al explicar que Vélez Sársfield se había pronunciado en favor del efecto *erga omnes* de la cosa juzgada en materia de estado, aseveró que la fuente del artículo 146 del código civil argentino era el artículo 85 del proyecto de Freitas, aunque no hubiese sido citado.⁴²

5. CONSIDERACIONES FINALES

Cumplida la recreación de situaciones relativas al vínculo entre Freitas y la Argentina, entiendo oportuno compartir con los lectores tres ideas. En primer lugar, rescatar que el relevante prestigio, y la correlativa aceptación, de Augusto Teixeira de Freitas y de su obra en la Argentina de finales del siglo XIX y de toda la centuria posterior constituyó una manifestación - bien que significativa y pionera - entre otras propias del proceso de circulación horizontal de ideas y de experiencias normativas que traspasó el despliegue de las culturas jurídicas brasileña y argentina durante la época.⁴³ En segundo lugar, que la Argentina asumió el papel de verdadero *punte de plata* de la obra del genial bahiano respecto del resto de la comunidad de juristas hispanoamericanos. En efecto, fue gracias a su “rescate” por parte de las notas incorporadas al código civil argentino, y también a la obra interpretativa de los magistrados y doctrinarios rioplatenses, que Freitas superó la condición de una relativamente estrecha “brasilidad”, para asumir una dimensión auténticamente

⁴⁰ Comentario sin firma, *Jurisprudencia Argentina*, t. 38 (agosto-octubre de 1932), sección jurisprudencia, p. 784

⁴¹ *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 (1918), nota 232.

⁴² Cfr. “La cosa juzgada en las cuestiones de estado”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 45 (enero-marzo 1934), p. 538.

⁴³ Sobre los flujos verticales y horizontales entre las culturas jurídicas, véanse mis reflexiones en ABÁSULO, Ezequiel. Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX. In ABÁSULO, Ezequiel (org). *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, p. 20-21.

“iberoamericana”. Por último, que tal como otros autores ya lo han sugerido,⁴⁴ atender nuevamente en nuestros días, con espíritu libre y creativo, a la dimensión simultáneamente creativa y sudamericana de Freitas y de su obra, puede contribuir a estimular la realización de diálogos fecundos entre historiadores del derecho y civilistas dotados de sensibilidad histórica, dirigidos a identificar los elementos comunes que hacen a nuestra cultura jurídica latinoamericana.

⁴⁴ V.gr., DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Augusto Teixeira de Freitas: el protojurista del Mercosur. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 2, 2004, p. 117.

