ESTEVAN LO RÉ POUSADA

**PRESERVAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA:
TEIXEIRA DE FREITAS E A *INTRODUÇÃO À CONSOLIDAÇÃO DAS
LEIS CIVIS***

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do
Professor Associado IGNÁCIO MARIA POVEDA VELASCO,
do Departamento de Direito Civil - Área de História do
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo.

**SÃO PAULO
Janeiro de 2006**

*Às pegadas ao lado das minhas,
Ao reflexo de Maria em meu dia-a-dia;
Ao espelho de luta franca e aberta pela sobrevivência dos seus;
Ao amor, à coragem e à doçura sintetizados na criação do quarto ao lado:
Talita, minha irmã, minha herança...*

SUMÁRIO.

I. INTRODUÇÃO.

(p. 006).

(p.

- I.1. Contratação, execução e aprovação da *Consolidação das Leis Civis*. (p. 006).
- I.2. Ambiente jurídico de elaboração da *Consolidação das Leis Civis*. (p. 008).
- I.3. Estrutura interna da *Consolidação das Leis Civis*. (p. 012).
- I.4. A *Introdução* à *Consolidação das Leis Civis*. (p. 013).
- I.5. Preservação da tradição jurídica luso-brasileira na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*. (p. 016).

II - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: A *CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS* NO PANORAMA DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO PRIVADO LUSO-BRASILEIRO.

(p.

019).

- II.1. Plano do capítulo. (p. 019).
- II.2. O direito romano no sistema das fontes do Direito Civil português antes das reformas pombalinas da aplicação e do ensino do Direito. (p. 022).

II.2.1. A influência do direito romano justinianeu em Portugal antes das *Ordenações Afonsinas*. (p. 023).

II.2.1.1. As cúrias, as cortes e os *fueros*. O processo de legiferação de D. Afonso III. (p. 024).

II.2.1.2. A criação dos Estudos Gerais por D. Dinis. A recepção do direito romano pela magistratura municipal por meio das fontes castelhanas: Mestre Jácome das Leis e D. Afonso X (o Sábio). (p. 027).

II.2.1.3. O contato direto com o *Corpus Iuris Civilis* no *Estudo Geral* dionisiano. D. Pedro I, a reclamação dos universitários portugueses diante da utilização das *Partidas* e a Provisão de 13 de Abril de 1361. D. João I e a versão portuguesa das obras de Acúrsio e Bártolo: três documentos da primeira metade do século XV sobre a utilização direta do direito justinianeu. (p. 029).

II.2.2. As *Ordenações do Reino de Portugal* e o aproveitamento do direito romano: a evolução do sistema do direito subsidiário. (p. 034).

II.2.2.1. O direito subsidiário nas *Ordenações Afonsinas* (Livro II, tit. IX). Prioridade absoluta. Conflito de Jurisdições, epígrafe e enquadramento formal. Ordem temporal e ordem espiritual. Critério de pecado. Obediência à Santa Igreja. A *iurisdictio Imperii*. A utilização da *Glosa* e dos *Comentários*. Preferência absoluta de Bártolo. (p. 037).

II.2.2.2. O direito subsidiário nas *Ordenações Manuelinas* (Livro II, tit. V). Substituição da epígrafe e manutenção do enquadramento formal. Costumes locais. Supressão da ordem temporal e espiritual das questões. Robustecimento do critério de pecado. Razão positiva do acatamento ao direito justinianeu: *boa razão*. Extirpação do aparato formal do conflito de

jurisdições. A *communis opinio doctorum* como elemento de limitação da *Glosa* e dos *Comentários*. Fundamentação da preferência de Bártolo.

(p.
044).

II.2.2.3. O direito subsidiário nas *Ordenações Filipinas* (Livro III, tít. LXIV). Novo enquadramento formal. Direito subsidiário como *regra de julgamento*. (p. 049).

II.2.2.4. A aplicação prática da disciplina do *direito subsidiário*. Primazia do direito nacional. Preenchimento de lacunas pelo recurso direto à boa razão. Limites de aplicação do direito romano. Direito romano em bloco como *ratio scripta* e verificação específica. Integração pela própria razão natural (*ratio naturalis*): omissão ou desconformidade do direito romano. Critérios de fixação da *communis opinio doctorum*. Influxo humanista e critério puramente qualitativo. Conservação da escola bartolista e adoção do critério misto. As obras jurídicas, a praxe judiciária e a Jurisprudência. A interpretação das regras do direito pátrio em conflito com os preceitos justinianeus. Aplicação subsidiária do direito espanhol. (p. 052).

II. 3. A transição necessária: o advento do iluminismo português com Luís António Verney. (p. 059).

II. 3. 1. Luís António Verney: crítica ao ensino e à aplicação do Direito. (p. 061).

II. 3. 2. Luís António Verney: alterações a serem promovidas quanto à praxe e ao ensino jurídicos. (p. 063).

II. 4. O direito romano no sistema das fontes do Direito Civil português depois das reformas pombalinas da aplicação e do ensino do Direito. (p. 066).

II. 4. 1. Os veículos introdutores do iluminismo jurídico em Portugal: legislação, ensino e jurisprudência. (p. 068).

II. 4. 2. Características do iluminismo jurídico português. (p. 071).

II. 4. 3. A *Lei de 18 de agosto de 1769*, o *Compêndio histórico* e os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*. (p. 073).

II. 4. 4. A obra dos jurisconsultos portugueses posteriores e os resultados das reformas pombalinas. A transição para o *individualismo crítico* em Portugal e a influência sobre o direito privado lusitano. Os reflexos do movimento de codificação de direito civil e a influência francesa sobre o Código Civil de 1867. (p. 086).

II. 5. A Proclamação da Independência do Brasil e a criação dos Cursos Jurídicos nacionais: autonomia do pensamento jurídico brasileiro no âmbito do Direito Privado. (p. 093).

III. A INTRODUÇÃO À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. ANÁLISE E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO – JUSNATURALISMO RACIONALISTA E *USUS MODERNUS PANDECTARUM*. (p. 095).

III.1. Plano do capítulo. (p. 095).

III.2. A *Introdução à Consolidação das Leis Civis* e suas partes integrantes. (p. 101).

III.2. a) A *introdução propriamente dita*. (p. 101).

III.2. b) O *actual systema do direito civil*. (p. 114).

III.2. c) <i>As noções fundamentais.</i>	(p. 136).
III.2. d) <i>A aplicação de princípios.</i>	(p. 157).
III.2. e) <i>A importância prática.</i>	(p. 174).
III.2. f) <i>As relações económicas.</i>	(p. 179).

IV. A PRESERVAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA A PARTIR DE UM ASPECTO CONCRETO – O TRATAMENTO CONFERIDO À TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE NOS PELOS SISTEMAS LUSITANO E BRASILEIRO AO LONGO DOS SÉCULOS XIX E XX.

(p. 196).

IV.1. A eficácia do contrato de compra e venda nas fontes anteriores às <i>Ordenações do Reino de Portugal</i> .	(p. 197).
IV. 1. 1. <i>A traditio per chartam</i> e o <i>Bargeschäft</i> segundo duas das fontes do direito visigótico: o Código Euriciano e a <i>Lex Romana Visigothorum</i>	(p. 198).
IV. 1. 2. O renascimento do direito romano justiniano e o restabelecimento da eficácia puramente obrigacional da compra e venda.	(p. 203).
IV. 2. A eficácia do contrato de compra e venda de acordo com as <i>Ordenações do reino de Portugal</i> .	(p. 211).
IV.3. O jusracionalismo e a transferência de domínio decorrente da compra e venda.	(p. 216).
IV.4. O princípio do consenso e o <i>Code Napoléon</i> .	(p. 219).
IV.5. <i>Usus modernus pandectarum</i> concreto: a recepção portuguesa do princípio consensual e sua consagração legislativa pelo Código Civil de 1867.	(p. 221).
IV.6. A eficácia do contrato de compra e venda de acordo com a <i>parte prática</i> da <i>Consolidação das Leis Civis</i> .	(p. 224).
IV.7. A eficácia do contrato de compra e venda segundo o Código Civil Brasileiro de 1916 e seus respectivos projetos.	(p. 226).
IV.8. Augusto Teixeira de Freitas e o <i>princípio da tradição</i> : um exemplo de preservação da tradição jurídica brasileira.	(p. 231).

V. CONCLUSÃO – SOBRE A “GENIALIDADE” DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

(p. 234).

VI. BIBLIOGRAFIA.

(p. 238).

VII. RESUMO.

(p. 262).

VIII. RIASSUNTO.

(p. 263).

I. INTRODUÇÃO*.

I.1. *Contratação, execução e aprovação da Consolidação das Leis Civis.*

A *Consolidação das Leis Civis* corresponde ao objeto do contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855 entre o jurista Augusto Teixeira de Freitas e o Governo Imperial brasileiro, tendo por objetivo “coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil” – como elemento preparatório à futura elaboração do Código Civil¹.

* Nota prévia: em cada uma das notas de rodapé empregadas neste estudo, a alusão a obra anteriormente referida será acompanhada de identificação quanto ao local em que foi pela primeira vez mencionada, então acompanhada de todos os dados que compõem a referência bibliográfica exaustiva. A referência aos autores, no corpo do texto e nas notas de rodapé, será feita mediante o emprego da inicial do prenome e do último sobrenome, ressalvados os casos relacionados aos juristas espanhóis (que apresentam regra de patronímico própria) e luso-brasileiros, sendo estes últimos referidos de acordo com a forma segundo a qual são conhecidos na comunidade acadêmica brasileira. De modo que, embora conhecido por FREITAS na Argentina, a referência a Augusto TEIXEIRA DE FREITAS envolverá seu sobrenome completo, uma vez que assim referido pela comunidade acadêmica nacional.

Os nomes serão grafados em sua forma moderna: Pascoal (e não Paschoal) José de MELLO FREIRE dos Reis; em caso de dissenso sobre a grafia de prenomes ou sobrenomes (MELLO FREIRE em lugar de MELO FREIRE; VERNEY em vez de VERNEI), será adotada a forma predominantemente usada pela doutrina; caso a dúvida persista, principalmente quanto aos portugueses dos séculos XVIII e XIX, tomaremos por base a forma adotada pelo *Dicionário de História de Portugal* de Joel Serrão.

Cabe por fim destacar que a referência a personagens históricas, inclusive juristas, será feita em letras normais. Por sua vez, o emprego de maiúsculas pequenas (caixa alta) será feito quando se tratar de citações de autores. Por tal ordem de raciocínio, ora se terá Pascoal José de Melo Freire dos Reis, ora P. MELLO FREIRE dos Reis; em algumas vezes Luís Antônio Verney, e em outras L. A. VERNEY. Finalmente, em se tratando de personagem histórica notória, será feita alusão ao modo como conhecida a partir da segunda menção no corpo do texto: Marquês de Pombal, por exemplo, em lugar de Sebastião José de Carvalho e Melo.

A respeito das regras de metodologia científica adotadas neste trabalho, cf. E. C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Científica (Teses, Monografias e Artigos)*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2002, *passim*.

¹ Filho de Antônio Teixeira de Freitas Barbosa (Barão de Itaparica) e de Felicidade de Santa Rosa de Lima, Augusto Teixeira de Freitas nasceu na cidade de Cachoeira, em 19 de agosto de 1816. Estudante aplicado, já em seus primeiros estudos destaca-se em meio aos colegas mais velhos. Tendo ingressado no Curso Jurídico de Olinda, transfere-se durante o curso para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde desenvolve parte substancial de sua formação acadêmica. Tendo se indisposto com alguns professores do Curso paulista, formula requerimento para que alguns de seus exames fossem aplicados por outros docentes, pleito que é indeferido e justifica seu retorno à Olinda para a conclusão de seu Bacharelado, fato que ocorre em 1837, um ano após o seu casamento com a Sra. Matilde Teixeira de Lima.

Nomeado juiz de direito durante a Sabinada, foi indiciado logo após ter sido sufocado o movimento, concluindo-se por sua inocência e absolvendo-se das acusações imputadas. Em 1843 participa da fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros, instituição da qual seria presidente em 1857, quando renunciará ao cargo em virtude de controvérsia estabelecida com Caetano Alberto Soares sobre a aplicação de preceitos de direito romano à condição dos filhos de escrava alforriada em testamento com cláusula de servir a terceiro.

Nomeado advogado do Conselho de Estado em 1844, dez anos depois vai apresentar plano para a consolidação das leis ao governo imperial, o qual é aprovado, celebrando-se contrato entre o advogado e o governo brasileiro em 15 de fevereiro de 1855. Entregue o trabalho no começo de 1858, a comissão encarregada de seu exame recomenda sua aprovação – bem como a contratação de seu autor para a elaboração de um projeto de Código Civil para o Império do Brasil.

Celebrado novo contrato em 10 de janeiro de 1859, o autor desenvolve substancial parcela de seu trabalho quando – após a prorrogação do prazo para a entrega da versão final do texto – conclui pela necessidade de reformulação completa de seu plano de trabalho, fato que é trazido ao conhecimento do Governo em correspondência dirigida ao Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada em 20 de setembro de 1867. A proposta conta com o apoio da comissão encarregada de sua análise

A promessa de um Código Civil para o Império do Brasil havia sido estabelecida pela Constituição Imperial, precisamente através de seu artigo 179, XVIII, que determinava a edição de um código civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade².

Contratada a feitura da Consolidação em 1855, o trabalho concluído foi entregue ao Governo Imperial em fevereiro de 1858³, e assim submetido à análise de uma comissão especialmente constituída para tanto, composta pelo então Ministro dos Negócios da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, pelo Visconde de Uruguai e por Caetano Alberto Soares.

A comissão destacou tanto a existência de defeitos em alguns de seus artigos, quanto sua divergência a respeito de algumas interpretações adotadas pelo autor. Mesmo certas derrogações implícitas destacadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS foram tidas por indevidas pela comissão. A despeito disso, após dez meses de apreciação da obra referida, o relatório da comissão foi favorável à aprovação do trabalho, julgando-o digno de louvor, não apenas pela fidelidade e clareza das disposições, como também pela ilustração das notas respectivas, que regeneravam o direito vigente dos erros e abusos imputados à prática forense da época⁴.

(composta por José Thomaz Nabuco de Araújo, Francisco de Sales Torres Homem e pelo Visconde de Jequitinhonha), mas é considerada inoportuna pelo então Ministro da Justiça José Martiniano de Alencar. Em 1869 sua obra sofre consagração legislativa indireta, com a promulgação do Código Civil Argentino elaborado com base no projeto de Dalmácio Vélez Sársfield.

Após dedicar seus últimos anos de vida à acomodação de obras portuguesas à legislação brasileira, falece em 12 de dezembro de 1883 na cidade de Niterói, aos 67 anos de idade. Por um apanhado sucinto sobre a biografia de A. TEIXEIRA DE FREITAS, cf. S. A. de B. MEIRA, *Teixeira de Freitas: o Jurisconsulto do Império – vida e obra*, 2ª ed., Brasília, Cegraf, 1983, pp. 537-540; bem como I. M. POVEDA VELASCO, *Três Vultos da Cultura Jurídica Brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua* in BITTAR, Eduardo C. B., *História do Direito Brasileiro – Leituras da Ordem Jurídica Nacional*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 35-37.

² “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da Equidade” (artigo 179, n. XVIII).

³ O contrato celebrado estabelecia que a entrega do texto da *Consolidação das Leis Civis* deveria ser feita em três anos, contados da assinatura do instrumento. A respeito. cf. S. A. de B. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), p. 94.

⁴ Destaque-se o trecho do Relatório ora referido: “A Comissão considera a *Consolidação* digna de aprovação, senão do louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e clareza do texto, pela ilustração das notas respectivas, as quaes o fundamentão, e ao mesmo passo o regenerão dos erros e abusos da praxe; sendo que dest’arte a *Consolidação*, além do fim especial á que se destina, presta um serviço importante ao fôro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quaes, no vasio do direito pátrio, achão largas para o arbitrio, adoptando muitas vezes como subsidiarias, por supposta omissão das nossas leis, disposições que lhes são contrarias” (cf. *Relatório da Comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis* in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, pp. XIX-XX).

O Governo Imperial, por “Aviso” do Ministro dos Negócios da Justiça de 24 de dezembro de 1858, aprovou o texto da *Consolidação das Leis Civis*, que a partir de então teve *status* de lei no Império do Brasil. Destacados no mesmo ofício o zelo, a inteligência e a atividade de A. TEIXEIRA DE FREITAS, assim foi justificada sua contratação para a confecção do Projeto de Código Civil do Império⁵.

1.2. ambiente jurídico de elaboração da Consolidação das Leis Civis.

A *Consolidação das Leis Civis* é produto de um ambiente específico, caracterizado não apenas pela necessidade de promulgação de um código civil nacional, como também pela particular matriz jurídico-intelectual luso-brasileira, definida desde o século anterior pelas reformas pombalinas da aplicação e do ensino do Direito⁶.

Grande parte do direito civil em vigor no Brasil à época em que foi produzida a *Consolidação das Leis Civis* não decorria, simplesmente, do Livro IV das Ordenações Filipinas. Aliás, uma quantidade expressiva de institutos jurídicos não apresentava sua disciplina pormenorizada neste texto-base do direito civil então vigente, principalmente no que concerne ao que atualmente designamos pelas expressões direito de família e direito das coisas. O tratamento de muitas matérias era efetuado por meio da

⁵ Na data de 22 de dezembro de 1858 – ou seja, dois dias antes da aprovação da *Consolidação das Leis Civis* – foi promulgado o Decreto nº 2318, por meio do qual foi determinada a contratação de um juriconsulto para a confecção do Projeto do Código Civil do Império. De se observar, contudo, que nos “considerandos” deste decreto já se fazia referência à aprovação da *Consolidação*, fato que só se deu dois dias depois.

⁶ As reformas pombalinas do direito se desenvolveram em três âmbitos principais: a legislação, a hermenêutica e a pedagogia jurídicas. Contra a aplicação “abusiva” do direito romano a título subsidiário se voltou a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão). A fim de que o espírito reformista se estabelecesse em caráter definitivo, era necessário que se lhe fosse atribuída estabilidade; para tanto, no ano de 1772 é implementada a reforma pedagógica por meio dos Estatutos da Universidade de Coimbra.

L. CABRAL DE MONCADA assim sintetiza este tripé em que se fundaram as reformas pombalinas do ensino e aplicação do Direito: “Numa palavra: a nova <<época>>, cujo espírito fica definido, que fora iniciada entre nós em meados do século com as críticas acerbas de Verney, começou a invadir os domínios por assim dizer mais filosóficos da legislação, relativos ao direito subsidiário e à reforma do romanismo em geral; penetrou depois no campo da pedagogia jurídica, determinando a Reforma dos Estudos; e encontrou, em último lugar, a sua expressão mais elevada na doutrina e na jurisprudência teórica com Melo Freire” (*O <<século XVIII>> na legislação de Pombal in Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, p. 104).

Sobre a necessidade do estudo do contexto histórico em que está inserida a obra de Augusto Teixeira de Freitas, destaque-se a sugestão de S. A. de B. MEIRA: “sua obra há de ser estudada tomando-se em consideração as fontes que o alimentaram (o passado); as condições que cercaram a sua vida (sua época); as sementes que lançou e que germinaram (para o futuro). Sob esse triplice aspecto merece examinada a sua produção vasta e multiforme” (*O juriconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito Universal in SCHIPANI, Sandro, Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 72-74).

legislação extravagante, e outras tantas acabavam por receber solução fundada em direito estrangeiro – seja de origem romana⁷, seja proveniente das modernas nações cristãs.

O recurso ao direito estrangeiro somente poderia ser efetuado em caráter subsidiário, e desde que em conformidade seja com os limites estabelecidos pela Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), seja com os critérios definidos no Livro II dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772⁸.

Estes dois documentos produzidos durante o consulado do Marquês de Pombal tomaram por base idéias difundidas pela primeira vez em Portugal por L. A. VERNEY, em obra intitulada *O verdadeiro método de estudar*⁹, na qual era combatida a pedagogia jesuíta que controlava, dentre outros centros de estudo, a própria Universidade de Coimbra.

Além da crítica dirigida à pedagogia jesuíta, a própria aplicação do direito pelos tribunais portugueses foi questionada por L. VERNEY, principalmente em razão do

⁷ Uma das formas de repulsa ao direito romano consistiu em considerá-lo direito estrangeiro, muito embora, em outras épocas, o direito romano tenha sido respeitado na península de modo quase absoluto, cedendo espaço tão somente ao direito canônico, e suplantando o próprio direito nacional. Chegou-se a ponto de considerá-lo direito comum. Contudo, a própria doutrina portuguesa imediatamente posterior à edição das Ordenações Afonsinas já vai destacar que a posição de direito comum, em Portugal, caberia tão somente à legislação pátria. Por tais razões, a expressão *ius commune* deverá ser tomada sempre com muita cautela pelo estudioso, conforme se observará com maior cuidado na primeira parte do trabalho.

⁸ Os limites de aplicação do direito estrangeiro (definidos pela Lei de 18 de agosto de 1769) e os critérios de utilização do direito romano como direito subsidiário (estabelecidos pelos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772) serão cuidadosamente analisados na primeira parte deste trabalho. Entretanto, podemos destacar desde já o fato de que, segundo a Lei da Boa Razão (§ 9), em matérias de conteúdo político, econômico, mercantil ou marítimo, o direito das nações cristãs prevaleceria sobre a disciplina romana a respeito do tema. E os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 definiram que a boa razão – de acordo com a qual seria lícito o emprego do direito romano – era aquela decorrente do *uso moderno* emprestado pelas nações iluminadas ao direito romano.

A respeito do tema, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 353-386; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro* in M. CAETANO – J. C. MOREIRA ALVES - C.do COUTO E SILVA e M. J. de ALMEIDA COSTA, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 103-125; N. E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pp. 479-492; L. CABRAL DE MONCADA, *O <<século XVIII>>* cit. (nota 06), pp. 83-126; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno – 1ª parte*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 25-75; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno – 2ª parte*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 245-436.

⁹ A primeira edição do *Verdadeiro Método de Estudar* foi publicada em 1746, na cidade de Valencia, sob o pseudônimo Barbadinho da Congregação da Itália (cf. reprodução do frontispício original da obra na terceira edição, L. A. VERNEY, *Verdadeiro Método de Estudar, para ser útil à República, e à Igreja; proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal*, 3ª ed., Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1949, p. XLVII).

Sobre a importância de Luís António Verney no panorama do desenvolvimento do iluminismo português de meados do século XVIII, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Um “iluminista” português do século XVIII: Luís António Verney* in *Estudos de História do Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950, pp. 1-152.

excessivo valor que se atribuía ao direito romano e a algumas de suas principais fontes secundárias, como a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo – além dos demais integrantes da *communis opinio doctorum*¹⁰.

A Lei de 18 de agosto de 1769 construiu um limite à atuação do direito romano pelos tribunais portugueses a partir do conceito de *boa razão*, que havia sido explorado pela primeira vez nas Ordenações Manuelinas de 1521, para servir então como justificativa à autoridade intrínseca daquele direito. Na disposição pombalina, a “conformidade à boa razão” correspondia a um limite vago, cuja aferição só se tornaria possível por meio do estabelecimento de um critério (regra) mais eficiente, definido em 1772 pelos Novos Estatutos da Universidade de Coimbra¹¹.

Com a reforma pombalina ocorre a substituição da *communis opinio doctorum* por um novo processo de revelação do direito vigente, pautado na revalorização do direito pátrio, na utilização subsidiária do direito das nações ilustradas, além da supérstite atuação do direito romano, submetida agora ao crivo do *usus modernus pandectarum*.

É neste cenário jurídico-intelectual de reformulação que o pensamento jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS será forjado. Deste ambiente dimanam aspectos importantes, tais como a valorização da história do direito português no ensino das carreiras jurídicas; a implementação do método sintético-compendiário (em detrimento do método analítico herdado da escolástica medieval); o estudo do direito romano moderno (praticado pelas nações civilizadas); a captação de um direito das gentes de índole universalista; a valorização simultânea dos postulados empiristas e racionalistas absorvidos do iluminismo jurídico português. O influxo destes matizes pode ser constatado em toda a sua produção, e inclusive, na *Consolidação das Leis Civis*.

A influência das referidas idéias iluministas sobre a personalidade de A. TEIXEIRA DE FREITAS vai se dar sob quatro formas principais: a produção dos principais

¹⁰ A respeito de sua posição quanto à praxe dos tribunais de seu tempo, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Conceito e Função da Jurisprudência segundo Verney* in *Boletim do Ministério da Justiça* 14 (1949), p. 5-24.

¹¹ Destacando a situação de incerteza gerada pela instituição do novo critério, assim se manifesta J. H. CORREIA TELLES: “havendo como ha em Direito tantas controversias, e hum Codigo de Leis tão insufficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras conhecidas outro-sim por defeituosas, e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes Doutores, reconhecidos por melhores: do que deixar as decisões no arbitrio da *boa rasão*!” (*Commentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769* (reprodução fac-similar) in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 3 (1978), p. 379.

juristas portugueses anteriores à promulgação do Código Civil de 1867; as obras dos romanistas reputados expoentes do *usus modernus pandectarum*; as leituras de caráter filosófico realizadas pelo autor (particularmente a de G. W. F. von LEIBNIZ); finalmente, a consideração dos principais códigos civis promulgados ao tempo da edição de sua obra – particularmente no que toca à *Consolidação das Leis Civis*.

A doutrina portuguesa em voga, e freqüentemente referida pelo autor, é aquela encabeçada por nomes como os de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis¹², M. de ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO)¹³, M. BORGES CARNEIRO¹⁴, J. H. CORREIA TELLES¹⁵ e M. A. COELHO DA ROCHA¹⁶.

O uso moderno do direito romano se mostra presente em sua obra, sendo constante o recurso a romanistas dentre os quais se destacam, por exemplo, J. L. E. ORTOLAN e A. M. DU CAURROY¹⁷ – ao mesmo tempo em que são destacadas as restrições metodológicas estipuladas pela Lei da Boa Razão e pelos Novos Estatutos da Universidade de Coimbra. Note-se que o autor emprega especial deferência ao se dirigir a F. MACKELDEY¹⁸ e a F. K. von SAVIGNY¹⁹.

O acompanhamento dos códigos paulatinamente promulgados com o decurso do século XIX é feito pelo autor ao longo de sua análise. Com efeito, alguns dos principais trabalhos desenvolvidos por juristas franceses a pretexto do comentário às disposições do Código de 1804 – aí compreendidas as obras de J. MALEVILLE²⁰, R. T. TROPLONG²¹, A. DURANTON²² e do alemão K. S. ZACHARIAE von Lingenthal²³ – foram

¹² *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*, trad. port. de Miguel Pinto de Meneses, *Instituições de Direito Civil Português* in *Boletim do Ministério da Justiça* 173/175.

¹³ *Notas de uso pratico e criticas adições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1863; *Colecção de dissertações jurídico praticas em suplemento às notas ao livro terceiro das instituições do dr. Pascoal José de Mello Freire*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884.

¹⁴ *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, Typographia António José da Rocha, 1837.

¹⁵ *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado às Leis e Costumes da Nação Portugueza; para servir de subsídio ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1853.

¹⁶ *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886.

¹⁷ J. L. E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, 6ª ed., Paris, Plon, 1857; DU CAURROY, A. M., *Institutes de Justinien*, 8ª ed., Paris, Gustave-Thorel, Libraire-Editeur, 1851.

¹⁸ *Manuel du droit romain*, 3ª ed., Bruxelles, Societè Typographique Belge, 1846.

¹⁹ *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. it. de Vittorio Scialoja, *Sistema di diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886.

²⁰ *Analyse raisonnee de la discussion du code civil*, Paris, Garnier, 1807.

²¹ *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, 3ª ed., Paris, Charles Hingray, 1859.

²² *Cours de droit français suivant le code civil*, Paris, Alex-Gobelet, 1834.

²³ *Handbuch des Franzoesischen Civilrechts*, trad. fr. por Gabriel Massé e Charles Vergé, *Le Droit Civil Français*, Paris, Auguste Durand, 1854.

estudados e consultados pelo autor, influenciando a conformação de seu peculiar sistema de direito civil, estabelecido na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*.

I.3. Estrutura interna da Consolidação das Leis Civis.

A *Consolidação das Leis Civis* se divide em duas partes: a primeira corresponde à sua *Introdução*, texto de pouco mais de duzentas páginas a que se refere A. TEIXEIRA DE FREITAS como parte teórica ou científica, em que estão compreendidas algumas das principais inovações pretendidas pelo autor – levadas à sua forma mais aprimorada no *Esboço* do Código Civil e na Carta dirigida ao Ministro de Estado dos Negócios da Justiça em 20 de setembro de 1867.

A segunda parte da obra (a *Consolidação das Leis Civis* propriamente dita) compreende o trabalho de consolidação em si, para cuja feitura o jurista havia sido contratado. Abrange a parte material do trabalho, e tem em si própria a prova de sua cuidadosa elaboração – seja pelo conteúdo das disposições produzidas, seja pela fidelidade da transposição em relação às fontes originais, seja ainda pelo estilo adotado em sua redação²⁴.

A finalidade principal da parte prática é a de simplificar o quadro das fontes do direito civil em vigor no Brasil no ano de 1855. Destinada tão somente ao patamar de etapa preparatória à grande obra do Código Civil Brasileiro, a obra superou as expectativas de todos, tornando-se marco miliário na evolução do direito civil brasileiro²⁵.

²⁴ Estes, pois, os critérios apresentados por A. TEIXEIRA DE FREITAS para a avaliação sobre a boa ou infeliz execução da parte prática (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVII).

²⁵ Cabe destacar a observação de O. GOMES sobre o papel da *Consolidação das Leis Civis* no panorama de evolução do sistema das fontes do direito civil luso-brasileiro: “em vista do estado caótico da legislação, o Governo imperial incumbiu a Teixeira de Freitas, em 15 de fevereiro de 1855, a consolidação das leis civis, com a obrigação de coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Brasil. A natureza e a marcha da ingente tarefa foram bem compreendidas pelo jurista encarregado de realizá-la. Tratava-se de mostrar o último estado da legislação, reduzindo a proposições claras e sucintas as disposições em vigor, com citação, em nota correspondente, da lei que autorizava cada preceito, ou declaração de costume que estivesse estabelecido contra ou além do texto. O objetivo era, claramente, a elaboração do trabalho preparatório da codificação. No consenso dos civilistas, a obra excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro. Não interessa, nesta oportunidade, ratificar encômios unânimes ao seu valor, mas, tão só, mostrar que, por seu intermédio, o direito português conservou-se no Brasil. Foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros. Admirável síntese da obra do passado, a Consolidação das leis Civis condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcaça das Ordenações valetudinárias” (*Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 11-12). Um dos exemplos da preservação da tradição jurídica luso-brasileira será abordado no capítulo IV deste estudo.

I.4. A *Introdução à Consolidação das Leis Civis*.

A parte teórica da *Consolidação das Leis Civis* (consistente em sua respectiva *Introdução*) foi repartida por seu autor em seis seções fundamentais: a primeira, sem título, que poderíamos considerar uma introdução à própria *Introdução*; a segunda, na qual é analisado o sistema do direito civil contemporâneo, apontando-se seus principais pontos negativos (*actual systema do direito civil*); logo depois, são explicitadas algumas noções fundamentais, dentre as quais ganhará relevo a contraposição entre as eficácias pessoal e real dos direitos (*noções fundamentaes*); a quarta parte corresponderá à aplicação dos princípios estabelecidos na seção anterior (*aplicação de principios*); na penúltima parte, por sua vez, será evidenciada a utilidade da aplicação de tais princípios (*importancia pratica*); finalmente, a última seção encerra um estudo sobre a vinculação dos institutos de direito civil à civilização moderna (*relações economicas*).

Há que se observar que a obra inteira (parte teórica e parte prática) está fundada em uma dicotomia estabelecida entre os conceitos de *direito real* e de *direito pessoal*. De fato, a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS não pode ser satisfatoriamente compreendida se não forem adequadamente avaliados o sentido e o alcance destes conceitos bastante caros ao autor. A terminologia técnica adotada apresenta um significado particular que não pode ser completamente absorvido sem que seja feito um prévio esforço de imersão no *sistema* de direito civil delineado pelo autor²⁶.

Este *sistema* foi distintamente retratado pelo autor em ao menos três oportunidades, representadas pelos índices (tábuas de matérias) acostados à *Consolidação das Leis Civis* e ao *Esboço do Código Civil*, aos quais se deve acrescentar o plano definido na Carta de 20 de setembro de 1867. Todavia, não se pode descurar que é na dicotomia estabelecida na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* que encontramos a pedra fundamental sobre a qual tal arcabouço ideológico foi progressivamente construído²⁷.

²⁶ A importância da dicotomia para a compreensão de todo o sistema construído por A. TEIXEIRA DE FREITAS foi posta em relevo pela Comissão encarregada da análise da *Consolidação das Leis Civis*: “a *Introdução*, que precede a *Consolidação*, é um bello epílogo do Direito Civil; historica e profunda quanto ao preterito, rica de idéas e de elementos quanto ao futuro ou *de constituendo*, brilha e domina nella um pensamento capital, e vem a ser a differença dos *direitos reaes* e *pessoaes*; differença que, na phrase bem cabida de que o autor se serve, é a chave de todas as relações civis. No sentido dessa differença, que o autor assigna com clareza, e deduz logicamente das relações da vida civil, o methodo adotado quanto á divisão das materias que a *Consolidação* comprehende” (cf. *Relatório* cit. (nota 04), pp. XX-XXI). Por uma das principais críticas da dicotomia defendida por A. TEIXEIRA DE FREITAS, cf. L. R. PEREIRA, *Direitos de familia*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1869, pp. V-XI.

²⁷ As tábuas de matérias da *Consolidação das Leis Civis* e do *Esboço do Código Civil* evidenciam não apenas a absorção da idéia de parte geral pela ciência jurídica nacional, como também a repartição da parte especial

A estruturação sistemática proposta por A. TEIXEIRA DE FREITAS se fundamenta em um critério de constatação da presença ou ausência de uma *actio in rem* que enseje a tutela de cada direito. Nos próprios termos empregados pela comissão que recomendara a aprovação da *Consolidação das Leis Civis*, observou-se que “afetar o objeto da propriedade sem consideração a pessoa alguma, segui-lo incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor: eis o efeito constante do direito real, eis o seu caráter distintivo”²⁸.

O método de abordagem do sistema jurídico proposto por A. TEIXEIRA DE FREITAS inova quando comparado às propostas tanto de G. W. F. von LEIBNIZ como de F. K. von SAVIGNY: enquanto ambos tomam as categorias dos fatos jurídicos como pedra angular de seus respectivos sistemas, A. TEIXEIRA DE FREITAS elege a contraposição entre as eficácias pessoal e real dos direitos subjetivos como divisão de entrada de seu próprio sistema²⁹.

de acordo com a eficácia (real ou pessoal) dos direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento jurídico aos sujeitos de direito (cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Apêndice à Consolidação* cit. (nota 04), pp. 115-116; *Esboço do Código Civil*, 3ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1983, pp. LXIII-LXXI (volume I) e pp. V-XIV (volume II)).

O plano delineado na Carta dirigida ao Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça, em 20 de setembro de 1867, embora em estágio inicial de desenvolvimento, já estabelecia que o Código Civil deveria ser dividido em três livros: um primeiro, concernente ao gênero efeitos civis; o segundo e o terceiro, respectivamente dedicados aos preceitos relativos aos direitos pessoais e aos direitos reais (cf. *Carta de Teixeira de Freitas de 20 de setembro de 1867 ao Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça* Conselheiro Martim Francisco Ribeiro de Andrada in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 1 (1977), p. 365).

²⁸ Cf. *Relatório* cit. (nota 04), p. XXV.

²⁹ Observe-se que o autor não descarta a importância da distinção quanto às categorias dos fatos jurídicos, discordando, no entanto, quanto à centralidade emprestada ao critério adotado. Esta posição primeira, em sua opinião, deveria ser ocupada pela distinção entre as eficácias dos direitos subjetivos: “é com razão, que Leibnitz procurou tirar da diferença dos direitos todas as divisões da ciência das leis. Mas os direitos não diferem somente sob o ponto de vista das causas, que os produzem. Direitos, que apresentam a maior semelhança, podem derivar de causas diferentes; ao passo que a mesma causa pode produzir direitos, que não têm entre si a menor analogia” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. L-LI).

O sistema de G. W. F. von LEIBNIZ se estrutura na diferenciação a respeito das causas dos direitos (fatos jurídicos), tendo o autor reconhecido cinco causas elementares: a natureza, a convenção, a posse, a sucessão e o delito. Em outra oportunidade nos ocuparemos da análise que a questão comporta.

É necessário que se destaque que F. K. von SAVIGNY divide seu *Sistema de direito romano atual* em apenas três livros: “fontes do direito romano atual”, “as relações jurídicas” e “império das regras de direito sobre as relações jurídicas”.

A centralidade do conceito de relação jurídica no sistema de F. K. von SAVIGNY é indiscutível; para afirmar tal fato não é preciso ler uma única linha do texto, mas tão somente percorrer o índice da obra. Sua leitura denuncia, ainda, que o segundo livro, dedicado ao estudo das relações jurídicas, se divide em quatro capítulos: essência e espécies de relações jurídicas; as pessoas como sujeitos das relações jurídicas; nascimento e extinção das relações jurídicas; e, finalmente, violação de direitos.

O terceiro capítulo, cujo objeto é o nascimento e a extinção das relações jurídicas, está por sua vez dividido em seis seções: as sucessões, os atos voluntários, as declarações de vontade, o contrato, a doação e o tempo nos fatos jurídicos. Aqui se percebe, pois, que a chave do sistema de F. K. von SAVIGNY está no conceito de relação jurídica. Contudo, a pedra fundamental de sua abordagem está na consideração dos *fatos jurídicos* em

Obviamente que A. TEIXEIRA DE FREITAS não criou a distinção entre eficácia real e eficácia pessoal dos direitos. Contudo, a posição central que lhe emprestou quando da estruturação de seu particular sistema faz com que sua obra possa ser considerada ao menos precursora, no direito brasileiro, de uma análise do direito privado a partir da eficácia dos direitos subjetivos. Não nos parece simples coincidência a observação sobre Augusto Teixeira de Freitas feita por 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”³⁰.

Para a concepção deste seu modelo de estruturação do sistema jurídico, A. TEIXEIRA DE FREITAS fez recurso a estudos de diversas naturezas, utilizando-se largamente, por exemplo, da obra de G. W. F. von LEIBNIZ³¹. A liberdade de pensamento resguardada pelas reformas pombalinas libertava-o das amarras impostas à doutrina tradicional, como no que concerne à divisão romanística dos direitos a partir de sua vinculação às pessoas, às coisas e às ações³².

sentido amplo, causas das relações jurídicas e dos direitos, fazendo-os nascer ou cessar (cf. *System* cit. (nota 18), *passim*).

³⁰ Cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. XXII-XXIII. Há que se reparar o erro do autor quando faz alusão a livro que versaria sobre os “efeitos civis” após o tratamento das causas (pessoas, bens e fatos jurídicos). De fato, em sua carta de 20 de setembro de 1867 dirigida ao Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, 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.

Os efeitos civis, pois, 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).

³¹ “Para achar, porém, os limites do Direito Civil; e a norma da exposição das materias, que lhe pertencem; recorremos á estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espirito procurámos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. XXXVI-XXXVII).

³² Este será o objeto de grande parte da crítica lançada na segunda parte da *Introdução*, intitulada *actual systema do direito civil* (*Consolidação* cit. (nota 03), pp. XL-XLVIII).

I.5. Preservação da tradição jurídica luso-brasileira na Introdução à Consolidação das Leis Civis.

Se por um lado a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS evidencia um caráter sensivelmente inovador – sobretudo através da estruturação particular conferida a seu sistema de exposição do direito privado – pode-se divisar na própria *Introdução à Consolidação das Leis Civis* uma forte tendência conservadora. Daí o título deste trabalho, tomando-se o autor não apenas como o mais inovador de todos os nossos juristas, mas como um dos principais elementos de preservação da tradição jurídica luso-brasileira³³.

Em contrapartida às inovações sistemáticas, a *Introdução à Consolidação das Leis Civis* consubstancia elementos de conservação da tradição jurídica luso-brasileira: vinculada a uma sociedade em que a propriedade latifundiária apresentava grande importância, em todo o conteúdo de sua obra se reflete a posição central ocupada pela propriedade, particularmente a imobiliária³⁴.

A perspectiva dogmática sustentada pelo autor a respeito da escravidão é diametralmente contrária à sua inclinação pessoal acerca da instituição. Aliás, sua posição foi sintetizada em trecho da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* em que o autor destaca sua repulsa ao “correlativo odioso” do estado de liberdade³⁵. Contudo, em polêmica havida com Caetano Alberto Soares na época em que redigia a *Consolidação*, o autor declarou que o filho de escrava manumissa em testamento (com cláusula de servir a herdeiro ou legatário enquanto este vivesse) era escravo. Aqui se tem um exemplo da intransigência dogmática que caracterizou a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas³⁶.

³³ O aspecto inovador da obra de Augusto Teixeira de Freitas pode ser exemplificado pela primeira versão em texto legal de uma *parte geral*, orientação que seria acolhida por codificações posteriores que se utilizaram consciente ou inconscientemente de sua obra legislativa; da mesma forma no que concerne à distinção entre negócios jurídicos e participações de vontade (a partir dos efeitos respectivamente *ex voluntate* e *ex lege*) explorada no *Esboço do Código Civil*.

Contudo, é na distinção entre *direitos pessoais* e *direitos reais*, a partir da eficácia jurídica decorrente de cada categoria de direito subjetivo, que residirá a principal inovação sistemática proposta por Augusto Teixeira de Freitas. Não necessariamente como criação, porém como ganho de perspectiva da análise científica do direito civil brasileiro.

³⁴ Esta observação mereceu destaque no próprio relatório apresentado pela comissão encarregada da análise do texto da *Consolidação das Leis Civis* (cf. *Relatório* cit. (nota 04), p. XXV).

³⁵ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVII.

³⁶ Em carta dirigida ao Instituto dos Advogados Brasileiros o autor esclareceu que: “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”.

Contudo, o momento em que A. TEIXEIRA DE FREITAS evidencia todo o seu respeito pela tradição jurídica luso-brasileira – tributária do renascimento do direito justiniano na segunda metade do século XIII – é aquele em que declara sua aversão à transferência da propriedade independente de ato específico de translação de domínio (negócio de transmissão). Nisso, se mostra contrário à solução adotada pelo Código de Napoleão e posteriormente acolhida em Portugal por J. H. CORREIA TELLES em seu *Digesto Português*³⁷. Razão pela qual sua posição a respeito do tema acabará por perenizar, no Brasil, uma tradição jurídica renegada por Portugal em 1867, com a promulgação do Código Civil elaborado por V. de SEABRA³⁸.

O pensamento jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS, como já dito, foi forjado em um ambiente jurídico onde se destacavam figuras como P. J. de MELLO FREIRE dos Reis³⁹, M. de ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO)⁴⁰, M. BORGES CARNEIRO⁴¹, J. H. CORREIA TELLES⁴² e M. A. COELHO DA ROCHA⁴³. Desta feita, percebe-se que a *Consolidação das Leis Civis* corresponde ao produto da mentalidade típica do apogeu do iluminismo jurídico português, consubstanciado no *usus modernus pandectarum*.

³⁷ A crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS é assim lançada ao jurista português: “a primeira destas Obras, que seu autor considerou uma collecção de materias para o Codigo Civil de Portugal, não apresenta na distribuição e série de seus artigos ordem alguma, que se possa racionalmente justificar. O illustre jurisconsulto renegou os precedentes da legislação do seu paiz, esposando as idéas do Código Civil Francês, dispensando a tradição para a transferencia do dominio, e quasi destruindo a differença dos *direitos reaes* e *direitos pessoaes*, cuja distinção estabelecêra ao encetar sua codificação” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. LVIII-LIX). Atente-se ao emprego do termo “racionalmente” utilizado pelo autor, e que em outra oportunidade será objeto de reflexão.

³⁸ Exatamente neste sentido, a observação de G. BRAGA DA CRUZ é pertinente: “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 Napoleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa” (*Formação* cit. (nota 08), pp. 67-68).

³⁹ *Institutiones* cit. (nota 12).

⁴⁰ *Notas* cit. (nota 13).

⁴¹ *Direito civil* cit. (nota 14).

⁴² *Digesto* cit. (nota 15).

⁴³ *Instituições* cit. (nota 16).

A fase seguinte da história do direito português teve seu respectivo início na terceira década do século XIX⁴⁴. Suas idéias liberais encontraram um Brasil recém-independente, que parece ter restado incólume à influência estrangeira (particularmente francesa) sentida de modo tão profundo por Portugal, tal qual se pode entrever em seu Código Civil de 1867, particularmente no que respeita à eficácia *real* do contrato de compra e venda.

A crítica feita por Augusto Teixeira de Freitas a Visconde de Seabra, aliás, revela quão distante passou a estar Portugal de sua tradição jurídica construída desde o século XIII⁴⁵.

Diante de tal desvio experimentado pelo direito civil português em relação à tradição jurídica lusitana, à qual o direito brasileiro se manteve fiel, a figura de Augusto Teixeira de Freitas ocupa posição central no panorama da preservação da tradição jurídica luso-brasileira. Um papel que pode ser depreendido da própria *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, particularmente no que respeita à sua intransigente posição quanto à distinção entre *título* e *modo* de aquisição do direito de propriedade⁴⁶.

⁴⁴ A fase seguinte da evolução da história do direito português é majoritariamente conhecida por fase do *individualismo crítico* ou *filosófico*. Tal designação tem origem em obra de L. CABRAL DE MONCADA, para a qual se remete o leitor (cf. *Origens do Moderno Direito Português* in *Estudos de História do Direito II*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1949, pp. 55-56).

⁴⁵ Apenas por um trecho elucidativo do teor da crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS ao então Projeto de Código Civil de autoria do V. de SEABRA, leia-se: “com um golpe de pena pois derrubou todo esse venerando monumento da Legislação Portuguesa, renegou todos os precedentes da Nação para que legislava, subverteu o fundamental pensamento de todas as legislações do mundo desde o Direito Romano até as codificações mais recentes, e fabricou um terrífico aparelho, qual Minerva armada ao sair da cabeça de um Júpiter. Se esse Projeto tiver de ser adotado, a confiança fugirá de Portugal, o comércio será impossível, e todas as relações da vida trocar-se-ão em provanças de um cruel despotismo legislativo” (*Nova Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1859, p. 199).

⁴⁶ *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 188-189.

II. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: A *CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS* NO PANORAMA DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO PRIVADO LUSO-BRASILEIRO.

II.1. *Plano do capítulo.*

A contextualização histórica pretendida no presente capítulo tem por única finalidade tornar explícito o ambiente intelectual em que a *Consolidação das Leis Civis* de A. TEIXEIRA DE FREITAS foi elaborada.

Observe-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS, logo no início da *Introdução* à obra referida, faz uma observação importante acerca da insuficiência das Ordenações Filipinas como instrumento de regulamentação da vida civil em Portugal, bem como da repercussão da Lei de 18 de agosto de 1769 (a que faremos alusão pormenorizada logo adiante): “*nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Fillipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio. Tambem não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a colligir e ordenar o Direito Patrio. Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavam copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores. Essa franqueza, que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de – boa razão –; o outro subsídio dos – estilos, e costumes –; tudo concorreu para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As coisas têm chegado á tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribúem para tão desagradavel situação*”⁴⁷.

⁴⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XXXII-XXXIII. Ao analisar a *Introdução* à *Consolidação das Leis Civis* e o método ali empregado, S. SCHIPANI já informava sobre a oportunidade de um estudo atento do tema, conjugado com a abordagem das reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito: “mi pare che possa essere interessante approfondire ulteriormente in che misura gli strumenti metodologici usati costituiscano anche una linea di apertura alla permanente presenza della totalità del sistema, altresì nella sua estensione temporali nei confronti del suo *principium* (D. 1, 2, 1), e del ruolo di questo” (cf. *Il “méthodo didáctico” di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 537-542).

A situação a que faz alusão A. TEIXEIRA DE FREITAS é resultado direto de um conjunto de reformas da aplicação e do ensino do Direito em Portugal, implementadas durante a segunda metade do século XVIII, as quais foram tomadas, assim, como eixo central de nossa análise histórica preliminar. Implantadas durante o consulado de Sebastião José de Carvalho e Melo, então Conde de Oeiras e mais tarde Marquês de Pombal, tais reformas inauguram a fase do *iluminismo jurídico* português, que tão somente se encerrará ao final do primeiro quartel do século XIX.

Como se observará ao longo da exposição, tal processo de reformulação do sistema das fontes do direito português teve como um de seus protagonistas o direito romano aplicado em subsídio às Ordenações Filipinas, de conformidade com dispositivo específico contido em seu respectivo Livro III.

Em decorrência de um alegado abuso quanto à aplicação do direito romano em detrimento da própria legislação pátria, foi reestruturado o sistema das fontes do direito subsidiário português, ao mesmo tempo em que se redirecionou o ensino jurídico praticado na Universidade de Coimbra (no ano de 1772).

Setores específicos do direito privado foram diretamente atingidos pelo despontar desta nova fase do pensamento jurídico português; peculiaridades deste momento da História do Direito de Portugal podem ser apontadas, e o serão em lugar adequado. Contudo, desde logo é importante assinalar que o acatamento aos novos métodos de investigação e de exposição do Direito será tão expressivo, que poderemos avistar algumas daquelas características na obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS ora submetida a exame.

Como veremos ao final deste capítulo, a Proclamação da Independência do Brasil coincide com o alvorecer do *individualismo crítico* em Portugal, tal como designado por L. CABRAL DE MONCADA. Alguns aspectos desta nova fase da evolução histórica do direito lusitano não serão compartilhados pela historiografia jurídica da nação recém-independente, graças, inclusive, aos sólidos princípios defendidos por A. TEIXEIRA DE FREITAS em sua *Introdução à Consolidação das Leis Civis*.

Compreendidas as sobreditas reformas como uma reação à amplitude exagerada com que foram aplicados os textos das Leis Imperiais em suprimimento ao direito das *Ordenações*, torna-se evidente a razão de se tomar a evolução do direito romano em Portugal como respectivo fio condutor desta exposição.

Na manipulação desta evolução do direito romano em Portugal, em um primeiro momento será efetuado um apanhado a respeito das principais fontes do direito lusitano que sofreram a influência do direito romano *vulgar* e sobre a paulatina recepção do direito romano justinianeu em Portugal, caracterizada pelo incremento gradual da atividade legislativa do monarca, sobretudo a partir do reinado de D. Afonso III.

Em seguida serão mencionadas as primeiras fontes em que se estribou a chegada do direito de Justiniano em Portugal, por meio da legislação e da doutrina castelhanas.

Logo depois será feita referência a alguns dos principais fatos que apontam para a recepção direta das fontes romanas pós-clássicas, com destaque tanto para a criação do Estudo Geral de Lisboa, como para alguns documentos específicos, como a Provisão de 13 de Abril de 1361, o Alvará de 19 de Abril de 1425, a *Carta de Bruges* e a Carta Régia de 18 de Abril de 1426.

Da análise de tais documentos ficará demonstrado de que modo foram utilizadas a *Glosa* de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo como instrumentos auxiliares do estudo e da aplicação do direito romano justinianeu. Uma vez evidenciadas a presença e a importância de tais autores no panorama do renascimento das Leis Imperiais, a abordagem sofrerá, então, um necessário desvio, em decorrência da nova *função* e das novas *dimensões* conferidas ao conjunto pelas Ordenações Afonsinas.

Com a promulgação das Ordenações de 1446, o estudo da evolução do direito romano no panorama das fontes do direito português passa a ser feito sob a perspectiva específica do *direito subsidiário*. Sujeito a regulamentações sucessivas com a edição das Ordenações Manuelinas (de 1521) e Filipinas, o instituto vai ser o alvo predileto, como acima já foi dito, da animadversão iluminista em 1769.

Observe-se que o estudo tanto da recepção do direito justinianeu em Portugal, quanto da disciplina conferida ao direito subsidiário pelas Ordenações do Reino de Portugal, tem a finalidade específica de denunciar a origem dos dois flancos principais contra os quais se dirigiram as reformas empreendidas pelo Marquês de Pombal: o valor conferido à *Glosa*, aos *Comentários* e à *communis opinio doctorum* em geral; e a aplicação do direito romano com fundamento na disciplina do *direito subsidiário*, tal como sucessivamente estabelecido nas Ordenações de 1446, 1521 e 1603.

Antes de se esmiuçar os principais veículos utilizados nestas reformas da segunda metade do século XVIII, será necessário destacar a importância de Luís António Verney na instalação do iluminismo em Portugal, com a publicação de seu *Verdadeiro Método de Estudar* no ano de 1746. Feita a referida apresentação, serão abordados os dois principais mecanismos legais utilizados pelo Marquês de Pombal (repita-se, então Conde de Oeiras) para a reformulação da jurisprudência, da prática e do ensino jurídicos: a Lei de 18 de Agosto de 1769 e os Estatutos Novos da Universidade de Coimbra de 1772.

Explica-se, assim, a estrutura a ser seguida ao longo da contextualização pretendida, ao menos no que tange à historiografia jurídica lusitana. Todavia, encerrado o ciclo exclusivamente lusíada da formação do moderno direito privado brasileiro, teremos ocasião de compreender a relevância do complexo formado pela Lei de 20 de Outubro de 1823 e pela *Consolidação das Leis Civis* como mecanismos de sustentação do *iluminismo jurídico* no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916.

A partir de tal análise teremos como compreender de que *forma* a *Consolidação das Leis Civis* perpetuou a tradição jurídica lusitana no Brasil; já no que diz respeito ao *método* e ao *resultado* deste esforço – como já afirmamos – estes aspectos serão objeto dos capítulos terceiro e quarto deste estudo.

II.2. O direito romano no sistema das fontes do Direito Civil português antes das reformas pombalinas da aplicação e do ensino do Direito.

A promulgação das Ordenações Afonsinas assinala um desvio quanto à utilização do direito romano em Portugal. Este monumento legal simultaneamente *consolida* o emprego do direito romano justinianeu (em detrimento das fontes do direito romano vulgar) e *assinala* a readequação deste sistema no panorama jurídico lusitano: o emprego das Leis Imperiais passa a observar a supremacia da Legislação Pátria (plano hierárquico), ao mesmo tempo em que sua aplicação passa a ser efetuada em subsídio, tão somente, dos preceitos decorrentes do novo código (aspecto funcional)⁴⁸.

⁴⁸ A preferência do direito romano sobre a legislação pátria é posta em relevo por G. BRAGA DA CRUZ, que destaca o fato de “se reconhecer necessário, por vezes, afastar *expressamente* o estatuído pelas leis romanas, para fazer valer o direito nacional” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 262, nota). No mesmo sentido, J. A. DE FIGUEIREDO (*Sobre qual foi a Epoca certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade, que entre nós adquirio. Por cuja ocasião se tracta toda a importante matéria das Ord. Liv. III, tit. 64 in Memórias de Litteratura Portuguesa I*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, 1792, pp. 279-280) e H. da GAMA BARROS (*História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV I*, 2ª ed., Lisboa, s.e., 1945, pp. 120-123).

Esta é a razão, pois, para que as Ordenações Afonsinas sejam utilizadas como elemento divisório da primeira etapa da evolução histórica do direito romano em Portugal, antes que seja dado início ao estudo efetivo do impacto das idéias iluministas divulgadas por Luís António Verney na primeira metade do século XVIII.

II.2.1. A influência do direito romano justinianeu em Portugal antes das Ordenações Afonsinas.

Antes da edição das *Ordenações Afonsinas*, a influência do direito justinianeu em Portugal há de ser avaliada em três períodos distintos: um primeiro momento no qual prevalecem as Leis Gerais e o direito foraleiro, em que se perceberá um contato praticamente inexistente com as Leis Imperiais – muito embora não falem partidários da idéia de um pré-renascimento deste direito na Península Ibérica ainda no século XII⁴⁹.

Em seguida, poderemos vislumbrar um primeiro contato com o direito do *Corpus Iuris Civilis*, mediado por obras de cunho legislativo e doutrinário do direito castelhano.

Por fim, teremos em mira uma fase em que a abordagem das Leis Imperiais é feita de modo direto, a partir da criação do Estudo Geral de Lisboa, da adoção do *Codex*, da *Glosa* e dos *Comentários* (bem como do surgimento de suas primeiras traduções ao português). É nesta última fase, em que já existe contato direto com as fontes do direito justinianeu e com as suas mais bem reputadas fontes secundárias, que perceberemos o papel desempenhado por Acúrsio e por Bártolo no momento imediatamente anterior à primeira codificação do direito português. Este o objetivo, pois, desta primeira etapa de nosso estudo preliminar: demonstrar de que forma Acúrsio e Bártolo ingressam no cenário

⁴⁹ Mesmo M. J. de ALMEIDA COSTA chega a defender a idéia de que o ingresso do direito romano justinianeu em Portugal pode ser entrevisto ainda no século XII (*Para a história da cultura jurídica medievá em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* XXXV (1959), pp. 254). Com efeito, além da influência desempenhada pelo Código Visigótico na construção do direito romano vulgar (cf. A. CAETANO DO AMARAL, *Sobre a Fôrma de Governo, e Costumes dos Póvos que habitaraõ o terreno Lusitano, desde os primeiros tempos conhecidos, até ao estabelecimento da Monarquia Portuguesa* in *Memorias da Litteratura Portuguesa I*, Lisboa, Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1792, *passim*) é objeto de discussão a influência do direito romano justinianeu na formação gradativa dos costumes locais – por exemplo os *Usatges* de Barcelona e a *Collectio Caesaraugustana* de Saragoça, ambos surgidos entre os séculos XI e XII.

jurídico português, para serem “expulsos” na segunda metade do século XVIII pelas reformas do Marquês de Pombal⁵⁰.

II.2.1.1. As cúrias, as cortes e os *fueros*. O processo legislativo de D. Afonso III.

O sistema jurídico do Estado Português recém-independente não foi forjado de modo abrupto, mas com base no aproveitamento seja das fontes que lhe foram legadas pela Monarquia Leonesa, seja ainda dos resultados das primeiras incursões de estudantes lusitanos nos principais centros de estudo existentes na Europa⁵¹.

Pode-se dizer que as reuniões solenes (Cúrias ou Cortes) de Leão (1017), Oviedo (1055) e Coiança (1115), desempenham um papel de relevo na primeira história do direito português, principalmente em decorrência do caráter *geral* ostentado pelas suas principais deliberações. As Leis Gerais produzidas ao longo destas reuniões correspondiam, assim, à prévia implementação de um dos principais elementos característicos do renascimento do direito justinianeu em Portugal: a produção de diplomas

⁵⁰ Como veremos mais adiante, a Lei de 18 de agosto de 1769 utilizou um parágrafo inteiro (§ 13) para desautorizar o emprego da *Glosa* e dos *Comentários* na praxe forense. A respeito, cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentario* cit. (nota 11), p. 379.

⁵¹ A respeito do resultado das primeiras incursões de estudantes lusitanos, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário* cit. (nota 08), pp. 254-256.

Note-se que a questão é relevante, inclusive, para que se possa definir quem é o responsável efetivo pela introdução do direito romano em Portugal. Com efeito, J. A. DE FIGUEIREDO (*Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), p. 271) admite que seu vetor teria sido D. João Peculiar, letrado em direito canônico e em direito romano (observe-se que o autor faz referência também aos Mestres Leonardo e Alberto). Adversário desta tese é T. A. de VILLANOVA PORTUGAL (*Memoria ao Programma, Qual seja a Epocha fixa de introdução do Direito Romano em Portugal; e o grão de autoridade que ele teve nos diversos tempos* in *Memórias de Litteratura Portuguesa V*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, s.d., p. 377) que defende ser o reinado de D. João I a ocasião em que se dá o efetivo ingresso do direito romano no panorama das fontes do direito português.

De qualquer forma, por um confronto das referidas posições cf. J. G. B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio I*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editora, 1973, pp. 50-55.

Destaque-se, finalmente, a existência de numerosos textos em bibliotecas particulares que atestam a formação dos estudiosos portugueses em ambos os direitos (romano e canônico) ainda ao final do século XII (cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *Para a história* cit. (nota 49), pp. 254 e seguintes).

Sobre o período do direito peninsular (que não será objeto de estudo neste trabalho), cf. A. CAETANO DO AMARAL, *Memórias para a Historia da Legislação, e Costumes de Portugal: sobre o Estado Civil da Lusitânia desde a entrada dos Póvos do Norte até á dos Arabes* in *Memorias da Litteratura Portuguesa VI*, Lisboa, Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1796, p. 127-437; A. HERCULANO, *História de Portugal desde o começo da Monarchia até o fim do Reinado de Afonso III*, 4ª ed., Lisboa, Livraria Bertrand, 1875, *passim* [particularmente o tomo I (introdução), e a primeira parte do tomo II (período de 1097 a 1128), p. 132]; J. F. MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910, p. 5-32; M. P. MERÊA, *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948.

promulgados pelo Monarca (centralização do processo de produção legislativa), dotados de uma generalidade típica da última fase da evolução da historiografia jurídica romana⁵².

Os estudantes recém-chegados dos principais centros de estudo europeus, de sua parte, auxiliavam o Monarca em suas mais diversas atribuições administrativas. Quando clérigos, contudo, desempenhavam funções de alto relevo na condução das cátedras episcopais⁵³.

Em decorrência do fluxo constante de intelectuais habilitados em direito comum, percebe-se a paulatina incorporação da influência justinianéia na legislação produzida pelo Estado português. D. Afonso III é responsável pela promulgação de mais de 200 leis gerais, fortalecendo-se a partir de então a idéia de que a lei é o produto da vontade do monarca, constituindo-se a tarefa legislativa em uma atribuição adicional da administração real⁵⁴.

⁵² Por uma análise do relevo das Cortes de Leão, Oviedo e Coiança na história do direito português, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário* cit. (nota 08), pp. 247-249; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 4ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861, p. 32; M. P. MERÊA, *Resumo das Lições de História do Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1925, pp. 54-55; M. CAETANO, *História do direito português (sécs. XII-XVI) seguida de subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI*, 4ª ed., Lisboa, Verbo, 2000, pp. 240-242; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 167-169; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 186-187; B. ANTUNES, *Apontamentos para a cadeira da História do Direito Português*, Coimbra, Livraria Neves Editora, s.d., p. 129.

Quanto às datas atribuídas à *cúria* e aos *concílios* (diferenciados os conceitos de acordo com a autoridade responsável pela convocação, pela matéria tratada e pela incumbência relativa à respectiva sanção), cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 54.

⁵³ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 252-258; J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51), pp. 47-55; M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence d'Accurse dans L'Histoire du Droit Portugais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 41 (1965), pp. 51-53; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 36 (1960), pp. 19-23.

⁵⁴ A atividade legislativa deixa de ser objeto da atuação esporádica das cúrias régias e passa a ser uma significativa atribuição do poder real. Neste sentido, G. BRAGA DA CRUZ destaca que com isso ocorre: “o fortalecimento da idéia de que a lei é um produto *exclusivo* da vontade do monarca (*quod principi placuit legis habet vigorem*) e que, portanto, o exercício da atividade legislativa por parte do rei faz parte do dia-a-dia da administração, sem necessidade do aparato da reunião solene da cúria régia. Legislar, numa palavra, deixa de ser um *acto esporádico*, exercido pelo rei depois de ouvidos solenemente os prelados e nobres do reino, para passar a ser uma *actividade corrente e normal* do exercício da soberania régia (...) a partir de meados do século, com o reinado de D. Afonso III (1248-1279), a actividade legislativa intensifica-se e *individualiza-se* totalmente na pessoa do rei, a quem a cúria, neste domínio, não precisa mais, como antes, de dar *apoio político* (através do aparato duma reunião solene), mas apenas mero *apoio técnico* (em regime de *funcionamento ordinário*)” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 258-261).

Sobre a promulgação das primeiras leis gerais pelos monarcas a partir de D. Afonso III, cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 125-128; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52) p. 344-345; A. M. HESPANHA, *História das Instituições – Épocas Medieval e Moderna*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 490; C. M. de ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis no Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. XVII; L. CABRAL DE MONCADA, <<Tempo>> e o <<Trastempo>> nos Costumes municipais portugueses in *Estudos de História*

Os *foros* e as *cartas de povoação* ocupam papel de destaque nesta primeira fase da história do direito português, pelo fato de refrearem, por meio da consolidação de um direito local perpetuador das peculiaridades regionais, o processo de progressiva centralização instaurado pela proliferação de Leis Gerais⁵⁵.

Se o vigor das fontes do direito local retardou a implementação de uma característica *formal* do direito romano pós-clássico (a generalidade de suas normas), em contrapartida acabou por facilitar a incorporação da *substância* daquele direito, de modo direto ou mesmo de maneira oblíqua⁵⁶.

O estudo da conformação dos *Foros da Guarda* comprova tal afirmação. Em sua estrutura se encontram coligidos o *foro da cidade da Guarda*, os *foros e costumes* locais, a transcrição de leis gerais até o ano de 1273, além da versão portuguesa de três obras do direito castelhano de acentuada importância para nossa investigação: as *Flores de las leyes*, os *Nueve tiempos de los pleitos* e o *Fuero Real*⁵⁷.

do Direito II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1949, p. 16-17; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 240-252 (espec. p. 246), com a descrição das modalidades de deliberações do monarca.

M. J. de ALMEIDA COSTA ressalta que as Leis Gerais de D. Afonso II são promulgadas após a consulta às cúrias régias; a lei como produto direto da vontade do monarca somente surgirá com o reinado de D. Afonso III (*História* cit. (nota 08), p. 193 e 256-259). Pela catalogação mais completa de todas as manifestações legislativas da influência do direito romano justiniano durante o reinado de D. Afonso III, cf. H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), p. 115-121.

Por um tratamento específico do tema das cortes na história do direito português, cf. V. de SANTARÉM, *Memórias para a História, e Theoria das Cortes Geraes que em Portugal se celebrarão pelos Tres Estados do Reino*, Lisboa, Imprensa Régia, 1827.

⁵⁵ Sobre a importância dos forais e dos estatutos municipais como mecanismos de oposição à centralização das fontes do direito, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *Estatutos Municipais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968), pp. 256-258; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Forais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968), pp. 250-255. Tais fontes serão diferenciadas com base em um exemplo apresentado mais adiante, quando tratarmos da composição dos *Foros da Guarda*. Observe-se que o termo *costume* é aqui empregado em sua acepção ampla, envolvendo não apenas seu significado principal (norma jurídica determinada pela prática constante e reiterada de uma dada conduta com a consciência de sua obrigatoriedade), como também a acepção de jurisprudência régia (“costume é em casa de El-Rei...”, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 250, nota 1).

⁵⁶ A incorporação direta do direito justiniano, pela característica da generalidade de suas normas, será adotada nos “*fueros*” por meio da incorporação de Leis Gerais ali catalogadas. De modo oblíquo, quanto ao conteúdo respectivo, a aproximação se dará com a compilação de obras castelhanas utilizadas pelos juizes municipais. A estrutura dos *Foros da Guarda*, como já dito, nos auxiliará a compreender de que modo isso se verifica.

⁵⁷ Nos *Foros da Guarda*, hoje encontrados no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, encontramos (em ordem de disposição): a versão portuguesa das *Flores de las leyes*, a versão portuguesa do *Foral da Guarda* (*fuero breve*), os *foros e costumes* (estatutos municipais do concelho da Guarda), a transcrição de Leis Gerais portuguesas anteriores a 1273, a versão portuguesa dos *Nueve tiempos de los pleitos* e a versão portuguesa do *Fuero Real*.

Destaque-se que a existência de versão em língua portuguesa das *Flores de las leyes*, dos *Nueve tiempos de los pleitos* e do *Fuero Real* denuncia a importância de tais documentos como direito subsidiário aplicável pelos juizes da cidade da Guarda, paralelamente ao *fuero breve*, aos *foros e costumes* da cidade e de considerável número de Leis Gerais do século XIII. Os erros verificados por M. P. MERÊA quanto à tradução portuguesa das *Flores de las leyes* (também conhecidas como *Flores de Derecho*) evidenciam, segundo G.

De fato, estas três fontes do direito castelhano, necessariamente completadas pelas *Siete Partidas*, formam o arcabouço de direito castelhano que serviu de base para a recepção *indireta* do direito justinianeu em Portugal. As duas primeiras, (*Flores de las leyes* e *Nueve tiempos de los pleitos*) de caráter exclusivamente doutrinário, foram elaboradas por Mestre Jácome das Leis, preceptor do Infante D. Afonso. As seguintes (*Fuero Real* e *Siete Partidas*) correspondem a compilações legislativas historicamente atribuídas a D. Afonso X (Afonso o Sábio)⁵⁸.

II.2.1.2. A criação dos Estudos Gerais por D. Dinis. A recepção do direito romano pela magistratura municipal por meio das fontes castelhanas: Mestre Jácome das Leis e D. Afonso X (o Sábio).

A fundação do *Estudo Geral* de Lisboa por D. Dinis (por volta do ano de 1289) corresponde a um acontecimento de vital importância para o renascimento do direito justinianeu em Portugal, na medida em que seus estudantes poderiam então obter o grau em Direito Canônico e Civil sem a necessidade de saírem do país, conforme atesta a bula *De statu regni Portugaliae*, do Papa Nicolau IV⁵⁹.

Com isso, o contato com as fontes do direito pós-clássico romano vai se fazer de modo direto, sem a necessidade da utilização de fontes secundárias de origem castelhana. De maneira que a importância da criação do *Estudo Geral* no processo de

BRAGA DA CRUZ, a popularidade atingida por tais obras (cf. M. P. MERÊA, *A versão portuguesa das “Flores de las leyes”* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 5 (1916), p. 444-457 – texto introdutório; M. P. MERÊA, *Flores de Direito* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 6 (1917), p. 341-371; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário* cit. (nota 08), p. 273-275; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), p. 341).

⁵⁸ As *Flores de las leyes* correspondem a um pequeno manual de direito processual que, segundo a tradição, foi confeccionado por Mestre Jácome das Leis para seu pupilo intelectual, o Infante D. Afonso. A respeito desta e das outras fontes do direito castelhano acima referidas, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 274-275; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 124-125; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 232-236; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 227-232.

A influência das *Siete Partidas* quanto a certos preceitos que se encontram nas Ordenações Afonsinas, foi acentuada por H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), p. 127. No mesmo sentido, cf. J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), p. 285; A. CAETANO DO AMARAL, *Sobre a Forma* cit. (nota 49), pp. 213-214; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 235-236; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 230-232; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), pp. 342-343; B. ANTUNES, *Apontamentos* cit. (nota 52), p. 131.

⁵⁹ G. BRAGA DA CRUZ alude ao fato de que a data de fundação do *Estudo Geral* de Lisboa ainda resta incerta, podendo-se afirmar que tal fato se deu entre 12 de novembro de 1288 (expedição de carta dos prelados de ordens religiosas e igrejas seculares ao Papa Nicolau IV comunicando a destinação das rendas respectivas ao *Estudo Geral* de Lisboa) e a expedição da Bula *De statu regni Portugaliae*, por meio da qual o Papa mencionado determina que nele possam os estudantes obter o grau de licenciados em Artes, em Direito Canônico e Civil e em Medicina (cf. *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 263-265).

recepção do direito justinianeu é tema fora de discussão no âmbito da doutrina especializada⁶⁰.

Entretanto, o domínio da língua latina e o acesso às fontes primárias do direito de Justiniano só se verificam na Universidade recém-criada e nos limites do Tribunal da Corte e de alguns tribunais canônicos. Em razão de tais restrições, os juizes municipais se socorriam do direito romano por intermédio das traduções castelhanas. A composição dos *Foros da Guarda* corresponde a um exemplo modelar deste recurso⁶¹.

Como já tivemos oportunidade de referir, as principais fontes castelhanas utilizadas em Portugal foram as *Flores de las leyes*, os *Nueve tiempos de los pleitos*, o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*, sendo bastante difundidas suas respectivas traduções, principalmente deste último diploma, muito divulgado entre a magistratura municipal nas versões portuguesa e castelhana⁶².

Conforme nota G. BRAGA DA CRUZ, a existência de traduções das três primeiras obras nos *Foros da Guarda* (ao lado da compilação do foral, dos estatutos municipais e das principais leis gerais do Reino já publicadas) demonstra a ampla

⁶⁰ Após o período de aplicação do Direito Romano justinianeu mediatizado por obras castelhanas, as fontes justinianéias passam a ser estudadas em sua língua original no *Estudo Geral* de Lisboa. Posteriormente, por ordem de D. João I e por iniciativa de João das Regras, foi realizada a tradução do *Codex* de Justiniano, da *Glosa* de Acúrsio e dos *Comentários* de Bártolo para uso dos estudantes de Leis (além da tradução das *Decretais* para os estudantes de Cânones).

Destacando o papel da criação do *Estudo Geral* de Lisboa para a receção do direito romano justinianeu, assim se pronuncia A. M. HESPANHA: “a fundação da Universidade dionisíaca constitui um novo e importante factor de difusão entre nós do direito romano (e, também, do direito canónico), pois, logo desde a fundação, aí se instituem cadeiras de direito civil e canónico, o que permite que a Universidade portuguesa passe a colaborar com as de Salamanca, Bolonha e Toulouse (sobretudo) na formação dos nossos oficiais-juristas da corte e dos tribunais” (A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), p. 490-491).

No mesmo sentido, cf. P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae Juris civilis lusitani liber singularis*, trad. port. de Miguel Pinto de Menezes, *História do Direito Civil Português* in *Boletim do Ministério da Justiça* 174 (1968), pp. 95-97; J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), p. 281; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), p. 88-89; H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), p. 109-125; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 230-232; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 253-261; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), pp. 340-341; B. ANTUNES, *Apontamentos* cit. (nota 52), p. 131 (de modo implícito).

⁶¹ Os juizes investidos nas magistraturas municipais, até as primeiras iniciativas de D. Dinis para a instituição dos *juizes de fora parte*, eram eleitos pelas populações locais, como manifestação de seu poder. Desconhecedores do latim, tais magistrados somente poderiam ter contato com o direito romano pós-clássico a partir das traduções castelhanas há pouco referidas. E por tal razão, a progressiva investidura dos juizes de fora (letrados) vai contribuir para a aplicação do direito romano justinianeu em ambientes outros que não necessariamente o tribunal da corte e alguns tribunais canônicos (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 268-269). Sobre o tema, igualmente, cf. R. R. NOGUEIRA, *Prelecções de direito público interno de Portugal* in *O Instituto* 7 (1859), p. 137; e 8 (1860), pp. 206-208.

⁶² Cf. referências bibliográficas apontadas nas notas anteriores, quanto às *Flores de Derecho*, aos *Nueve tiempos de los pleitos* e ao *Fuero Real*. Sobre as *Siete Partidas* trataremos logo a seguir, com a menção à bibliografia por nós utilizada.

utilização de tais fontes (pela magistratura municipal) como direito subsidiário, em virtude da influência romanística ali assinalada⁶³.

Durante os séculos XIII, XIV e XV, as *Siete Partidas* promulgadas por D. Afonso X (o Sábio) tiveram ainda mais larga aceitação em Portugal do que as demais obras anteriormente referidas. Tal fato é evidenciado pelo grande número de exemplares existentes tanto na versão castelhana como em português⁶⁴.

Além disso, outro fato aponta para a larga aceitação das *Siete Partidas* como fonte subsidiária do direito justinianeus: trata-se da representação feita pelos estudantes do Estudo Geral ao soberano, cujo atendimento resultou na Provisão de 13 de Abril de 1361. O próximo item será dedicado à análise da importância desta Provisão (e de outros documentos da primeira metade do século XV) para o estudo direto das fontes do direito romano justinianeus em Portugal⁶⁵.

II.2.1.3. O contato direto com o *Corpus Iuris Civilis* no Estudo Geral dionisiano. D. Pedro I, a reclamação dos universitários portugueses diante da utilização das *Partidas* e a Provisão de 13 de Abril de 1361. D. João I e a versão portuguesa das obras de Acúrsio e Bártolo: três documentos da primeira metade do século XV sobre a utilização direta do direito justinianeus.

O contato *direto* dos estudantes com os textos justinianeus fez com que a simples comodidade de utilização das fontes castelhanas não mais justificasse seu emprego em detrimento dos repositórios mais autorizados do direito romano justinianeus. De modo que mais de meio século depois da fundação do *Estudo Geral* dionisiano, não mais se aceitava pacificamente a utilização das *Siete Partidas*, por exemplo, para a solução de questões pendentes entre os membros do corpo discente da instituição.

⁶³ M. P. MERÊA, *A versão portuguesa* cit. (nota 57), p. 444-457; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 275-276; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), p. 341; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 227-232.

⁶⁴ Segundo J. G. B. CÂMARA, a tradução das *Siete Partidas* teria sido ordenada por D. Dinis com a fundação da Universidade (cf. *Subsídios* cit. (nota 51), p. 44). No mesmo sentido, J. A. DE FIGUEIREDO, *Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), p. 283; A. CAETANO DO AMARAL, *Sobre a Forma* cit. (nota 49), p. 213; R. R. NOGUEIRA, *Prelecções de direito pátrio* in *O Instituto* 12 (1865), p. 123. M. P. MERÊA (*Resumo* cit. (nota 52), p. 125) e H. da GAMA BARROS (*História* cit. (nota 48), p. 126). É de se destacar, como faz G. BRAGA DA CRUZ, que nenhuma tradução integral das *Siete Partidas* chegou até nós (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 278).

⁶⁵ H. da GAMA BARROS destaca a influência das *Siete Partidas* quanto a algumas regras estabelecidas pelas Ordenações Afonsinas: o Título 2º do Livro I das Ordenações Afonsinas foi aproveitado da Lei 4ª, Título 9º, da Partida II; o parágrafo 3º do título 2º do Livro V das Ordenações, por sua vez foi elaborado a partir do Título 2º da Partida VII; o parágrafo 4º do mesmo título 2º, foi extraído da Lei 1ª, Título 2º da Partida VII; da Partida VII, ainda, por seu Título 2º, Lei 6ª, foi decalcado o título 3º do Livro V das Ordenações Afonsinas (*História* cit. (nota 48), p. 127, nota 1).

De fato, o Conservador da Universidade Gonçalo Anes, determinando aos estudantes que lhe apontassem seus respectivos direitos nas *Siete Partidas* (ao invés de indicá-los nos textos romanos pelos quais estudavam), deu ensejo a uma queixa formulada ao Rei pelos universitários prejudicados. A pretensão dos discentes foi acolhida, mediante *Provisão de 13 de Abril de 1361*, por meio da qual D. Pedro I determinou ao Conservador que atendesse aos direitos que os estudantes alegassem segundo seus próprios livros, tendo antes o auxílio de letrados que a respeito da matéria tivessem conhecimento⁶⁶.

Por sua vez, D. Duarte se dirige ao corregedor, aos juízes e às justiças da cidade de Lisboa em um *Alvará de 19 de Maio de 1425* no qual se faz referência à “pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juizes e procuradores se julgarem e precurarem fora daquello que ell hordena. E a el praz que aquella pena dos beens sse tire aos juizes e procuradores. E no all todo que este o proemyo em sua força afora naquello que ell ffez decraraçom, per hua carta que sobrello enuyou a p. annes lobato a qual uos podera mostrar”⁶⁷.

Neste documento se reconhece que o proêmio de Bártolo deve ser guardado “em [toda a] sua força”. Assim, pode-se dizer que este Alvará atesta que os *Comentários* já

⁶⁶ Eis o trecho da Provisão de D. Pedro I em que se determina o acolhimento das fontes justinianéias, bem como das *glosas* e dos *comentários* que lhe seguiam em anexo, em detrimento do apego às *Siete Partidas*: “Outrossy me enujaram dizer que quando acontece que elles allegam em alguuns fectos perante uos seus djreitos per seus liuros que lhes nom queredes delles conhecer saluo se uos mostrarem esses djreitos em liuros de partida (...)”, e conclui: “sobre esto tenho por bem e mandouos que quando uos elles alguuns djreitos mostrarem per seus liuros nos dictos fectos que lhos aguardedes auendo ante conselho com letrados que delo saybham de guisa que as partes nom recebam agrauamento sem razam vm [de] al nom façades” (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 288-289, 280 e 284, respectivamente; bem como N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 231-232). A transcrição acima reproduzida tem por fundamento aquela que é feita por G. BRAGA DA CRUZ, sendo a de Nuno Espinosa Gomes da Silva um tanto diferente, mantido em sua integridade o sentido do texto. Pela importância deste texto seja como elemento de comprovação da ampla utilização das *Siete Partidas* em Portugal, seja ainda como meio de prova deste momento de transição para a utilização direta das fontes justinianéias, cf. J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre a Época* cit. (nota 48), pp. 285-286; A. CAETANO DO AMARAL, *Sobre a Forma* cit. (nota 49), pp. 213-214; H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), p. 126; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo* cit. (nota 53), p. 26; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 125-126; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), p. 342.

⁶⁷ Podemos constatar um desencontro entre N. E. GOMES DA SILVA e G. BRAGA DA CRUZ a propósito da data atribuída a este Alvará de D. Duarte; com efeito, enquanto o primeiro atesta que o documento foi promulgado em 19 de maio de 1425, este último lhe atribui a data de 19 de abril de 1425 (exatamente um mês antes). Contudo, tendo-se em vista que G. BRAGA DA CRUZ faz expressa menção ao primeiro autor como responsável pela descoberta desta fonte, cabe a este a preferência, uma vez que a citação por ele feita toma diretamente por base o *Livro dos Pregos*. Por sinal, esta é a mesma data atribuída por M. de ALBUQUERQUE, *Bártolo e Bartolomismo na História do Direito Português* in *Boletim do Ministério da Justiça* 304 (1981), pp. 21-22 e 87.

Comentando o teor deste Alvará, N. E. GOMES DA SILVA conclui: “assim, em Maio de 1425, D. João I – aceitando, embora, uma exceção e fazendo uma *decraraçom* – confirmava, genericamente, o *proemio de bartallo* (que este o *proemyo em sua força*)” (*História* cit. (nota 08), p. 268). No mesmo sentido, G. BRAGA DA CRUZ acrescenta que este Alvará comprova “que D. João I tinha, de facto, imposto anteriormente um certo *acatamento* (não sabemos qual) da obra de Bártolo” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 290).

se inseriam no mecanismo das fontes do direito justinianeus, como uma de suas interpretações melhor conceituadas.

Desta maneira, temos que a *Provisão de 13 de Abril de 1361* confirma a superação do sistema de acesso *mediato* às fontes do direito romano justinianeus, com o progressivo abandono das traduções castelhanas; e o *Alvará de 19 de Maio de 1425* denuncia a utilização dos *Comentários* de Bártolo como meio de interpretação dos textos justinianeus. Neste quadro, a *Carta de Bruges* fecha o ciclo de substituição das fontes castelhanas no *Estudo Geral* e na praxe forense da primeira metade do século XV.

A *Carta de Bruges* – correspondência enviada por D. Pedro a seu irmão D. Duarte – é um extenso documento em que seu autor trata dos mais variados assuntos, envolvendo desde questões de natureza espiritual até críticas sobre o modelo de administração da justiça em vigor⁶⁸.

De seu teor integral pode ser extraído o seguinte período: “(...) e parece me, senhor, que pera abreyamento dos feytos aproueitara muyto seguyr se a maneira que o senhor rey ordenou sobre o bartolo contanto que o liuro seja bem ordenado e corrydo por dous bons doctores, afora aquele que o treladou”⁶⁹.

⁶⁸ A data em que a *Carta de Bruges* foi escrita é incerta: sabe-se que em 23 de dezembro de 1425 o Infante D. Pedro chegou a Bruges, após passagem por Dover, Ostende e Udenburgo nos dois dias anteriores. Em Bruges esteve até abril de 1426, quando após a Páscoa partiu para Gand. Podemos, pois, tomar como ponto de partida este interregno entre dezembro de 1425 e abril de 1426 como data em que o documento foi redigido. Nela os mais diferentes temas são abordados, como destaca A. MOREIRA DE SÁ: “os assuntos constantes do ‘rolação’, ou sobre os quais o Infante se pronunciou são: uns de natureza espiritual, como instrução e reforma do clero, e emenda da Universidade; outros de natureza temporal, como governo dos povos, tendo em vista um melhor povoamento e eqüitativa distribuição de privilégios, obras públicas, correições, administração da justiça, maneira de evitar despesas excessivas, questão de Ceuta, moeda, conselho da coroa, etc.”. Merece destaque a proposta de reforma da universidade, tendo por fundamento a experiência estrangeira com que D. Pedro teve contato intenso, tanto na França como na Inglaterra (A. MOREIRA DE SÁ, *A <<Carta de Bruges>> do Infante D. Pedro* in *Biblos XXVIII* (1952), p. 35 e 38). Na primeira metade do século XVIII é Luís António Verney quem vai pretender a reformulação do ensino superior português.

⁶⁹ Segue a transcrição integral do parágrafo referido: “A justiça, senhor, que he outra uirtude, me parece que não reyna nos corações daqueles que tem carregos de julgarem a uosa terra, afora no do senhor rey e no uoso; e se mais são eu não são certo. E ajnda me perece senhor que esta justiça que asy he em uosos corações, não sae de la fora como deuja sayr, porque não somente uos deujeis querer que em toda uosa terra se gardasse a todos dereitura, mas ajnda ordenardes como se fizesse. E esto seria ordenando que os que ouuessem de ter carregos de uosa justiça, fosem bos e temessem mais a deus que a vose mais de perderem a uosa merçe que de todas outras afeições nem proueitos mal gançados. E quando estes serujsem como deujam, recebessem conhecidos galardões; e os que fizessem o contrayro, e uos delo foseis certo, como agora sois e fostes dalguns outros, naom escaparem dalgua pena. Ca bem sabereis senhor que uos sois posto no mundo, per autorjdade do apostolo, pera louuor dons bons e ujingança dos maos. E se desto bem vsardes, não sey mais outra suficiente regra pera melhoramento de todos os que ouuerdes de reger. Parece me, senhor, que a justiça tem duas partes: hua he dar a cada hum o que he seu; e a outra dar lho sem delonga. E ajnda que eu cuydo que ambas em uosa terra jgoalmente falecem, da derradeira são bem certo e esta faz tão grande dano em uosa terra que a muytos feitos aqueles que tarde uençem, ficão vençidos. E eu vejo em uosa corte muytos offiçiaes de justiça e de todos eles sayr poucos desembargos; e parece me que se pode destes e da multidom dos

Deste documento se depreende não somente a força desempenhada pela obra de Bártolo na primeira metade do século XV, como também a existência de uma idéia (ou mesmo ordem) de que sua obra fosse submetida a uma tradução para o português. Contudo, do teor da *Carta de Bruges* não se pode extrair a existência da referida tradução.

A comprovação da existência de uma tradução dos *Comentários* de Bártolo somente se dará pelo recurso a outro documento, a *Carta Régia de 18 de Abril de 1426*, em que D. João I se refere à tradução não apenas da obra de Bártolo, como também da *Glosa* de Acúrsio e do próprio *Codex* de Justiniano: “Corregedor e comçelho e homes bõos do nossa muy nobre leall cidade de Lixboa. Bem sabees o tralado que nos tomamos per que os feitos de nossos Reignos fossem desembargados per huu termo soo O qual foy outorizado pella força das leix do codigo, e decraradas e outorizadas pellas entençõeas finaas das grossas de sua final enteçom dacursio que sobrello escrepveo, ora fosse per hua grossa ou per duas ou per tres ou mais segundo he escripto, nos liuros. E esto quissemos que as conclussoies de bartallo, que de sobellas leix do codigo ffez, que estas sejam auteticadas, Ca esta he nossa Vontade, de os feitos nom seerem desembargados se nõ per hua enteçom e openyõ, segundo ja he escripto. E porque estas leyx e estas grossas e Leitura de bartallo a no nom parecia que per elas ouuessem de Senteçiar, porque os tralados de tirar de latim em linguaagem nom som tam craros, que os homes que muyto nõ sabem os podessem bem entender, por esto nos trabalhamos de fazer hua decração em cadhua ley e na grossa e no bartallo que de sobrello he escripto pella qual mandamos aos nossos desembargadores que per aquella decração façam liurar os feitos e dar as Sentenças agora per os feitos que perdante elles correre que caibham nas leix e titulos, que em esses dous liuros que nos lla mandamos som contheudos. E ainda mais por que nos possemos em algumas leix que nos pareciam que eram muyto craras que estauam bem. Assim o Julgae pella guissa que he escripto posto que em ellas nom seja outra decração segundo mais compridamente verees per o proemyo destes dous liuros que uos agora mandamos. E vos poce estes liuros na

cortesãos, de que uos diante escreuerey, bem fyrmar o dicto de ysaias: *Multiplicasti gentem, sed nom magnificasti leticiam*. Bem creio senhor que seis tyuesem uontade de desembargar e fosem diligentes em seu offiço que farião mais que çinquenta que tal uontade nom tem. E parece me, senhor, que pera abreyamento dos feytos aproueitara muyto seguyr se a maneira que o senhor rey ordenou sobre o bartolo contanto que o liuro seja bem ordenado e corrydo por dous bons doctores, afora aquele que o treladou. E yso mesmo de as leys e ordenações do reyno serem proujdas e atituladas cada hua daquelo a que pertence. E se antre elas fosem achadas algumas que ja fosem reuogadas, que as tyrem pois que delas não haõ dusar; e as boas ordenações se gardasem nas cousas sobre que são feytas” (cf. A. MOREIRA DE SÁ, *A <<Carta de Bruges>>* cit. (nota 68), pp. 49-50).

Observe-se que a transcrição utilizada toma por base a versão mais antiga do documento, constante em códice do século XVI contido no *Livro da Cartuxa de Évora* (Arquivo Nacional da Torre do Tombo).

Camara desse Conçelho presos per hua cadea bem grande e longa. E nom os leixees veer a ninguém salvo aaquelles que feitos ouuerem ou a seus procuradores ou sse temerem dauere alguus feitos. E esto seja presente o escripuam da dita camara. Ende al não façades. Dante em aaluerca XVIII° dias dabril Lopafonso a fez ano de 1426”⁷⁰.

Pelo conteúdo desta *Carta Régia de 18 de Abril de 1426* fica evidente que havia sido determinada a tradução do *Codex* de Justiniano, da *Glosa* de Acúrsio e dos *Comentários* de Bártolo. Além disso, a fim de que pudessem ser adotadas de modo efetivo pelos magistrados (por ocasião da prolatação das sentenças), foram providenciadas as necessárias “decrarações” nas três obras. De maneira que este documento comprova o grau de *aceitação* atingido pela obra de tais autores no meio jurídico português, antes mesmo da edição das Ordenações do Reino de Portugal de 1446⁷¹.

Se já resta comprovado o (indiscutível) grau de aceitação das obras de Acúrsio e Bártolo na primeira metade do século XV, cabe agora expor de que modo estes instrumentos foram utilizados pelos juristas portugueses a partir da promulgação das Ordenações Afonsinas (1446). Para que efetueemos tal análise, torna-se necessário o desvio a que nos referimos no início deste capítulo, de molde que, a partir de agora, a influência

⁷⁰ A transcrição ora utilizada foi extraída da obra de M. J. de ALMEIDA COSTA (*Romanismo* cit. (nota 53), pp. 30-31), que se fiou diretamente na versão constante do *Livro dos Pregos*. Ressaltando a importância deste documento na caracterização da definitiva recepção do direito romano justiniano em Portugal, cf. H. da GAMA BARROS (*História* cit. (nota 48), pp. 123-124, nota 4); M. J. de ALMEIDA COSTA (*La présence* cit. (nota 53), p. 54, nota 16); N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 267-268, nota 2); A. HERCULANO, *Portugaliae Monumenta Historica – Leges e Consuetudines I – fasc. II*, s. l., Olisiponi, 1868, p. 148, nota 3.

⁷¹ A fim de corroborar esta assertiva, é oportuna a transcrição de trecho das conclusões de M. de ALBUQUERQUE sobre a importância da obra de Bártolo na evolução do direito português: “1. A influência de Bártolo deve ter-se feito sentir em Portugal desde os fins do século XIV. 2. De qualquer forma, no princípio do século XV tal influência é incontestável, para o que, decerto, contribuíram os estudantes portugueses que freqüentavam então as universidades italianas, em especial a de Bolonha. 3. Entre as provas da influência de Bártolo pode apontar-se a existência de obras suas na livraria dos primeiros monarcas de Avis, o alvará de 19 de Maio de 1425 e a chamada *carta de Bruges*. 4. A carta régia de 18 de Abril de 1426 confere valor normativo à tradução autêntica do comentário bartoliano ao *Código*. 5. O *Regimento da Casa de Suplicação* demonstra que, fosse qual fosse o alcance das disposições da carta régia citada, no mais alto tribunal do país a *opinio Bartoli*, já ampliada a outras obras que não o comentário ao *Código*, prevalecia sobre o *jus regni*, o *jus proprium*. 6. Fora, porém, do círculo restrito desse tribunal e de alguns juristas mais letrados, a influência de Bártolo nesse primeiro período foi *restrita*, para não dizer *mínima*” (*Bártolo* cit. (nota 67), pp. 87-88). Destaque-se que as conclusões de n°s 1 a 5 simplesmente confirmam as idéias lançadas neste tópico; a sexta conclusão é a assertiva que permite a transição para o papel desempenhado pela *opinio Bartoli* com a promulgação das Ordenações Afonsinas.

Sobre a influência de Acúrsio neste panorama, M. J. de ALMEIDA COSTA esclarece que “on peut juger par là de la grande importance des sources subsidiaires, parmi lesquelles la Glose d’Accurse occupe une place prépondérante. Il suffira de rappeler que la vie juridique portugaise ne se présentait pas comprimée en une législation minutieuse – caractéristique qui a toujours facilité jusqu’à un certain point, jusqu’à notre époque, la réceptivité, à titre intégratif, par rapport à chaque modernisation juridique européenne” (cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence* cit. (nota 53), p. 57). Contudo, este será assunto a ser abordado logo avante.

do direito romano justinianeu passará a ser estudada a partir da configuração atribuída pelas sucessivas Ordenações do Reino de Portugal ao instituto do *direito subsidiário*.

II.2.2. As Ordenações do Reino de Portugal e o aproveitamento do direito romano: a evolução do sistema do direito subsidiário.

Até o surgimento das Ordenações Afonsinas, como visto, o direito romano justinianeu exerceu influência tanto sob o aspecto formal, através da centralização do poder legislativo nas mãos do Monarca, quanto sob a perspectiva material, com a adoção, em meio aos *forais*, *estatutos municipais* e *leis gerais*, dos repositórios de direito castelhano e justinianeu propriamente dito.

Mantida a lição romana relativa à concentração de poder na pessoa do príncipe, tivemos oportunidade de observar que na primeira metade do século XV já não é mais aceite o emprego das obras de Mestre Jácome das Leis e de D. Afonso X em detrimento das fontes autênticas do direito romano imperial. Uma série de providências já apontadas assinala a adoção de sua utilização *direta*⁷².

Promulgado o primeiro “código” da Europa (as Ordenações do Reino de Portugal de 1446), o panorama da gradativa recepção do direito romano sofre um impacto significativo: a supremacia da legislação pátria é reconhecida, ao mesmo tempo em que se estabelece que a utilização do direito romano justinianeu seria feita tão somente em caráter subsidiário⁷³.

⁷² G. BRAGA DA CRUZ assim sintetiza a nova situação a ser enfrentada pelos juristas da época: “Todo o problema agora, no século XV, já não era, pois, como um século antes, o da primazia entre esses textos e o das obras castelhanas cuja aplicação a tradição consagrara, mas o eventual conflito dos próprios textos romanos e textos canônicos entre si e dos textos doutrinários de Acúrsio e de Bártolo com os de outros autores de larga difusão e aceitação. Esse problema, sim, preocupava agora os espíritos, gerando hesitações na jurisprudência dos tribunais; e tornava-se urgente uma intervenção legislativa no sentido de o esclarecer, estabelecendo uma ordem hierárquica, no campo das fontes subsidiárias de direito” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 295).

⁷³ Há argumentos que levam a crer que o grau de influência atingido pelo direito romano justinianeu era de tal modo considerável que havia necessidade de se reestabelecer legislativamente a superioridade do direito nacional sobre as Leis Imperiais: “não menos significativo, a respeito do influxo romano-justinianeu a partir deste reinado, é o facto (...) de se reconhecer necessário, por vezes, afastar *expressamente* o estatuído pelas leis romanas, para fazer valer o direito nacional. É o caso dum texto, dubitativamente atribuído ao reinado de D. Afonso III onde se diz que ‘custume he em casa delRey que aquela constituição do Código que diz *unde ius siquys in tantum* (= C.8,4,7) nom seia aguardada” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 262).

Contudo, o mesmo autor pouco adiante destaca que tal influência, por maior que fosse, não se poderia considerar suficiente para prevalecer sobre as disposições do direito reinícola: “somos da opinião – embora os textos sejam pouco claros a esse respeito – que tanto a *Carta de Bruges*, como o *Alvará* de 19 de abril [maio] de 1425, como a *Carta Régia* de 18 de abril de 1426 se referem à aplicação do *Código de Justiniano*, da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo* (nas respectivas versões portuguesas e <<declarações>> sobre esses textos feitas pelo monarca), como *fontes meramente subsidiárias*. Com efeito, é difícil aceitar

Como um dos elementos integrantes do *direito comum*, a aplicação subsidiária das leis imperiais se fazia de modo articulado com o emprego dos sagrados cânones. No entanto, a matéria se mostra regulada sob a forma de um aparente conflito entre jurisdições, no qual se faz alusão à ordem temporal ou espiritual das questões, ao mesmo tempo em que se enuncia o *critério de pecado* como instrumento de subtração à disciplina justinianéia.

O acatamento ao direito canônico era feito mediante o reconhecimento da necessária obediência ao “Padre Santo”. Por outro lado, a autonomia nacional em relação à *iurisdictio Imperii* era reconhecida expressamente, sem que se oferecesse uma razão positiva para o acolhimento do direito justinianeu como mecanismo de preenchimento das lacunas do sistema.

A *Glosa* de Acúrsio era o recurso previsto na hipótese de matéria temporal (que não implicasse pecado) para a qual não houvesse disciplina defluente das Leis e costumes do Reino, dos estilos da Corte, e das próprias Leis Imperiais. Se a questão não houvesse sido nela abordada, haveria de se lançar mão dos *Comentários* de Bártolo, cuja preferência *absoluta* era resguardada de modo expresso: seja pela tradição ou pela maior razoabilidade de suas posições, seja ainda pela necessidade de harmonização dos julgados⁷⁴.

Na hipótese de matéria temporal (que não envolvesse pecado) para a qual houvesse disposições contrárias dos cânones e dos “autorizados” pelas Ordenações (Acúrsio e Bártolo), ou mesmo em caso de simples omissão de todas as fontes catalogadas, previa-se a remessa do caso para a Chancelaria Real.

Na primeira versão das Ordenações Manuelinas (1514), a epígrafe, o enquadramento formal e a regulamentação são mantidos sem qualquer alteração. A despeito de certa modernização da linguagem, a principal modificação empreendida

que, no grau de desenvolvimento já atingido pela legislação nacional, se fizesse tábua rasa de toda essa legislação, para passar a acatar o direito romano como *fonte imediata*; nem isso estaria de acordo com o zelo pela conservação e aperfeiçoamento das leis nacionais – patente também na *Carta de Bruges*” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 293). O trecho referido da *Carta de Bruges* pelo autor acima citado, já se encontra descrito em nota de rodapé anterior.

A regulamentação da matéria nas *Ordenações Afonsinas* está contida no Título IX do Livro II, sob a epígrafe “Quando a Ley contradiz a Degratal, qual dellas se deve guardar”. Retornaremos ao tema mais à frente.

⁷⁴ Note-se que a preferência absoluta de Bártolo (exteriorizada na *Carta Régia de 18 de abril de 1426* e na *Carta de Bruges* do Infante D. Pedro) parece remontar à influência exercida por João das Regras junto a D. João I.

corresponde à subordinação do acolhimento dos “autorizados” à inexistência de reprovação pela *communis opinio doctorum* (apenas a posterior, no caso de Bártolo)⁷⁵.

Embora a versão definitiva das Ordenações Manuelinas (1521) tenha mantido o enquadramento formal anteriormente conferido ao instituto, a disciplina que parecia aludir a um conflito de jurisdições recebe uma epígrafe mais adequada: “Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoes”⁷⁶.

A supremacia do direito nacional é ampliada, com a incorporação dos costumes locais “que por Direito se devam guardar”. O aparente conflito de jurisdições é definitivamente afastado, por meio da supressão de seu *aparato formal* e da alusão às questões de ordem *espiritual* e *temporal*. Em contrapartida, robustece-se o *critério de pecado* como elemento de definição do ramo do direito aplicável às diversas espécies⁷⁷.

Uma justificativa positiva para a adoção dos preceitos romanos justinianeus agora é apresentada: “a boa razão em que [as Leis Imperiais] são fundadas”. As restrições apresentadas aos “autorizados” na primeira versão destas Ordenações são mantidas no texto de 1521 (coordenação com a *communis opinio doctorum*). E a fundamentação legal à preferência de Bártolo sofre considerável esvaziamento quanto aos aspectos tradicional e uniformizador que antes se lhe conferiam.

Por fim, com a edição das Ordenações Filipinas a matéria é deslocada para o Livro III, evidenciando-se o caráter de regra de julgamento que lhe foi emprestado pelo legislador de 1603⁷⁸. No mais, permanecem os contornos definidos nas Ordenações Manuelinas de 1521.

⁷⁵ Um dos fundamentos da preferência de Bártolo, como veremos adiante, consistia no fato de que “assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Padre da gloriosa memória” (*Ordenações Afonsinas*, Livro II, tit. IX). Obviamente a redação teve de ser readequada, mantido o fundamento tradicional. Da mesma forma, a dúvida entre a primazia dos autorizados ou dos santos cânones para a apreciação de matéria temporal que não envolvesse pecado foi sensivelmente simplificada.

⁷⁶ De tal modo que, em vez de um conflito de jurisdições denunciado pela expressão “Ley contradiz aa Degratal”, dá-se relevo à ausência de disciplina decorrente das Ordenações, evidenciando o caráter subsidiário dos expedientes ali enumerados.

⁷⁷ O aparato formal é extirpado na medida em que é retirada a menção explícita à razão pela qual se justifica o emprego subsidiário do direito canônico: a obediência devida ao Pontífice Romano. Além disso, o exemplo da prescrição aquisitiva pelo possuidor de má-fé é retirado do novo texto. Voltaremos à questão mais à frente.

⁷⁸ Em todas as Ordenações do Reino de Portugal, o Livro III sempre foi destinado à matéria processual; como mais à frente poderemos ver, o enquadramento formal do instituto do direito subsidiário no Livro II contribuiu em larga escala para que fosse concebido como o produto de um conflito de jurisdições. Pelo relevo da mudança, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 349.

Ou seja, a partir do momento em que as Ordenações de 1446 são trazidas a público, o estudo e o emprego do direito romano estavam relegados a um segundo plano, devendo ser observado, em primeiro lugar, o direito nacional. Ou ao menos isso deveria ter acontecido.

Para que possamos nos posicionar a respeito da aplicação efetiva do direito romano em caráter subsidiário, deverão ser enfrentadas duas questões: a relativa aos *limites de aplicação do direito romano*; e a tangente aos *critérios de aferição da communis opinio doctorum*. Neste ponto, o resultado da investida humanista em Portugal será investigado por meio da comparação entre os critérios de determinação da opinião comum (*quantitativo e qualitativo*) – além do próprio papel da jurisprudência em seu respectivo estabelecimento.

E podemos adiantar que é no contexto de uma aplicação abusiva do direito romano em caráter subsidiário, que a crítica de Luís António Verney vai ser lançada; e acabará vingando, pouco depois, na legislação pombalina imediatamente subsequente. Antes de imiscuirmo-nos sobre tais aspectos, contudo, detenhamo-nos de modo mais cuidadoso sobre a questão relativa à evolução do direito subsidiário nas Ordenações do Reino de Portugal.

II.2.2.1. O direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas (Livro II, tit. IX). Prioridade absoluta. Conflito de Jurisdições, epígrafe e enquadramento formal. Ordem temporal e ordem espiritual. Critério de pecado. Obediência à Santa Igreja. A *iurisdictio Imperii*. A utilização da *Glosa* e dos *Comentários*. Preferência absoluta de Bártolo.

Como já referido, as *Ordenações Afonsinas* são consideradas por alguns autores como o primeiro código da Europa moderna. Constituem o resultado de uma iniciativa que remonta ao próprio D. João I e do trabalho iniciado pelo corregedor João Mendes (e concluído por Ruy Fernandes)⁷⁹.

⁷⁹ Tendo sido concluídas graças ao trabalho de Ruy Fernandes, dúvidas existem quanto à amplitude da participação de João Mendes na confecção da obra. Face à diversidade dos estilos adotados na redação de seu primeiro livro (onde prevalece um “estilo decretório”), alguns especulam que o mesmo teria sido objeto da atuação *inovadora* do Corregedor, sendo que o trabalho subsequente teria sido resultado de um esforço compilativo de seu sucessor. Contra a tendência de exaltação da atuação de João Mendes, cf. N. E. GOMES DA SILVA (*História* cit. (nota 07), p. 271). Pela caracterização das *Ordenações Afonsinas* como primeiro código da Europa moderna – e criticando a ignorância (justificada) de J. BENTHAM – cf. C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), pp. XX-XXI.

A repartição da matéria no texto das Ordenações de 1446 não foi efetuada de modo extremamente rigoroso – sendo que o mesmo se pode afirmar quanto às subseqüentes versões *Manuelinas* e *Filipina*. Com efeito, não se pode entrever no trabalho produzido uma sistematização nos moldes do paradigma codificador oitocentista⁸⁰.

Da estrutura destas primeiras *Ordenações* podemos depreender cinco divisões fundamentais: matéria relacionada ao que (em linguagem de hoje) poderíamos chamar “direito administrativo” (Livro I); direitos particulares, com a enumeração das imunidades clericais e a disciplina da relação entre o Estado e a Igreja (Livro II); a regulamentação do direito processual civil (Livro III); um conjunto de regras relativas a

Promulgada pelo Infante D. Pedro durante a menoridade de D. Afonso V, apresenta outra peculiaridade, estritamente vinculada à sua, por assim dizer, “primogenitura”: mais do que um conjunto de regras *novas*, é patente em seu bojo um núcleo compilativo onde se observa, inclusive, a referência à fonte originária das regras coligidas, como destaca I. M. POVEDA VELASCO: “quanto ao conteúdo, as Ordenações recolhem abundantes leis régias, geralmente reproduzidas na íntegra, mencionando o monarca que as promulgou, a data e o local de sua publicação. São, também, numerosas as respostas régias a artigo ou capítulos das Cortes. Nesse caso inclui-se breve notícia a respeito das circunstâncias em que se deram. A compilação mantém, ainda, normas consuetudinárias que passam a valer como lei. Aparecem, finalmente, regras do direito justinianeu, interpretadas pelos antigos glosadores e adaptadas pelos compiladores, e textos do direito castelhano, notadamente das Partidas” (*Ordenações do Reino de Portugal in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 69 (1994), p. 62). No mesmo sentido, cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 132-133; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 117-126; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60); M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), pp. 529-551; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Ordenações* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968), pp. 260-264; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 273-281; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Nota de apresentação* in *Ordenações Afonsinas - Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 5-11; L. J. CORREIA DA SILVA, *Prefação* in *Ordenações Afonsinas I*, 2ª ed., Coimbra, Fundação Calosute Gulbenkian, 1984, pp. I-XXX; C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), pp. XX-XXII; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 38-40; J. G. B. CÂMARA, *Susbsídios* cit. (nota 51), pp. 57-64; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 296-307; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), p. 526; H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), pp. 132-136; N. E. GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas* in *Scientia Iuridica* 29 (1980), pp. 429-455.

⁸⁰ A correlação entre os conceitos de codificação e sistematicidade resulta de uma concepção de código diferente da aceção mais primitiva (e da própria etimologia) do termo, como destaca G. TARELLO: “‘Codice’ e ‘C.’ sono vocaboli di remota ascendenza, derivando (assieme a Còde, Codigo e altri vocaboli di lingue romanze) da codex, il libro compatto e cucito sul dorso. I libri compatti e cuciti sui dorsi contenenti materiali giuridici, nuovi o vecchi, raccolti da privati o da autorità, ebbero il nome di codex (codice, codex, codigo); l’area di impiego del vocabolo germanico Gesetzbuch, libro di leggi; l’intertraducibilità incompleta venne a complicare gli usi dotti e tecnici; e molte volte, in ispecie dagli storici del diritto, si parla ancora di codice in un senso che si collega semplicemente a raccolte di materiali giuridici caratterizzati dall’essere stati una volta, da parti di qualcuno, imessi in un libro compatto e cucito sul dorso. Più sovente, oggi, quando si parla di ‘codice’ (e di ‘C.’), ci si riferisce ad una classe di oggetti (e ad un processo storico) i cui collegamenti con il libro cucito sul dorso sono molto remoti” (G. TARELLO, *Codificazione in Digesto delle Discipline privatistiche (Sezione Civile) II* (1988), p. 465).

Neste sentido, é oportuna a lição de C. PECORELLA no sentido de que “il rischio della confusione si fa più evidente allorché si sia costretti a utilizzare concetti relativamente recenti per valutare fenomeni meno recenti” (*Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 221).

contratos e sucessões (Livro IV); e normas concernentes ao direito penal e ao direito processual penal (Livro V)⁸¹.

A matéria modernamente designada por *direito civil* estava situada, como visto, no Livro IV do diploma. Contudo, apenas algumas das matérias relacionadas aos contratos e às sucessões recebiam um tratamento decorrente da legislação reinícola coligida pelo legislador/compilador. Quanto ao mais, deveria o juiz se socorrer das disposições estabelecidas pelos costumes nacionais.

Contudo nem sempre esse expediente se mostrava suficiente para a descoberta da regra jurídica aplicável a um caso concreto. Nesse caso é que deveria o magistrado fazer uso da disciplina estabelecida pelo Livro II, título IX das *Ordenações Afonsinas*, que dispunha sobre o instituto do *direito subsidiário*.

Quando se menciona a lacunosidade⁸² das Ordenações do Reino de Portugal (*Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*) não se quer dizer que não houvesse disciplina jurídica aplicável às diversas matérias – e decorrente, inclusive, de seu próprio texto. O que se quer destacar é a importância indisfarçável daquele elemento que, na historiografia das fontes jurídicas portuguesas, tem sido designado pela expressão *direito subsidiário*⁸³.

⁸¹ Como observa M. P. MERÊA, sua divisão em cinco livros decorre provavelmente da estrutura adotada pelas Decretais de Gregório IX, sendo essa a opinião perfilhada pela maioria dos estudiosos consultados (M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 133; no mesmo sentido, M. J. de ALMEIDA COSTA, *Ordenações* cit. (nota 79), p. 262).

⁸² M. J. de ALMEIDA COSTA assim sintetiza a questão relativa à lacunosidade das sucessivas Ordenações do Reino de Portugal: “embora compreendendo cinco livros, as Ordenações estavam longe de constituir um sistema completo: sobretudo no âmbito do direito privado, há institutos que são de todo omitidos e muitos outros só excepcionalmente lembrados. Os próprios compiladores [terminologia adequada aos responsáveis pelas Ordenações Afonsinas] fixaram, no título 9º do livro II, o critério para o preenchimento das lacunas” (M. J. de ALMEIDA COSTA, *Ordenações* cit. (nota 79), p. 263). Em outra oportunidade, a propósito de comentário sobre a importância de Acúrsio na história do direito português, afirmou que “les *Ordenações* ne constituaient pas – loin de là – un système complet: par exemple, dans le domaine du droit privé il y avait des principes tout simplement omis et beaucoup d’autres n’étaient affleurés qu’accidentellement. Ce n’était pas non plus grâce à la rédaction de nombreux diplomes isolés, qui s’ajoutaient peu à peu à la législation codifiée, que l’on pouvait obtenir la satisfaction immédiate des exigences de réglementation qui se faisaient sentir, car eux aussi étaient insuffisants et assez souvent défectueux” (M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence* cit. (nota 53), p. 57).

⁸³ Efetuando conscientemente um necessário juízo de valor, cabe destacar que o estudo que nos parece evidenciar maior profundidade no tratamento do tema é o de G. BRAGA DA CRUZ, tanto pelo rigor crítico com relação aos documentos coligidos como pela fidelidade histórica de seu autor ao teor das fontes confrontadas (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 245-436). Pelo maior poder de síntese, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 275-290, 296-301 e 315-366; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 263-265 e 308-317; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 147-148; R. R. NOGUEIRA, *Preleções* cit. (nota 64), pp. 125-126; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 125-126, 129, 191; M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), pp. 547-551. Sobre sua importância para o estudo da história do direito português, assim se pronunciou o primeiro dos autores: “no domínio da história do direito, o problema cresce de interesse e importância quando recuamos em data e remontamos a épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes imediatas – e, sobretudo, o seu caráter incompleto – obrigavam a recorrer

O preceito das *Ordenações Afonsinas* mencionado (Título IX do Livro II) recebia a epígrafe “Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas se deve guardar”⁸⁴. Tanto a designação quanto o enquadramento formal do dispositivo destacam que a

constantemente às fontes subsidiárias que assim obtinham, não poucas vezes, no quadro dos diversos direitos nacionais, um lugar de maior relevo e de mais larga aplicação do que as próprias normas de direito pátrio”; e referindo-se ao panorama português, especificamente, acrescenta que “do mesmo modo que se tinham tornado a grande fonte inspiradora da actividade legislativa dos monarcas, as compilações romano-canónicas passavam a constituir o inesgotável manancial de soluções concretas dos problemas jurídicos a que os tribunais podiam recorrer para suprir as lacunas de uma legislação incipiente – e, por isso, ainda extremamente incompleta – e dum direito consuetudinário cada vez mais ultrapassado, adquirindo, sob essa veste, um domínio de aplicação mais amplo ainda do que o das próprias fontes jurídicas nacionais” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 246-247 e 266).

⁸⁴ Eis a transcrição integral do Título IX do Livro II:

“Estabelecemos, e poemas por Ley, que quando alguu caso for trazido em pratica, que seja determinado per algua Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja per elles julgado, e desembargado finalmente, nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa, porque onde a Ley do Regno dispoem, cessam todalas outras Leys, e Direitos; e quando o caso, de que se traute, nom for determinado per Ley do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leys Imperiaaes, e pelos Santos Canones.

1. E acontecendo, que acerca de tal caso as Leyx Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituaaes, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes traga pecado; pode-se poer enxemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leyx Imperiaaes per trinta annos possuindo sem titulo, prescrepve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fê nom pode prescrepver per nenhuu tempo: se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trazieria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediencia ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhuu caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem; e por tanto convem que em tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial: e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem seer guardadas, nom embargante que os Canones sejam em contraira desposiçom.

2. E se o caso, de que se traute em pratica, non fosse determinado per Ley do Regno, ou estillo, ou custume suso dito, ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d’Acursio encorporadas nas ditas Leyx. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nõ embargante, que os A. outros Doutores diguam o contrairo; porque somos bem certo, que assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e padre da gloriosa memoria; e ainda nos parece, polo que já algumas vezes vimos, e ouvimos a muitos Leterados, que sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhuu outro Doutor; e em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores, segundo se mostra per clara esperiencia. E acontecendo caso, ao qual per nenhuu dos ditos modos nom fosse previsto, mandamos que o notifiquem a Nos pera o determinarmos; porque nom tamsomente taaes determinações som desembargo daquelle feito, que se traute, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante.

3. Item. Depois desto achamos outra duvida. Se acontecesse caso, em o qual nõ fosse matéria de pecado, o qual nom fosse determinado per Ley do Regno, nem per estillo da nossa Corte, nem per custume dos nossos Regnos, nem per Ley Imperial, e fosse determinado per Canones per huu modo, e pelas grosas, e Doutores das Leyx per outro modo, se se guardará em tal caso o texto dos Cãones, ou as grosas dos Doutores das Leys Imperiaaes; e a causa desta duvida he, porque as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leyx Imperiaaes, as quaaes allegam provar sua teençom: em tal caso seja remetido aa nossa Corte, e guarde-se sobre ello a nossa determinaçom” (*Ordenações Afonsinas*, Livro II, Título IX, *Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas se deve guardar*). Sumariamente, sem se ater a detalhes quaisquer, cf. H. da GAMA BARROS, *História* cit. (nota 48), pp. 134-135; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), p. 126-127 (onde o autor tão somente alude à dificuldade quanto à distinção prevista em abstrato pelo compilador).

abordagem do problema foi realizada tendo-se por preocupação principal a composição de um eventual conflito entre as jurisdições temporal e eclesiástica⁸⁵.

Com efeito, a questão foi inserida entre oito títulos que versavam sobre a relação entre Igreja e Estado e quatorze que estabeleciam os privilégios dos clérigos e os respectivos limites perante o poder civil. Com isso se corroborava o sentido de Lei promulgada durante as Cortes de Lisboa de 1211, sob o reinado de D. Afonso II, por meio da qual se estabeleceu que as leis do Reino não valessem se contrárias aos “dereytos da Santa egreja de Roma”⁸⁶.

A primeira parte do proêmio estabelece a *prioridade absoluta* das Leis do Reino, dos estilos da Corte e dos costumes nacionais sobre todas e quaisquer outras leis que a respeito do tema dispusessem. Com isso, como observa G. BRAGA DA CRUZ, articula-se o princípio da supremacia do direito pátrio, antes mesmo de se definir a regulamentação do direito subsidiário propriamente dito⁸⁷— ressalvada a limitação imposta pela competência (*ratione personae* e *ratione materiae*) da Jurisdição Canônica⁸⁸.

Diante da inexistência de disposição expressa nas Leis do Reino, nos estilos da Corte e nos costumes nacionais, deveria o julgador recorrer aos preceitos estabelecidos pelos Santos Cânones (em matéria espiritual) ou pelas Leis Imperiais (em assunto temporal). Entretanto, se a questão temporal implicasse a prática de pecado, dever-se-ia

⁸⁵ De se observar, como já referido em nota de rodapé anterior, que a primeira edição das *Ordenações Manuelinas* adotaria a mesma disciplina e idêntico enquadramento formal estabelecidos pelo texto de 1446 (cf. G. BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 328-329).

Embora aparentemente surgido para a composição de um potencial conflito de jurisdições G. BRAGA DA CRUZ destaca que “não quer isto dizer (...) que a regulamentação aí dada ao problema do direito subsidiário não extravase amplamente os limites duma pura questão de conflito entre o *direito do século* e o *direito da Igreja* ou entre *dois poderes* de que esses ordenamentos jurídicos são a expressão; mas não há dúvida que é assim que o problema é posto, a demonstrar que era nisso que residia, segundo o espírito da época, o verdadeiro cerne da questão” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 298-299, pp. 278-279). Neste sentido, cf. M. CAETANO, *História* cit. (nota 52), p. 548; J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), pp. 307-309; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 147; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 125-126.

⁸⁶ Pela importância desta lei e pela confusão gerada quanto à interpretação de seu sentido, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 260 e N. E. GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes* cit. (nota 79), p. 433.

⁸⁷ Somente diante da inexistência de disciplina do direito pátrio (*ius proprium*) poderia haver recurso às *Leys Imperiaes* ou aos Santos Cânones (cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 275-276). O autor alude ainda à adoção de semelhante disposição por comunas italianas como as de Vicenza e Imola (p. 276); cf. N. E. GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes* cit. (nota 79), p. 442-446; J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre qual foi a Época* cit. (nota 48), pp. 307-309.

⁸⁸ Envolvendo a matéria concreta questão espiritual, a competência para sua apreciação era da Jurisdição Canônica, ao contrário daqueles assuntos estritamente temporais, cuja competência seria do Estado Português. A despeito da aplicação do direito por tribunais estatais em matéria temporal, o critério de pecado distinguia o *locus* de aplicação do direito romano daquele peculiar ao direito canônico (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 302-303).

observar o direito canônico, uma vez devida obediência ao Pontífice Romano: esta, pois, a essência do chamado *critério de pecado*⁸⁹.

Observe-se que no mesmo momento em que o legislador estabeleceu o critério de pecado, reconheceu a obediência devida à Santa Igreja (e ao Sumo Pontífice); tal acatamento contrasta, todavia, com a categórica negação de qualquer vínculo de subordinação do monarca ao Imperador Romano (*iurisdictio Imperii*). A preocupação com esta “isenção” foi tamanha que nenhuma justificativa para a adoção do direito romano justinianeu como fonte subsidiária foi articulada no texto legal referido⁹⁰.

Se a solução para a questão temporal não fosse encontrada nas Leis Imperiais, o parágrafo segundo do título prescrevia que o intérprete deveria buscar a resposta na *Glosa* de Acúrsio. Não tendo sido o assunto nela discutido, remetia-se o julgador para os *Comentários* de Bártolo, mesmo que a totalidade dos Doutores (*communis*

⁸⁹ Não se justifica a confusão entre jurisdição e direito material de fundo espiritual. No primeiro caso, o que se questiona é a competência para a tomada da decisão (envolvendo regras de direito adjetivo e de organização judiciária). Na segunda hipótese, referimo-nos aos direitos romano e canônico materiais, a serem aplicados pelos tribunais reais nos casos concretos. A respeito, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 07), p. 304.

A preferência ao direito canônico em matéria temporal, desde que o atendimento das Leis Imperiais implique em pecado, foi exemplificada pelo próprio legislador ao longo do § 1º do texto em exame: à falta de disposição expressa do direito pátrio, enquanto o direito justinianeu admitia a prescrição aquisitiva, o direito canônico a vedava. Note-se, contudo, que a questão trazida neste exemplo vinha sendo tratada de acordo com os princípios adotados pelo próprio direito germânico – antes do renascimento do direito justinianeu. Este direito, por sinal, era completamente infenso à idéia de prescrição aquisitiva (cf. L. CABRAL DE MONCADA, *A <<posse de ano e dia>> nos Costumes municipais portugueses* in *Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, p. 1-36; L. CABRAL DE MONCADA, *<<Tempo>>* cit. (nota 54), pp. 1-54, especialmente pp. 13 e 31).

⁹⁰ Este o exato teor da observação de G. BRAGA DA CRUZ: “trata-se, como se vê, duma justificação extremamente curiosa, não só por ser uma afirmação solene da doutrina da isenção da *iurisdictio Imperii*, sempre defendida pelos pensadores hispânicos em relação aos reinos cristãos da Península, como pelo contraste que oferece, ao invocar uma *razão positiva* da observância do direito canônico (a obediência devida ao Papa e à Igreja) contra uma *razão meramente negativa* do acatamento do direito romano (o não dever Portugal obediência ao Imperador), mas deixando sem explicar por que motivo, afinal, deve o direito romano ser observado como direito subsidiário (...) explicação que só será tentada mais tarde, como veremos, no preceito correspondente das *Ordenações Manuelinas de 1521*” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 304-305).

Há que se destacar, contudo, que a despeito da ausência de fundamento explícito para a aplicação do direito romano como fonte subsidiária do direito pátrio, tal critério decorre da própria tradição do direito português, seja mediante a adoção das versões castelhanas do direito justinianeu, seja mesmo pelos “tralados” e “decrarações” providenciados por ordem de D. João I. Este fato será mencionado como um dos fundamentos da preferência absoluta de Bártolo, conforme analisaremos em seguida. A respeito da adoção da opinião de Bártolo como fonte subsidiária do direito, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *Para a História* cit. (nota 49), p. 273. Destacando a necessidade patente, à época, de se repelir a tese da *iurisdictio Imperii*, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 276.

opinio doctorum) estabelecesse em sentido contrário. Esta *preferência absoluta de Bártolo*⁹¹ decorria, em parte, da própria *Carta Régia de 18 de Abril de 1426*⁹².

Inexistindo previsão para o caso nas fontes referidas, deveria ser trazida a questão ao conhecimento do monarca, que se pronunciaria a respeito de seu natural desfecho. Contudo, não implicando a questão temporal razão de pecado, estaria automaticamente excluída a aplicação do direito canônico, prevalecendo assim os “autorizados” pelas *Ordenações* (Acúrsio e Bártolo)?⁹³.

A questão é relevante, uma vez que tanto a *Glosa* quanto os *Comentários* eram tomados como fontes de *interpretação e comentário* das Leis Imperiais. Entretanto, muitas vezes acabavam por ensejar posições distintas e autônomas, que nem sempre refletiam a simples declaração do conteúdo e do alcance dos textos justinianeus⁹⁴.

Neste caso, visando evitar tal entrechoque, estabelece o último parágrafo do título que a questão deveria ser trazida ao conhecimento do Monarca (tal como na hipótese

⁹¹ Três são as razões expostas pelo próprio compilador para o acolhimento da opinião de Bártolo em detrimento da dos demais doutores: a tradição, a razoabilidade de suas opiniões e a necessidade de uniformização das manifestações dos tribunais (cf. parágrafo segundo do título em questão, bem como G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 305). Ainda sobre o tema, cf. M. de ALBUQUERQUE, *Bártolo* cit. (nota 67), pp. 87-89; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), p. 500-502; R. R. NOGUEIRA, *Preleções* cit. (nota 64), p. 121; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo* cit. (nota 53), p. 30; N. E. GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes* cit. (nota 79), p. 437. Estes dois últimos autores fazem menção expressa à Carta Régia referida, transcrevendo-a em seus respectivos trabalhos.

M. CAETANO faz importante observação, atinente à *razoabilidade* da opinião de Bártolo: “encontra-se assim já a idéia de que a *boa razão* é critério de opção entre pareceres jurídicos para decidir um caso *sub judice*” (*História* cit. (nota 52), pp. 549 e 551).

⁹² O teor de tal *Carta Régia* (levando-se em consideração a repercussão da *Glosa* de Acúrsio e dos *Comentários* de Bártolo) denuncia aquilo que já se poderia supor de uma interpretação um tanto mais extensiva do conteúdo da *Carta de Bruges*; em verdade, pôde aquela servir de instrumento para a utilização abusiva dos textos romanos, contra o próprio teor das leis pátrias. Nesse exato sentido, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 300-301, nota 1 (onde se faz referência a um *problema em aberto*); no mesmo sentido, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 07), aludindo a “preterições indevidas das normas jurídicas nacionais” (p. 265); N. E. GOMES DA SILVA chega ao ponto de mencionar que “o direito régio era como que um complemento do *utrumque ius*” (N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 275).

⁹³ N. E. GOMES DA SILVA trata cuidadosamente da questão referida, para cuja análise ora remetemos o leitor (*História* cit. (nota 08), p. 282-284).

⁹⁴ Trocadilho face às *decrarações*, previstas na *Carta Régia de 18 de Abril de 1426*. A dúvida quanto à natureza da relação mantida entre o direito justinianeus, a *Glosa* e os *Comentários*, foi exposta e solucionada, com cautela, pelo próprio legislador afonsino (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 307).

Pelo grau de acolhimento da *Glosa* de Acúrsio, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence* cit. (nota 53), p. 57; pelo acatamento dos *Comentários* de Bártolo, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo* cit. (nota 53), *passim*; M. de ALBUQUERQUE, *Bártolo* cit. (nota 67), pp. 87-89; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 281.

de absoluta ausência de preceito a respeito) para que fosse tomada uma decisão – vinculativa, inclusive, quanto às hipóteses futuras⁹⁵.

II.2.2.2. O direito subsidiário nas *Ordenações Manuelinas* (Livro II, tít. V). Substituição da epígrafe e manutenção do enquadramento formal. Costumes locais. Supressão da ordem temporal e espiritual das questões. Robustecimento do critério de pecado. Razão positiva do acatamento ao direito justinianeus: *boa razão*. Extirpação do aparato formal do conflito de jurisdições. A *communis opinio doctorum* como elemento de limitação da *Glosa* e dos *Comentários*. Fundamentação da preferência de Bártolo.

As *Ordenações Manuelinas* tiveram duas versões, em 1514 e 1521 respectivamente. Comparados seus textos é natural a conclusão de que a segunda versão corresponde à obra anterior acrescida da legislação extravagante promulgada no interregno⁹⁶.

Note-se que é a segunda versão destas Ordenações que chegou a nosso conhecimento e será objeto de análise logo a seguir. Há que se destacar o estilo “decretório” de que se serviram os legisladores, quando comparado ao tom compilatório das suas antecessoras Afonsinas. As referências à legislação régia e aos antigos costumes que fundavam as disposições legais foram abolidas⁹⁷.

⁹⁵ N. E. GOMES DA SILVA defende que haveria de se aplicar o direito canônico na hipótese de matéria temporal que não envolvesse pecado (quando o direito romano não se pronunciava expressamente a respeito), segundo o critério estabelecido pelas Ordenações Afonsinas (e tempos depois reproduzido na versão *Manuelina*). A questão é controvertida, tendo-se em vista a caracterização da *Glosa* e dos *Comentários* como declaração ou inovação face ao direito justinianeus. Expondo a controvérsia, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 307 e 346. Pela análise cuidadosa da questão, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 287-290.

⁹⁶ Esclareça-se que há controvérsia quanto à existência e ao particular alcance de edições anteriores à de 1514, produzidas nas oficinas de João de Kempis e de Valentim Fernandes; pela discussão da questão, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 309-325; N. E. GOMES DA SILVA, *Algumas Notas sobre a Edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513* in *Scientia Jurídica* 148-149 (1977), pp. 575-593; T. de NORONHA, *Ordenações do Reino – Edições do Século XVI*, Porto, Livraria Internacional, 1871, pp. 69-71. Note-se que C. M. de ALMEIDA dá como certa a primeira edição de 1512-1513, e sua simples revisão em 1514 (C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. XXII).

Explicando a duplicidade de edições das Ordenações Manuelinas (e justificando, principalmente, a raridade da primeira), I. M. POVEDA VELASCO esclarece: “temendo que a proximidade da edição anterior pudesse provocar confusões, D. Manuel, por carta de 15.3.1521, determinou fossem destruídos, no prazo de três meses, todos os exemplares da edição de 1514, sob pena de punir os transgressores com multa de cem cruzados e mais a ‘degradação por dois anos para além’” (*Ordenações* cit. (nota 79), pp. 63-64).

⁹⁷ I. M. POVEDA VELASCO assinala que “ao contrário das Afonsinas, as Ordenações Manuelinas não são mera compilação de leis anteriores, transcritas na sua maior parte no teor original e indicando o nome do monarca que as promulgara. Em geral, todas as leis são reescritas, em estilo ‘decretório’, como se de leis novas se tratasse, embora não passando muitas vezes de nova forma dada a leis já vigentes. Fazendo esse esforço de abstração das coordenadas espaço-temporais, e dando à redação cunho mais hipotético e abstrato, as

Foi preservada, dentro do possível, a estrutura originalmente concebida para a versão Afonsina, estribada na repartição em livros, títulos e parágrafos. Não se verificam grandes modificações estruturais, não obstante a simplificação da forma de articulação do discurso jurídico⁹⁸.

O título relativo ao *direito subsidiário* é um dos que denuncia de modo mais ostensivo a diferença entre a primeira e a segunda versão das *Ordenações Manuelinas*. Muito embora o enquadramento formal não tenha sido objeto de mudança, sua epígrafe esclarece a nova perspectiva adotada em relação ao objeto: em vez do conflito de jurisdições (explorado sobre a contradição entre direito imperial e direito espiritual), tinha-se em vista a questão sobre “Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoes”⁹⁹.

Ordenações Manuelinas são consideradas por alguns como precursoras das modernas codificações” (*Ordenações* cit. (nota 79), p. 64). L. C. de AZEVEDO ressalta o intuito de “dar ao conteúdo a feição de corpo legislativo” (*O Reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 95 (2000), pp. 19-32, especialmente p. 24).

⁹⁸ M. J. de ALMEIDA COSTA, comentando tal alteração – que lhe parece um progresso quanto à técnica legislativa – ressalva “a contrapartida de um menor interesse para a reconstituição do direito anterior” (*Nota de apresentação* in *Ordenações Manuelinas - Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 7). Sobre a segunda edição das *Ordenações Manuelinas*, cf. F. X. de O. MATTOS, *Prefação* in *Ordenações Manuelinas Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. I-XXX; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 136-137; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 127-129; M. CAETANO, *Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no séc. XVI* in *História* cit. (nota 52), pp. 621-633; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 290-296; N. E. GOMES DA SILVA, *Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1521* in *Scientia Juridica* 30 (1981), pp. 456-467; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60); M. J. de ALMEIDA COSTA, *Ordenações* cit. (nota 79), pp. 264-267; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 281-285; A. M. HESPAHHA, *História* cit. (nota 54), pp. 526-527; C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. XXII; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), pp. 40-41; J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51), pp. 77-88; J. M. SCHOLZ, *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos Sécs. XVI a XVIII* in *Scientia Iuridica* 142-143 (1976), pp. 520-525.

⁹⁹ Eis o texto do Título V do Livro II:

“Quando alguu caso for trazido em practica, que seja determinado por alguma Ley de Nossos Reynos, ou Estillo de Nossa Corte, ou Custume em os ditos Reynos, ou em cada hua parte delles longuamente vsado, e tal que por Dereito se deua guardar, seja per elles julguado, nom embarguante que as Leys Imperiaes acerca do dito caso desponham em outra maneira, porque onde a Ley, Estilo, ou Custume do Reino despoem, cessem todas outras Leys e Dereitos. E quando o caso de que se traute nom for determinado por Ley, Estilo, ou Custume do Reyno, Mandamos que seja julguado, sendo materia que tragua pecado, por os Santos Canones; e sendo materia que nom traga pecado, Mandamos que seja julguado polas Leys Imperiaes, posto que os Sacros Canones determinem o contrairo, as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas.

1. E se o caso de que se traute em pratica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiaes, ou Santos Canones, entam Mandamos que se guardem as Grosas de Acursio incorporadas nas ditas Leys, quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprouadas, e quando por as ditas Grosas o caso nom for determinado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo, nom embarguante que alguus Doutores teuessem o contrairo; saluo se a comum opiniam dos Doutores, que depois delle escreueram, for contraira, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme aa razam.

2. E acontecendo caso, ao qual por ninhuu dos ditos modos fosse prouido, Mandamos que o notifiquem a Nós, pera o Determinarmos; porque nom soamente taees determinaçoens sam desembarguo daquelle feito que se traute, mas sam Ley pera desembarguarem outros semelhantes.

O proêmio das *Ordenações* anteriores foi fundido ao primeiro parágrafo, de modo que a estatuição do direito justinianeu e do direito canônico como fontes principais do direito subsidiário foi justaposta à ressalva relativa à primazia do direito nacional. Por sinal, o direito pátrio passa a abarcar – paralelamente às leis do Reino e aos estilos da Corte – não apenas os costumes nacionais, como também os costumes *locais* “que por Dereito se devam guardar”¹⁰⁰.

Ao mesmo tempo em que o legislador deixa de fazer referência à ordem *temporal* e *espiritual* das questões, robustece-se o *critério de pecado* como fator de definição da aplicação das Leis Imperiais ou dos Santos Cânones. G. BRAGA DA CRUZ entrevê aí um alargamento do campo de aplicação do direito romano¹⁰¹.

3. Item se acontecesse caso o qual nom fosse materia de pecado, e nom fosse determinado por Ley do Reyno, nem Estilo de Nossa Corte, nem Custume de Nossos Reynos, nem Ley Imperial, e fosse determinado por os Textos dos Canones por huu modo, e por as Grosas, e Doutores das Leys por outro modo, Mandamos que tal caso seja remetido a Nós, e guarde-se sobre ello Nossa Determinaçam” (*Ordenações Manuelinas*, Livro II, Título V, *Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoes*).

A análise da disciplina relativa ao direito subsidiário na primeira versão das *Ordenações Manuelinas*, como já referido em nota anterior, redundava em uma consideração bastante simples: em sua maior parte o texto afonsino foi mantido, sendo efetuada uma única alteração de fundo (pequena, mas de grande repercussão): ganha relevo a *communis opinio doctorum*. Permanecendo a *Glosa* de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo como fontes subsidiárias, para que pudessem ser aplicados, contudo, não poderiam ser contrariados pela comum opinião dos doutores. Isso pode corroborar a tese de que a utilização das *extensões* das Leis Imperiais (“autorizados”) teria se tornado extremamente abusiva, além de contrária, enfim, às posições uniformemente adotadas pelos doutores a partir de um dado momento.

No mais, o fundamento tradicional da *primazia de Bártolo* suscitou alteração de redação, tendo-se em vista serem *Ordenações* de D. Manuel as agora promulgadas. Além disso, é suprimida a menção ao fato de serem a *Glosa* e os *Comentários* extensões das Leis Imperiais, aludindo-se tão somente a contraposição entre os cânones e os “autorizados”. A respeito e com detalhes, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 327-332.

Corroborando, aliás, a distinção quanto ao tratamento conferido pelas versões a esta questão, assevera o autor que “o título referente ao direito subsidiário é justamente um dos exemplos mais flagrantes destes dois escalões da reforma manuelina, pois tem uma redacção muito diversa na *versão primitiva* e na *versão definitiva* das *Ordenações de D. Manuel I*” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 327-328). Esposando a quase total manutenção do sistema em vigor até então, cf. M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), p. 129; J. A. de FIGUEIREDO, *Sobre a Época* cit. (nota 48), pp. 309-310.

G. BRAGA DA CRUZ destaca que “a epígrafe do título já é diferente (...) a assinalar uma tomada de consciência, por parte do legislador, de que o problema em questão transcende o refeito âmbito dum conflito entre a *ley* e a *decretal*, entre o *direito romano* e o *direito canônico* ou entre a jurisdição dos dois poderes (*civil* e *eclesiástico*)” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 333-334); N. E. GOMES DA SILVA, por sua vez, qualifica a epígrafe como “mais correcta” (*História* cit. (nota 08), p. 296).

¹⁰⁰ Embora a redação do texto correspondente das *Ordenações Afonsinas* desse ensejo a um alargamento interpretativo de tal ordem, a questão restou completamente superada pelo emprego da expressão “em cada hua parte delles longuamente vsado”, como ressalta G. BRAGA DA CRUZ: “vê-se que o legislador entendeu conveniente – talvez para esclarecer qualquer dúvida surgida na interpretação do texto das anteriores *Ordenações* – acentuar a validade do *costume local* no mesmo plano do *costume geral*” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 335, nota 1, a).

Note-se que entre os requisitos do costume assinalados por M. P. MERÊA (não ser contrário à ordem pública, racionalidade e prescrição) não está seu caráter nacional, em detrimento das práticas de âmbito local (*Resumo* cit. (nota 52), pp. 146-147).

¹⁰¹ Com efeito, a partir deste momento apenas o *critério de pecado* seria levado em conta, extirpando-se por completo a questão relativa aos conflitos jurisdicionais entre justiça canônica e justiça estatal; assim, como

Não mais se reconhece a aplicação do direito canônico em decorrência de uma subordinação à Santa Igreja: com isso, supprime-se o *aparato formal* do conflito de jurisdições posto em evidência pelas *Ordenações Afonsinas*, ao mesmo tempo em que se supera, por via de consequência, a questão relativa à *iurisdictio Imperii*¹⁰².

Descortina-se uma justificativa legal para o acatamento ao direito romano justinianeu, em lugar da mera razão negativa que sustentava o princípio da isenção face à *iurisdictio Imperii*: a “boa razam em que [as Leis Imperiais] sam fundadas”; para grande parte dos autores, trata-se aqui de inovação significativa¹⁰³.

ressalta G. BRAGA DA CRUZ “deixa de fazer-se a distinção (...) entre problemas jurídicos *de ordem espiritual* (...) e problemas jurídicos *de ordem temporal* (...) e reconduz-se tudo a um problema único, onde só conta o *critério do pecado*, qualquer que seja a natureza do caso a resolver” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 336). Essa recondução única ensejaria um alargamento da aplicação do direito romano na medida em que todas as questões que não envolvessem pecado (inclusive aquelas que anteriormente, em virtude da incidência dos critérios de competência *ratione materiae* e *ratione personae*, seriam abarcadas pela Jurisdição Canônica) deveriam ser analisadas segundo o direito romano. Neste mesmo sentido, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 315; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), pp. 502-503.

A despeito da defesa da tese do alargamento por G. BRAGA DA CRUZ, tal posição parece um tanto questionável, restando digna de nota a simplificação promovida por meio da distinção entre *conflito de jurisdições* e *conflito de leis* no espaço. As matérias relativas a questões espirituais permanecem sob o controle da jurisdição canônica, permanecendo a disciplina estatuída pelas próprias Ordenações Afonsinas. No que tange a *questões temporais*, submetidas à apreciação do tribunal estadual, o que se tem é questão relativa a direito material aplicável, superada também pelas Ordenações Afonsinas, pela menção ao *critério do pecado*. Por tal razão, pode-se sustentar que se tenha verificado tão somente uma simplificação (extremamente oportuna), retirando-se da disciplina de um texto que se refere a *conflito de leis no espaço*, matéria que diz respeito a *conflito entre jurisdições* (o que provavelmente havia gerado tamanhas confusões) – mesmo a despeito de ter sido mantido o posicionamento “confuso” do título referido, como parte integrante do Livro II das Ordenações. A respeito, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 336-337.

Destaque-se ainda o fato de que o exemplo da prescrição aquisitiva do possuidor de má-fé (constante tanto nas *Ordenações Afonsinas* como na primeira versão manuelina) deixou de ser referido.

¹⁰² A questão relativa à “autonomia” diante da *iurisdictio Imperii* permanece resolvida nos mesmos moldes adotados pelas *Ordenações Afonsinas*. A razão negativa defluente daquela redação parecia implicar, segundo alguns autores, contradição no que respeita ao acolhimento do direito justinianeu como fonte subsidiária. Contudo, ao que parece, o direito romano sempre foi acatado em decorrência de sua razoabilidade (entrevista não apenas na interpretação que dele fazia Bártolo). De tal forma, é discutível a alegação de uma inovação, em sentido rigoroso, na parte final do próêmio do título V do Livro II das *Ordenações Manuelinas* de 1521. Destacando a mudança promovida pela versão *Manuelina* ora analisada, G. BRAGA DA CRUZ sustenta que “substitui-se essa *razão de ordem negativa* do acatamento devido ao *direito romano*, por uma *razão de ordem positiva* desse acatamento: ‘as quaes Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar póla boa razam em que sam fundadas’” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 338). No mesmo sentido, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 314.

¹⁰³ Não se pode esquecer que a contradição vislumbrada no texto correspondente das *Ordenações Afonsinas* pode não ter existido. Isto porque, empreendida uma abordagem *histórica* (e não simplesmente dogmática) das Ordenações de 1446, necessária a alusão à *Carta Régia de 18 de Abril de 1426*. E ainda que se estivesse a efetuar um estudo simplesmente dogmático, a ressalva “praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Padre de gloriosa memoria” (feita a propósito de um dos intérpretes do direito justinianeu) induziria a tal conclusão. Neste sentido, G. BRAGA DA CRUZ reconhece que “no fundo a explicação não deixa de ser a mesma, na medida em que se quer significar que a aplicação do *direito romano* assenta na sua *autoridade intrínseca* – a *boa razão* em que seus preceitos são fundados – e não na *autoridade extrínseca* que lhe advém de as suas normas procederem do Imperador – e serem expressão, portanto, duma *iurisdictio Imperii* de que Portugal está isento –; mas, pelo menos, acaba-se com a incongruência em que tinha caído o legislador afonsino – e de

Não se encontrando solução que repouse diretamente no texto dos Santos Cânones ou no direito justinianeu, deveria o julgador recorrer à *Glosa* de Acúrsio, desde que não reprovada pela *communis opinio doctorum*. Persistindo a lacuna, cumpria ao intérprete buscar a opinião de Bártolo, exceto quando fosse unanimemente reprovada pelos Doutores que após ele houvessem escrito ¹⁰⁴.

que o legislador manuelino de 1512-1514 se não libertara –, ao invocar, no próprio texto que ordenava a aplicação subsidiária do *direito romano*, justamente a razão por que não lhe é devida obediência” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 339-341).

No mesmo sentido das conclusões de G. BRAGA DA CRUZ, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 297; todavia, o autor lança uma interessante crítica que merece reprodução: “pode, no entanto, desconfiar-se da bondade intrínseca da justificação, já que ela é, por assim dizer, forçada. Com efeito, trata-se, não de orientar prática futura, mas, sim, ‘de justificar o facto consumado que é a recepção e a observância do direito romano, e a legitimação desse estado de coisas é feita através de uma posterior ratificação que, para honra da casa, se diz residir na boa razão das normas recebidas’” (p. 298).

Por fim, destaque-se que a expressão *boa razão* parece ter um sentido diverso daquele que lhe foi atribuído pela *Lei de 18 de agosto de 1769*. Apresenta aí um sentido próximo do de *ratio naturalis*, como destacam diversos autores (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 338, nota 2; M. P. MERÊA, *Direito romano, direito comum e boa razão* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 16 (1939-1940), p. 539-543). Por tal ordem de idéias parece discutível a conclusão de L. C. de AZEVEDO quando afirma que “a influência do Direito Romano Canônico subsiste, bem como a vigência subsidiária daquele, embora já se justifique a guarda das leis imperiais somente quando fundadas na boa e natural razão, (O. M. II, 5, pr) longínquo prenúncio da lei que mais tarde por tal nome se identificaria” (*O Reinado* cit. (nota 97), p. 24).

A *boa razão* é pressuposta, neste caso, não se podendo recusar aplicação à regra subsidiária do direito justinianeu que nela não se fundamente. À expressão é conferido um sentido de que “o bom senso tem primazia sobre a própria lei”, uma vez compreendido o direito romano, em bloco, como *ratio scripta* (cf. BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário* cit. (nota 08), pp. 355-365). Este o sentido da observação deste autor ao afirmar que “a generalidade dos autores, porém, não toca neste problema, mesmo quando cita rotineiramente aqueles tópicos escolásticos sobre o primado da *razão natural* (...) admitindo, assim, implicitamente, a aplicação dos preceitos do direito romano, a título subsidiário, sem quaisquer reservas ‘talvez (...) por encararem o direito romano em bloco como *ratio scripta* ou como tendo por si a presunção de boa razão’” (pp. 358-365). Neste exato sentido se pronuncia M. P. MÊREA (*Direito romano* cit. (nota 103), p. 541). Observe-se que mesmo o alargamento do conceito de *boa razão* decorrente do influxo humanista em Portugal não vai redundar no preenchimento dos requisitos estabelecidos pela *Lei de 18 de agosto de 1769*, oportunamente explorados.

¹⁰⁴ A singela interpretação gramatical do texto estabelecido no título V do Livro II das *Ordenações Manuelinas* (de 1521) implica o poder restrito da *comum opinião dos Doutores*, que apenas poderia impedir a aplicação subsidiária dos textos de Acúrsio e de Bártolo, mas não fazer prevalecer a sua posição; em sentido diverso, G. BRAGA DA CRUZ sustenta a preferência da própria *communis opinio doctorum*, que passa a ocupar a posição que anteriormente competia a Acúrsio e a Bártolo. Não se nega que tal interpretação tenha sido confirmada pela prática; ao contrário, a primazia da *communis opinio* será uma das causas imediatas do apego excessivo aos pronunciamentos dos tribunais e, por via de consequência, do advento da própria *Lei da Boa Razão*. No entanto, a literalidade da nova redação não implica o fortalecimento da comunidade doutoral em detrimento das opiniões lançadas por Bártolo; ela teria uma força exclusivamente *refreadora* sobre a aplicação da *Glosa* e dos *Comentários*.

Cabe mencionar que a posição de G. BRAGA DA CRUZ é adotada pela maioria absoluta da doutrina: N. E. GOMES DA SILVA destaca que “na escala das fontes de direito subsidiário passa a ter primazia a *comum opiniam dos Doutores*: o facto de esta firmar ou reprová-lo Acúrsio ou Bártolo é mero acidente de referência”, sendo já outro o “centro de gravidade” (*História* cit. (nota 08), p. 299); M. CAETANO fala em sobreposição da *comum opinião dos Doutores* (*História* cit. (nota 52), p. 629); M. P. MERÊA acrescenta que os juristas “constantemente também alegavam como lei a *opinio communis*” (*Resumo* cit. (nota 52), p. 147).

Ainda assim não é o que se nos parece defluir da exegese do texto confrontado. A respeito da questão relativa à força *positiva* (ou meramente *negativa*) da *communis opinio*, observar as dez últimas conclusões do estudo de M. de ALBUQUERQUE a respeito da sobrevivência de Bártolo diante da opinião comum dos doutores (M.

Por sua vez, a *preferência* de Bártolo até então apoiada em fundamentos tradicionais, racionais e pragmáticos (uniformizadores) sofre uma sensível restrição, na medida em que se passa a reconhecer sua autoridade unicamente em decorrência da sua *natural* (mas não absoluta) maior conformidade à razão. Não se pode negar a coerência deste trecho do parágrafo primeiro com a oração que encerra o proêmio (“mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas”)¹⁰⁵.

Persistindo dúvida quanto à interpretação de determinado assunto, deveria esta ser encaminhada ao Regedor da Casa de Suplicação com o fito de que fosse fixada sua interpretação mediante *assentos* uniformizadores. Em decorrência do caráter vinculativo de tais provimentos, aplicar-se-iam penalidades àqueles que não observassem o texto das Ordenações (Ordenações Manuelinas, Livro V, Título LVIII)¹⁰⁶.

II.2.2.3. O direito subsidiário nas *Ordenações Filipinas* (Livro III, tit. LXIV). Novo enquadramento formal. Direito subsidiário como *regra de julgamento*.

Diversas são as justificativas apresentadas para o fato da promulgação das *Ordenações Filipinas* em 1603: tanto existe quem defenda que foi uma tentativa de granjear a simpatia do povo português, como também há quem sustente que o diploma

de ALBUQUERQUE, *Bártolo* cit. (nota 67), p. 88-89). Tal a importância das obras de Acúrsio e Bártolo, que M. J. de ALMEIDA COSTA entende que tal restrição “parece ter constituído, na prática, verdadeira letra morta” (*Romanismo* cit. (nota 53), p. 33; *La présence* cit. (nota 53), p. 56).

M. J. de ALMEIDA COSTA destaca que a linha interpretativa de tais autores, ao alçar a *communis opinio* à categoria de fonte autônoma do direito subsidiário, não é pacífica (M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 315). O próprio N. E. GOMES DA SILVA reconhece que o alcance do texto é mais estrito: “a lei declara que Acúrsio e Bártolo só valem se não forem contrariados pela *communis opinio*, mas não afirma que, em tal caso, será de seguir a comum opinião: o texto diz que a *communis opinio* tem força para impedir a aplicação de Acúrsio ou Bártolo, mas não diz – ao menos expressamente – que os pode substituir” (*História* cit. (nota 08), p. 299); ao que acrescentaríamos, com a devida cautela, que nem mesmo implicitamente o faz. Refreados Acúrsio e Bártolo, parece não existir solução outra além da remessa do caso ao Monarca para apreciação. Nem foi essa, diga-se de passagem, a posição adotada por Luís de Molina, ao preconizar a absoluta liberdade do juízo em tal hipótese, como notícia N. E. GOMES DA SILVA no trecho citado.

¹⁰⁵ Observando-se que das três razões que originalmente suportavam tal recurso (tradição, razoabilidade e uniformização), prevalece unicamente a de que a mesma “comunmente é mais conforme aa razam”; preteriu-se, assim, a uniformização dos julgados. Isto dará ensejo, tempos depois, a uma completa miscelânea decorrente da aplicação do direito subsidiário, com a invocação das mais variadas posições esposadas pelos comentaristas, acatadas pelos diversos tribunais do Reino – o que acarretará uma necessária instabilidade quanto à determinação do direito vigente. Exatamente para pôr cobro a tal estado de coisas surge a *Lei de 18 de agosto de 1769*, no que toca ao estabelecimento de assentos vinculantes, proferidos exclusivamente pela Casa de Suplicação (parágrafos 1º a 8º). Destaque-se, finalmente, que Bártolo, por sinal, só poderia ser desautorizado pelos Doutores que houvessem escrito posteriormente à sua obra (ao contrário de Acúrsio, em relação ao qual não havia tal restrição).

¹⁰⁶ Tal fato é destacado por L. C. de AZEVEDO, que inclusive antecipa o resultado da reforma empreendida pela Lei de 18 de agosto de 1769 (*O Reinado* cit. (nota 97), p. 29).

consubstancia uma reação ante a expansão do poder da Igreja com o Concílio de Trento. Contudo, a maioria dos autores adota uma posição intermediária¹⁰⁷.

No que toca à regulamentação do *direito subsidiário*, deve-se observar que foi promovido um novo *enquadramento formal* do instituto, o qual foi transposto do Livro II das *Ordenações Manuelinas* (1521) para o Livro III da versão filipina. A questão (que estava anteriormente inserida entre o tratamento das relações eclesiástico-temporais e as limitações às imunidades clericais) foi introneteada entre o julgamento por verdade sabida e os preceitos relativos às sentenças interlocutórias e definitivas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ A posição de I. M. POVEDA VELASCO se adequa à primeira das vertentes: “não se trata de obra inovadora. No fundo, a preocupação principal foi reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes de Leão e as leis a esta posteriores. Para tanto concorreu, além da crise em que se encontrava à época a cultura jurídica, no rescaldo da investida humanista contra o Direito Romano, a preocupação política de Felipe II de não ferir a suscetibilidade dos novos súditos, manifestando assim o seu respeito pelas instituições portuguesas. Por isso, a legislação filipina nada mais é que uma atualização das Ordenações Manuelinas e não propriamente uma legislação ‘castelhanizante’” (*Ordenações* cit. (nota 79), p. 65). Note-se que o autor destaca, paralelamente, o objetivo de atualização do texto manuelino. Por tal razão podemos entrever aí um posicionamento mais eclético, mas que descarta, de todo modo, da repercussão do Concílio de Trento.

Em sentido contrário, merece destaque a opinião de C. M. de ALMEIDA: “Mas parece que não foi o interesse de harmonizar a Legislação extravagante depois do reinado de D. Manoel, com a nova situação política da Monarquia, nem a pueril vaidade ou calculo politico de fazer esquecer a Legislação dos precedentes Monarchas, e obter a estima dos Portuguezes, o que mais actuou no seu animo para levar a effeito a codificação, hoje conhecida, por Código Philippino. Havia um motivo mais poderoso que a isso obrigava o impulso da Realesa no seu exclusivo predomínio no Estado, e os devotos do Direito Romano ou Imperial. Esse motivo era o Concilio de Trento, aceito e proclamado em Portugal sem restricções, pelas Leis do reinado de D. Sebastião. Essa aceitação dava novo realce ao Direito Canonico, collocando-o quasi no ponto em que se achava na epocha de D. Affonso II, em que se julgava de nenhum vigor a Legislação Civil que lhe era adversa, sem declaração authentica” (C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. XXIII). Observe-se que a nota final do autor é alusiva à Cúria de Coimbra de 1211, quando se estabeleceu que as Leis do Reino não valessem se fossem “feitas ou estabelecudas” contra “os dereytos da Santa egreja de Roma” (cf. A. HERCULANO, *Portugaliae* cit. (nota 70), pp. 163-164).

Por uma posição claramente conciliadora, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), p. 42. N. E. GOMES DA SILVA destaca o ímpeto consolidador da reforma filipina, tendo-se em vista a necessidade “de reunir, num mesmo texto, as *Ordenações Manuelinas*, a *Colecção* de Duarte Nunes de Leão e as leis a esta posteriores” (*História* cit. (nota 08), p. 313), no que é acompanhado por I. M. POVEDA VELASCO, conforme visto. O mais profundo estudo, entretanto, a respeito das fontes das *Ordenações Filipinas* é o de J. P. RIBEIRO (*Sobre as Fontes do Código Filippino* in *Memórias da Litteratura Portuguesa II*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, 1792, p. 46-170).

Por uma síntese do histórico relativo às *Ordenações Filipinas*, cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 139-140; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 188-196; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), p. 75; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Ordenações* cit. (nota 79), pp. 267-269; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 281-285; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Nota de apresentação* in *Ordenações Filipinas – Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 5-12; J. J. F. GORDO, *Fontes próximas da compilação filippina ou indice das Ordenações e Extravagantes*, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1792, *passim*; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), p. 527; J. G. B. CÂMARA, *Susbsídios* cit. (nota 51), pp. 157-177; J. G. B. CÂMARA, *Código Filippino ou Ordenações do Reino* in *Estudos Jurídicos e de História*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Barrister’s, 1987, pp. 222-252; J. M. SCHOLZ, *Legislação* cit. (nota 99), pp. 525-530.

¹⁰⁸ Eis a transcrição integral do Título LXIV do Livro III, que guardou a mesma epígrafe da versão manuelina (“Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações”):

A simples transposição do Livro II para o livro especificamente vinculado à matéria processual (III), esfacela por completo o aspecto de *conflito de jurisdições* que outrora pairara por sobre o problema. Nisso, temos um remate da tarefa iniciada pelas *Ordenações* de 1521.

Contudo, ao mesmo tempo em que se solucionou definitivamente aquela questão, a simplificação promovida parece um tanto excessiva ao reduzir o instituto do direito subsidiário à categoria de mera *regra de julgamento*; em detrimento do enfoque relativo ao *conflito de leis no espaço*, foi privilegiada a perspectiva que toma a questão como aspecto relacionado tão somente ao procedimento¹⁰⁹.

“Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes ácerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras Leis, e Direito.

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 Cânones.

E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Cânones determinem o contrario.

As quaes Leis Imperiaes mandamos, sómente guardar pela boa razão em que são fundadas.

1. 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, que depois delle screveram, fôr contraria.

2. E acontecendo caso, ao qual por nenhum dos ditos modos fosse provido, mandamos que o notifiquem a Nós, para o determinarmos; porque não sómente taes determinações são desembargo daquelle feito que se trata, mas são Leis para dezembargarem outros semelhantes.

3. E sendo o caso, de que se trata tal, que não seja materia de peccado, e não fosse determinado per Lei do Reino, nem stylo de nossa Corte, nem costume de nossos Reinos, nem Lei Imperial, e fosse determinado pelos textos dos Canones per hum modo, e per as Glosas e Doutores das Leis por outro modo, mandamos que tal caso seja remetido a Nós, para darmos sobre isso nossa determinação, a qual se guardará” (*Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LXIV, *Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações*).

¹⁰⁹ Eis a síntese do posicionamento majoritário, conforme a lição de G. BRAGA DA CRUZ (em que já fica evidente a dificuldade inerente à questão): “é discutível se o enquadramento dado pelo legislador filipino ao problema do direito subsidiário – ao fazer dele um puro problema de *direito processual*, ligado ao julgamento das causas judiciais – teria sido o mais indicado e o mais feliz; mas o que importa registrar é a preocupação que houve de romper com o seu enquadramento tradicional, que nada já justificava na mentalidade jurídica da época, e dar-lhe uma colocação, no texto das *Ordenações*, que exteriorizasse suficientemente a sua natureza de problema independente de qualquer conflito de jurisdições” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 349).

Superava-se, assim, a controvérsia relativa ao prevailecimento da jurisdição eclesiástica em detrimento do poder temporal. Verificou-se um redirecionamento da matéria, que passou a ser disciplinada em meio às regras de julgamento (fato que fica evidente diante das epígrafes dos títulos LXIII, LXV e LXVI, entre os quais a regulamentação fora inserida), no âmbito do direito processual civil.

Embora a posição escolhida pelo legislador (Livro III) seja questionada pelo próprio G. BRAGA DA CRUZ (como visto acima), não se pode deixar de reconhecer seu mérito, vinculado à superação – pode-se dizer definitiva – do caráter controvertido do instituto. Neste sentido, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota

Mantendo-se vigentes em Portugal até 1867 e no Brasil até 1916 (quanto ao direito civil), as *Ordenações Filipinas*, no que toca ao direito subsidiário, sofreram o duro impacto das reformas pombalinas da aplicação do direito, notadamente pela Lei de 18 de agosto de 1769.

Esta Lei, atribuindo à *boa razão* em que são fundadas as Leis Imperiais um novo significado, estabeleceu o momento de inauguração de uma nova fase da evolução do direito privado português: o período iluminista, sobre o qual trataremos pouco adiante. Antes, no entanto, apreciaremos de que modo os preceitos das *Ordenações do Reino de Portugal* acima trabalhados foram efetivamente aplicados, em especial no que concerne à extensão e à eficácia conferidas ao conceito de boa razão, bem como ao modo de aferimento da *communis opinio doctorum* antes da publicação da obra de Luís António Verney.

II.2.2.4. A aplicação prática da disciplina do direito subsidiário. Primazia do direito nacional. Preenchimento de lacunas pelo recurso direto à boa razão. Limites de aplicação do direito romano. Direito romano em bloco como *ratio scripta* e verificação específica. Integração pela própria razão natural (*ratio naturalis*): omissão ou desconformidade do direito romano. Critérios de fixação da *communis opinio doctorum*. Influxo humanista e critério puramente qualitativo. Conservação da escola bartolista e adoção do critério misto. As obras jurídicas, a praxe judiciária e a Jurisprudência. A interpretação das regras do direito pátrio em conflito com os preceitos justinianeus. Aplicação subsidiária do direito espanhol.

Há que se constatar agora em que medida tais regras estabelecidas pelas *Ordenações do Reino de Portugal* foram cumpridas. E tendo sido aplicadas, cabe indagar

08), p. 314; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), p. 503; M. de ALBUQUERQUE, *Bártolo* cit. (nota 67), pp. 65-66.

Sem efetuarem tratamento *ex professo* sobre o novo enquadramento da matéria, mas destacando a manutenção do sentido estabelecido pela versão manuelina, cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 147-148; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 314-316; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 191-192; R. R. NOGUEIRA, *Prelecções* cit. (nota 64), pp. 122-126; C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), pp. XXVII-XXVIII; J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51), pp. 168-169; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 45-53; J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama do Direito Civil Brasileiro: das Origens aos Dias Atuais* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 88 (1993), p. 188; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), pp. 29-30; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Fundamentos* cit. (nota 08), p. 114; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo* cit. (nota 53), p. 33; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Enquadramento Histórico do Código Civil Português* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 37 (1961), p. 148; M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence* cit. (nota 53), p. 56; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico e solução pombalina* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982), p. 19; M. P. MERÊA, *Direito romano* cit. (nota 103), p. 541.

enfim de que *forma* tal processo se deu. Cabe descobrir, por exemplo, se o princípio da *primazia do direito pátrio* foi sempre respeitado; se o recurso ao *direito subsidiário* era imediato (tão logo descoberta a lacuna do sistema reinícola); de que forma a razão positiva para o acatamento ao direito justinianeu pôde influir em sua aplicação; como era aferida a *communis opinio doctorum* que poderia reprovar Acúrsio e Bártolo e se essa reprovação foi respeitada; se o direito justinianeu de algum modo limitava a legislação pátria; se existia algum outro direito subsidiário legitimado pela prática diante da insuficiência dos textos romanos. Estes são alguns dos assuntos que serão trabalhados neste tópico. Note-se que tais indagações estão profundamente vinculadas ao diagnóstico da administração da justiça em Portugal efetuado por Luís António Verney, no ano de 1746.

Em primeiro lugar é necessário destacar que desde sua estipulação expressa pelas *Ordenações Afonsinas* (talvez mitigando os excessos decorrentes da *Carta Régia de 18 de abril de 1426*), o princípio da *primazia absoluta* do direito pátrio não foi em nenhum momento posto em dúvida pelos autores portugueses. Ao contrário, estes constantemente reiteraram o caráter simplesmente supletivo do direito romano, asseverando a supremacia do *nostrum jus commune peculiare*¹¹⁰.

Aliás, há autores que defendiam que a integração das lacunas deveria ser buscada, primeiramente, através do emprego da analogia (recorrendo-se ao disposto em outras leis do Reino), e apenas depois disso mediante a aplicação do direito romano. Tal é

¹¹⁰ M. P. MÊREA destaca que os juristas portugueses afirmavam correntemente que “em Portugal <<direito comum>> era, não o direito romano, mas o direito nacional (...) todavia as nossas leis em mais dum lugar se referem ao <<direito comum>> querendo aludir ao direito romano, e o mesmo se observa com freqüência nas obras dos juristas” (*Direito Romano* cit. (nota 103), p. 541).

G. BRAGA DA CRUZ afirma que “apesar dos abusos que os tribunais freqüentemente cometiam, aplicando por vezes o *direito romano* com menosprezo do *direito nacional*, pode dizer-se que, pelo menos em princípio, a prioridade dada pelas *Ordenações* às leis pátrias, costumes do reino e estilos da Corte nunca foi posta em causa” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 350).

Aliás, este autor se reporta a juristas portugueses dos séculos XVI, XVII e XVIII para afirmar que mesmo às vésperas da reforma implementada pela Lei de 18 de agosto de 1769, a prioridade das leis nacionais sobre o direito subsidiário correspondia a ponto sobre o qual não havia controvérsia [com citações de quinhentistas como António da Gama (“nam ius nostrum Regium ius comune est”), Álvaro Valasco (“Ius Regium ordinationum censetur ius commune apud nos”), Jorge de Cabedo e Luís Correia (pp. 350-351); seiscentistas como Francisco de Caldas Pereyra e Castro, Gabriel Pereira de Castro, Ignacio Pereira de Sousa, Domingos Antunes Portugal e António Mendes Arouca (por todos, “nostra Lex Regia nostrum ius commune constituit”) (pp. 351-352); e setecentistas como Silvestre Gomes de Moraes, João Rodrigues Cordeyro e Manuel Gonçalves da Sylva (“Sunt enim leges Regni nostrum ius commune peculiare”) (p. 352)].

Por sinal, é a análise de G. BRAGA DA CRUZ que nos deu acesso à obra de Arthur Duck, de 1654, onde o autor observa que “Et Ius Regium Lusitaniae ita accommodandum est ad Ius Caesareum, ut Casus eodem Jure expressi, patiantur omnes Interpretationes & extensiones, quas Ius Romanum admittit, XII, Quamvis autem Iurisconsulti Lusitaniae frequentius tradant, pro Majestate Principis sui tuenda, Ius Regium esse Ius Comune in Lusitania; & e Ius Caesareum non habere vim Imperii sed Rationis solum; & poenas Iure Regio impositas tollere poenas Iuris Caesarei; & in Lusitânia Causas esse Iure Regio, non Iure Romano decidendas” (*apud* G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 352).

a posição de Álvaro Valasco, Ignácio Pereira de Souza e Manuel Gonçalves da Sylva, segundo noticiam M. P. MERÊA e G. BRAGA DA CRUZ¹¹¹.

A estatuição (no proêmio do título V do Livro II das *Ordenações Manuelinas* de 1521) de uma razão positiva para o acatamento das Leis Imperiais como *direito subsidiário* teve conseqüências muito maiores do que a singeleza do texto pode apontar. Isto fica evidente quando se tem em vista que é por meio da aferição da *communis opinio doctorum* que vai se constatar se determinado preceito tem (efetivamente) fundamento na boa razão.

De tal maneira, a expressão *boa razão* no proêmio referido pode apresentar dois significados, com repercussões absolutamente distintas: ou ela é tomada como simples *justificativa* ou se lhe empresta a função de *fundamento* para o acatamento do direito romano justinianeu.

Se ela é utilizada em sua acepção de simples justificativa, parecem estar certos os partidários da concepção do *Corpus Iuris Civilis* como encarnação (em bloco) da *ratio scripta*. Tal posição se justifica quando compreendemos a recepção do direito justinianeu como processo histórico, que tem seu ápice com a *Carta Régia de 18 de abril de 1426* e vai buscar tão somente um título de legitimação na parte final do proêmio manuelino¹¹².

Observe-se, porém, que houve quem emprestasse à *boa razão* a função de *fundamento* de admissão do direito romano justinianeu como fonte subsidiária. Por um lado, para defender a verificação caso a caso do fundamento racional dos diversos

¹¹¹ Cf. M. P. MERÊA, *Direito romano* cit. (nota 103), p. 543, nota 1. Ressalve-se parecer que Álvaro Valasco tenha adotado uma posição implícita, uma vez que G. BRAGA DA CRUZ tem na obra de Ignácio Pereira de Sousa a primeira adoção *explícita* da doutrina da integração das lacunas pelo emprego analógico das leis nacionais (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 354-355).

¹¹² Sobre os autores que compreendem o direito romano em bloco como *ratio scripta*, e presumindo, assim, a sua boa razão, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 362-363; M. P. MERÊA, *Direito romano* cit. (nota 103), p. 541.

Todavia, se a boa razão passa a ser tomada não mais como simples *justificativa*, mas como autêntico *fundamento* para a aplicação de um direito estrangeiro, só podem ser utilizados aqueles preceitos que se mostrem adequados ao requisito básico de ingresso no sistema. Tal conclusão é conseqüência natural de um outro processo histórico, no qual desde as *Ordenações Afonsinas* reiteradamente é repudiada a *iurisdictio Imperii* sobre Portugal. Entretanto, com a superação da questão do conflito de jurisdições, a tese do condicionamento ao crivo da boa razão se enfraquece. E a remessa do título para o Livro III das *Ordenações Filipinas* só corrobora tal ordem de raciocínio, na medida em que a disciplina é reduzida à categoria de simples *regra de julgamento*.

Conseqüentemente, a adoção *incondicionada* do direito romano (tal como *ratio scripta*) parece historicamente mais congruente com a parte final do proêmio das *Ordenações Manuelinas* do que compreensão da *boa razão* como fundamento da acolhida do direito justinianeu.

preceitos romanos¹¹³; de outra parte, houve mesmo quem tomasse a *boa razão* na acepção de *razão natural* (extraída da escolástica medieval) – para daí concluir ser ela “uma *fonte subsidiária* de direito, quer em substituição do *direito romano* que se mostre em desacordo com ela, quer como elemento integrador das lacunas do próprio *direito romano*”¹¹⁴.

De acordo com o preceito estabelecido pelas *Ordenações do Reino de Portugal* (Manuelinas e Filipinas), o emprego na qualidade de *direito subsidiário* das obras de Acúrsio e Bártolo estava sujeito à ausência de juízo de reprovação formulado pela *communis opinio doctorum*. E como vimos, a própria aferição da conformidade de determinados preceitos romanos com a boa razão dependia da posição que fosse adotada pela maioria dos doutores.

Estabelecido o critério majoritário pela via legislativa, não havia a possibilidade de se mitigar a supremacia do número em detrimento da *verior opinio*. Contudo, alguns juristas portugueses influenciados pela corrente humanista do século XVI

¹¹³ M. P. MERÊA alude a Manuel da Costa, Domingos Antunez Portugal e Manuel Gonçalves da Sylva (*Direito romano* cit. (nota 103), p. 542), no que é seguido por G. BRAGA DA CRUZ (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 355-357. A respeito da questão, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *Historia* cit. (nota 08), p. 297, nota 1, e pp. 306-311.

¹¹⁴ N. E. GOMES DA SILVA argumenta que haveria influência humanista num Comentário (às Ordenações Manuelinas) atribuído a Luís Correia. O autor fundamenta seu argumento na utilização ao longo do texto de um repetido tópico do racionalismo humanista (“quaerere legem ubi est ratio naturalis est infirmitas intellectus”). Traz ainda como comprovação de sua tese a obra de Diogo de Sá (*Tractado dos Estados Ecclesiasticos e Seculares. Em que por muy breue e claro stillo se mostra como em cada hu delles se pode o Christão salvar. Author Diogo de Saa. Nelle se impugnão muitas heresias que muitos hereges teverão em cada hum dos estados*), em que se constata o trecho seguinte: “a razão natural assi se ha dallegar e por ella se ha de julgar como pla lei. Porque o bom dito e cheio de rezão dizem Iassão e Andre de Isernia, que asi deue mouer o Juiz pera julgar por elle, como a mesma lei. Porque lei he tudo o que em razão consiste” (*História* cit. (nota 08), p. 309). E G. BRAGA DA CRUZ completa a transcrição: “Plo que Baldo e outros Iuristas affirmão que os Franceses não allegão leis, mas guardão em todo a rezão da lei: não porque a lei o diga, nem porque o Emperador nem o Rey asi o statuisse mas por a rezão o quer” (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 358).

Contudo, G. BRAGA DA CRUZ rechaça a tese de que o tópico referido seja humanista, considerando-o produto da escolástica medieval. Não apenas pelas citações de Iassão, André de Isérnia e Ângelo de Perúsia (em outro trecho do excerto), como também pelo fato de ter sido reiterado seu emprego pelos praxistas portugueses com a acepção de *senso comum* (p. 362). Conclui no sentido de que os únicos autores que foram mais arrojados, em Portugal, ao interpretarem o sentido da expressão *boa razão* foram Luís Correia e Manuel Gonçalves da Sylva. Contudo, tão somente para reconhecer a possibilidade de utilização da *boa razão* como mecanismo de integração na hipótese de lacuna das fontes romanas. E arremata: “quer dizer: – o ponto *mais avançado* a que chegou a doutrina portuguesa foi apenas o que deixamos explícito no texto. Na falta de lei, costume ou estilo da Corte, *deve-se recorrer sempre* – se o caso não envolver pecado – *ao direito romano*, por se presumir a sua concordância com a *razão natural*. Se esta presunção for ilidida, pode a *razão natural* funcionar como *fonte subsidiária* em substituição do direito romano que não se mostra de acordo com ela, o mesmo sucedendo para o preenchimento das lacunas do próprio *direito romano* – o que na prática coincidirá, como facilmente se compreende, com o recurso à *communis opinio*, para que as *Ordenações* logo em seguida remetem” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 356-357 e pp. 363-364). Cf. ainda A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), pp. 503-511. Por tal razão não parece adequada a alegação de L. C. de AZEVEDO quando observa que a menção a boa e natural razão seja um “longínquo prenúncio da lei que mais tarde por tal nome se identificaria” (*O Reinado* cit. (nota 97), p. 24).

admitiram a existência de uma opinião verdadeira que deveria ser acolhida – ainda que em detrimento da unanimidade que lhe pesasse em contrário¹¹⁵.

Embora tenha sido sacramentada legislativamente a *communis* (e não a *verior*) *opinio*, não se pode negar que a escola humanista em Portugal tenha influenciado de modo decisivo a forma mediante a qual este parâmetro legal foi posto em prática.

Isto se deu através da substituição do puro sistema do número (de origem *escolástico-bartolista*) por um critério misto que levava em consideração (para a aferição da maioria) tão somente os autores que houvessem se dedicado *ex professo* à questão, disputando e argüindo seus adversários¹¹⁶.

¹¹⁵ São os casos de Manuel da Costa, Aires Pinhel e Heitor Rodrigues (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 365-367). Pelos mesmos exemplos, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 327. Contudo, G. BRAGA DA CRUZ destaca que a única forma de se elidir uma opinião comum, no foro, era comprovar a falsidade de sua presunção de conformidade à boa razão. Um expediente difícil, certamente; mas a saída mais elegante (atribuída a Luís Correia) diante da vinculação criada pelo legislador nas *Ordenações* (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 366).

¹¹⁶ A origem do critério misto, segundo G. BRAGA DA CRUZ, é escolástica, uma vez que podemos entrever seu nescedouro em Cino de Pistóia e Paulo de Castro, quando manifestaram sua repugnância à aceitação burocrática de opinião da maioria (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 369-370). Contudo, a despeito desta origem remota, ressalva que a importância da corrente humanista para a propagação do critério é inegável: o próprio ponto de partida assumido (André Alciato) é um dos principais elementos responsáveis pelo desenvolvimento daquela escola. Passando pelas figuras de Martinho da Azpicuelta (Doutor Navarro) e Giacomo Menochio (Iacobus Menochius), delineia o caminho percorrido pelo critério misto até alcançar ressonância verdadeiramente européia (pp. 370-373).

Menciona os autores seiscentistas P. Baptista Fragoso e Feliciano de Oliva e Souza, autores que ainda aludem às figuras de Alciato, Navarro e Menochio. Outros contemporâneos já não lhes rendem créditos – e G. BRAGA DA CRUZ enumera como exemplos António Sousa de Macedo e Agostinho Barbosa.

Já durante o século XVIII, João Rodrigues Cordeyro, Manuel Gonçalves da Sylva e Pantaleão de Araújo Netto e Guerra reiteram a defesa do critério misto, sendo que apenas o último faz menção aos já remotos Alciato e Menochio.

Fazendo referência à obra de André Alciato, G. BRAGA DA CRUZ explica com que sutileza o autor, sem contradizer expressamente a prevalência da maioria, vai de certo modo selecioná-la: “é aí que procura corrigir o *critério puramente quantitativo* com a adição de um *elemento qualitativo*, determinado pela efectiva *fundamentação* da opinião por cada um dos autores a considerar, *disputando e argüindo* acerca da respectiva <<verdade>>” (p. 371). E sintetizando o legado da escola humanista por meio da estipulação de um critério misto, G. BRAGA DA CRUZ acrescenta que “a generalizada simpatia dos melhores expoentes da nossa literatura jurídica por este *critério misto* (simultaneamente *quantitativo e qualitativo*) na determinação da *communis opinio* é talvez o fruto mais palpável que a *corrente humanista do direito* entre nós legou à *corrente escolástica* que, além de nunca se ter deixado dominar por aquela, acabou totalmente por superá-la, sem deixar de lhe pagar o seu tributo num ou noutro ponto em que para sempre ficou marcado por ela” (p. 369).

E definindo a adoção portuguesa do critério misto, conclui que “a *opinio communis* seria, sem dúvida – nem de outro modo mereceria esse nome –, a opinião *da maioria dos autores*; mas duma maioria *qualificada*: da maioria dos autores que tivessem versado *ex professo* o assunto em causa, analisando-o e discutindo-o, e não da maioria dos que simplesmente se lhes tivessem referido, louvando-se na opinião alheia” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 367-369).

Sobre a anterior prevalência do método escolástico-bartolista, mas sem ingressar no influxo humanista, cf. M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 155. Já contrapondo à corrente humanista, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 323-324; N. E GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 335-352; A. M. HESPANHA, *História* cit. (nota 54), pp. 509-511 (em que se faz uma apreciação sintética do humanismo jurídico em Portugal).

No entanto este critério misto propugnado por muitos autores em suas obras de doutrina não era por eles próprios respeitado, sendo frequentes nas mesmas obras as citações intermináveis, que tinham em vista o convencimento por meio da saturação¹¹⁷.

A situação experimentada pela prática forense não era grosso modo diferente, na medida em que gradualmente se introduzia (em substituição do critério puramente numérico) o apego à jurisprudência dos tribunais superiores, em que se cristalizava uma *communis opinio* garantidora de relativa certeza jurídica¹¹⁸.

É neste contexto conturbado pela incerteza que já no ano de 1619 os procuradores do Porto formularam reclamação a Sua Majestade, nas Cortes de Lisboa, pedindo que as questões mais corriqueiras do foro fossem decididas *por lei*, e não segundo o arbítrio dos julgadores (em seu recurso à *opinião comum dos doutores*)¹¹⁹. E diante de tal confusão, as posições de Acúrsio e Bártolo ressurgem robustecidas¹²⁰.

¹¹⁷ G. BRAGA DA CRUZ observa que “os mesmos juristas que isto sustentavam teoricamente eram os primeiros a coalhar as suas obras de citações intermináveis, sempre na preocupação de desluzir e convencer pelo exclusivo peso do número, sem distinguirem entre as autoridades que tinham tratado o assunto *ex professo* e as que se tinham limitado a reproduzir as opiniões de outrem” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 370-375).

¹¹⁸ G. BRAGA DA CRUZ assevera que em substituição à solução cômoda e menos exigente do critério do número, houve uma progressiva adesão à praxe dos tribunais superiores “como expressão autorizada dessa *opinio communis* menos sujeita aos riscos da incerteza e do arbítrio” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 377-378).

Contudo, informa o mesmo autor que havia uma série de regras dos mais diversos conteúdos que tornavam vã qualquer tentativa de definição de uma autêntica *opinião comum*: a regra da liberdade judicial na hipótese de duas opiniões comuns contrárias; a que estatuiu a preferência de uma opinião *recepta in Curia*; a que estabelecia a primazia da opinião mais conforme ao costume ou que reduzisse o número de demandas; a que determinava a superioridade da opinião dos canonistas sobre a dos teólogos (em matéria canônica); a que privilegiava a opinião que harmonizasse as demais; e em sentido contrário, a que exaltava a opinião que promovesse distinção, uma vez que “é a que se afigura mais próxima da verdade” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 379).

Contudo o caos era tamanho que o autor conclui: “compreende-se que, no meio desta confusão, o valor da *communis opinio* como tal (...) tendesse, na prática, a diluir-se e a desacreditar-se, fazendo sentir a toda gente – aos doutrinadores, aos tribunais e, mais do que a ninguém, aos litigantes que se aventuravam a pleitear no meio deste mar revolto – a necessidade de encontrar outros pontos de apoio mais seguros, capazes de evitar a anarquia e o caos da jurisprudência” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 379).

Sobre o apego à jurisprudência, C. M. de ALMEIDA destaca que “o Legislador por tanto não manda seguir os *Arestos* na falta dos auxílios numerados no § 1, entretanto os *Arestos* ou casos julgados tem força sendo accordãos de Relações, quando coherentes com os principios de Jurisprudência: e quando taes decisões são em grande numero, e conformes constituem estylo na fôrma da L. de 1769 § 14”. (*Código* cit. (nota 54), p. 665).

No mesmo sentido, M. A. COELHO DA ROCHA esclarece que “as alegações dos advogados reduzem-se pela maior parte à acumulação, tão extensa como fastidiosa, de remissões, quase sempre copiadas, e muitas vezes impróprias” para mais à frente reiterar a verdadeira adoção indiscriminada da jurisprudência (*Ensaio* cit. (nota 52), p. 191). No mesmo sentido, P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 105-108. Por fim, observe-se que o Assento de 23 de Março de 1786 estabelece que “a praxe e o estilo de julgar, e decisão dos *Arestos* seguida universalmente dos Doutores do Reino, é o melhor intérprete das Leis” (*apud* J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), p. 358).

¹¹⁹ Eis o teor da reclamação segundo a transcrição de G. BRAGA DA CRUZ:

Mas além destas peculiaridades inerentes à aferição da *communis opinio doctorum*, deve-se destacar a regra decorrente da praxe judiciária segundo a qual as regras de direito pátrio contrárias aos preceitos romanos deveriam ser interpretadas restritivamente, indicando-se a interpretação extensiva em caso de conformidade ao direito justinianeu (*odiosa limitanda, favorabilia amplianda*). Este vai ser um dos pontos contra os quais a Lei de 18 de agosto de 1769 vai se voltar¹²¹.

E ainda merece referência a prática atribuída inicialmente a Jorge de Cabedo de fazer recurso ao direito espanhol quando o direito romano não fosse suficiente para solucionar a questão apresentada. Se a Lei da Boa Razão vai favorecer a adoção dos preceitos das nações civilizadas como *direito subsidiário*, os termos por meio dos quais o fará serão definitivamente outros¹²².

Eis o cenário encontrado por Luís António Verney e que será a razão de ser da *Carta XIII* que integra o seu ensaio intitulado *Verdadeiro Método de Estudar*. Levando

“Tendo Vossa Magestade mandado por suas ordenações que os casos que não estiverem determinados por ley do reyno, ou costume estilo delle, ou leys imperiaes: ou sagrados canones, ou glosas de Accursio, ou opinião de Bartolo se julguem e determinem pella opinião commum dos Doctores, *vierão elles á ser tam varios no que em algumas cousas sentirão, que andão impressas algumas opinioens cómuas contra outras cómuas, de que nasce vir a estar na vontade e arbitrio dos julgadores a decisão de muitas cousas de importancia*. Pedimos a Vossa Magestade haja por bem mandar que as questoes que costumão ordinariamente ser de mais importancia *se decidão, e determinem por ley*, para que seus vassallos se não metão em demandas, que pendem de mero arbitrio dos julgadores” (*O Direito Subsidiário*, cit. (nota 08), pp. 379-380). A. M. HESPANHA alude a tal estado de incerteza e insatisfação (*História* cit. (nota 54), pp. 511-514).

¹²⁰ C. M. de ALMEIDA observa (com base na lição de Borges Carneiro) que a despeito da ressalva das *Ordenações* às posições de Acúrsio e Bártolo, o Regimento da Relação do Rio de Janeiro ainda recomenda Acúrsio e Bártolo: “Para o expediente do despacho haverá na Relação as Ordenações do Reino, com seus *Repertórios*; e haverá também um jogo de Textos de Leis, com as Glossas de Accursio e outro de Canones; como também um jogo de Bartholos da ultima edição” (*Regimento da Relação do Rio de Janeiro*, de 13 de outubro de 1751, tít. I, § 7, *apud* C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. 665). Neste mesmo sentido as conclusões de M. de ALBUQUERQUE: “13. Durante o período filipino, a despeito da subordinação oficial à *communis opinio*, a *opinio Bartoli* atinge o apogeu na prática e no ensino (...) 15. Neste período a autoridade de Bártolo subverterá, com prejuízo da *communis opinio*, o esquema de fontes de direito subsidiário (...) 17. Apesar disso, o *Regimento da Relação do Rio de Janeiro* (1751) consagra ainda o valor de Acúrsio e Bártolo” (*Bártolo* cit. (nota 67), pp. 88-89).

¹²¹ Pela coordenação referida entre os direitos pátrio e justinianeu, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 381-382. J. C. MOREIRA ALVES, após aludir à lacunosidade do Livro IV das Ordenações Filipinas, tece comentário a respeito do acolhimento generalizado da máxima *odiosa limitanda, favorabilia amplianda*: “Em virtude da deficiência dessas normas, desempenhavam papel de relevo as fontes subsidiárias, dentre as quais avultava o direito romano, que, até a segunda metade do século XVIII, foi largamente utilizado em Portugal, onde, pela crença de que era a *ratio scripta*, não só serviu para preencher as lacunas, mas também foi usado, muitas vezes, contra textos expressos das Ordenações, se havendo generalizado o entendimento de que as normas de direito luso que lhe fossem contrárias se interpretariam restritivamente, ao passo que as com ele conformes deveriam ser expensivamente compreendidas” (*A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 17).

¹²² Pela menção à utilização do direito espanhol como fonte subsidiária, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 383.

em consideração vários dos aspectos acima referidos, o *Barbadinho da Congregação da Itália* desferirá o primeiro golpe contra a escola bartolista portuguesa que, tendo sobrevivido à investida humanista, sofrerá sua mais decisiva derrota com a *Lei de 18 de agosto de 1769*, o *Compêndio histórico sobre o estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos jesuítas* (1771) e os *Estatutos da Universidade de 1772*, que conformam aquilo que a historiografia jurídica lusitana designa por *reformas pombalinas* da legislação, do ensino e da jurisprudência.

II. 3. A transição necessária: o advento do iluminismo português com Luís António Verney.

O ingresso das primeiras idéias iluministas em Portugal se dá no ano de 1746, com a publicação do *Verdadeiro Método de Estudar* por Luís António Verney¹²³.

¹²³ Filho do imigrante francês Dionísio Verney (que chegara a Portugal ao final do século XVII) e da Sra. Maria da Conceição Arnaut, Luís António Verney nasceu em 23 de julho de 1713 na cidade de Lisboa. Teve suas primeiras lições com o Padre Manuel de Aguiar Paixão, seu primeiro preceptor; pouco tempo depois (não se sabe ao certo quanto) foi enviado ao Colégio de Santo Antão, onde teve seus primeiros contatos com os jesuítas; em seguida foi enviado à Congregação do Oratório, onde pouco tempo permaneceu, logo tendo sido transferido para o Colégio da Madre de Deus, dirigido pelos mesmos encarregados da administração e do ensino da Universidade de Évora. Formado em Teologia em apenas dois anos, em agosto de 1736 partiu para Roma aos 23 anos, com o fito de repetir seus estudos teológicos e graduar-se em Jurisprudência Civil. Tendo se imposto no círculo intelectual romano, Verney é designado pela Sé Romana para ocupar a posição de Arcediago da Sexta Cadeira da Sé de Évora, tendo tomado posse em 24 de fevereiro de 1742. Admitido na academia literária “Arcádia de Roma” (da qual participava o próprio D. João V), escreve suas primeiras orações sob o pseudônimo de Verenio Orgiano.

A partir de 1746 parecem despontar as primeiras manifestações do Luís António Verney pedagogo: “Verney entendeu que o tipo de cultura que esses meios lhe proporcionavam era mais *racionável* que o tipo de cultura que lhe tinha sido fornecido” (Prefácio de António Salgado Júnior ao *Verdadeiro Método de Estudar*, edição de 1950) – cf. L. A. VERNEY, *Verdadeiro* cit. (nota 09), p. XIX.

Para empreender a reforma que entrevia necessária, elaborava duas obras paralelamente: a reformulação dos estudos propriamente dita, e de outra parte, a crítica ao estado (então) atual dos estudos portugueses: este segundo trabalho resultará no *Verdadeiro Método de Estudar* publicado pela primeira vez em 1746.

Sua vida intelectual posterior foi entremeada por relacionamentos polêmicos, tendo atingido com suas críticas principalmente os jesuítas; manteve contato estreito com o Marquês de Pombal, mediatizado pela intervenção do Ministro Francisco de Almada e Mendonça.

A despeito de sua biografia cristalizar sua angústia em não conseguir publicar grande parte de seus trabalhos, é a publicação do *Verdadeiro Método de Estudar* que lhe vai atribuir indubitável notoriedade histórica – confirmada pelo posterior acolhimento pelo Marquês de Pombal através de suas reformas a serem analisadas mais à frente.

Sobre a personalidade, a obra panfletária, bem como o impacto cultural da presença de Luís António Verney, cf. L. A. VERNEY, *Verdadeiro* cit. (nota 09), *passim*; L. A. VERNEY, *Cartas a Eccellenza* in L. CABRAL DE MONCADA, *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950, pp. 323-409; L. A. VERNEY, *Cartas a Muratori* in L. CABRAL DE MONCADA, *Luís, Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950, pp. 195-302; L. A. VERNEY, *Carta ao Padre Joaquim de Foyos* in CABRAL DE MONCADA, *Luís, Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950, pp. 424-428; C. de PASSOS, *Luiz António Verney, Secretário Régio em Roma* in *Revista de História* X (1921), pp. 217-224; C. de PASSOS, *Verney e o Método de Estudar* in *O Instituto* 69 (1922), pp. 249-265.; A. A. B. de ANDRADE, *Vernei e a Filosofia Portuguesa*, Braga, Cruz, 1846 (particularmente o capítulo primeiro, intitulado *A mentira de Vernei*); A. A. B. de ANDRADE, *Bibliografia da polémica verneiana* in *Brotéria* XLIX (1949), pp. 210-232; A. A. B. de ANDRADE, *Inéditos da polémica verneiana* in *Brotéria* L (1950), pp. 281-287; A. A. B. de ANDRADE, *Vernei no Brasil* in *Revista da Faculdade de Educação* 3 (1977), pp. 46-58;

Por esta razão, ele é considerado o principal introdutor do iluminismo em Portugal, ao lado do médico Ribeiro Sanches¹²⁴.

M. A. M. SANTOS, *Inéditos de Verney* in *Biblos XVIII* (1942), pp. 545-556; F. da G. CAEIRO, *Para uma História do Iluminismo no Brasil – Notas acerca da presença de Verney na Cultura Brasileira* in *Revista da Faculdade de Educação* 5 (1979), pp. 109-118; A. C. MARTINS, *Vernei, Luís Antonio* in *Dicionário de História de Portugal VI*, Porto, Livraria Figueirinhas, s.d., pp. 271-279; J. C. MOREIRA ALVES, *Universidade, Cultura e Direito Romano* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 87 (1992), *passim*.

Especificamente sobre seu posicionamento face à Jurisprudência, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Conceito* cit. (nota 10), pp. 5-24. Sobre sua influência externa, cf. J. L. PESET, *La influencia del Barbadiño em los saberes filosóficos españoles* in *Bracara Augusta XXVIII* (1974), pp. 223-245; M. del C. ROVIRA, *Eclecticos del siglo XVIII y algunas de sus influencias em América*, Cidade do México, Colégio de México, 1958; M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, Buenos Aires, Emecé, 1945.

Sobre sua influência sobre Pombal, além da bibliografia já citada, cf. J. B. de MACEDO, *Estrangeirados, um Conceito a rever* in *Bracara Augusta XXVIII* (1974), pp. 179-202; bem como R. de CARVALHO, *O Recurso a Pessoal Estrangeiro no Tempo de Pombal* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 91-115.

¹²⁴ A respeito do iluminismo português, L. CABRAL DE MONCADA esclarece: “sabe-se também hoje que o Iluminismo, com este nome ou outro que se lhe queira dar, está longe de ter sido um movimento uniforme e homogêneo em toda a Europa. Não houve, rigorosamente, um único Iluminismo, mas vários. Nascido na Holanda e Inglaterra, desde o começo de setecentos, com a corrente do deísmo, sabe-se que esse movimento se propagou daí, depois, à França, à Alemanha, Áustria, Itália, Espanha e Portugal, e ainda destes à América do Sul. Contudo esta propagação das <<Luzes>> não revestiu em toda parte a mesma forma, nem desenvolveu tão pouco completamente todos os traços e características a que acabamos de nos referir. A sua introdução nesses países impôs-lhe desvios, limitações e certos compromissos com o respectivo ambiente cultural preexistente em alguns deles, que determinaram nela formas estruturais objectivas e de actuação assás diferentes. Assim, se por exemplo, em França, o Iluminismo, encontrando este país já conquistado pela Filosofia moderna e fortemente abalado pelas lutas religiosas dos dois séculos anteriores, descambou em crítica violenta e negativa das instituições vigentes, tornando-se irreligioso e preparando de perto a Revolução (...) nos países católicos, e particularmente na Itália, Espanha e Portugal, menos adiantados na emancipação do pensamento moderno, manifestou-se ele de uma maneira diversa. Ai encontrou-se diante, por um lado, de uma forte tradição católica; por outro lado, de uma luta incipiente e desigual em que a Filosofia moderna, já plenamente abraçada nos países protestantes ou penetrados pelo protestantismo, ameaçava de novo ser vencida pela Escolástica medieval. A sua estrutura ideológica e a sua forma de actuação foram-lhe, por assim dizer, ditadas por estas circunstâncias do ambiente cultural nos países católicos. O facto foi sobretudo comum à Itália, à Espanha e Portugal” (L. CABRAL DE MONCADA, *Um ‘iluminista’* cit. (nota 09), pp. 5-7).

O autor destaca a importância de Luís António Verney na formação de um ambiente intelectual propenso ao ímpeto simplesmente reformador, típico do Iluminismo Italiano do século XVIII. Em seu *Verdadeiro Método de Estudar* Luís António Verney vai atacar o método educacional esposado pelos jesuítas, responsáveis pela atividade intelectual da Universidade de Coimbra.

É com base nesta publicação que, mais tarde, em 1771, será elaborado pela *Junta da Providência Literária* o *Compêndio Histórico sobre o Estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos Jesuítas*, a que já foi feita a devida alusão.

Apenas em caráter exemplificativo, fazem menção expressa à influência de Luís António Verney no cenário das reformas pombalinas: J. C. MOREIRA ALVES, *A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro* in Caetano, Marcello, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 33; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 160; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Fundamentos* cit. (nota 08), p. 116; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 16-17; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 213-222; J. J. LOPES PRAÇA, *História da Filosofia em Portugal nas suas Relações com o Movimento Geral da Filosofia*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1868, pp. 228-232; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 474-478; J. R. de L. LOPES, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 228; sem que se olvidem diversos outros autores em manifesto acordo com os acima referidos, de que são exemplos J. LÚCIO DE AZEVEDO (*O Marquês de Pombal e a sua Época*, Lisboa, Clássica Editora, 1990, p. 245) e C. CASTELO BRANCO (*Perfil do Marquês de Pombal*, 2ª ed., Porto, Lopes & C., 1900).

Pode-se perceber que Luís António Verney é o responsável mediato pelas reformas empreendidas pelo Marquês de Pombal a partir da segunda metade do século XVIII. Isso fica evidente a partir da leitura da *Carta XIII do Verdadeiro Método de Estudar*: nela são lançadas críticas ao ensino e à prática do Direito em Portugal – ao mesmo tempo em que se recomenda à Sua Majestade a reformulação do estudo jurídico na Universidade de Coimbra, bem como substanciais alterações quanto ao exercício da prática forense.

II. 3. 1. Luís António Verney: crítica ao ensino e à aplicação do Direito.

Quanto à primazia do direito nacional, observa L. A. VERNEY que os estudantes da Universidade de Coimbra colavam grau sem que tivessem tido qualquer contato com a legislação pátria, principalmente de âmbito municipal. Se de fato saíam do curso conhecendo razoavelmente o direito romano, certo é que não estavam habilitados, não obstante, ao ingresso nas carreiras jurídicas, para cujo exercício era preciso familiaridade com o direito português. Em razão disso, propugna a restauração do estudo do direito reinícola, à semelhança do que havia sido feito por Luís XIV na França¹²⁵.

Da mesma forma, o autor critica o fato de que muito tempo se dedicava na Universidade ao estudo do direito romano justinianeu, em detrimento de outras disciplinas relevantes, como a Economia e a Política. Com efeito, o letrado recebia o grau repetindo uma série de fórmulas sem qualquer utilidade prática, enquanto não se lhe eram ministradas as noções mais elementares de *Direito Natural*¹²⁶.

¹²⁵ A partir desta nota de rodapé e até o fim do presente item, a transcrição – por vezes longa – dos trechos da *Carta XIII* de L. A. VERNEY (que corroboram as assertivas lançadas no corpo do texto) será indispensável. Deste modo, a despeito da aparente afronta aos preceitos de metodologia científica adotados neste trabalho, seremos compelidos a tal expediente, diante da tentativa de comprovar (pelo emprego das palavras do próprio autor) a influência por ele desempenhada quanto a cada um dos aspectos referidos no texto.

Sobre a necessidade do estudo do direito local, ao mesmo tempo em que se desenvolve o estudo do direito romano, L. A. VERNEY assim se manifesta: “deve o estudante ler o Direito Português ou as leis municipais, notando as coisas em que diversifica do Comum. Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito nas leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal, e nada saibam daquela lei por que se hão de governar! Isto é o mesmo que um Teólogo, o qual, depois do doutorado, saísse das escolas sem saber os preceitos gerais da Lei Divina. As leis municipais são sujeitas a várias interpretações, como as romanas; e por que não ensinará um Leitor na Universidade aos que querem seguir o Foro a melhor inteligência destas leis, e mais seguida e mais conforme às decisões dos tribunais supremos? (...) muito bem a conhecem em outros Reinos estrangeiros, em que se estabeleceram cadeiras de Direito Municipal, o que especialmente fez Luís XIV em França (...) este estudo também se deve fazer na Universidade; e talvez que assim se poupassem muitas demandas, que nascem da ignorância da Lei” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 195).

¹²⁶ Destacando a imprescindibilidade de que ao estudante fossem oferecidas noções elementares de Economia e Política, cf. L. A. VERNEY, *Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 135-136. O autor acha absurdo que qualquer letrado então egresso da Universidade de Coimbra pudesse vir a ocupar (como de fato acontecia) posição em um tribunal da Fazenda ou de Ultramar (p. 132).

O autor assegura que muitas questões que se apresentam ao jurista moderno não podem ser solucionadas com base nos autores antigos. Além disso, a aceitação do direito justinianeu (em bloco) como corporificação da *ratio scripta* não poderia ser imposta a outras culturas, dotadas de estatutos jurídicos próprios; razão pela qual reputava indispensável o conhecimento do *Direito das Gentes* – principalmente para aqueles que fossem de se dedicar às carreiras políticas¹²⁷.

Além de insuficiente, muitas vezes o direito justinianeu se mostrava defeituoso, seja pelo fato de os legisladores romanos não terem sempre expresso claramente a sua intenção, seja ainda pela diversidade entre as opiniões dos juristas que o explicavam¹²⁸.

Por outro lado, referindo-se ao Direito como ramo da Ética, critica a ausência de formação do jurista em matérias como o Direito Natural: “Esta [a Ética] ou considera, como disse, o Sumo Bem e o modo de o conseguir (e esta é a rigorosa *Ética*); ou expõe os diversos ofícios e obrigações do Homem, que deve fazer, para se conformar com a reta razão, a que chamam *Jurisprudência Natural ou Universal* (...) Da *Jurisprudência Natural* nasceram todas as leis civis, e principalmente as Leis Romanas, de que nós hoje usamos. De que fica claro que quem não sabe os princípios da *Jurisprudência natural*, não pode entender bem a Romana, que é a mesma Lei Civil. Este é aquele ponto mui dificultoso, que não entendem os que estudam nessa Universidade, e nem menos os que ensinam; porque, se o entendessem, deveriam regular diferentemente os estudos” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 112-113).

Observe-se que o autor emprega no período a expressão *reta razão* como fundamento das obrigações dos indivíduos, sendo perceptível a influência jusnaturalista do próprio período transcrito.

¹²⁷ Assim se pronuncia a respeito do conhecimento do Direito das Gentes e do préstimo que o *Corpus Iuris Civilis* poderia ter neste âmbito: “por pouco que se considere a matéria, se achará que estes documentos [textos romanos] não são bons para resolver tudo. Suponhamos que nasce uma controvérsia entre uma Nação européia com os Turcos, ou Chinas, ou Malabares, sobre a violação da paz, ou coisa semelhante. Julga V. P. que hão de ter autoridade entre eles as Pandectas de Justiniano, ou as Decretais, ou Moralistas? Tanta como se aqueles nos alegassem com o Alcorão; os outros com Confúcio, ou outro semelhante doutor dos seus. Nestes casos, ou se trate com os Asiáticos, ou Europeus, ou qualquer gente racionável, é necessário ter prontas, não as Leis Romanas, mas as das Gentes, ou do Direito natural, abraçado por todos os que usam da razão, para poder mostrar a justiça da nossa causa e injustiça da sua. Estas são as verdadeiras fontes da justiça, de que se tiram as soluções dos tais casos, e de que se devem tirar, não só naqueles, mas ainda nos que sucedem entre Nações cultas” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 130-132).

Tais idéias reformadoras de Luís António Verney são assim sintetizadas por L. CABRAL DE MONCADA: “o direito natural e o das gentes constituem, pois, os primórdios de todo o estudo, e conhecimento jurídico, que não se aprendem nos livros das leis romanas e são comuns a todos os povos que usam a razão. Mas, por outro lado, também não é bastante conhecer os usos e exemplos antigos; é preciso igualmente procurar conhecer os modernos que se acomodam aos nossos costumes. A própria lei romana, que é geralmente recebida, deve acomodar-se a eles e assim dar origem às máximas que são afinal sempre uma dedução da ética, do direito natural e das gentes” (*O século XVIII* cit. (nota 06), pp. 96-98).

¹²⁸ Os principais defeitos intrínsecos das Leis Romanas, para L. A. VERNEY são os seguintes: “não exprimem claramente a mente do legislador” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 180-181); não “acautelam todos os casos possíveis” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 181); “não bastam (...) para descobrir e interpretar a vontade dos homens, a qual se tira dos fatos, ou das palavras dos tais homens” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 182); “diferentes idéias dos doutores e juizes que as explicam” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 183). Observe-se que o autor se utilizou largamente da obra de Ludovico Muratori (*Dei difetti della Giurisprudenza*), a qual não tivemos em mãos. Contudo, o confronto das idéias foi feito através das transcrições de António Salgado Júnior em notas de pé de página da terceira edição do *Verdadeiro Método de Estudar*.

Discorrendo sobre os defeitos das fontes romanas L. A. VERNEY enuncia que “é necessário que o estudante advirta algumas coisas que comumente advertem poucos Jurisconsultos. Deve, pois, persuadir-se que esta *Jurisprudência* e estes livros do Direito não merecem todos aqueles elogios que verá nas glosas e alguns

Por fim, o juízo de que a diversidade de opiniões entre os autores é um defeito da Jurisprudência já nos antecipa a aversão de L. A. VERNEY em relação à *communis opinio doctorum* (tida como fonte de incerteza) e ao critério *escolástico-bartolista* puramente quantitativo: “menos memória e mais juízo se requer, tanto no Patrono, como no Juiz (...) se estudam mil ridicularias que não se devem estudar, e não se reduz a Lei aos primeiros princípios”¹²⁹.

II. 3. 2. Luís António Verney: alterações a serem promovidas quanto à praxe e ao ensino jurídicos.

Em contrapartida ao estado de coisas com que se deparava, L. A. VERNEY entende ser necessária a reformulação do ensino jurídico e da praxe forense. Para tanto,

intérpretes que se oferecerem. São bons, é verdade; têm muito boas regras para conhecer o *justo e injusto*. Mas têm também muitos defeitos intrínsecos e extrínsecos. Quem não forma este conceito das Leis Romanas, engana-se muito, e não é bom para julgar. Por mais de seiscentos anos que os Jurisconsultos explicam estas leis, raríssimo antigo se tem achado que confesse plenamente isto; algum mais moderno, especialmente os Tudescos, é que o têm confessado sinceramente, como diz o Múltzio. Antes, pelo contrário, como acima disse, todos os velhos defendem a bondade destas leis para julgar tudo” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 179-180).

¹²⁹ Contra a *communis opinio doctorum*, declara o autor: “daí para diante é que se aumentaram as sutilezas. Um levantou uma doutrina nova, ou por capricho, ou por necessitar dela para alguma escritura. Os discípulos abraçaram-na. Algum Advogado serviu-se dela para outro caso. E desta sorte, citando uns a outros, se fez comum. Apareceu outro Advogado, a quem não agradava. Impugnou-a. Teve sequazes. E temos outra opinião comum contrária. E desta sorte apareceram tantas opiniões comuns, contrárias entre si, que é uma piedade. Este é o caso que tem sucedido a Bártolo, Baldo, Rafael Fulgósio, e outros muitos, que pecavam deste vício; muitos dos quais, não só por necessidade, mas por sua alta recreação, contrariavam os antecedentes, como fez Baldo, que muito de propósito censura em várias partes Bártolo, seu mestre (...) Enfim, isto chegou a termos, que hoje não se sabe qual é a opinião comum” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 186-192).

Quanto à incerteza na aplicação da *communis opinio doctorum* pelos Tribunais, destaca o autor: “são sujeitos os homens a mil incoerências, contradições, enganos etc.. Têm idéias gerais do *justo e injusto* (...) Diversificam muito os doutores sobre o mesmo ponto. Os mesmos Juizes de um só tribunal, uns afirmam, e outros negam, ainda que cada um tenha bem examinado a causa. O pior é que o mesmo tribunal revoga às vezes o que primeiro tinha determinado (...) de sorte que, ainda no Foro, o ter tido muitas sentenças não produz certeza de justiça, mas somente presunção de reto juízo. E assim, nos casos particulares disputáveis, por confissão dos mesmos Juristas, só a opinião é a que regula tudo; nem há certeza alguma que aquele tal fato se compreenda debaixo daquela tal lei. E às vezes é tão obscura a verdade, que se acharam juizes de consciência, os quais não quiseram julgar, mas persuadiram a concórdia e ajuste razoável entre as partes (...) daqui se conhece concludentemente que a Jurisprudência não é aquela regra certa do *justo* ou *injusto* que comumente se diz, mas que tem defeitos tais, que não há indústria que os possa emendar, senão no caso que os Príncipes reformassem muita coisa” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 183-185).

Criticando, por fim, o critério puramente quantitativo aplicado ao ensino (mas cuja conclusão é extensiva à prática), assevera: “concluo que o principiante deve fugir de todos os comentários, e ler a primeira vez as Instituições; na segunda, notar no seu caderno, em que tenha dispostos os títulos delas, as coisas que apontamos, perguntando ao Mestre quais são as leis revogadas, etc.. E quando não tivesse ocasião de lho perguntar, só em tal caso e, com algumas cautelas, lhe permitiria ler o mais curto expositor, e somente no dito ponto (...) Este é o defeito principal que eu acho em todos os Jurisconsultos: falta de método. Nenhum facilita a inteligência das coisas que trata; nenhum se contenta de dizer pouco, contanto que diga bem; todo o ponto está em acarretar erudição e amontoar textos sem pés nem cabeça. Como se, para um homem ser bom Jurista, tivesse necessidade de saber quantos textos se acham no Direito Civil sobre a mesma matéria!” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 174-175).

reputa indispensável o concurso do Monarca, através de medidas semelhantes às que já haviam sido tomadas em outras nações da Europa (na França e na Inglaterra, particularmente)¹³⁰.

L. A. VERNEY entende que o estudante deve evitar o contato com os comentadores, os consulentes e os repertórios de decisões. Devem ser estudadas tão somente as Leis Imperiais em uso, expostas de acordo com a sua ordem natural¹³¹. Para seu aprendizado se faz necessário o contato direto com as fontes legais – após a formação histórica preparatória – facultada a utilização do compêndio de Heinécio, jurisconsulto que

¹³⁰ Para solução do caos quanto à prática forense se faz necessária, segundo L. A. VERNEY, uma completa reforma do modo segundo o qual é conduzida: “Aquele grande Rei da Sardenha Vitério Amadeu, que ordenou belíssimos regulamentos para a felicidade dos seus vassallos, reformando a Jurisprudência, ordena assim: *Querendo nós que, para a decisão das causas, se observe unicamente: em primeiro lugar, as nossas constituições; 2º os estatutos locais; 3º as decisões dos nossos magistrados; e, em último lugar, o texto da Lei comum; - e assim proibimos aos Advogados citar nas suas alegações algum doutor nas matérias legais, e aos Juizes, tanto supremos, como inferiores, proibimos julgar pelas opiniões deles, sub pena etc.* Isto mesmo ordenou nos seus Estatutos um Duque de Urbino, e há muito tempo que se pratica em França, Inglaterra, Veneza e outros países. A mesma idéia tinha, entre outros, Zavallos; e isto mesmo era mais conforme ao que ordena Justiniano quando proíbe os Intérpretes. Contudo isso, não deixa de estar sujeito a suas dificuldades, havendo casos em que as leis não falam, ou são obscuras, e podendo os Advogados servir-se das doutrinas sem as nomear. O remédio que neste particular se podia sugerir aos Príncipes é este: que, com o parecer dos melhores letrados, determinassem muitos pontos controversos entre os Jurisconsultos, explicando em que casos particulares entrem; e isto com as leis mais claras e breves que pudesse ser, e menos sujeitas a interpretações. Em modo tal, que com estas leis devessem conformar-se em tudo os Juizes; houvesse uma regra certa de julgar (...) Mas, enquanto não se cuida nesta reforma, não desaprovo que citem e se sirvam dos autores, contanto que sejam poucos em número, e dos que tenham, com profundo juízo e erudição, examinado a matéria” (*Verdadeiro cit.* (nota 09), pp. 214- 217).

Quanto à proposta de um programa para o curso jurídico da Universidade de Coimbra, observe-se que o autor o define implicitamente: “se ele soubesse que a Gramática e o Latim se podem saber em dois anos, e a Retórica no terceiro; que um simples ano de Lógica, se for boa e bem explicada, lhe pode dar grande luz para entender a Lei; que, lendo bem uma Ética antes de entrar na Lei, e entendendo bem a História, tem feito a metade do caminho, etc. – então compreenderia que lhe aconselhamos, não coisas impossíveis, mas mui fáceis, e que, seguindo a Lei pelo método que dizemos, não empregaria tanto tempo, e sairia com mais utilidade. E, tendo bebido estes princípios, ficava apto para, no discurso da vida e dos estudos, adiantar-se incrivelmente” (*Verdadeiro cit.* (nota 09), p. 143).

¹³¹ No sentido do *uso moderno* do Direito Romano, L. A. VERNEY esclarece que “tendo, pois, o estudante entendido que as Instituições são um compêndio do que se contém nas Pandectas e nos Códigos (que é o mesmo que dizer, de quase todo o corpo do Direito), deve notar juntamente quais são os títulos do Direito que já não estão em uso, para os deixar; porque é tempo perdido estudar as coisas que não hão de servir” (*Verdadeiro cit.* (nota 09), p. 176).

E referindo-se ao *método de investigação* a ser empregado, propugna o adotado por Jean Domat, de influência jusnaturalista: “O principal ponto está em reduzir às Leis à sua ordem natural [como fez Jean Domat, p. 177]; como deviam ser dirigidas, se acaso Triboniano e seus companheiros conhecessem (que certamente não conheceram) aquilo a que nós chamamos *Método* (...) onde, para formar verdadeira idéia do Direito, e estudar o que deve, deixando o que não deve, é necessário ao estudante não só fazer o resumo dos livros, mas, em outro caderno separado, fazer o seu index dos tratados e títulos, pelo estilo que dizemos, o qual, sem dúvida alguma, ajudará muito com o tempo para reconhecer a coerência ou antinomia das Leis” (*Verdadeiro cit.* (nota 09), pp. 178-179); com isso, repele a própria metodologia empregada pelos jurisconsultos romanos, qualificando como estereis os esforços em tentar provar o valor de definições que seriam “erradas” (*Verdadeiro cit.* (nota 08), pp. 171 -172).

elaborou “uma breve paráfrase de todas as Instituições, com algumas notas brevíssimas”¹³².

Por meio seja da crítica aos comentaristas, seja da exaltação dos humanistas, o autor adverte para a necessidade do estudo da História do Direito (romano e português)¹³³. E destaca a utilidade da doutrina estrangeira quando repudia a aversão injustificada que a tradição jurídica portuguesa lhe dirigia¹³⁴.

¹³² *Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 176. É manifesta a sua contrariedade aos estudos monográficos – típicos do sistema de ensino *analítico* e contrários, de tal modo, ao *método sintético-compêndiário* – por parte dos acadêmicos: “é coisa digna de riso que, reduzindo Justiniano o Corpo do Direito a poucas palavras nas suas Instituições, para que os estudantes pudessem formar em breve a idéia de todo o Direito, a qual com o tempo fossem ampliando, queiram os Mestres que os estudantes comecem pelo Mânzio, Oinotom, Vinio, e outros autores difusísimos, os quais não dizem palavra que não confirmem com dez textos; e, com tanta erudição, confundem o juízo e impedem a percepção. De que nasce que os estudantes tanto entendem as Instituições como a língua da China; e passam aquele primeiro ano lendo muito, e entendendo pouco; e comumente não acabam o primeiro livro. Daqui passam a estudar uma postila de algum tratado particular. Mas diga-me V. P. como há de entender bem uma postila *de Dote, de Substitutionibus, de Jure accrescendi*, etc., um que não sabe que parentesco ela tem com o Direito, ou por que se trata no corpo dele!” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 116-117).

¹³³ Pela crítica aos comentaristas e enaltecimento do estudo da história do direito, observe-se: “Estes tais idólatras de Justiniano supõem que o seu legislador teve revelações divinas; e, com esta idéia, não se resolvem a dizer que disse mal em muitas coisas e se contradisse em outras, mas tudo querem justificar. Porém, nisto enganam-se manifestamente. Justiniano era um Príncipe imprudente, inconstante, e pouco próprio para legislador. Era tão inclinado a decidir tudo, ou bem, ou mal, que também quis fazer leis em matéria de religião. Publicou muitas leis más, e mudou muitas imprudentemente. Os que compuseram a colação do Direito também sabiam pouco o seu ofício e não puderam evitar muitos erros e enganos; especialmente Triboniano era imprudente e pouco verídico. Os Imperadores do Oriente conheceram mui bem estes defeitos em Justiniano. O Imperador Basílio Macedônico, como diz Cedreno nos seus Anais, condenava a grande extensão de Justiniano, e falta de clareza e ordem; e, com efeito, para uso seu, publicou um compêndio do Código de Justiniano. Seu filho Leão publicou outro compêndio das Pandectas; e outros Imperadores Gregos, conhecendo a insuficiência daquela obra, fizeram também epítomes do Direito. Os mesmos Visigotos preferiram o Código de Teodósio ao de Justiniano. Onde, quem não conhece isto, não é bom para comentador. Por este motivo é necessária a História, para vermos como se devem entender e tomar as coisas; e, por este mesmo princípio, não devemos fazer caso do que dizem muitos intérpretes” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 170).

Na apologia dos humanistas e em detrimento da escola bartolista, observa que “estes homens naquele tempo eram venerados; mas, para dizer a verdade, eram, ainda que doutos, ignorantes das antiguidades; de sorte que abriram a porta a mil sutilezas, o que deu matéria de engrossar tanto os volumes legais, que hoje não se podem suportar. No século XVI, apareceram homens que, servindo-se da notícia da Antigüidade, interpretaram melhor as leis. Deste número foram Cujácio, Mureto, Hotomano, Gotofredo, Antônio Fabro, etc., os quais, com sua profunda erudição, mostraram os erros dos antecedentes no explicar o Código e Digestos, e nos deram mais acertadas interpretações” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), pp. 158-159).

¹³⁴ Sobre as obras jurídicas estrangeiras, acrescenta que “posso mostrar a V. P., entre os Estrangeiros, muitas obras medíocres; mas muitas selectíssimas, ou falemos dos Repetentes, ou Tradadistas, ou Consulentes. E, sem sair da minha Itália (onde primeiro que em outra parte renasceu o Direito Romano no XIIº século, e aonde pelo espaço de alguns séculos foram aprender os mais da Europa), posso apontar a V. P. dúzias e dúzias de autores insignes na Cadeira e no Foro, de alguns dos quais vejo que se servem mui bem estes Senhores Portugueses, não obstante que murmurem tanto dos Estrangeiros” (*Verdadeiro* cit. (nota 09), p. 126).

O apreço de L. A. VERNEY pela historiografia jurídica e pelo estudo do direito estrangeiro não escapa à observação de L. CABRAL DE MONCADA: “é preciso, por último, conhecer a história do direito nacional, sem a qual não pode haver verdadeira compreensão das leis; é mister seguir o exemplo dos alemães e dos holandeses; e é preciso olhar para as outras nações cultas e ter notícia das leis dos outros povos, para saber quais são as justas e as injustas” (*O século XVIII* cit. (nota 06), pp. 96-98).

E assim, o preconizado por Luís António Verney foi efetivamente implementado pelo Marquês de Pombal, notadamente através da Lei de 18 de agosto de 1769, do *Compêndio histórico sobre o estado da Universidade de Coimbra de 1771* e dos *Novos Estatutos Universitários de 1772*, por meio dos quais importantes reformas foram promovidas nos âmbitos do *direito subsidiário* e do *ensino jurídico*. Este será o objeto de análise no próximo item.

II. 4. O direito romano no sistema das fontes do Direito Civil português depois das reformas pombalinas da aplicação e do ensino do Direito.

Conforme visto, a disciplina estabelecida pelo Livro III (Título LXIV) das *Ordenações Filipinas* não foi respeitada integralmente no momento de sua aplicação. As previsões de emprego *estritamente* subsidiário do direito justinianeu e da submissão de Acúrsio e Bártolo ao crivo da *communis opinio doctorum* são exemplos expressivos da dissonância entre o texto legal e a sua efetivação pelos tribunais portugueses.

Como tivemos oportunidade de destacar, a delimitação do direito romano subsidiário restou controvertida entre os próprios juristas da época: enquanto alguns sustentavam a necessidade de uma verificação concreta da compatibilidade dos preceitos romanos com a razão natural, outros compreendiam o sistema justinianeu (em bloco) como corporificação da *ratio scripta* (posição perfilhada pela maior parte da doutrina, que reputava pressuposta a *boa razão* do texto das *Ordenações*).

Também foi observado que na aferição da *communis opinio doctorum* prevaleceu o sistema majoritário, embora qualificado pela adoção do critério misto (segundo o qual eram contados tão somente os doutrinadores que houvessem se dedicado *ex professo* à matéria debatida). No âmbito da prática judiciária, a incerteza a respeito da opinião *comum* ensejava o constante recurso à jurisprudência dos tribunais superiores.

Foi ressaltado que a primazia da legislação pátria sobre o direito romano em nenhum momento fora expressamente posta em xeque. Todavia, assinalou-se o então freqüente entendimento de que as Leis Pátrias que estabelecessem disciplina destoante do direito romano pós-clássico deveriam ser interpretadas restritivamente (*odiosa limitanda, favorabilia amplianda*). Houve mesmo quem invocasse a autoridade de Jorge Cabedo para justificar o acolhimento do direito castelhano na hipótese de lacuna das Leis Imperiais.

Pois bem: a crítica lançada por Luís António Verney no *Verdadeiro Método de Estudar* se voltou exatamente contra o estado em que se encontravam a legislação, a

pedagogia e a jurisprudência da época; acolhida pelo Marquês de Pombal (então Conde de Oeiras), ela encontra consagração na *Lei de 18 de agosto de 1769*, no *Compêndio histórico sobre o estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos jesuítas* (1771) e nos *Estatutos Novos de 1772*.

Por 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.

O sistema de ensino *escolástico-analítico* (então empregado pelos jesuítas na Universidade de Coimbra) é submetido à crítica no *Compêndio 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).

Neste complexo de medidas pode-se vislumbrar a influência de diversos fatores: *Iluminismo*, *Escola do Direito Natural*, *usus modernus pandectarum*, *Jurisprudência Elegante* e correntes jurídicas *humanitárias*. Todos eles convergindo para um sistema conhecido como *iluminismo jurídico* português.

Mais do que a simples justaposição de tais elementos, esta fase reflete um sistema ideológico caracterizado sobretudo “pelo caráter filosófico e reformador do seu espírito, pela sua aberta oposição ao passado e também pelo efêmero e transitório do seu domínio”¹³⁵. Este o período que passaremos a estudar com mais minúcia, sempre com o indispensável auxílio de L. CABRAL DE MONCADA, de quem nos serviremos por repetidas vezes ao longo da nossa exposição.

II. 4. 1. Os veículos introdutores do iluminismo jurídico em Portugal: legislação, ensino e jurisprudência.

As principais idéias lançadas no *Verdadeiro Método de Estudar* foram acolhidas de modo gradativo pelo Marquês de Pombal ao longo de todo o terceiro quartel do século XVIII. As reformas empreendidas envolveram, sem dúvida, aspectos de fundo, como no que tange à disciplina do direito sucessório. Entretanto, uma parcela significativa do direito privado foi reformulada por meio da substituição dos critérios de interpretação e integração do direito positivo em vigor¹³⁶.

Pode-se vislumbrar nas primeiras leis de reforma do direito das sucessões o início do processo de introdução do iluminismo jurídico em Portugal. As Leis de 25 de junho de 1766 e de 9 de setembro de 1769 apresentam sensível inspiração jusnaturalista, evidenciada na apologia da sucessão legítima (adequada aos ditames da razão natural) em

¹³⁵ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 84.

¹³⁶ Sobre a gradativa introdução da Escola do direito natural (e do próprio iluminismo jurídico) em Portugal, observa L. CABRAL DE MONCADA seu caráter gradual: “Pode-se dizer que tal fato se deu em sucessivas *etapes*, entre os séculos XVII e XVIII, não sendo antes da segunda metade do último que entre nós se consumou definitivamente, invadindo a sua influência primeiro o campo da legislação, e daí passando, pouco depois, para o da pedagogia, o da jurisprudência e o do próprio direito privado” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 92).

Sobre a necessidade de reformas pontuais no âmbito do direito privado, G. BRAGA DA CRUZ formula juízo negativo: “para fazer vingar as idéias do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum* – que foram a face do iluminismo no mundo do direito –, mais do que empreender directamente grandes reformas das instituições, o que importava era afeiçoar ao novo credo ideológico o esquema das fontes subsidiárias de direito. Especialmente no campo do direito privado, era tão deficiente a legislação nacional e de tal forma vasto o domínio da integração das respectivas lacunas, que bastava alterar as *Ordenações* nesse ponto concreto para provocar uma verdadeira revolução nos quadros do direito vigente” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 387-389).

As observações de M. J. de ALMEIDA COSTA confirmam a divisão adotada: “produziram-se estas [as reformas pombalinas] em três sectores: o da actividade científico-prática dos juristas, o do ensino do direito e o das modificações legislativas pontuais” (*Debate jurídico* cit. (nota 109), p. 17).

Por um panorama das principais reformas de fundo implementadas durante o consulado pombalino, cf. P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 62-67; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 193-194.

detrimento da liberdade testamentária consagrada pela tradição lusitana desde o renascimento do direito justinianeu¹³⁷.

Ainda no âmbito legislativo, a *Lei de 18 de agosto de 1769* (dirigida à prática jurídica e à aplicação do direito subsidiário) redirecionou o emprego do direito romano justinianeu, tomando por base critérios de interpretação e preenchimento de lacunas destoantes dos praticados pela *communis opinio doctorum*¹³⁸.

A reforma atinge, em seguida, o próprio ensino jurídico, mediante a publicação dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772. Com eles, a guinada ideológica do consulado pombalino adquire certa estabilidade, decorrente de uma “reforma da mentalidade dos juristas a quem cabia fazer, na vida de todos os dias, nos tribunais e fora deles, essa *interpretação* e essa *integração*”¹³⁹.

¹³⁷ L. CABRAL DE MONCADA analisa cuidadosamente os efeitos da lei referidas no texto: “a lei de 25 de junho de 1766 restringiu consideravelmente o direito de testar. Tomando como pretexto os abusos que todos os dias se praticavam na extorsão dos testamentos, de que eram vítimas pessoas de espírito débil, doentes ou idosas, praticados por parentes afastados ou pessoas eclesiásticas, em detrimento dos naturais herdeiros legítimos dos testadores, a lei proíbe, em princípio, para o futuro, todos os testamentos (...) [mas] a lei de 1766 não era uma simples lei de defesa da vontade livre dos testadores, como à primeira vista poderia parecer; era uma lei que (...) visava, acima de tudo, defender os direitos de certos parentes, da família, e bem assim a sucessão legítima e legitimária” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), pp. 108 e 111).

Por sua vez, a “lei de 9 de setembro de 1769 (...) sobrevivendo pouco depois da lei da Boa Razão, constitui a mais interessante lei pombalina sobre matéria de direito privado, em que as tendências jusnaturalísticas daquele diploma mais profunda e diretamente se revelam. Promulgada como esclarecimento à anterior, de fato, amplia-a e desenvolve-lhe o pensamento à luz de várias considerações filosóficas, por forma a constituir com ela um verdadeiro <<novo código>> de todo o direito sucessório da época (...) limitava mais severamente do que a anterior a faculdade de testar e contrastava assim, mais uma vez, todo o nosso direito histórico, o qual só conhecia, como quota legitimária, os dois terços dos bens, sem distinção da sua proveniência, e, como herdeiros legitimários, apenas os descendentes e os ascendentes. Além disso, a mesma lei aumentava os direitos dos herdeiros forçados; restaurava o direito visigótico da chamada *melhora* (*melhoratio*); estendia o princípio da legítima a todos os parentes colaterais, tornados também herdeiros legitimários, ainda além do quarto grau; e fazia enfim reviver a distinção germânica e medieval dos bens em hereditários e adquiridos (*avoenga* e *ganhadia*), que já outrora tinha existido no direito português dos séculos XIII e XIV” (*O Século XVIII* cit. (nota 05), pp. 111 e 113-114).

Com efeito, a sucessão legítima era declarada como de direito natural no preâmbulo da Lei de 9 de setembro de 1769; e por sua vez, a sucessão testamentária era reputada invenção supersticiosa dos romanos ímpios e gentios. L. CABRAL DE MONCADA destaca que a nova disciplina foi buscada na Alemanha (provavelmente pelo recurso à obra de Heinécio) e no direito castelhano, especificamente no que concerne à *melhora*. É a exaltação do culto ao direito das nações modernas e civilizadas da Europa em detrimento da tradição histórica lusitana. Com efeito, assim o autor arremata seu argumento: “Essas leis foram exclusivamente um produto e uma consequência lógica das idéias da Escola do direito natural, da luta contra o direito romano, e do fervor com que então foram acolhidas as doutrinas e os exemplos vindos lá de fora, das nações modernas e sobretudo das germânicas” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), pp. 114-120).

¹³⁸ Sobre as alterações promovidas pela Lei de 18 de agosto de 1769 discorreremos com mais vagar logo à frente.

¹³⁹ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 390. L. CABRAL DE MONCADA qualifica os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 como o natural complemento da Lei da Boa Razão, por meio do qual “toda a vida jurídica portuguesa [é] enfim colocada sob a influência doutrinária da Alemanha e da Holanda, do humanismo e do racionalismo jurídicos” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 103).

Promovida a reestruturação da legislação, da jurisprudência e do ensino jurídico portugueses, era necessário que os espíritos iluministas de Luís António Verney e do Marquês de Pombal inspirassem os professores da Universidade de Coimbra. Neste cenário, Pascoal José de Mello Freire dos Reis ganha destaque ao cumprir a determinação estabelecida nos *Estatutos Novos* de 1772, publicando seus compêndios intitulados *Historiae juris civilis lusitani liber singularis* e *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*¹⁴⁰.

O principal contraponto à ortodoxia de Pascoal José de Mello Freire dos Reis quanto ao cumprimento escrupuloso das *reformas pombalinas* será o *individualismo* de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão). Enquanto o primeiro autor é apontado como “executor mais autorizado” da reforma pombalina, este é considerado o maior responsável pela introdução dos estudos de direito civil comparado em Portugal (particularmente sob inspiração francesa)¹⁴¹.

No ambiente de contraposição entre as tais vertentes podemos situar a transição do *iluminismo jurídico* pelo *individualismo crítico* português do primeiro quartel do século XIX. A Independência do Brasil é proclamada no momento em que a fase iluminista se encerrava de modo definitivo. É no panorama deste embate ideológico que pode-se surpreender Augusto Teixeira de Freitas na posição de observador de um sistema jurídico “efervescente”.

Passaremos a analisar agora as principais características do iluminismo jurídico português que podem ser constatadas nos dois mais importantes veículos introdutores das reformas pombalinas da prática e do ensino jurídico: a *Lei da Boa Razão* e os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772.

¹⁴⁰ G. BRAGA DA CRUZ observa que nas *Institutiones Iuris Civilis Lusitani* “il est difficile de trouver un chapitre où l'esprit du *droit naturel* et de l' *usus modernus pandectarum* ne soit pas présent. Grâce au prestige acquis, aussi bien dans la chaire universitaire que dans la pratique des tribunaux, cet ouvrage devait contribuer, plus que tout autre de nature doctrinale, à la diffusion et au succès de cette nouvelle ligne de pensée” (*La Formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (2ª parte)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 11-12).

¹⁴¹ Embora tenha sido estabelecido espaço específico para o tratamento da questão da ascensão do *individualismo crítico*, cabe destacar que a menção a Manuel de Almeida e Sousa como introdutor do direito comparado em Portugal é feita por G. BRAGA DA CRUZ: “c'est Manuel de Almeida e Sousa – célèbre avocat portugais et auteur d'une oeuvre fort vaste publiée entre 1807 et 1817 – qui fut alors chez nous le premier juriste à utiliser les codes étrangers comme expression de l' *usage moderne* et à préconiser leur application au Portugal comme droit subsidiaire, en se basant sur l'autorité de la *Loi de la Bonne Raison*. C'est à lui qu'on doit, en grande partie, la diffusion dans notre pays de la connaissance du Code Civil français” (*La Formation* cit. (nota 140), pp. 15-16).

II. 4. 2. Características do iluminismo jurídico português.

A caracterização do *iluminismo jurídico* varia entre os autores que se dedicaram ao estudo do tema: enquanto alguns aludem inclusive às influências experimentadas pelo ambiente jurídico, outros o simplificam (talvez em uma medida excessiva) por meio da referência ao binômio estabelecido entre os conceitos de *racionalismo* e *voluntarismo*¹⁴².

Esta redução soa um tanto arbitrária: parece fora de dúvida o influxo de determinadas correntes ideológicas sobre alguns setores específicos da legislação e da vida social portuguesas – como no que concerne às relações entre a Igreja e o Estado (daí falar-se em *regalismo* pombalino) e ao *humanitarismo* especificamente ligado ao direito penal (já compreendida aí a tendência de reforma da Inquisição)¹⁴³. Todavia, a despeito da relevância destes aspectos de fundo, para os fins deste estudo, parece oportuno apreciar tão somente as características *formais* do sistema constituído pelas fontes do direito positivo da

¹⁴² N. E. GOMES DA SILVA, acolhendo a lição de M. CATTANEO, sintetiza da seguinte forma o período de influência iluminista: “o *iluminismo jurídico* (...) se caracteriza por dois elementos fundamentais: << por uma atitude *racionalista* em relação ao direito natural, e por uma atitude *voluntarista*, em relação ao direito positivo>>. O direito deve resultar de uma *vontade* ao serviço da *razão* (*História* cit. (nota 08), p. 372).

¹⁴³ Quanto ao “regalismo” português e às tendências regalistas da administração pombalina, cf. C. dos SANTOS, *Antônio Pereira de Figueiredo, Pombal e a Aufklärung – Ensaio sobre o Regalismo e o Jansenismo em Portugal na Segunda Metade do Século XVIII* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 167-203; M. B. PEREIRA, *Iluminismo e Secularização* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), II, pp. 439-500.

Pela posição adotada pelo Marquês de Pombal a respeito da questão religiosa e sobre a reforma da Inquisição portuguesa (*Regimento da Inquisição* de 01 de setembro de 1774), cf. S. J. de CARVALHO E MELO, *Memórias Secretíssimas do Marquês de Pombal e outros Escritos*, s.l., Publicações Europa-América, s.d., pp. 54-68; L. CABRAL DE MONCADA, *Mística e Racionalismo em Portugal no Século XVIII* in *Estudos Filosóficos e Históricos (Artigos, Discursos, Conferências e Rescensões Críticas)* II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1959, pp. 278-378; L. R. TORGAL, *Pombal perante as ideologias tradicionalistas e católicas* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984, pp. 131-157; M. A. RODRIGUES, *Pombal e D. Miguel da Anunciação, Bispo de Coimbra* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 207-298; R. RÊGO, *O Marquês de Pombal, os Cristãos-Novos e a Inquisição* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984, pp. 307-336; M. H. C. dos SANTOS, *Ribeiro Sanches e a Questão dos Judeus* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 117-142; A. B. COELHO, *Clérigos, mercadores, “judeus” e fidalgos*, Lisboa, Caminho, 1994, pp. 225-247; A. J. SARAIVA, *A Inquisição e os Cristãos Novos*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1985, pp. 121-126, 159-174 e 197-210, principalmente.

Necessária ainda a referência às restrições à liberdade de opinião decorrentes da criação da *Mesa Censória* pela Lei de 05 de abril de 1768.

época – em sua estrita relação com a prática jurídica e com o ensino de Leis na Universidade de Coimbra¹⁴⁴.

Feitas tais advertências, pode-se que dizer que os principais elementos *formais* que caracterizam o *iluminismo jurídico* português são os seguintes: influência da escola do direito natural; uso moderno do direito romano justinianeu; aversão ao critério puramente numérico de aferição da *communis opinio doctorum*; hostilidade ao direito justinianeu contrário ao direito natural e ao direito das gentes; revalorização do direito nacional; apreço pelo direito estrangeiro; robustecimento dos estudos histórico-críticos;

¹⁴⁴ M. J. de ALMEIDA COSTA aponta as seguintes influências como responsáveis pela definição do *iluminismo jurídico* português: o racionalismo, o uso moderno do direito romano, a jurisprudência elegante dos Países Baixos, o iluminismo filosófico e o humanitarismo jurídico (*História* cit. (nota 08), pp. 353-364; *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 2-16). Nisto retoma a orientação de M. P. MERÊA, que caracteriza o período como resultado do influxo: do direito natural e das gentes; do uso moderno do direito romano; da jurisprudência elegante; do direito nacional; do iluminismo francês; do humanitarismo; e, finalmente, do regalismo (*Resumo* cit. (nota 52), pp. 159-161).

Por outro lado, voltado a aspectos puramente técnicos que nos interessam mais diante do objeto pesquisado, G. BRAGA DA CRUZ destaca o jusnaturalismo racionalista e o *usus modernus pandectarum* como facetas mais relevantes da época (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 387-388; *La Formation* cit. (nota 140), pp. 11-12). A despeito da profundidade com que o autor se dedicou à questão, acreditamos que outros aspectos também merecem destaque, como mencionaremos em seguida.

Pela abordagem do tema segundo a historiografia geral, cf. D. PERES, *História de Portugal VI*, Barcelos, Portucalense Editora, 1934, pp. 421-467; F. de ALMEIDA, *História de Portugal V – Instituições Políticas e Sociais de 1580 a 1816*, Coimbra, Editor Fortunato de Almeida, 1927, pp. 7-12 e 430-441; J. AMEAL, *História de Portugal*, Porto, Livraria Tavares Martins, 1940, pp. 514-549; A. H. de OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1991, pp. 86-95; F. J. C. FALCON, *A Época Pombalina (Política Econômica e Monarquia Ilustrada)*, São Paulo, Ática, 1982, pp. 393-396; K. MAXWELL, *Marquês de Pombal – Paradoxo do Iluminismo*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996, pp. 95-117; J. H. SARAIVA, *História Concisa de Portugal*, 18ª ed., Mira-Sintra Publicações Europa-América, 1996, pp. 247-259; T. SOARES, *O Marquês de Pombal*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, s.d., pp. 209-228; J. B. MACHADO, *Pombal, Marquês de* in *Dicionário de História de Portugal V*, Porto, Livraria Figueirinhas, s.d., pp. 113-121; J. ANTUNES, *Notas sobre o Sentido ideológico da reforma Pombalina – a propósito de alguns Documentos da Imprensa da Universidade de Coimbra* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 143-197; P. CALMON, *A Reforma da Universidade e os dois Brasileiros que a Planejaram* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), II, pp. 93-100; J. SERRÃO, *Repensar Pombal* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal II*, Lisboa, Estampa, 1984, pp. 353-359; M. B. N. da SILVA, *A Legislação Pombalina e a Estrutura da família no Antigo Regime Português* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984, pp. 405-414; L. R. TORGAL, *Acerca do Significado do Pombalismo* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 7-17.

Sob a ótica jurídica, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Italia e Portogallo nel Settecento* in *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950, pp. 153-192; L. CABRAL DE MONCADA, *O Iluminismo Ítalo-Austríaco* in *Estudos Filosóficos e Históricos (Artigos, Discursos, Conferências e Rescensões Críticas)* II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1959, pp. 465-470; A. R. de OLIVEIRA, *Poder e Sociedade. A Legislação Pombalina e a Antiga Sociedade Portuguesa* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I, pp. 51-80.

Pela repercussão sob a perspectiva da Universidade de Coimbra, cf. M. BRANDÃO, M. LOPES D'ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra: Esboço da sua História*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1937, *passim*; T. BRAGA, *História da Universidade de Coimbra nas suas Relações com a Instrução Pública Portuguesa*, Lisboa, Academia Real de Sciencias, 1892-1902, *passim*.

aversão à escolástica bartolista (e a conseqüente predileção pelo método sintético-compendiário em lugar do sistema analítico)¹⁴⁵.

Tais aspectos estão presentes tanto na *Lei da Boa Razão* como nos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 (alguns deles em ambos). Por tal razão serão abordados em suas principais implicações a partir de agora.

II. 4. 3. A Lei de 18 de agosto de 1769, o Compêndio histórico e os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772.

A *Lei de 18 de agosto de 1769*, o *Compêndio histórico sobre o estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos jesuítas* e os novos *Estatutos da Universidade* de 1772 são os instrumentos por meio dos quais a introdução do iluminismo se dá, em etapas, no sistema jurídico português¹⁴⁶.

Enquanto as restantes são fontes jurídicas, o *Compêndio histórico* (de 1771) corresponde a uma fonte literária de grande importância, uma vez que nele serão articuladas as críticas ao sistema de ensino vigente, viabilizadoras da reforma implementada pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, aprovados no ano seguinte¹⁴⁷.

De sua parte, a *Lei da Boa Razão* pode ser dividida em oito partes principais: 1) seu proêmio; 2) a disciplina concernente ao estabelecimento e à eficácia dos *assentos* da Casa de Suplicação (§ 1 a § 8); 3) a reformulação do sistema de direito subsidiário às *Ordenações Filipinas* (§ 9); 4) o reforço ao princípio da primazia absoluta das Leis Pátrias, extirpando-se a máxima *odiosa limitanda, favorabilia amplianda* (§ 10); 5) a consagração do emprego da analogia (com as Leis Pátrias) como método primeiro de

¹⁴⁵ Sintetizando as principais características desse período inaugurado em Portugal por Luís António Verney e consolidado durante o consulado pombalino, destaca L. CABRAL DE MONCADA as seguintes: “hostilidade ao direito romano puro, tal como ele historicamente existia, e aos critérios da sua aplicação prática até então seguidos; tendência para regular e limitar na sua aplicação a parte dele, ainda em vigor, pelas exigências da razão natural e pelo uso que dele faziam as nações modernas; grande favor e condescendência também para com as tradições jurídicas e direitos nacionais; e, finalmente, uma marcada simpatia pelo próprio direito estrangeiro das nações civilizadas, entre as quais vigorava, prendendo-as num forte sentimento de solidariedade espiritual, o chamado *direito das gentes* como uma emanção, ele próprio, do direito natural e da razão humana” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), pp. 91-92).

¹⁴⁶ A respeito da paulatina introdução do *iluminismo jurídico* em Portugal, cf. o teor e as referências bibliográficas da nota 137.

¹⁴⁷ L. CABRAL DE MONCADA destaca o relevo histórico do *Compêndio* com as seguintes palavras: “As idéias da Escola do direito natural e o apoio apaixonado a elas prestado na luta contra a Escolástica, o bartolismo e o papão da época, o *jesuitismo*, dominam inteiramente o espírito desse notável relatório, o *Compêndio histórico*, elaborado pela não menos célebre *Junta da providência literária*, orientada pelo pulso de ferro do Marquês. Nele é, com efeito, glorificado Verney, cujas palavras e críticas são muitas vezes reproduzidas no texto, e são glorificados Grócio, Cristiano Tomásio, Wolfio, Pufendorf, e Heinécio, os alemães e holandeses continuadores de Cujácio” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 102).

preenchimento das lacunas (§ 11); 6) a separação completa das jurisdições canônica e secular (§ 12); 7) a proscrição da *Glosa* de Acúrsio, dos *Comentários* de Bártolo e da *communis opinio doctorum* (§ 13); 8) e, por fim, o tratamento do costume como fonte do direito positivo, acompanhada do estabelecimento de seus respectivos requisitos legais¹⁴⁸.

No proêmio a incerteza da jurisprudência é atribuída aos abusos interpretativos dos advogados em detrimento de disposições legais de clareza indiscutível. Diante de tal afronta à legislação pátria, aqui já se antecipa que a *Lei da Boa Razão* vai robustecer preceito estabelecido tanto pelas *Ordenações Manuelinas* (Livro V, Título LVIII, § 1º) como pelas subseqüentes *Filipinas* (Livro I, Título IV, § 4º e Título V, § 5º), a respeito da interpretação autêntica da lei e das penas atribuídas aos julgadores que não guardem seu respectivo texto. São estes os antecedentes históricos imediatos da disciplina da *interpretação autêntica* da legislação (por meio dos *assentos*) articulada nos primeiros oito parágrafos da Lei de 18 de agosto de 1769¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Por uma análise genérica da Lei de 18 de agosto de 1769 (posteriormente conhecida pelo título de Lei da Boa Razão), cf. P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 67-69; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 192-193; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 161-162; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 392-397; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 366-372; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 17-24; L. CABRAL DE MONCADA, *O Século XVIII* cit. (nota 06), pp. 99-100; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 385-409; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), pp. 9-12; J. V. de GOYTISOLO, *El Derecho Romano como Buena Razon en Cataluña* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982), p. 477.

Contudo, a despeito da inegável importância de tais trabalhos, o estudo mais aprofundado a respeito do tema continua a ser o de J. H. CORREIA TELLES (*Commentário* cit. (nota 11), *passim*) que seguiremos daqui em diante para o estudo das linhas gerais da reforma da praxe jurídica.

¹⁴⁹ Transcreve-se a íntegra do proêmio da Lei de 18 de agosto de 1769:

“D. José, por graça de Deos, Rey de Portugal, e dos Algarves, d’aquém , e d’além Mar em África, Senhor de Guiné, e da Conquista, Navegação, Commercio da Ethiopia, Arabia, Persia, e da India, etc.

Faço saber aos que esta minha Carta de lei virem, que por quanto depois de muitos annos tem sido hum dos mais importantes objectos de attenção, e do cuidado de todas as Nações polidas da Europa, o de precaverem com sabias providencias as interpretações abusivas, que offendem a magestade das Leis, desauthorisão a reputação dos Magistrados, e tem perplexa a justiça dos litigantes, de sorte que no direito, e dominio dos bens dos Vassallos não possa haver aquella provavel certeza, que só pode conservar entre elles o publico socego:

Considerando Eu a obrigação que tenho de procurar aos Povos, que a Divina Omnipotência poz debaixo da Minha Protecção, toda a possível segurança nas suas propriedades, estabelecendo com ella a união, e paz entre as famílias; de modo que humas não inquietem as outras com as injustas demandas, a que muitas vezes são animadas por frivolos pretextos tirados das extravagantes subtilezas, com que aquelles, que as aconselham, e promovem, querem temerariamente entender as leis mais claras, e menos susceptiveis de intelligencias, que ordinariamente são oppostas ao espirito dellas, e que nellas se acha litteralmente significado por palavras exclusivas de tão sediciosas, e prejudiciais cavillações:

Tenho ouvido sobre este grave, e delicado negocio hum grande número de Ministros do Meu Conselho, e Desembargo, de muito timorata consciencia, muito zelosos do serviço de Deos, e Meu; e muitos doutos, e versados, nas sciencias do Direito Público, e Diplomatico, de que depende a bôa, e sã legislatura; das Leis Pátrias; dos louvaveis costumes destes Reinos; das Leis dos Antigos Romanos vulgarmente chamadas *Direito Civil*; e das de todas as Nações mais illuminadas, que hoje se conhecem; foi por todos (nas repetidas sessões, que tiverão sobre esta matéria) uniformemente assentado, que o meio mais proprio, e efficaz para se occorrer ás sobreditas interpretações abusivas, he o que o Senhor Rey D. Manoel de gloriosa memoria (reputando

O primeiro parágrafo dispõe que as glosas tiradas pelo Chanceler da Casa de Suplicação de Lisboa devem respeitadas sem controvérsia, ampliação ou restrição. Estipula ainda as duas hipóteses em que caberão suas glosas: quando a decisão for expressamente contrária às Ordenações e Leis do Reino de Portugal ou quando contrariar direito expresso¹⁵⁰.

Os parágrafos segundo e terceiro disciplinam os ritos para o estabelecimento dos assentos nas duas hipóteses consideradas. No parágrafo quarto se determina que “os Assentos (...) constituão Leis inalteráveis para sempre se observarem como taes debaixo das penas abaixo estabelecidas”. A autoridade dos *assentos* da Casa de Suplicação é equiparada à da legislação pátria, constatando-se no parágrafo quinto que os “estilos da Casa de Suplicação (...) sejam da mesma sorte observados como Leis”¹⁵¹.

justamente as mesmas interpretações por crimes graves) deixou estabelecido pelo liv. 5 tit. 58 § 1 da sua Ordenação; e que della se transportou para o liv. 1 tit. 4 § 4 e tit. 5 § 5 da compilação das Ordenações publicada em 1602, e para o § 8 da *Reformação* do ano de 1605; se Eu fosse servido excitar eficazmente a disposição dos ditos §§, de sorte que constituão impreteríveis Regras para os Julgadores; e fosse servido declara-los, e modifica-los de modo que não possam cair em esquecimento; nem suspender-se, alterar-se a termos de questão a observância delles nos casos occorrentes.

E conformando-me com os ditos Pareceres, e com o que nelles foi assentado: Quero, Mando, e he Minha Vontade, que d’aqui em diante se observe aos ditos respeitos o seguinte”.

Deve-se destacar a menção expressa no texto ao auxílio prestado pelos especialistas em direito público e diplomático, por meio do qual a importância do direito das gentes é ressaltada. Além disso, também se pode constatar da simples leitura a importância das Leis Pátrias como repositório legal que precede ao direito romano justiniano; da mesma forma, a alusão às nações iluminadas (polidas) como precursoras das soluções jurídicas adotadas. Finalmente, merece destaque o estado de incerteza gerado pelas interpretações indevidas dos juristas, vislumbrando-se aí o repúdio oficial à *communis opinio doctorum* tal qual estabelecida pelas *Ordenações Filipinas*. A respeito de tais questões, cf. notas 125 a 127, bem como J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), pp. 348-350.

A versão integral da *Lei de 18 de agosto de 1769* pode ser consultada em C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), pp. 725-730 (bem como em J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), *passim*). A partir de tais fontes foram obtidos os extratos transcritos nas notas seguintes.

¹⁵⁰ Sobre o sentido da expressão *direito expresso* constante do § 1º da Lei de 18 de agosto de 1769, cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), p. 350. Observe-se que para G. BRAGA DA CRUZ, direito expresso aí significa direito romano (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 394).

¹⁵¹ Há que se observar que os *assentos* da Casa de Suplicação podem ter por objeto matérias de direito substantivo ou mesmo de direito processual. Neste último caso, há que se falar em *estilos* confirmados por *assentos* da Casa de Suplicação. Uma bem reputada definição de estilo é a de J. H. CORREIA TELLES, segundo o qual “chama-se *Estilo* o uso acerca do modo de praticar o que as Leis mandam. Por exemplo, é *estilo* quando os Autos vão com recurso do Juiz Eclesiástico para o da Coroa, não ficar traslado deles no Juízo Eclesiástico. Julgada uma liquidação, continua a execução nos Autos da Liquidação, sem se extrair deles outra Sentença” (*Commentário* cit. (nota 11), p. 352). O estilo deve ser da *Casa de Suplicação*, regularmente confirmado por assento. Finalmente, observe-se que o estilo não pode ser contrário às Leis do Reino (caso em que são chamados corruptelas) (*Commentário* cit. (nota 11), p. 353). Aqui temos explicitados pelo autor os dois requisitos elementares do costume judiciário: 1) ter sido reconhecido pela *Casa de Suplicação*; 2) que sobre ele editou o necessário *assento*. Como mencionaremos adiante, os requisitos do costume material são distintos da modalidade judiciária.

Note-se, pois, que além dos *assentos* por glosas do Chanceler, por dúvidas dos Desembargadores e para o estabelecimento dos estilos da Casa de Suplicação, cria-se uma sua nova modalidade, instada pela dúvida instaurada entre os procuradores das partes em litígio. A estes vai de adicionar por efeito do Assento de 16 de

O parágrafo sexto amplia o rol das hipóteses de cabimento dos *assentos* uniformizadores, para albergar as divergências interpretativas entre os advogados das partes. Em contrapartida, o parágrafo sétimo preceitua *penalidades* para a hipótese de emprego abusivo deste expediente pelos procuradores judiciais – em conformidade, aliás, com o estabelecido no proêmio da Lei¹⁵².

A matéria é encerrada pelo parágrafo oitavo, o qual prescreve a indispensável confirmação dos *assentos* dos tribunais subalternos (Relações do Porto, do Rio de Janeiro, da Bahia e da Índia) pela *Casa de Suplicação* de Lisboa. Editados na forma de seus respectivos regimentos internos, tais *assentos* tinham até então a mesma autoridade dos baixados pela “Suprema Relação da Corte”, circunstância que gerava a incerteza jurídica denunciada pela Reclamação das Cortes de Lisboa de 1619, por Luís António Verney e pelo próprio proêmio da Lei de 18 de agosto de 1769¹⁵³.

fevereiro de 1786 a última variante, a dos assentos *por ordem régia* (cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 395).

¹⁵² As penalidades estabelecidas para as hipóteses de abusos interpretativos por parte dos advogados são as seguintes: sendo a primeira violação, multa de 50\$000 réis para as despesas da Relação e seis meses de suspensão; e na hipótese de reincidência, a privação dos graus obtidos na Universidade. Privados dos graus universitários, caso pratiquem tais atos clandestinamente, preceitua-se pena de cinco anos de degredo para Angola, incorrendo na mesma pena os assinantes que seus nomes emprestarem para a violação de Leis e perturbação do sossego público (§ 7º). Depois de enunciar a vedação aos *paralogismos* e de investigar as cinco modalidades de *sofismas* (*ex accidenti, dicti non simpliciter, non causae pro causa, consequentis e petere principium*), J. H. CORREIA TELLES destaca ser imprescindível a caracterização do dolo do advogado (“artifício revestido do intento de enganar”) para a aplicação da pena prevista no § 7º (*Commentário* cit. (nota 11), p. 355).

¹⁵³ Por uma análise da estrutura judiciária à época da promulgação da Lei da Boa Razão, cf. J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51), pp. 89-94 (tomo II – 1769-1808). Sobre a importância e a reforma dos *assentos* da Casa de Suplicação de Lisboa, cf. J. G. B. CÂMARA, *Assentos com força de lei* in *Subsídios* cit. (nota 51), pp. 167- 170 (tomo II – 1769-1808); F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), pp. 67-68); A. CASTANHEIRA NEVES, *Assento* in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 345-348; A. VILÇA DE AZEVEDO, *Os assentos no direito processual civil* in *Justitia* 74 (1971), pp. 115-143.

Contudo, os mais profundos estudos a respeito da evolução dos *assentos* no panorama das fontes do direito português são os de A. BUZAID (*Da Uniformização de Jurisprudência* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982), *passim*), M. de ALBUQUERQUE, *Para a História da Legislação e Jurisprudência em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982), pp. 623-653 e A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983. Contudo, pela posição de A. CASTANHEIRA NEVES a respeito da questão, cf. *O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 9-29 e pp. 67 e seguintes.

Por fim, merece resgate a observação de J. H. CORREIA TELLES de que, entre os anos de 1769 e 1800, tão somente 58 (cinquenta e oito) assentos foram pronunciados pela Casa de Suplicação de Lisboa. Por tal razão o autor destaca não apenas a reduzida efetividade da Lei, como também “a necessidade que ha de estender a providencia della, concedendo a todos os Julgadores o poderem requerer Assentos. Quantas causas são decididas pelas interpretações arbitrárias, que não sobem á Supplicação, ou por falta de meios das partes, ou porque não excedem as alçadas inferiores!” (*Commentário* cit. (nota 11), p. 353-354).

Sobre a disciplina da Lei da Boa Razão a respeito dos *assentos*, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 366-369; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 20-22; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 162; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 67-68; N. E.

O costume de direito material também foi objeto de abordagem pelo legislador. Com efeito, a *Lei da Boa Razão* estabeleceu três requisitos cujo preenchimento era imprescindível para a atribuição de relevância jurídica a uma prática reiterada: sua centenariedade (1) e sua conformidade tanto à boa razão (2) como às Leis do Reino de Portugal (3)¹⁵⁴.

A primazia da legislação pátria (afirmada pelas *Ordenações Filipinas*) é ratificada pelo parágrafo décimo da Lei da Boa Razão. Isso se dá mediante expressa repulsa ao princípio *odiosa limitanda, favorabilia amplianda*, complementada pela cominação de penalidades aos advogados que invocassem a máxima e pela suspensão dos magistrados que a acolhessem em seus julgados¹⁵⁵.

Como consequência lógica do princípio adotado, o parágrafo décimo primeiro da Lei de 18 de agosto de 1769 determina o emprego analógico da legislação

GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 393; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 391-399.

¹⁵⁴ O próprio texto do § 14 da Lei de 18 de agosto de 1769 dispõe que “Todos os outros pretensos *costumes* nos quaes não concorrem copulativamente todos estes trez requisitos, reprovo e declaro por *corruptellas*, e *abusos* : prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas determinadas, não obstante todas, e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrário”. Pelo paralelismo estabelecido entre os costumes de direito material e judiciários, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), p. 67. A respeito da nova regulamentação conferida ao costume, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 369; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), p. 22 ; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 162; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), p. 69; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 393; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 401-404.

¹⁵⁵ Eis os trechos referidos do parágrafo décimo da Lei de 18 de agosto de 1769:

“por quanto ao mesmo tempo me foi tambem presente, que da sobredita generalidade supersticiosa das referidas Leis chamadas Imperiaes se costumão extrahir outras regras para se interpretarem as minhas Leis nos casos ocorrentes: entendendo-se que estas Leis Patrias se devem restringir, quando são correctorias do Direito Romano: e que onde são com elle conformes se devem alargar, para receberem todas as ampliações, e todas as limitações, com que se achão ampliadas, e limitadas as regras conteúdas nos Textos, das quaes as mesmas Leis Patrias, se suppõe, que forão deduzidas: e seguindo-se desta inadmissivel Jurisprudencia (...) Mando outrossim, que as referidas restricções, e ampliações extrahidas dos textos do Direito Civil, que atégora perturbarão as disposições das minhas Leis, e o socego publico dos meus Vassallos, fiquem inteiramente abolidas, para não mais serem allegadas pelos Advogados, debaixo das mesmas penas acima ordenadas, ou seguidas pelos Julgadores, debaixo da pena de suspensão dos seus Offícios até Minha mercê, e das mais, que reservo ao Meu Real arbitrio”.

As leis romanas não deveriam ser deixadas de lado, mas deveriam ser conformadas ao direito nacional compreendido como direito comum: “Aquele período da nossa Lei, não deve entender-se por si só; deve juntar-se aos seguintes, e a soma de todos eles vem a ser; que as Leis Pátrias recebem interpretação de si mesmas, e não das Leis Imperiais, que pareçam análogas. Isto mesmo havia já dito Cabedo – 1 p. *Dec.* 211, n. 2; e Valasco na *Cons.* 117 n. 24 havia também dito, que se não deve atender se as Leis do Reino são ou não corretórias do Direito comum, para as limitarmos ou ampliarmos, por isso que elas mesmas são o nosso Direito comum” (J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), pp. 371-372). A respeito, cf. P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), p. 68; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 192-193.

Visando evitar os abusos decorrentes da praxe, a Lei da Boa Razão determinou que as restrições se deduzissem do espírito das mesmas Leis Pátrias, ou significado pelas próprias palavras delas, ou pela identidade de razão, e força de compreensão, conforme se destacará no parágrafo décimo primeiro do texto em exame.

pátria como principal critério para o preenchimento de aparentes lacunas do sistema jurídico. Portanto, antes de se lançar mão do direito subsidiário para a superação de omissão específica das fontes jurídicas nacionais, deve o intérprete buscar o “genuíno, e natural sentido” das Leis Pátrias¹⁵⁶.

A apreciação de matéria relativa a pecado é afastada da competência dos tribunais seculares, cabendo tão somente aos tribunais eclesiásticos o julgamento de assuntos de tal ordem. Diante da abrogação das *Ordenações Filipinas* quanto a este ponto (Liv. III, tit. LXIV), observa-se o desfecho do paulatino processo por meio do qual se apartaram as jurisdições canônica e temporal, corroborando-se o perfil regalista do consulado pombalino¹⁵⁷.

Resta agora o exame dos parágrafos décimo-terceiro e nono da *Lei da Boa Razão*, respectivamente dedicados à autoridade extrínseca conferida aos textos de direito romano (a *Glosa*, os *Comentários* e a *communis opinio doctorum*) e à disciplina do direito subsidiário em geral. Observe-se que é neste ponto específico que se justifica todo o trabalho de contextualização até o momento empreendido. Vejamos de que forma.

¹⁵⁶ Observe-se o inteiro teor do parágrafo décimo primeiro da Lei da Boa Razão, onde se faz menção às limitações e ampliações promovidas pelas Leis Romanas em relação ao direito nacional:

“Exceptuo comtudo as restricções, e ampliações, que necessariamente se deduzem do espirito das Minhas Leis significado pelas palavras dellas tomadas no seu genuíno, e natural sentido: as que se reduzirem aos principios acima declarados: e as que por identidade de razão, e por força de comprehensão, se acharem dentro no espirito das disposições das Minhas ditas Leis.

E quando succeda haver alguns casos extraordinarios, que se fação dignos de providencia nova, se me farão presentes pelo Regedor da Casa de Supplicação, para que tomando as informações necessarias, e ouvindo os Ministros do Meu Conselho, e Desembargo, determine o que me parecer que he mais justo, como já foi determinado pelo § 2º da sobredita Ord. liv. 3 tit. 64”.

Ora, as restrições e ampliações das Leis Romanas excetuadas por esta disposição na verdade correspondem à simples legitimação “romana” da aplicação analógica do direito reinícola. Tudo isso como corolário do credo em uma *boa razão* na qual se fundassem as legislações romana e portuguesa. Merece destaque, ainda, o fato de que tal expediente já era propugnado por Álvaro Valasco, Ignácio Pereira de Souza e Manuel Gonçalves da Sylva, conforme já destacado na nota 111. A respeito, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 354, o qual chega aos mesmos resultados.

¹⁵⁷ Sobre o regalismo e a administração do Marquês de Pombal, cf. a bibliografia indicada na nota 143. Quanto à matéria exposta no texto, observe-se que o conflito de jurisdições latente nas *Ordenações Afonsinas*, progressivamente mitigado pela supressão dos conceitos de *matéria espiritual* e *matéria temporal* (*Ordenações Manuelinas*), bem como pelo novo enquadramento proposto pelas *Ordenações Filipinas*, vai encontrar sua superação completa apenas trezentos anos depois, com a promulgação da Lei de 18 de agosto de 1769. J. H. CORREIA TELLES ressalva que os membros dos tribunais seculares deveriam, contudo, conhecer satisfatoriamente o direito canônico, uma vez que “a *Inquisição* he Tribunal Regio, ao qual Sua Magestade confirmou o Regimento, por Alvará de 1 de setembro de 1774, e nelle se impõem penas espirituais, segundo, se vê do mesmo Regimento”. Além disso, os Ministros Seculares deveriam conhecer o Direito Canônico para reconhecer a prática de atos de opressão ou força contra os que perante os Ministros Eclesiásticos litigassem (*Commentário* cit. (nota 11), pp. 377-378).

A respeito, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 371; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 193; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), p. 162; P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 68-69; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 399; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 395.

Como visto, a primeira parte de nosso estudo (sobre o direito justinianeu antes da publicação das *Ordenações Afonsinas*) destacou a formação de uma tradição jurídica bartolista: esta já fora posta em xeque pelo humanismo de Aires Pinhel, Manuel da Costa, Heitor Rodrigues e António de Gouveia na primeira metade do século XVI. Todavia, é com a promulgação da *Lei da Boa Razão* que a *escolástica bartolista* (fundada no critério da maioria) sofrerá seu mais duro golpe, por meio da proscrição de seus três elementos mais representativos: a *Glosa*, os *Comentários* e a *communis opinio doctorum*¹⁵⁸.

Alegando-se a ignorância de Acúrsio e de Bártolo em matéria de filologia, latinidade, história do direito romano, direito divino e direito natural, suas obras são expressamente repudiadas pelo legislador pombalino, ao mesmo tempo em que se exulta a *verior opinio* fundada na *boa razão* em detrimento da *opinião comum* em que se baseara a escola bartolista. Desta forma, não apenas os dois autores são desautorizados pela Lei de 18 de agosto de 1769, como também são postos em questão o método *escolástico-analítico* bartolista e a *communis opinio doctorum* (na qualidade de instrumento de revelação da *boa razão* em que se fundavam os textos romanos)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Sobre o golpe provocado pelo influxo humanista em Portugal, cf. o teor e as referências bibliográficas de nota 115.

Eis o teor do parágrafo décimo-terceiro da Lei de 18 de agosto de 1769:

“Item: sendo certo, e hoje de nenhum douto ignorado, que Accursio e Bartholo, cujas authoridades mandou seguir a mesma Ord. no § 1 do sobredito tit., forão destituídos não só da instrucção da História Romana, sem a qual não podião bem entender os textos que fizerão os assumptos dos seus vastos escriptos; e não só do conhecimento da Philologia, e da boa Latinidade, em que forão concebidos os ditos textos; mas tambem das fundamentaes regras de Direito Natural, e Divino, que devião reger o espirito das Leis, sobre que escreverão: E sendo igualmente certo, que para supprirem aquelas luzes, que lhes faltavão; ou porque na falta dellas ficarão os seus juizos vagos, errantes, e sem boas razões a que se contrahissem; vierão a introduzir na Jurisprudencia (cujo caráter formão a verdade, e a simplicidade) as quasi innumeraveis questões metaphysicas, com que depois daquella Escola Bartholina se tem illaqueado, e confundido os direitos, e dominios dos litigantes intoleravelmente: Mando que as glosas, e opiniões dos sobreditos Accursio, e Bartholo não possão ser allegadas em Juízo, nem seguidas na pratica dos Julgadores; e que antes muito pelo contrario em hum, e outro caso sejam sempre as boas razões acima declaradas, e não a authoridades daquelles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma Escola, as que hajão de decidir no Foro os casos occorrentes; revogando também nesta parte a mesma Ord. que o contrario determina”.

Aqui se observa, de uma só vez, o repúdio a Acúrsio, a Bártolo, à *opinião comum* representada pela escola bartolista e, inclusive, ao método analítico contrário ao caráter verdadeiro e *simples* da Jurisprudência (cf. M. R. MARQUES, *Elementos para uma Aproximação do Estudo do usus modernus pandectarum em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982), p. 809). J. H. CORREIA TELLES de sua parte, e justificadamente, assevera que a abolição das autoridades referidas “deixou a Jurisprudencia nacional em hum arbitrario mais amplo, do que antes era” (*Commentário* cit. (nota 11), pp. 379).

¹⁵⁹ Sobre a contraposição entre a *verior* e a *communis opinio* em decorrência da influência humanista em Portugal, cf. as observações lançadas na nota 115. Com efeito, a repugnância à Escola bartolista manifestada no parágrafo décimo-terceiro da *Lei de 18 de Agosto de 1769* revela a derrocada do critério majoritário e o influxo histórico-crítico que volta à carga. Nas palavras de N. E. GOMES DA SILVA “retomava-se, deste modo, o caminho encetado pela corrente racionalista do Humanismo” (*História* cit. (nota 08), p. 393).

A segunda parte (sobre o direito romano justinianeu no sistema do direito subsidiário das *Ordenações do Reino de Portugal*) vai de encontro com a *boa razão* que celebrizou a *Lei de 18 de Agosto de 1769* – e que é o objeto principal da disciplina articulada em seu parágrafo nono. Como anteriormente observado, o conceito de *boa razão* tem aqui um significado peculiar, destoante da *ratio scripta* que justificava o recurso às Leis Imperiais no texto das *Ordenações Manuelinas e Filipinas*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Com efeito, eis o teor do parágrafo nono da Lei da Boa Razão:

“*Item*: Sendo-me presente, que a Ord. liv. 3 tit. 64 no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estylos da Côrte, e costumes do Reino, pelas Leis, que chamou Imperiaes, não obstante a restricção, e limitação finaes do mesmo Preambulo conteúdas nas palavras: - *As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pela boa razão em que são fundadas*; se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos; como para se argumentar, e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistinctamente, sem se fazer differença entre as que são fundadas naquella *boa razão*, que a sobredita Ord. do Reino determina por ultimo fundamento para as mandar seguir; e entre as que, ou tem visivel incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma, que possa sustenta-las; ou tem por únicas razões, não só os interesses dos differentes partidos, que nas revoluções da Republica, e do Imperio Romano, governarão o espirito dos seus prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e seitas que seguirão; mas também tiverão por fundamento outras razões assim de particulares costumes dos mesmos Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da gentilidade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da Christandade dos seculos, que depois delles se seguiram:

Mando por huma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas Allegações, e Decisões, de Textos, ou de authoridades de alguns Escriptores, em quanto houver Ordenações do Reino, Leis Patrias, e Usos dos Meus Reinos legitimamente approvados tambem na fôrma abaixo declarada:

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 authoridade extrinseca destes, ou daquelles Textos do Direito Civil ou abstractos, ou ainda sem concordancia de outros; mas sim, e tão sómente:

Ou aquella *boa razão*, que consiste nos primitivos Principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella *boa razão*, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilisadas:

Ou aquella *boa razão* que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com tantas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedais dos Povos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felizes á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarchas, e Principes Soberanos: sendo muito mais racional, e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã Jurisprudencia; em muitas outras erudições uteis, e necessarias, e na felicidade; do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de dezessete seculos o soccorro ás Leis de huns Gentios; que nos seus principios Moraes, e Civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita fôrma, que do Direito Natural tiverão apenas as poucas, e geraes noções, que manifestão os termos com que o definirão; que do Direito Divino, he certo, que não souberão coisa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Arithmetica Politica, e da Economia do Estado, que fazem hoje tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento”.

Como já observado em outra oportunidade (nota 103), a *boa razão* constante do texto da Lei de 18 de agosto de 1769 apresenta um significado histórico peculiar, enquanto mecanismo de legitimação do influxo jusnaturalista sobre as *Ordenações Filipinas* de 1603. Do texto do parágrafo nono acima transcrito, três são as acepções elementares de *boa razão*: a que reflete verdades essenciaes, intrinsecas e inalteráveis (direito natural); a que consubstancia regras estabelecidas por unânime consentimento para a direcção e governo das

O parágrafo nono da *Lei da Boa Razão* corresponde à consagração do uso moderno como *método de investigação* do direito romano. Este fato é evidenciado pelo influxo simultâneo da *Escola do Direito Natural* e do *Direito das Gentes*, do método histórico-crítico cujaciano e do direito estrangeiro das nações iluminadas, nos moldes preconizados por L. A. VERNEY em seu *Verdadeiro Método de Estudar*¹⁶¹.

Segundo J. H. CORREIA TELLES três são as prescrições fundamentais contidas neste parágrafo da *Lei da Boa Razão*: a prevalência do direito nacional em detrimento do direito justinianeus; o acolhimento deste último pela *boa razão* em que são fundadas as suas leis; e a preferência (em caso de lacuna do sistema nacional) pela legislação das nações iluminadas da Europa em assuntos políticos, econômicos, mercantis e marítimos¹⁶².

Se por um lado a *Lei da Boa Razão* estabelece um novo fundamento positivo para o acatamento do sistema romano pós-clássico, o critério prático para a aferição da compatibilidade de suas regras com os ditames da *boa razão* será o *usus modernus pandectarum*. As regras para aferição do uso moderno do direito romano são estipuladas no Livro II dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 (Título V, Capítulo II, parágrafos 13 a 16), as quais estabelecem que não poderão ser invocados os preceitos justinianeus: a) de inspiração pagã; b) em desconformidade com a moral cristã; c) contrários às regras de direito natural e de direito das gentes; d) relativos a matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas. Para a aplicação de tais regras, legitimavam

nações civilizadas (direito das gentes); e a confirmada pelas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas das nações iluminadas (direito positivo moderno). A respeito, cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), pp. 357 e seguintes; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 405-406.

Destacando a diferença entre as acepções, G. BRAGA DA CRUZ esclarece que “é então que aproveita o ensejo para, como se dizer-se, ‘encher de vinho novo os odres velhos’, injetando nas encanecidas estruturas do direito português todo o pensamento racionalista e iluminista da *escola do direito natural* e do ‘*usus modernus pandectarum*’” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 404).

¹⁶¹ Pela alusão às questões por parte de L. A. VERNEY, cf. notas 126, 127, 131, 133 e 134. Não há que se confundir, contudo, a *Escola do Direito Natural* com o *usus modernus pandectarum* em Portugal, como destaca L. C. de MONCADA: “Esta [Escola do direito natural] é uma escola toda de filosofia e jurisprudência *teórica* (GRÓCIO e PUFENDORF); aquela [*usus modernus pandectarum*] uma escola *teórico-prática*, se escola se lhe pode chamar; isto é, uma corrente ou direção da jurisprudência alemã, determinada pela primeira, como ponto de vista influenciador, e pelo direito germânico como elemento substancialmente deformador do romanismo puro (LAUTERBACH, STRUV, STRYK, etc.)” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 91); no mesmo sentido, advertindo para a íntima ligação entre os termos, M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), p. 358.

¹⁶² *Commentário* cit. (nota 11), p. 357.

os *Estatutos* o recurso ao trabalho dos Jurisconsultos europeus que consubstanciavam o *uso moderno* do direito romano justinianeu¹⁶³.

¹⁶³ Aqui cabe observar que apenas a aplicação do direito estrangeiro se dá diretamente por meio da Lei da Boa Razão; quanto ao direito natural e ao direito das gentes, suas eficácias são estritamente negativas, na medida em que impedem a aplicação do direito romano justinianeu em desacordo com os sistemas referidos (G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 418). Eis os parágrafos acima referidos dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (Livro II, Título V, Capítulo II, parágrafos 13 a 16):

“Explorarão 1º: se as Leis Romanas, que dispõem sobre casos omissos pelas Leis Patrias, contém algum vestígio de superstição Ethnica, e Paganismo dos Romanos, ou envolvem algumas reliquias de praticas, e maximas, que por qualquer modo sejam contrarias aos Costumes, e á Moral dos Christãos” (§ 13).

“Explorarão 2º: se são oppostas aos dictames da *bôa razão*, depois desta bem discutida, qualificada, e informada pelas declarações, e ratificações do Direito Divino: depois de aperfeiçoada e illustrada pela Moral Christã; e depois de bem depurada das falsas, e enganosas apparencias, e illusões, que na indagação das Leis Naturaes padecerão os Estoicos, e outros Philosophos, em cujos systemas beberão os Jurisconsultos Romanos as primeiras maximas da equidade natural, que seguirão nas suas respostas; vindo consequentemente a participarem das mesmas illusões, e enganos, pelas terem derivado, e deduzido da Moral daquelles Gentios, que muitas vezes não atinarão com os verdadeiros dictames da razão por lhes faltar a luz da verdadeira crença” (§ 14).

“Explorarão 3º: se as mesmas Leis dos Romanos se oppõem o Direito das Gentes, ou este se considere em quanto Natural, e na accepção de Positivo, e diferentes especies de Consuetudinario ou Pacticio. Porque onde por qualquer das referidas especies de Direito das Gentes se achar recebido e praticado pela maior parte das Nações civilizadas o contrario do que dispõem as Leis Romanas, cessará inteiramente da determinação destas, e prevalecerá sem hesitação o que se achar determinado ou recebido pela pratica, e uso da maior parte das ditas Nações” (§ 15).

“Explorarão 4º: se as disposições das mesmas Leis Romanas se encontrão com as das Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas das referidas Nações. Porque tendo sido os artigos, que constituem os objectos das referidas especies de Leis, muito mais cultivados, e mais bem regulados nos ultimos seculos pelas sobreditas Nações: por terem estas sobre cada hum delles muito maiores luzes, e conhecimentos muito mais amplos do que tiverão os Romanos; os quaes em tudo o que diz respeito a Navegação, e ao Commercio, tiverão vistas muito curtas, e tendentes a fim muito diverso; fica sem controversia ser muito maior a proporção, e analogia, que as ditas Leis das referidas Nações tem com a Legislação das nossas Leis, que respeita aos ditos objectos da Economia, do Commercio, da Navegação, do que he a proporção, e analogia, que com a mesma Legislação das nossas Leis tem as ditas Leis dos Jurisconsultos Romanos: sendo certo que estes até ignorarão, e desconhecerão inteiramente quasi todos os Pontos, e Artigos dos referidos objectos; e resultando daqui deverem os mesmos Consultos ceder inteiramente sobre elles ás sobreditas Nações, e serem preferidas para a decisão das causas, e negocios pertencentes aos ditos objectos as Leis, que as mesmas Nações tem estabelecido sobre elles a todas, e quaesquer Leis respectivas aos mesmos objectos, que se possam achar no Corpo do Direito Romano” (§ 16).

Pelo recurso autorizado à *doutrina* estrangeira, o § 8º é elucidativo: “Para se instruirem no dito uso moderno se aproveitarão os Professores do util, e apreciavel trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande numero de Jurisconsultos em differentes livros; dos quaes huns são escriptos pela ordem, e serie dos livros, e Titulos, das Leis do Direito Civil Romano; e outros são formados por methodos arbitrarios: sendo huns ordenados com o fim principal de mostrar tão sómente o dito uso: e tendo outros tomado por objecto principal o ensino do Direito Romano; de sorte, que só depois de expostas as Regras, principios delle, he que fazem menção do uso dellas”.

Pelos extratos dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 transcritos, cf. A. A. V. CURA, *Direito Romano e História do Direito Português: Casos Práticos Resolvidos e Textos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 288-303 (bem como J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), p. 362).

Estas regras são as mesmas deduzidas por M. de ALMEIDA E SOUSA (*apud* M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), p. 811).

O papel dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 na implementação do *usus modernus pandectarum* é assim definido por L. C. de MONCADA: “aí se manda, com efeito, fazer o confronto das leis romanas, a aplicar ainda em Portugal, com o direito natural, o divino e o das gentes, o político, o econômico, o mercantil e o marítimo; e aí se estabelece, como critério e meio de facilitar esse confronto, o estudo e conhecimento do chamado *uso moderno* (*usus modernus pandectarum*), ou seja, o uso que as nações modernas fazem do direito romano e que afinal nada mais é do que o uso que dele se faz na Alemanha de

Ou seja, o parágrafo nono da Lei da Boa Razão abre as portas do sistema jurídico português para o *direito natural*, para o *direito das gentes* e para o *direito das nações iluminadas*, como novos *fundamentos* da aplicação do direito romano. Todavia, o estabelecimento de um critério de aferição vai se dar três anos depois, com a consagração legislativa do *usus modernus pandectarum* pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra*¹⁶⁴.

De maneira que por meio dos parágrafos décimo-terceiro e nono da *Lei da Boa Razão*, bem como dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 (Livro II, Título V, Capítulo II, parágrafos 13 a 16), a prática jurídica e o ensino do direito sofrem uma sensível reformulação: elege-se o *usus modernus pandectarum* como método de investigação do direito justinianeu aplicável (pelo influxo do Direito Natural, do Direito das Gentes e do direito estrangeiro), ao mesmo tempo em que cai por terra a autoridade extrínseca da *Glosa*, dos *Comentários* e da *communis opinio doctorum*¹⁶⁵.

Há que se destacar que a ignorância atribuída a Acúrsio e a Bártolo em matéria de *História do Direito* vai viabilizar o resgate do estudo histórico-crítico do direito

STRUUV, de SCHILTER, de STRIK, etc.” (*O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 103). No mesmo sentido, cf. M. P. MERÊA, *Direito romano* cit. (nota 103), p. 543; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Leis, Cânones, Direito, Faculdades* de in *Dicionário de História de Portugal II*, p. 681.

Sobre a subsidiariedade do direito estrangeiro a partir da *Lei da Boa Razão*, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 407-408.

¹⁶⁴ A maioria dos autores refere-se aos *Estatutos da Universidade de Coimbra* como complemento da *Lei de 18 de agosto de 1769*. Neste sentido, cf. P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, *Historiae* cit. (nota 60), pp. 70-71; M. A. COELHO DA ROCHA, *Ensaio* cit. (nota 52), pp. 217-218; M. P. MERÊA, *Resumo* cit. (nota 52), pp. 162-163; N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), pp. 398-402; M. J. de ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota 08), pp. 372-377; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 24-27; L. CABRAL DE MONCADA, *O Século XVIII* cit. (nota 06), pp. 102-103; G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 408-419; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), pp. 11-12; M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), p. 812. Enquanto tomados como elemento do processo de integração do iluminismo jurídico português, a afirmativa é procedente; mas na qualidade de instrumento de reestruturação do direito romano, o mesmo não se dá: enquanto a *Lei da Boa Razão* tão somente empresta novos fundamentos (Escola do Direito Natural e do Direito das Gentes e confirmação pelos ordenamentos jurídicos das nações civilizadas) para o acolhimento do direito romano justinianeu (exceto no que respeita às matérias econômicas, políticas, mercantis e marítimas), os *Estatutos* extirpam o direito romano não albergado, limitando assim sua aplicação em caráter subsidiário.

¹⁶⁵ A respeito do emprego do uso moderno do direito romano em Portugal, cf. M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), pp. 801-826. Eis a conclusão de M. A. COELHO DA ROCHA sobre a utilização do *usus modernus pandectarum* em Portugal: “ao mesmo tempo que Montesquieu e outros á luz da razão depuravam as leis antigas, e abriam um novo caminho para a reforma da legislação, eminentes intérpretes segregavam, na infinita collecção do corpo do direito civil, os fragmentos, e textos antiquados, d’aquelles, que ainda eram applicaveis nas suas respectivas nações, reunindo estes em tractados especiaes ou observações, com o título de *uso moderno*. Por este methodo escreveram Strickio, Thomasio, Boehmero, Struvio, Hubero, Voet, Heineccio, e ultimamente Pothier, a cada passo citados pelos nossos escriptores” (*Instituições* cit. (nota 16), p. 282).

romano e a introdução da cadeira correspondente no currículo universitário. O mesmo vai se verificar quanto ao *Direito Pátrio*, ao *Direito Natural* e ao *Direito das Gentes*¹⁶⁶.

Diante da reformulação do método de investigação do direito romano, mostra-se necessário rever o *método de exposição* adotado pelos docentes em suas preleções. A crítica de Luís António Verney à *escolástica bartolista* e a seu *método analítico* vai redundar na legitimação legislativa do *modelo sintético-compendiário* ao estilo heineciano. O *Compêndio histórico sobre o estado da Universidade de Coimbra* (1771) prepara caminho para a determinação dos *Estatutos* de 1772, por meio dos quais serão os docentes incumbidos da redação de um compêndio a ser utilizado pelos seus respectivos alunos ao longo do curso. As duas finalidades principais do novo sistema pedagógico são a de acabar com a prática das apostilas e a de conferir aos estudantes uma compreensão sistemática do direito¹⁶⁷.

Como já se havia anunciado, a figura de Pascoal José de Mello Freire dos Reis desponta como elemento mais representativo do *iluminismo jurídico português* em virtude da conciliação promovida entre as principais características dos métodos de

¹⁶⁶ Sobre a criação das cadeiras de História do Direito (Romano e Pátrio), de Direito Civil Pátrio (Público e particular), de Direito Natural e de Direito das Gentes, cf. *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, Livro II, Título II, Capítulo III, §§ 3 a 6 e 9 citados em A. A. V. CURA, *Direito Romano* cit. (nota 163), pp. 294-295; M. P. MERÊA, *Lance de Olhos sobre o Ensino do Direito (Cânones e Leis) desde 1772 até 1804* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33 (1957), pp. 188-190; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Leis, Cânones* cit. (nota 163), pp. 680-681. Pelos ocupantes das cadeiras criadas logo após a reforma empreendida pelos *Estatutos* de 1772, cf. M. A. RODRIGUES, *Alguns Aspectos da Reforma Pombalina da Universidade de Coimbra - 1772* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984, p. 219; M. P. MERÊA, *Rol dos Lentes Catedráticos e Substitutos das Faculdades de Cânones e Leis desde 1772 (Reforma Pombalina)* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33 (1957), pp. 324-330.

¹⁶⁷ A respeito da adoção do método sintético-compendiário, cf. *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, Livro II, Título III, Capítulo I, §§ 17 a 20 reproduzidos em A. A. V. CURA, *Direito Romano* cit. (nota 163), pp. 298-299; M. P. MERÊA, *Lance* cit. (nota 166), pp. 195-200. Pelos objetivos do método sintético-compendiário apontados no texto, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do Ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 86 (1991), pp. 28-30.

M. R. MARQUES assim define o impacto dos *Estatutos* na formulação de um novo método de ensino na Universidade de Coimbra: “da leitura dos *Estatutos* conclui-se facilmente que os reformadores pombalinos procuraram conscientemente pôr fim ao sistema (das controvérsias) da *communis opinio doctorum*. A ligação entre o ensino do direito e as exigências do Estado passou a ser mais clara. Este necessitava de quadros que garantissem o êxito das várias reformas em curso quer no âmbito da administração, quer no âmbito da justiça; o ensino, ao afastar-se das *dissentiones* do direito comum e ao privilegiar o direito vigente, passava a ter um cunho mais nacionalista e mais pragmático. Aquelas notas de empirismo, de racionalismo, de acentuação do direito pátrio e de progressiva sistematização das matérias que caracterizam a vertente iluminista do ensino do direito, passam igualmente a marcar os estudos jurídicos de Coimbra” (*Elementos* cit. (nota 158), pp. 812-813).

investigação e de *ensino* do Direito tal qual propugnados pelas reformas pombalinas acima referidas¹⁶⁸.

Assim se justifica o esforço de contextualização empreendido, por meio do qual se destacou a criação (e a supressão) de uma tradição jurídica bartolista e o emprego acentuado do direito romano (a título subsidiário) em Portugal. É exatamente contra estes elementos da cultura jurídica nacional que se voltou o iluminismo português da segunda metade do século XVIII.

O paradigma iluminista representado por Pascoal José de Mello Freire dos Reis vai sofrer certo desvio conceitual por meio de uma utilização distinta do *uso moderno*, viabilizada pela introdução do direito comparado em Portugal. É a obra de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) que vai dar início ao período que culminará no *individualismo crítico* da primeira metade do século XIX. Como tivemos oportunidade de destacar, este momento de transição influenciará de modo decisivo a formação jurídica de Augusto Teixeira de Freitas. O autor estará familiarizado com a substancial influência estrangeira no sistema jurídico privado português, embora mostre-se em larga medida escrupuloso (ainda que inconscientemente) quanto aos principais valores defendidos pelas reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 103; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Melo Freire, Pascoal José de* in *Dicionário de História de Portugal IV*, pp. 249-251; F.-P. de A. LANGHANS, *Antologia do Pensamento Jurídico Português – Pascoal José de Melo Freire dos Reis* in *Boletim do Ministério da Justiça* 49 (1955), pp. 31-47.

¹⁶⁹ Sobre a alusão ao *individualismo crítico*, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Origens* cit. (nota 44), pp. 55-56. Observe-se que o autor reputa inadequado o termo *liberalismo* (dada sua abrangência quase que exclusivamente política – ainda que político-econômica) o qual deixaria “de fora os aspectos econômico, jurídico-privado e cultural, que aliás também interessam na história do direito” (pp. 55-56). Com efeito, justifica assim o autor a paternidade de tal expressão, posteriormente adotada por respeitáveis setores da historiografia jurídica portuguesa: “a designação por nós escolhida parece-nos que permite evitar este inconveniente e nos oferece uma grande vantagem. Consiste esta, em primeiro lugar, em nos permitir abranger sob o mesmo conceito comum e exactíssimo o maior número de transformações sociais em todos os seus diversos aspectos, desde o econômico, até ao cultural, durante a maior parte do século XIX e até a Guerra mundial, agarrando-os na sua raiz ideológica. Em segundo lugar, a vantagem está ainda no facto de, chamando-se a esse individualismo um individualismo *filosófico*, se prestar homenagem a uma grande verdade: se alguma época houve até hoje na historia em que o predomino das ideias sobre a vida e as realidades se tenha poderosamente afirmado, essa época foi precisamente a que se inaugurou em 1820. Nunca, como então, a vida e os factos foram colocados mais incondicionalmente ao serviço das idéias e das ideologias. Nunca estas comandaram e dirigiram as realidades sociais em mais larga escala. Época e século das luzes, na continuação do anterior, se lhe tem também chamado! E se por luz, luzes, se entende a luz das ideias puras, abstractas, nas criações do espírito, menos respeitoso das realidades históricas, e orgulhoso de sua onnipotência, não há designação mais verdadeira. É nesse sentido que aqui damos a esse individualismo o qualificativo de *filosófico* ou *crítico*, bem diverso, como se sabe, de outros individualismos, como, p. ex., o do Cristianismo” (p. 56). Quanto à adoção da expressão pela doutrina posterior, exemplificativamente, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), pp. 25-75.

II. 4. 4. A obra dos juristas portugueses posteriores e os resultados das reformas pombalinas. A transição para o *individualismo crítico* em Portugal e a influência sobre o direito privado lusitano. Os reflexos do movimento de codificação de direito civil e a influência francesa sobre o Código Civil de 1867.

Como observado, o conceito de *boa razão* – que já constava, embora com significado diverso, do texto das *Ordenações Manuelinas* – foi o principal instrumento por meio do qual foram empreendidas as reformas jurídicas da segunda metade do século XVIII. Pode-se dizer que foi através desta expressão que a *Escola do Direito Natural*, a *Jurisprudência Elegante* e o *usus modernus pandectarum* se fizeram sentir em Portugal. Sob tal perspectiva, há que se destacar o alcance e a maleabilidade que a caracterizam¹⁷⁰.

No que diz respeito ao alcance da *boa razão* no sistema do direito privado definido pelas *Ordenações Filipinas*, basta destacar que ela passa a ser o fundamento de aplicação do direito subsidiário. O Livro IV (dedicado ao direito civil) se mostrava repleto de lacunas, cingindo-se a disciplina reinícola ao direito dos contratos e às principais regras relativas às sucessões. Por tal razão a reforma pontual dos institutos jurídicos por vezes se mostrava desnecessária: e com isso, pode-se deduzir o impacto da reformulação de um direito subsidiário dotado de tamanha abrangência¹⁷¹.

É necessário registrar ainda a flexibilidade da expressão de *boa razão*, suficiente para suportar, em momentos sucessivos bastante próximos, significados acentuadamente distintos. Durante o primado da *escola bartolista* portuguesa, o direito romano foi considerado (em bloco) como corporificação da *ratio scripta*, sem que se impugnasse caso a caso a sua conformidade com os ditames da razão natural. Diante do

¹⁷⁰ Por uma delimitação do conceito de *boa razão* estabelecido pela *Lei de 18 de agosto de 1769*, cf. nota 160. A respeito, cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentário* cit. (nota 11), pp. 357 e seguintes. Destacando o caráter instrumental do conceito, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 404.

¹⁷¹ Sobre os efeitos da reforma de critérios hermenêuticos (instituídos pela *Lei de 18 de Agosto de 1769*) sobre o sistema de direito civil português, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 386-390; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), pp. 37-42; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), pp. 9-11; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Romanismo* cit. (nota 53), pp. 38-43; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Debate jurídico* cit. (nota 109), pp. 17-24; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Enquadramento* cit. (nota 109), pp. 149-150; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Fundamentos* cit. (nota 08), p. 116; J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama* cit. (nota 109), pp. 189-190; A. SANTOS JUSTO, *O Direito Brasileiro: Raízes Históricas* in *Revista Brasileira de Direito Comparado* s/ref, p. 6; M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), pp. 807-813; M. R. MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal – Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1987, pp. 44-46, nota 78; J. V. de GOYTISOLO, *El Derecho Romano* cit. (nota 147), pp. 476-478; O. GOMES, *Raízes* cit. (nota 25), pp. 05-06; A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXII.

advento do iluminismo jurídico (cristalizado nas *reformas pombalinas*) a expressão assume novo sentido, aproximado da *recta ratio* jusnaturalista¹⁷².

Se considerarmos que a *boa razão* foi o braço que sustentou a reestruturação hermenêutica promovida pela *Lei de 18 de agosto de 1769*, o *usus modernus pandectarum* adotado pelos *Estatutos da Universidade* correspondeu por sua vez à mão – e aos dedos – que lhe possibilitou o alcance prático e a restrição metodológico-científica indispensáveis ao êxito legislativo¹⁷³.

O elemento ideológico que diferencia o *iluminismo* do *individualismo jurídico português* é que vai estabelecer a *intensidade* e a *direção* do emprego do uso moderno tal qual prescrito pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772. Considerado em si próprio ao longo da evolução histórica do direito privado português, o *usus modernus pandectarum* é uma estrutura vazia cuja aplicação será determinada pela aceção emprestada ao conceito de *boa razão*.

Assim como o iluminismo jurídico se serviu da flexibilidade do conceito de *boa razão* para dar vazão aos impulsos jusnaturalistas de Luís António Verney, do Marquês de Pombal e de Pascoal José de Mello Freire dos Reis, é nesta maleabilidade que podemos identificar o germe de sua superação pelo *individualismo crítico*, a partir das primeiras duas décadas do século XIX¹⁷⁴.

Com efeito, insuflando o velho fundamento com um conteúdo novo (a *recta ratio* jusnaturalista), a Lei da Boa Razão garantiu o declínio do modelo escolástico

¹⁷² Diante da maleabilidade da expressão, G. BRAGA DA CRUZ destaca a habilidade do legislador pombalino: “aqui residia, porém, todo o caráter inovador – para não dizer revolucionário – da Lei de 18 de agosto de 1769: – É que, para além do que havia de arrojado em interpretar desta maneira as *Ordenações* – pois o texto destas, rigorosamente, não proclamava a subsidiariedade da *boa razão* em si, mas sim a do *direito romano* por se presumir fundado nela –, vai o legislador pombalino permitir-se explicar, ele próprio, o que o legislador das *Ordenações* não chegara a explicar, ou seja, o que deve entender-se, para estes efeitos, pelo termo *boa razão*” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 404).

¹⁷³ Embora a analogia não seja das melhores, há que se destacar, contudo, que é por intermédio do *usus modernus pandectarum* que os preceitos da reforma pombalina da *Lei da Boa Razão* adquirem certo alcance prático, bem como uma mais palpável delimitação conceitual. Nas palavras de J. H. CORREIA TELLES, “tal he o caminho plano, e curto, que os ditos Estatutos ensinão, para vir no conhecimento, se as Leis Romanas são ou não fundadas na boa razão” (*Commentário* cit. (nota 11), p. 362). C. PECORELLA expressa que “la *Lei da Boa Razão* mi pare ponesse più problemi di quanti ne risolvesse, era più un manifesto che una precisa regola di condotta” (*Consolidazione* cit. (nota 80), p. 225).

¹⁷⁴ Este o sentido da observação de M. J. de ALMEIDA COSTA: “simplesmente, atribuiu-se-lhes [aos conceitos de *recta ratio* e *usus modernus pandectarum*] um sentido de todo diverso: a *boa razão* passa a aferir-se pela bitola do individualismo liberal” (*Enquadramento* cit. (nota 109), p. 150. No mesmo sentido, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 428; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), p. 50; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), pp. 15. Sobre o novo alcance do *usus modernus pandectarum* trataremos logo a seguir.

bartolista e da aplicação indiscriminada do direito romano segundo o sistema do *mos italicus*. No entanto, a proscrição de Acúrsio, de Bártolo e da *communis opinio doctorum* não foi acompanhada da eleição de novos corifeus a que se pudesse reportar uma Jurisprudência carente de certeza jurídica¹⁷⁵.

De tal maneira, a *incerteza* pautada na dificuldade de aferição da *opinião comum* persistia, mas sob outra roupagem: agora como uma crise quanto à determinação do uso do direito romano praticado pelas nações cristãs iluminadas. Assim, o impasse que parecia superado pela legislação pombalina vai ressurgir nos mesmos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, como que à espera de nova reformulação em prol de valores inerentes ao período imediatamente subsequente: o *individualismo crítico*¹⁷⁶.

O conceito de *boa razão* é despido, nesta transição, do fundamento jusnaturalista que lhe subjaz: a razão natural de cunho iluminista é sucedida pelo individualismo, emprestando-se à expressão nova vestimenta de cunho liberal. Por via de consequência, sua ferramenta imediata (o *usus modernus pandectarum*) adquire nova dimensão.

Como a tarefa de determinar o conceito de *boa razão* havia sido atribuída à doutrina e à jurisprudência (na medida em que a Lei de 18 de agosto de 1769 não elegeu os

¹⁷⁵ Como resultado primeiro da Lei da Boa Razão, M. R. MARQUES destaca o “desalojar do pluricentenário *utrumque ius* na sua versão do *mos italicus* e a imposição das *Ordenações*, das *leis pátrias* e dos *usos do Reino*, isto é, a imposição do *direito Pátrio* como pedra de toque de todo o ordenamento jurídico” (*Elementos* cit. (nota 158), p. 810).

No que respeita à incerteza decorrente da ausência de uma autoridade legislativamente reconhecida, é célebre a seguinte passagem de J. H. CORREIA TELLES: “Quanto a mim este he ainda mais espinhoso, que se seguirmos o trilho das outras regras já dadas [refere-se ao *usus modernus pandectarum* em relação às quatro regras referidas à nota 164]; por duas razões: *primeiro*, porque os Doutores que escreverão nos ultimos tempos, sobre o uso moderno das *Pandectas*, discordão muito entre si. Nada mais frequente que Strik censurar a Groenewegio, e Leeuwen, a Bugnyon, a Christineo, a Gudelin, a Zypeo, a Regner, a outros Doutores da Belgica, e França, por darem por abrogadas as Leis Romanas, que elle diz não o estarem, ao menos em alguns dos Estados da Allemanha (...) a segunda razão he, porque se faz preciso também averiguar, se o uso moderno derogatorio das Leis Romanas teve ou não principio vicioso” (*Commentário* cit. (nota 11), pp. 362-363). Esta exata passagem é reproduzida por F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), pp. 73-74.

Cogitando de um critério mais adequado do que o *usus modernus pandectarum*, J. H. CORREIA TELLES prenuncia o paradigma subsequente: “melhor fôra talvez, que a nossa Lei nos casos omissos mandasse recorrer ás Leis Mercantis, e Maritimas de tal ou tal Nação: conseguir-se-hia assim mais certeza, e menos arbitrio” (*Commentário* cit. (nota 11), p. 370).

¹⁷⁶ O problema tem de ser resolvido, pois, através da eleição dos representantes do *uso moderno do direito romano*, a ser realizada pelos advogados e magistrados. G. BRAGA DA CRUZ destaca trecho elucidativo do Prefácio da primitiva redação do *Digesto Portuguez* de J. H. CORREIA TELLES: “deixadas ellas [a boa e a má razão] nas mãos dos Juizes e Advogados, com liberdade de julgarem e aconselharem por ellas; os povos são victimas da prigiúcia do Legislador, arruinando-se com processos, que se terião evitado com Leis Nacionaes terminantes” (*apud O Direito Subsidiário* cit. (nota 07), p. 424, nota). Como veremos na nota seguinte, o papel da doutrina supera o desempenho da jurisdição nesta tarefa.

representantes oficiais do *usus modernus pandectarum*), foram elas que estabeleceram, por conseguinte, um novo significado ao *uso moderno* do direito romano¹⁷⁷.

No entanto, se para Pascoal José de Mello Freire dos Reis (representante por excelência do iluminismo jurídico português) o *uso moderno* correspondia à utilização das obras de Carpzov, Struve, Stryk, Böhmer, Pufendorf, Thomasius e Heinécio, a aplicação do sistema dos *Estatutos* passa a se alterar com a produção literária de Manuel de Almeida e Sousa, entre os anos de 1807 e 1817, quando se introduz em Portugal o estudo do direito civil comparado (principalmente de origem francesa)¹⁷⁸.

Pouco depois, A. J. de GOUVEIA PINTO faz uso dos Códigos da Sardenha e da Prússia para a elaboração de seu *Tratado regular e prático de testamentos e sucessões* (1820). J. H. CORREIA TELLES, por sua vez, amplia o uso dos códigos francês e prussiano no *Digesto Portuguez* (1835). E aos elementos estrangeiros acima referidos M. A. COELHO DA ROCHA acrescenta o código austríaco nas *Instituições de Direito Civil Portuguez* (1848)¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Observe-se que a crítica de J. H. CORREIA TELLES ao estado de incerteza gerado pela *Lei da Boa Razão* (reproduzida à nota 176) vai ser corroborada por sua conclusão a respeito do despojamento do sistema quanto às autoridades extrínsecas de Acúrsio e de Bártolo. Ao contrário das Ordenações do Reino de Portugal, que os elegeram em suas três versões abordadas neste estudo, a *Lei de 18 de Agosto de 1769* caminhou em sentido diverso: “a meu vêr a revogação da Ord., que neste § se fez, deixou a Jurisprudencia nacional em hum arbitrario mais amplo, do que antes era.

Havendo como ha em Direito tantas controversias, e hum Codigo de Leis tão insufficiente para as decidir, que fosse necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras reconhecidas outrossim por defeituosas, e obscuras; quanto melhor não era mandar seguir as opiniões de taes ou taes Doutores, reconhecidos por melhores: do que deixar as decisões no arbitrio da *boa rasão*!

Quantos casos, em que esta boa razão he quasi imperceptivel, ainda aos olhos do mais attento observador! He verdade que Accursio, e Bartholo não forão bons interpretes das Leis Romanas, nem era possivel que o fossem, attento o seculo em que viverão; mas se das suas opiniões não resultava perigo da salvação eterna, quanto melhor segui-las, que vagar na incerteza! Conviria pois que nossa Lei desauthorisando Accursio e Bartholo, lhes substituisse outros Doutores da melhor nota, a fim de ficar menos campo ao perigoso arbitrio dos Julgadores” (*Commentário* cit. (nota 11), p. 379); note-se que esta passagem é integralmente transcrita por M. J. de ALMEIDA COSTA, *La présence* cit. (nota 53), p. 62; e por M. de ALBUQUERQUE, *Bártolo* cit. (nota 67), pp. 84-85). Foi a doutrina a responsável, pois, pelo estabelecimento do *usus modernus pandectarum*, uma vez que, como já referido em oportunidade anterior (nota 153), entre os anos de 1769 e 1800 tão somente 58 (cinquenta e oito) assentos foram editados.

¹⁷⁸ O papel precursor de Manuel de Almeida e Sousa no processo de estudo a aplicação dos códigos estrangeiros da Europa é posto em relevo por grande parte dos autores. Por referências específicas a esse respeito, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 430; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), p. 50; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), pp. 15-16; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Enquadramento* cit. (nota 109), p. 151; J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama* cit. (nota 109), p. 190; M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), pp. 823-824; M. R. MARQUES, *O Liberalismo* cit. (nota 171), p. 149; M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições* cit. (nota 16), p. 284. Ainda é feito tratamento exaustivo sobre a personagem em um estudo de J. PINTO LOUREIRO, inserido na coletânea *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX - I*, Lisboa, Editora dos Advogados, 1947, pp. 288 e seguintes.

¹⁷⁹ À exceção da utilização do Código da Sardenha por A. J. GOUVEIA PINTO, as informações acima referidas já são trazidas por M. A. COELHO DA ROCHA (*Instituições* cit. (nota 16), p. 284). Quanto às demais referências, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 431-433; G. BRAGA DA CRUZ,

A doutrina se funda em um postulado simplista para implementar tal mudança de perspectiva: M. A. COELHO DA ROCHA afirma que “se pelos Estatutos era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus Jctos, por maiora de razão deve ser procurado nas suas leis”; com isso, promove-se uma reviravolta quanto à utilização do critério estabelecido pela *Escola Jusnaturalista* portuguesa, dando-se ao *usus modernus* a aceção de direito estrangeiro das nações civilizadas da Europa¹⁸⁰.

Assim, não tendo sido determinadas as fontes de revelação do *uso moderno*, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial persistiu quanto às mais diversas matérias, embora houvesse se desviado da aferição da *communis opinio doctorum* portuguesa para a depuração das orientações dos Jurisconsultos (e mais tarde dos Códigos e Leis) estrangeiros. Esta tarefa progressivamente desempenhada pela doutrina influenciou de modo decisivo algumas regras adotadas no Código Civil português de 1867 – que correspondeu, em larga medida, à simples consagração legislativa de posições já defendidas pela doutrina e pela jurisprudência¹⁸¹.

Formação cit. (nota 08), pp. 50-51 (neste estudo anterior o autor, provavelmente se utilizando da referência de M. A. COELHO DA ROCHA, não menciona a utilização do Código da Sardenha por A. J. GOUVEIA PINTO; G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), p. 16; M. R. MARQUES, *Elementos* cit. (nota 158), pp. 823-825; M. R. MARQUES, *O Liberalismo* cit. (nota 171), pp. 149-150.

Há que se observar que todas as obras referidas tem sua primeira edição antes da promulgação do Código Civil português de 1867: portanto, interpretando a doutrina estrangeira com base nos princípios hermenêuticos estabelecidos pela *Lei da Boa Razão* (embora a utilização de direito estrangeiro por A. J. GOUVEIA PINTO só se dê a partir da segunda edição de sua obra, datada de 1820). A enfatizar tal observação, atente-se para o título integral da obra de J. H. CORREIA TELLES: *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao 'Novo Código Civil'* (cit. nota 15).

¹⁸⁰ Cf. *Instituições* cit. (nota 16), p. 284. A idéia já havia sido lançada por J. H. CORREIA TELLES (*Commentário* cit. (nota 11), p. 370), como referido em oportunidade anterior (nota 175), quando alude à eleição de tais ou tais leis estrangeiras como direito subsidiário aplicável. Todavia, G. BRAGA DA CRUZ é categórico ao retorquir tal inovação: “como se o *uso moderno* referido nos *Estatutos* não tivesse um significado doutrinal e filosófico muito concreto e específico, simbolizando todo o pensamento duma escola jurisprudencial que fez a ligação entre o *jusnaturalismo* e o *direito romano*! E como se os *códigos* agora invocados, nascidos já à sombra das novas correntes filosófico-jurídicas do individualismo, não estivessem já muito longe – e, por vezes, quase nos antípodas – do pensamento do *usus modernus pandectarum*!” (*O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), pp. 433-435). No mesmo sentido, já em outra oportunidade, G. BRAGA DA CRUZ, *La Formation* cit. (nota 140), p. 15.

A guinada proporcionada por M. A. COELHO DA ROCHA parece falaciosa: o direito das nações civilizadas não era a fonte imediata, mas sim o critério prático de aferição que legitimava a aplicação do direito justinianeu; ou seja, ao direito estrangeiro que tinha uma força tão somente negativa (ao impedir a aplicação de textos romanos) é atribuída uma força positiva, conferindo-lhe o *status* de direito subsidiário.

¹⁸¹ Como já referido anteriormente, o reduzido emprego dos assentos uniformizadores pela Casa de Suplicação de Lisboa justifica a prevalência da doutrina quanto a este aspecto. Destacando a via jurisprudencial e doutrinária, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 436; bem como M. J. de ALMEIDA COSTA, que destaca: “por tais caminhos se foi preparando espontaneamente, passo a passo, o terreno adequado a uma síntese oficial: representa-a o Código Civil de 1 de Julho de 1867. Convém recordar, todavia, que o desejo de reforma do nosso direito privado já vinha dos começos do último quartel do século XVIII, isto é, do período jusnaturalista. Avivara a preocupação, naturalmente, a típica febre

Logo, é possível afirmar que entre os anos de 1769 e de 1867 vai se dar a transição (por meio do *iluminismo jurídico português*) da precedente escola bartolista portuguesa (e de seu método *escolástico-analítico* de estudo e aplicação do Direito) – “enterrados” pela *Lei da Boa Razão* – para o individualismo jurídico oitocentista de origem francesa (representado pelo positivismo incipiente da *escola da exegese*). Mas a superação daquele modelo que vigorava há mais de três séculos não haveria de se fazer em um processo estável e linear: em uma primeira etapa vai se utilizar do jusnaturalismo racionalista cristalizado na Lei da Boa Razão e nos *Estatutos da Universidade* de 1772; em um segundo momento vai se servir das mesmas ferramentas até então utilizadas para implantar um modelo individualista de procedência franco-revolucionária (e não mais germânico-conservadora)¹⁸².

É exatamente no momento de sucessão do paradigma jusnaturalista pela vertente liberal que se instaura a evolução autônoma dos sistemas jurídicos português e brasileiro: quando em Portugal se verificam as inequívocas manifestações da vertente individualista, já se está a um passo da proclamação da Independência e da criação dos cursos jurídicos no Brasil. Neste contexto de transposição do pombalismo transitório é que o iluminismo jurídico vai adquirir maior estabilidade no Brasil, refratário da adoção indiscriminada das novidades apresentadas pelo Código Civil francês¹⁸³.

codificadora do Estado liberal” (*Enquadramento* cit. (nota 109), pp. 152-153). Como único reparo ao autor, lembre-se que as primeiras leis que alteraram substancialmente o direito privado português podem ser entrevistas já na metade da década de 1760 (cf. nota 137).

¹⁸² N. BOBBIO destaca que o surgimento do positivismo jurídico expresso pela *Escola da exegese* teve de passar pela polêmica havida entre Jusnaturalismo e Escola Histórica, por meio da qual ocorre a “‘dessacralização’ do direito natural” (*O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 1996, p. 45). De modo análogo, pode-se afirmar que o *individualismo crítico* da primeira metade do século XIX aproveita as ferramentas dispostas pelo *iluminismo jurídico* em seu embate contra a escola bartolista portuguesa.

¹⁸³ Neste sentido, cf. G. BRAGA DA CRUZ, *Formação* cit. (nota 08), pp. 62 e seguintes; O. GOMES, *Raízes* cit. (nota 25), pp. 11-13; A. SANTOS JUSTO, *O Direito Brasileiro* cit. (nota 171), p. 10; M. J. de ALMEIDA COSTA, *Fundamentos* cit. (nota 08), pp. 123-125. Este autor inclusive destaca, em ocasião anterior, que o conservadorismo do direito privado brasileiro não se deveu ao desconhecimento das novas idéias surgidas no exterior, mas a um espírito de preservação da tradição jurídica nacional: “salientemos que a nossa velha tradição jurídica chega, ao moderno direito privado brasileiro, numa presença ainda muito mais viva, do que ao próprio direito português contemporâneo. Separados os dois países, no ano de 1822, continua o Brasil a reger-se, em princípio, pela legislação anterior, só de todo revogada quando é promulgado o Código Civil de 1916. A esta maior longevidade, no Brasil, do sistema das *Ordenações Filipinas*, correspondeu um maior conservantismo nos domínios da jurisprudência e da doutrina. Sem dúvida que o legislador e os juristas brasileiros se mantinham ao corrente das últimas novidades européias (...) mas desde cedo se supera o ‘critério de inovação indiscriminada’ e daqui resulta uma obra sem excessos, onde, cientificamente, os ensinamentos das modernas e progressivas legislações estrangeiras se articulam no vasto fundo tradicional que arranca do livro dos antigos reinícolas – os quais, por serem dos Portugueses, são também dos Brasileiros” (*Romanismo* cit. (nota 53), pp. 42-43, nota 51).

Augusto Teixeira de Freitas parece ser um dos principais responsáveis por tal obra de conservação; sua repulsa ao estado de incerteza gerado pela *Lei da Boa Razão* (denunciada no começo deste capítulo) não deve ser interpretada como despojamento da matriz intelectual forjada pelos estatutos pombalinos da universidade. Abertamente inovador quanto à ciência do direito (como se pode entrever na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*), alguns vão considerá-lo um *pandectista*; contudo, tal conclusão parece decorrer de uma apreciação tão somente parcial de sua obra. Se por um lado caminhava sempre em busca da verdade científica, de outro se mostrou um ostensivo adversário da introdução precipitada de inovações estrangeiras, que de algum modo deturpassem a tradição jurídica luso-brasileira construída ao longo de séculos¹⁸⁴.

Seria ele o mais fiel representante da ideologia do *usus modernus pandectarum* na tradição jurídica luso-brasileira? Acreditamos que as duas facetas da obra de Augusto Teixeira de Freitas teriam agradado significativamente a Luís António Verney e ao Marquês de Pombal. Talvez a afirmação lançada por L. CABRAL DE MONCADA tenha de ser reapreciada, a fim de que se conclua que o brasileiro foi o “executor mais autorizado do espírito da Reforma no campo da jurisprudência teórica” em lugar de Paschoal José de Mello Freire dos Reis. É exatamente sobre a parte teórica da *Consolidação das Leis Civis* que nos deteremos logo adiante, a fim de que sejam definidas a posição e a envergadura desta obra (de meados do século XIX) no panorama da evolução histórica do pensamento jurídico luso-brasileiro¹⁸⁵.

F. C. PONTES DE MIRANDA nos diz que o “*Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, que nos teria dado o melhor Código Civil do século XIX, prestou-nos, não se transformando em Código Civil, o serviço de pôr-nos em dia com o que êle genialmente entrevia e permitiu-nos sorrir dos imitadores do Código Civil francês, enquanto Portugal, imitando-o, deixou que a sua história jurídica se fizesse mais nossa do que dêle” (*Tratado* cit. (nota 30), p. XXII).

A despeito de a quase unanimidade dos autores (consultados) adotar a Proclamação da Independência como elemento divisório da evolução dos sistemas de direito privado português e brasileiro, acreditamos que é a fundação dos Cursos Jurídicos nacionais que impede, em grande parte, a inovação precipitada referida por M. J. de ALMEIDA COSTA. Tomando-se na devida conta a importância da reforma de mentalidade empreendida pelo Marquês de Pombal através dos *Estatutos da Universidade* de 1772, parece-nos que seu aproveitamento pelo Visconde de Cachoeira tenha influído de modo decisivo quanto à questão. No mesmo sentido, entretanto, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *A formação* cit. (nota 121), p. 19.

¹⁸⁴ Como já observado anteriormente, o estado de incerteza decorrente da *Lei de 18 de Agosto de 1769* e dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 já havia sido destacado por J. H. CORREIA TELLES (cf. nota 177). Aludindo a Augusto Teixeira de Freitas como representante da escola pandectista, cf. J. R. de LIMA LOPES, *O Direito* cit. (nota 124), p. 225; A. SANTOS JUSTO, *O Direito Brasileiro* cit. (nota 171), p. 7; O. de CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 145.

Por fim, observe-se que O. GOMES lhe atribui diretamente a responsabilidade pela preservação da tradição jurídica luso-brasileira por meio da *Consolidação das Leis Civis* (cf. nota 25).

¹⁸⁵ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Século XVIII* cit. (nota 06), p. 103.

II. 5. A Proclamação da Independência do Brasil e a criação dos Cursos Jurídicos nacionais: autonomia do pensamento jurídico brasileiro no âmbito do Direito Privado.

Proclamada a Independência do Brasil em 1822 (e criados os Cursos Jurídicos em 1827), o direito civil brasileiro passa a trilhar um caminho distinto daquele adotado pelo sistema português. Contudo, a despeito das diferentes atmosferas que envolviam as duas nações na terceira década do século XIX, a base legal sobre a qual trabalharam seus juriconsultos permanecia a mesma: as *Ordenações Filipinas* (acrescidas da Legislação extravagante), interpretadas de acordo com os critérios hermenêuticos estabelecidos pela Lei de 18 de agosto de 1769 e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772¹⁸⁶.

Para que no Brasil permanecesse em vigor a legislação portuguesa foi necessária a promulgação da *Lei de 20 de Outubro de 1823*, por meio da qual foram adotados pelo sistema jurídico privado brasileiro “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 (...) e todas as que forão promulgadas daquella data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcantara como Regente do Brazil enquanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigio em Imperio”. No mesmo texto de Lei se expressava, ainda, a intenção de promulgar um novo código civil¹⁸⁷.

¹⁸⁶ A respeito das fontes do direito civil brasileiro após a Proclamação da Independência, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), pp. 65-78; O. GOMES, *Raízes* cit. (nota 25), p. 7; J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51) p. 104.

A despeito da demora quanto à promulgação do Código Civil brasileiro (1916), não se pode descurar o prejuízo maior que poderia decorrer da adoção precipitada de um código civil estrangeiro tal como quase se verificara em Portugal quando da invasão napoleônica. A respeito do episódio, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota 08), p. 407; J. ACÚRSIO DAS NEVES, *História Geral da Invasão dos Franceses em Portugal e da Restauração deste Reino II*, Lisboa, Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1810-1811, p. 412; M. R. MARQUES, *O Liberalismo* cit. (nota 171), p. 112.

¹⁸⁷ A *Lei de 20 de Outubro de 1823* é considerada como ponto de partida para a codificação do direito civil pátrio. Sobre sua importância no processo de evolução das fontes do direito civil pátrio, assim se manifesta C. M. de ALMEIDA nos seguintes termos: “um dos primeiros e mais importantes actos dessa Assembléa foi a Lei de 20 de Outubro de 1823, mandando vigorar no novo Imperio as *Ordenações*, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes se governava o Paiz até o dia 25 de Abril de 1821, em quanto *senão organizava um novo Código*, ou não fossem especialmente alteradas. Tal he o documento que assegurou á antiga Legislação e, ao Código Philippino, a vitalidade que tem fruido, ha 47 annos” (C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. XXXVI). No mesmo sentido, cf. J. G. B. CÂMARA, *Subsídios* cit. (nota 51), p. 104; J. G. B. CÂMARA, *Direito Público e Privado no Segundo Reinado* in *Estudos Jurídicos e de História*, Rio de Janeiro, Barrister’s, 1987, pp. 44-45; H. VALLADÃO, *História do Direito, especialmente do direito brasileiro II – Direito brasileiro imperial e republicano*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1973, p. 35; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), p. 66-67; O. GOMES, *Raízes* cit. (nota 26), p. 7; J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama* cit. (nota 110), p. 186; C.

Esta primeira promessa de um código civil brasileiro foi reiterada pela Constituição Imperial que, por seu artigo 179, XVIII, determinou a edição de um Código Civil fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade. Estava assim delimitado o campo de trabalho para as sucessivas tentativas de codificação do direito civil brasileiro.

Buscou-se em primeiro lugar consolidar o direito civil em vigor, para tão somente depois empreender a obra definitiva consistente no Código Civil Brasileiro. Eis o cenário subjacente à contratação de Augusto Teixeira de Freitas (em 15 de fevereiro de 1855) e à aprovação da *Consolidação das Leis Cíveis* (em 24 de dezembro de 1858), obra de que nos ocuparemos a partir do próximo capítulo¹⁸⁸.

BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1930, p. 9; A. SANTOS JUSTO, *O Direito Brasileiro* cit. (nota 171), p. 9.

Eis, pois, o teor de 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 S. M. Fidelissima, actual Rey de Portugal e Algarves se ausentou desta Corte, e todas as que forão promulgadas daquella data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcantara como Regente do Brazil emquanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigio em Imperio, ficão em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularmos negócios do interior deste Imperio, em quanto se não organisar hum novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”. Em decorrência desta última parte do dispositivo, J. G. B. CÂMARA afirma que a promessa de um código civil é mais antiga do que a própria Constituição Imperial. Pela versão integral da *Lei de 20 de Outubro de 1823*, cf. C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), pp. V-XXXVII.

¹⁸⁸ Sobre os referidos protestos de Francisco Ignácio de Carvalho Moreira (Barão de Penedo) e de Euzébio de Queiroz, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), p. 79; J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama* cit. (nota 109), pp. 191-192; C. BEVILÁQUA, *Código* cit. (nota 187), p. 11.

Especificamente sobre a divisão em fases do processo de codificação (em etapa preliminar de *consolidação* e etapa posterior de *codificação* em senso estrito), cf. M. KARAM, *O Processo de Codificação do Direito Civil Brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao Projeto Beviláqua* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 319-339; C. PECORELLA, *Consolidazione* cit. (nota 80), pp. 221-239; J. B. VILLELA, *Da Consolidação das Leis Cíveis à Teoria das Consolidações: Problemas Histórico-Dogmáticos* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 241-253; A. G. BRITO, *Codificación y Consolidación: una Comparación entre el Pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 255-267.

III. A INTRODUÇÃO À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. ANÁLISE E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO – JUSNATURALISMO RACIONALISTA E *USUS MODERNUS PANDECTARUM*.

III. 1. Plano do capítulo.

Neste capítulo estudaremos a importância da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* no panorama de progressiva autonomização do direito civil brasileiro. Observar-se-á que a *Consolidação das Leis Civis* desempenha papel singular no processo de construção de um direito civil genuinamente brasileiro, por duas razões elementares: em primeiro lugar por consubstanciar o ponto de partida para a edição do Código Civil editado em 1916; em segundo lugar porque seu texto reflete uma antítese estabelecida entre o espírito inovador do autor da *parte teórica* e o conservadorismo do compilador da *parte prática*.

Como visto, antes mesmo da promulgação de nosso primeiro texto constitucional, já se entrevia em 1823 a necessidade de que alguma legislação fosse adotada pelo Brasil para regular as relações civis mantidas sob a égide de sua ordem jurídica; a Lei de 20 de outubro veio remediar tal carência, determinando que permaneceriam em vigor as regras jurídicas promulgadas pelo Estado Português de quem nos havíamos tornado independentes, até que fosse promulgado nosso próprio código civil. Tal disposição foi referendada pela Constituição de 1824, que determinava a premente confecção de um código civil¹⁸⁹.

Trinta anos passados e raras as providências de maior relevo tivessem sido tomadas a fim de conferir ao Brasil uma legislação civil própria. Despontam no cenário jurídico nacional, pois, a manifestação do Barão de Penedo (perante o Instituto dos Advogados Brasileiros) e a proposta de Euzébio de Queiroz, por meio da qual se pretendia

¹⁸⁹ Observe-se que se destaca no texto a necessidade de um código que regulasse as relações civis mantidas sob a égide da ordem jurídica nacional. Não encontramos terminologia que expressasse de modo adequado tal situação, principalmente quando confrontada com a disciplina estatuída pelo Código Civil dos franceses, que estabelecia a titularidade de direitos civis tão somente aos nacionais, preterindo-se os estrangeiros; com o que não concorda Augusto Teixeira de Freitas (“não passa, portanto, de mero *espanta-lôbos* essa indicação do Artigo 373 sobre – *direitos civis privativos dos cidadãos portugueses* –; sendo muito digno de reparo, que esses – *direitos civis privativos* – fossem exhumados da antiga Legislação Romana, e transportados da Legislação Franceza”, *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 179-180), e conforme resulta de clara posição articulada na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, a ser analisada em momento oportuno. Por ora, cabe ainda pôr em relevo a observação de C. PECORELLA, que a raiz da qual decorre a previsão constitucional (quanto à edição de um código civil e um código criminal fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade) remonta às Constituições Francesas de 1791 e 1793 (cf. *Consolidazione* cit. (nota 80), pp. 228-231).

que fosse provisoriamente adotado, até a ulterior edição do código civil, o *Digesto Portuguez* de J. H. CORREIA TELLES¹⁹⁰.

A sugestão de Euzébio de Queiroz foi repelida, permanecendo sem solução o impasse relativo à codificação do direito civil brasileiro. Todavia, em resposta àquela iniciativa se fez necessário estimular de modo decisivo a promulgação do código civil nacional. Contudo, entrevia-se que a elaboração de uma legislação civil brasileira deveria ser precedida de uma catalogação daquela que vigorava até então, trabalho esse de que ficou encarregado Augusto Teixeira de Freitas, mediante contrato celebrado com o Governo Imperial em 15 de fevereiro de 1855, sobre o qual trataremos mais à frente¹⁹¹.

¹⁹⁰ Por uma sucinta descrição do episódio, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes* cit. (nota 79), p. 79.

¹⁹¹ A íntegra do contrato celebrado entre Augusto Teixeira de Freitas e o Governo Imperial está transcrita em S. A. de B. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), p. 94. Contudo, nos parece muito oportuna a alusão à carta de 10 de julho de 1854, por meio da qual Augusto Teixeira de Freitas expressa a necessidade de que, antes da elaboração do Código Civil brasileiro, fosse efetuada uma catalogação do material normativo então em vigor, a qual implicaria, inclusive, a classificação sistemática das leis que aproveitaria, ainda, ao estudo de todos os outros ramos da legislação: “classificada, antes de tudo, a Legislação Civil, com todos os ramos que lhe pertencerem, será a segunda parte do nosso trabalho, ainda como meio preparatório, a simplificação ou consolidação dela; de modo que se apresente em cada uma das matérias o último estado da Legislação. Far-se-á essa consolidação por títulos e artigos, onde as disposições em vigor serão reduzidas a proposições tão simples e concisas quanto for possível. Eis o trabalho preparatório, que V. Exa. em seu Relatório ao Corpo Legislativo denominou – codificação – e que sem dúvida será de grande valor, porque é só ele que nos pode habilitar devidamente para a desejada reforma” (p. 92). Como ressalta A. G. BRITO, a etapa preliminar que Augusto Teixeira de Freitas toma por *consolidação*, no Chile é designada por *codificação*; ao passo que a *codificação* para Augusto Teixeira de Freitas, para Andrés Bello vai ser conhecida pelo termo *reforma*. Questões terminológicas, sim, mas que justificam, pois, a ressalva acima feita por Augusto Teixeira de Freitas a José Thomaz Nabuco de Araújo, justificada pela utilização diferenciada do termo *codificação* pelo juriconsulto venezuelano: “Bello, em efecto, distinguía en su artículo [publicado em *El Araucano* de 28 de junho de 1833] el plan de codificación (consolidación) del plan de la reforma. Para él, la reforma del derecho consistía en ‘formar un nuevo sistema de leyes, corrigiendo todas aquellas partes del sistema actual que no estuviesen de acuerdo con los principios teóricos de la persona a quién se encomendase esta grande obra’; consistía, además, en simplificar la legislación, llenar sus vacíos e introducir innovaciones inspiradas en ‘la transformación política’ que había sufrido el país o por ‘la humanidad’ o ‘la filosofía’. La reforma, según Bello, venía a ser ‘una legislación ideal’ que perfectamente podía ser formulada ‘em el gabinete de un legislador filósofo’” (*Codificación* cit. (nota 188), p. 258).

Ainda na carta de 10 de julho de 1854 pode ser visto o método que seria adotado na elaboração da *Consolidação das Leis Civis*: “a nova Legislação será talhada pelo método mais aperfeiçoado das codificações modernas, será concebido em estilo conciso e claro, estreme de disposições doutrinárias, exemplos, e de definições a menos que não sejam imperativas. Nada se adotará sem escrupuloso e detido exame, já da nossa legislação anterior, já das legislações conhecidas, já finalmente de tudo o que sobre a doutrina têm escrito os Autores mais célebres, o que tudo será socorrido pelas lições da experiência de alguns anos da prática do Foro, experiência premeditadamente dirigida ao fim que nos propomos” (S. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), p. 93). Observe-se que este trecho final é extremamente rico de informações a respeito da obra e da evolução do pensamento de Augusto Teixeira de Freitas que, no momento, somente cabe apontar: a influência das codificações modernas na elaboração da obra codificadora; a limpidez de estilo típica dos códigos de caráter popular, que deveriam ser acessíveis ao povo (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der neuzeit*, trad. port. de António Manuel Botelho Hespanha, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 368); a repugnância às definições legais (que pode ser constatada também na *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 109-110 e 115-116, e que será objeto de completa revisão na Carta ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada de 20 de Setembro de 1867); a influência da legislação estrangeira para o aperfeiçoamento da legislação pátria,

Esta obra, concluída em 1858 e aprovada ainda no mesmo ano, foi sucedida por outros cinco trabalhos de destaque: o *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas; os malogrados projetos de José Thomaz Nabuco de Araújo, J. Felício dos Santos e A. Coelho Rodrigues; e a proposta aprovada de Clóvis Beviláqua, que redundou no Código Civil Brasileiro promulgado em 1916.

Contudo, a primeira indagação que resulta de uma honesta leitura da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* é a seguinte: por qual motivo foi ela redigida? Afinal, o autor foi contratado para a elaboração da assim chamada *parte prática* do trabalho, e não para a construção do trabalho teórico deduzido preliminarmente. A esta indagação A. TEIXEIRA DE FREITAS responde da seguinte forma: “a parte theorica, ou scientifica, demanda algumas explicações, tendentes sobretudo á justificar o methodo seguido; e á fornecer esclarecimentos tanto mais necessarios, quanto independentes forão as idéas, que o determinarão”¹⁹².

Em verdade, não é a *parte teórica* que demanda quaisquer explicações: é a parte prática, disposta e ordenada segundo o critério estipulado e justificado na *Introdução*. Ou seja, a *Introdução à Consolidação das Leis Civis* é a justificativa do plano delineado na *Táboa das matérias* – e que submetido aos necessários aperfeiçoamentos, constará da *Tábua Sintética* relativa ao *Esboço* de Código Civil e da Carta dirigida ao Ministro da Justiça Conselheiro Martim Francisco Ribeiro de Andrada, de 20 de setembro de 1867.

De tal modo, embora exista controvérsia de conteúdo no bojo da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, ali prevalece um discurso metodológico, por meio do qual são submetidas a crítica, por exemplo, as orientações adotadas pelos principais juriconsultos portugueses da época. O *usus modernus pandectarum* português é analisado, sobretudo pelo seu comprometimento com a matriz metodológica estabelecida por Gaio e legada à tradição jurídica nacional com o renascimento do direito justinianeus: “omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinent vel ad res vel ad actiones”¹⁹³.

após o detido exame de nosso patrimônio jurídico-científico; a comprovação da teoria pela prática, o empirismo das soluções divisadas pelo autor, que tinham a prática forense como laboratório de experimentação.

¹⁹² *Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVIII. Atente-se para o emprego do termo *método*, sobre o qual trataremos à frente, e sua distinção em relação ao processo de trabalho adotado pelo autor para o estabelecimento de cada uma das proposições jurídicas afinal encontradas.

¹⁹³ “Todo o direito de que usamos ou respeita às pessoas ou às coisas ou às ações”; para o manuseio das *Institutas* de Gaio foi utilizada a tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia (A. CORREIA, G. SCIASCIA, A. A. de C. CORREIA, *Manual de Direito Romano II*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, pp. 20-21).

Ora, o que se observará mais à frente é a flexibilidade de Augusto Teixeira de Freitas quanto às questões de método, contrabalançada pelo espírito conservador no que pertine aos aspectos de conteúdo dos institutos jurídicos. Tudo isso justificado por contingências históricas muito peculiares que se coadunam com seu espírito prático tão afeito (e afeto) à vida pulsante da realidade jurídica forense. Nisto se distancia de suas fontes portuguesas, muito mais dúcteis às novas influências materiais provenientes da França (sobretudo), ao mesmo tempo em que comprometidas com uma matriz cognoscitiva já ultrapassada pelos avanços de uma ciência do direito ainda incipiente¹⁹⁴.

O caráter científico da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* fez com que se entresse em Augusto Teixeira de Freitas a fundação da dogmática civil brasileira¹⁹⁵. A influência do *Sistema de direito romano atual* de F. K. von SAVIGNY fez com que alguns o qualificassem, inclusive, como um autêntico pandectista em território nacional¹⁹⁶.

Como mais à frente destacaremos, essa conclusão não nos parece acertada, principalmente quando se empreende (como esboçamos na parte anterior deste trabalho) uma contextualização da produção de A. TEIXEIRA DE FREITAS no panorama evolutivo do direito civil luso-brasileiro. Sua obra, posta lado a lado com a civilística portuguesa – ambas decorrentes de uma mesma matriz intelectual consubstanciada seja nos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, seja nos *Estatutos do Visconde da Cachoeira* de 1825 – corporifica uma variante nacional do *usus modernus pandectarum*; na qual desponta evidente a repulsa quanto à parcela anacrônica do direito romano justinianeu e com relação

Adverta-se desde logo que todas as referências às Institutas de Gaio e de Justiniano constantes deste estudo tomarão por base as traduções contidas em apêndice ao manual de direito romano acima referido.

¹⁹⁴ A convivência entre estes aspectos inovador e conservador presentes em uma mesma obra de Augusto Teixeira de Freitas já haviam sido postos em relevo por C. PECORELLA, o qual destacara que “il testo della *Consolidação* appare, in complesso, più che rispettoso delle esigenze governative: se nell’*Introduzione* l’elaborazione dottrinale può sembrare aver preso il sopravvento, nel testo propriamente detto lo scrupolo può apparire forse addirittura eccessivo. Freitas doveva inserire, ed ha effettivamente inserito, norme non più in uso, norme abrogate, in qualche caso addirittura norme ingiuste. Il testo segue, per blocchi di norme, l’ordine delle Ordinazioni Filippine, ordine che si dissolve sia per la sistematica adottata della bipartizione persone-cose e quindi diritti personali e diritti reali, sia perchè Freitas pur avendo detto che il libro quarto delle Ordinazioni era qualche cosa di simile ad un codice civile utilizzò poi largamente materiali provenienti dal I e dal III libro delle Ordinazioni stesse, in particolare inserendo norme tributarie e norme processuali civili che non siano abituati a rinvenire in un codice civile” (*Consolidazione* cit. (nota 80), p. 233).

¹⁹⁵ Neste sentido, pois, o próprio título de trabalho de F. dos S. AMARAL NETO é bastante elucidativo: *A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira* (in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 155-170). Sobre este e outros estudos nos deteremos em pormenor mais adiante.

¹⁹⁶ A respeito, cf. J. R. de LIMA LOPES, *O Direito* cit. (nota 124), p. 225; A. SANTOS JUSTO, *O Direito Brasileiro* cit. (nota 171), p. 7; O. de CARVALHO, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), p. 145.

à influência (ainda comedida) do espírito individualista cristalizado no Código Civil dos franceses.

Aliás, perceberemos que a *Escola da exegese* está presente na obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, inclusive quando este repele (à moda dos exegetas franceses) a alteração da ordem de exposição das matérias pela doutrina: “o methodo inflúe na theoria, e a theoria em materias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo”¹⁹⁷.

Todavia, a influência não se transmuda em adoção indiscriminada. Ter-se-á ocasião de perceber a formação jurídico-intelectual eclética de A. TEIXEIRA DE FREITAS, típica de um momento de transição como aquele por que passava, no qual se podem constatar influências jusnaturalistas e historicistas, estrangeiras e lusitanas, às quais se adiciona um elemento autóctone que a particulariza. Uma interessante observação de M. CAETANO a respeito da leitura “à chinesa” de que têm sido objeto as leis portuguesas em Macau pode ser estendida ao verniz brasileiro atribuído à *boa razão* e ao *usus modernus pandectarum* herdados do iluminismo jurídico português. Isto resultará evidente quando do tratamento dos sistemas do título e do modo na transferência da propriedade, abordados no capítulo seguinte¹⁹⁸.

Teremos oportunidade de perceber como a *Introdução à Consolidação das Leis Civis* está vinculada a um capitalismo industrial rudimentar, voltado principalmente à preservação da propriedade fundiária, em contraposição ao excesso de privilégios concedidos à burguesia citadina (consubstanciados no *Código Comercial* combatido por A. TEIXEIRA DE FREITAS). Para tanto, o autor por vezes subverte definições clássicas em prol

¹⁹⁷ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXII. A respeito da repulsa dos autores franceses pela alteração da ordem de exposição das matérias, cf. as observações de N. BOBBIO sobre a tradução da obra de K. S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL efetuada por G. Massé e C. Vergé (*O positivismo* cit. (nota 182), p. 83).

¹⁹⁸ M. CAETANO observa que tendo consultado um colega de Macau sobre a melhor forma de estruturar a reforma administrativa portuguesa, foi desde logo advertido do fato de que qualquer que fosse o modelo adotado, as leis portuguesas seriam (invariavelmente) “lidas à chinesa” em Macau, conferindo-se assim um colorido local que particularizaria o direito lusitano no momento de sua efetiva aplicação (*As sesmarias no direito luso-brasileiro* in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 11-12). Mais inspiradora ainda é a conclamação feita pouco antes pelo autor, a respeito da tarefa dos historiadores do direito brasileiros: “tenho para mim que o grande trabalho de pesquisa que espera o historiador do Direito neste País é o de descobrir as deformações que as leis sofreram na prática brasileira durante o período colonial” (p. 09); o que estenderíamos, com base no disposto pela *Lei de 20 de Outubro de 1823*, ao próprio período imperial.

Pela atenção de A. TEIXEIRA DE FREITAS em relação às condições locais como determinantes da legislação respectiva, cf. o seguinte trecho da *Nova Apostilla* em que se reporta ao Código Civil francês: “se (...) nelle influirão as exagerações da liberdade revolucionaria de 1789; o que nos parece é, que nem a época actual, nem o Paiz para o qual se talhou o Projecto, prestão-se á innovações tão ousadas, como é certamente essa, que não quer vêr no casamento senão um contracto puro e simples” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 137).

da realidade econômica, dando mostras da submissão da teoria jurídica à experimentação que a prática forense proporcionava: veremos quais os *seus* conceitos de *crédito real* e de *crédito pessoal*.

Esse comprometimento do legislador com o cientista do direito não nos parece alheio à pandectística alemã responsável pela Parte Geral do *Bürgerliches Gesetzbuch*; no entanto, a afinidade entre a dogmática jurídica (entre a teoria geral do direito) e a realidade da vida – entre o genérico do *sistema externo* e o específico do *sistema interno* – denotam uma preocupação do jurisconsulto brasileiro que não foi partilhada pela escola germânica referida¹⁹⁹; isso para que não nos embrenhemos em considerações puramente cronológicas que rechaçariam de plano a conclusão de uma influência pandectista sobre a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS.

Tudo será trabalhado a seu tempo e em seu lugar adequado: mas parece que assim fica desde já esclarecida a necessidade da contextualização histórica empreendida pouco atrás; sem ela, o estudo da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* (enquanto ensaio de índole metodológica) provavelmente tenderia à cômoda conclusão pelo pandectismo de A. TEIXEIRA DE FREITAS. Com efeito, para o estudo da obra deste autor parece muito mais oportuno o recurso à evolução da história do direito luso-brasileiro do que o enquadramento precipitado em matrizes exclusivamente européias. Eis a proposta lançada neste estudo o embate que pretendemos travar: comprovar, a partir de passagens da *Introdução*, que seu autor foi o representante brasileiro do *usus modernus pandectarum* herdado do iluminismo jurídico lusitano.

¹⁹⁹ Nas palavras de F. WIEACKER: “fundadas em razões ideológicas são, pelo contrário, outras correntes contrárias à pandectística. Elas concordam todas na censura, na maior parte dos casos simplificadora, de que a ciência jurídica dominante tinha isolado a aplicação do direito em relação à realidade, de que ela tinha colocado então o direito formal adiante da vida, em vez de pôr o direito ao serviço da vida” (*História* cit. (nota 191), pp. 512-513). Esta preocupação com o que há de peculiar em cada experiência jurídica experimentada pelas diferentes nacionalidades explica, pois, a conclusão de C. PECORELLA a respeito do enquadramento que se postula neste estudo para a obra de Augusto Teixeira de Freitas: “alla *Lei da boa razão* Freitas nell’Introduzione fa più volte riferimento, il suo stesso romanismo ne è conseguenza diretta, da un lato perchè il diritto romano non è mai preso *in complexu* come testimonianza di ragionevolezza delle singole norme e istituti, d’altro lato perchè il suo ricorso sistematico alla recente dottrina romanistica mira appunto ad accertare al di là di quanto la tradizione aveva accumulato quale fosse stato il vero e ragionevole pensiero dei giuristi romani. In questa cornice metodologica mi pare debba essere valutata l’opera di Freitas, in tale ambito trova migliore collocazione la sua adesione al diritto romano e al tempo stesso il ripudio di singole norme la cui *ratio* non condivideva, e trova ugualmente collocazione la adozione di quella bipartizione sulla quale tanto e giustamente si è esercitato il lavoro dei critici: era principio cardine della legge pombalina che dal diritto romano ci si potesse e dovesse discostare allorché la sua disciplina non apparisse confortata alla *boa razão*, e proprio alla ragione, all’assetto che gli uomini vogliono dare al loro rapporto col mondo, con gli uomini e con le cose, Freitas ispirava la sua scelta” (cf. *Consolidazione* cit. (nota 80), p. 226).

Para tanto, será efetuada uma análise progressiva das seis partes que integram a *Introdução à Consolidação das Leis Civis*: a *Introdução* propriamente dita, o *Actual systema do direito civil*, as *Noções Fundamentaes*, a *Aplicação de principios*, a *Importancia pratica* e as *Relações economicas*.

III. 2. A *Introdução à Consolidação das Leis Civis* e suas partes integrantes.

III. 2. 1. A *introdução propriamente dita*.

Merecem particular consideração treze questões abordadas no decurso da *introdução propriamente dita* à *Introdução à Consolidação das Leis Civis*. São elas: a) a contratação do bacharel A. TEIXEIRA DE FREITAS e o objetivo explícito da *Consolidação das Leis Civis*; b) as condições estabelecidas pelo contrato de 15 de fevereiro de 1855; c) a relação entre a *Consolidação das Leis Civis* e a *Classificação das Leis*; d) os obstáculos objetivos ao esforço de consolidação; e) a análise do estado da legislação; f) a relação entre o direito civil positivo e a organização política; g) a metodologia de trabalho adotada; h) a metodologia de pesquisa desenvolvida; i) o juízo sobre a *parte prática* do trabalho; j) o juízo sobre a *parte teórica* da obra; k) os limites do trabalho empreendido; l) a posição do autor com relação à escravidão; m) o objetivo implícito da obra.

Embora seja a parte mais sucinta das seis que compõem a *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, é na *introdução propriamente dita* que poderemos encontrar a pedra fundamental sobre a qual A. TEIXEIRA DE FREITAS vai construir seu sistema, utilizado ao longo de todo o seu trabalho. É aí que vamos constatar de que forma o autor se garante das críticas que lhe vão ser dirigidas; além disso, é aí que nos depararemos com uma *liberdade de pensamento* que consideramos fruto do ideário preconizado pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 – adaptados à realidade nacional pelo Visconde da Cachoeira em 1825²⁰⁰.

²⁰⁰ Os *Estatutos do Visconde da Cachoeira* em diversos aspectos reiteram o teor dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772: “a falta de bons estatutos, e relaxada prática dos que havia, produziu em Portugal péssimas conseqüências. Houve demasiados Bacharéis, que nada sabiam, e iam depois nos diversos empregos aprender rotinas cegas e uma Jurisprudência casuística de arestos, sem jamais possuírem os princípios, e luzes desta ciência. Foi então necessário reformar de todo a antiga Universidade de Coimbra: prescrever-lhe estatutos novos, e luminosos, em que se regularam com muito saber e erudição os estudos de Jurisprudência, e se estabeleceu um plano de estudos próprios desta ciência, e as formas necessárias para o seu ensino, progresso, e melhoramento” (*Estatutos do Visconde da Cachoeira* in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 6 (1978), p. 313).

Pela repercussão dos referidos Estatutos, destaque-se a seguinte observação de P. MERCADANTE: “no sentido de coibir a divulgação dos temíveis preceitos do Código de Napoleão, a sociedade brasileira procurou jugular

A *Consolidação das Leis Civis* pode ser considerada o principal trabalho preparatório para a promulgação do Código Civil de 1916. Mediante a organização simplificadora promovida pela *Classificação das Leis*, pretendia-se obter um ‘extracto fiél’ da legislação civil em vigor (uma imensa teia de fontes de natureza diversificada). Aliás, o esforço preliminar de *classificação* aproveitaria ao sistema jurídico como um todo²⁰¹.

O contrato de empreitada celebrado em 15 de fevereiro de 1855 (“para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil”) estabelecia as diretrizes que deveriam ser observadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS no cumprimento de suas respectivas prestações – as quais, grosso modo, eram as mesmas estabelecidas para o trabalho preliminar de *Classificação das Leis*²⁰².

o ensino jurídico sob a arroteia de uma centralização tirânica, chegando ao ponto de assinalar os autores que podiam ser adotados nos cursos das Faculdades de Direito” (*A consciência conservadora no Brasil – contribuição ao estudo da formação brasileira*, Rio de Janeiro, Saga, 1965, p. 196).

Um dos autores eleitos pela Jurisprudência *iluminista* lusitana foi J. G. HEINNECIUS. Com efeito, a utilização de sua obra no Brasil é destacada por J. L. de LOS MOZOS, como um dos elementos de implementação das idéias jusnaturalistas (*Codificaciones latinoamericanas, tradicion juridica y principios generales del derecho in Roma e America – Diritto Romano Comune Diritto romano comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996), p. 32); podemos ainda observar que o mesmo emprego se verificara na América Espanhola já “all’inizio dell’ottocento, con un territorio politicamente e amministrativamente diviso in vice-regni e *capitanías* generali (...) dove man mano furono stabilite università e collegi, secondo il modello rinascimentale peninsulare, che fornirono i giuristi di cui necessitavano le diverse comunità, quali giudici, notai, avvocati o impiegati della pubblica amministrazione, che nel’700 apprendevano il diritto romano negli *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* di Heineccius” (F. HINESTROSA, *Codici, università, scienza giuridica: una strategia per l’unificazione del diritto in America Latina in Roma e America – Diritto Romano Comune – Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996), p. 22); no mesmo sentido, cf. A. G. BRITO, *Mos latinoamericanus iura legendi in Roma e America – Diritto romano comune – Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996), p. 16.

Sobre a vinculação dos *Estatutos do Visconde da Cachoeira* à formação da mentalidade jurídica brasileira dos primeiros anos posteriores à Proclamação da Independência e à criação dos Cursos Jurídicos, cf. S. SCHIPANI, *Il “método didático”* cit. (nota 47), pp. 540-541. Pelas etapas que intermediaram a promulgação destes Estatutos, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *A formação* cit. (nota 121), p. 19.

²⁰¹ Como já observado em ocasião anterior, a *Lei de 20 de Outubro de 1823* fazia referência a diversas fontes do direito positivo português de indiscutível relevo para o tratamento da matéria civil: além das Ordenações, eram inúmeras as leis extravagantes, os regimentos, os alvarás, os decretos e as resoluções (C. M. de ALMEIDA, *Código* cit. (nota 54), p. XXXVI).

²⁰² O intróito do contrato e suas três primeiras cláusulas são suficientes para que se tenha idéia da tarefa de que se encarregou Augusto Teixeira de Freitas e da forma segundo a qual deveria ser concluída: “Aos quinze dias do mês de fevereiro de mil oitocentos e cinquenta e cinco compareceu perante o Exmo. Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, e por ele foi dito que pelo presente contrato se obriga a fazer a classificação e consolidação de toda a Legislação Pátria, sob as seguintes condições: 1ª) Coligirá e classificará toda a Legislação Pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as Leis abrogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas, que forem peculiares àquele Reino e não contiverem alguma disposição geral, que estabeleça regra de direito. 2ª) A classificação guardará as divisões do Direito Público ou Administrativo e Privado, assim como as subdivisões respectivas: – será feita por ordem cronológica, contendo, porém, índice alfabético por matérias. 3ª) 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 proposições claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a Lei que

A *Classificação das Leis* implantaria a grande divisão entre o Direito Público (ou Administrativo) e o Direito Privado. O contratado deveria enunciar as regras jurídicas em ordem cronológica, respeitando não apenas aquela divisão principal, como inclusive as subdivisões particulares; paralelamente, previa-se a elaboração de um índice alfabético em que os preceitos seriam ordenados por matérias²⁰³.

A *Consolidação das Leis Civis* ensejava obstáculos que deveriam ser superados por A. TEIXEIRA DE FREITAS antes e durante os trabalhos de compilação e catalogação do material legislativo: primeiramente, caberia ao autor diagnosticar os limites da Legislação Civil e eleger o princípio reitor que direcionaria a exposição das matérias e estabelecer a articulação entre os preceitos formulados; em seguida, competia-lhe definir

autoriza a disposição, e declarar o costume que estiver estabelecido contra ou além do texto” (*Contrato para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil* in S. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), p. 94). Atente-se para o fato de que, embora o objeto da contratação fosse a obtenção do “extracto fiél”, o Governo Imperial pretendia, simultaneamente, uma declaração abalizada da revogação de determinados dispositivos legais que, embora incompatíveis (por exemplo) com as bases do sistema representativo, não haviam sido expressamente revogados e eram volta e meia invocados pelos juristas.

Por fim, tome-se em devida conta as seis prestações de que se incumbia o contratado: *coligir* as regras, *classificar* a legislação em suas divisões, *consolidar* a legislação civil, *reduzir* a proposições claras e simples os preceitos em vigor, *citar* a lei que autoriza a disposição e *declarar* o costume que haja estabelecido contra ou além do texto. Esta discriminação é necessária, a fim de que não se confunda o simples *coligir* com o autêntico *consolidar* – ao menos na acepção que Augusto Teixeira de Freitas acabou por emprestar à referida expressão.

²⁰³ Um extrato da *Classificação das Leis* de A. TEIXEIRA DE FREITAS pode ser depreendido da parcial reprodução contida nas primeiras páginas da *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 13-18. Com efeito, torna-se oportuna a parcial transcrição de algumas observações ali lançadas, pois delas se depreende o critério utilizado por A. TEIXEIRA DE FREITAS: “a divisão de todas as leis (dizemos nós em um outro trabalho preparatorio, que nos foi incumbido pelo Governo Imperial, e que já se acha nos prélos), derivada da distinção e diferença das relações jurídicas das duas personalidades, que funcionão na vida intelligente, é uma divisão real, fundada na natureza das coisas. Ella é perfeita, e confirmada pela analyse de todas as leis; porque fóra dessa duas categorias não existe effectivamente lei alguma. Ella é perfeita, e racionalmente exacta: porque o concurso de personalidades individuaes, e de uma personalidade publica, não póde dar em resultado, senão ou relações entre aquellas, ou relações com esta. Em toda a escala de suas manifestações, a personalidade pública mostra-se, – como poder simplesmente constituido, – como poder constituido e organizado, – como poder em acção effectiva; – e finalmente desce á arena dos individuos, individualisa-se a par delles, e colloca-se no mesmo pé, submettendo-se á applicação das leis pelo Poder Judicial, e provocando como individuo a acção especial deste Poder. Eis a ultima personificação, que toma o poder publico, personificação que equivale a uma transformação completa, e despe de seu character de soberania. Mas ahi, neste grão extremo da escala, termina a esphera do Direito Publico, e começa a do Direito Privado” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 14-15).

Merece atenção especial a observação do autor de que a divisão proposta assenta na *natureza das coisas*. Ora, não se trata da *razão natural* a que se refere a escolástica medieval (“não poderia ser de outro modo”), mas sim da *natureza das coisas* que decorre da aplicação da inteligência humana em prol do progresso científico, para a descoberta de valores vigentes em todos e quaisquer quadrantes espaço-temporais. A influência jusnaturalista do período é corroborada pelo correlato princípio racionalista da experimentação, que se pode depreender do período subsequente (“ella é perfeita, e confirmada pela analyse de todas as leis (...) ella é (...) racionalmente exacta”).

Além disso, cabe destacar o critério progressivo sobre o qual é edificada a classificação: em primeiro lugar, funda-se o autor na dicotomia *presença/ ausência* do Estado; em um segundo momento, diante da presença do Estado, indaga-se a relação de *superioridade/ igualdade* que caracteriza a relação entre este e o particular. O Direito Público seria o espaço em que se caracterizaria a resposta *presença/ superioridade*. O Direito Privado, por sua vez, envolveria as alternativas restantes (*ausência e presença/ igualdade*).

quais os dispositivos que estavam em vigor e declarar quais os que haviam sido revogados. A primeira das tarefas era inerente à *Introdução*, ao passo que a segunda seria concluída com a *Consolidação das Leis Civis* em sentido estrito²⁰⁴.

A. TEIXEIRA DE FREITAS tinha diante de si um conjunto de fontes normativas desprovidas de um imprescindível centro de gravitação: tratava-se de um emaranhado de leis extravagantes que se perfilhavam ao lado do Livro IV das Ordenações Filipinas. Como já observado em outra oportunidade, Livro IV este cuja lacunosidade ensejava constantes (e por vezes abusivas) remissões ao direito justinianeus, promovendo-se freqüentemente o emprego da *Glosa* e da *communis opinio doctorum* quando já desautorizadas pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772²⁰⁵.

²⁰⁴ Os limites da legislação civil serão analisados pouco mais à frente, quando A. TEIXEIRA DE FREITAS, a contragosto, aceita a proposta relativa à elaboração da *Consolidação das Leis Civis* mesmo consciente da permanência em vigor do Código Comercial de 1850. Além disso, como se esclarecerá em seguida, a disciplina do *medium perseguendi* e organização judiciária não serão abrangidas pela obra contratada (por uma apreciação destes limites, cf. O. de CARVALHO, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 105-106, nota 19).

A respeito do princípio ordenador utilizado por A. TEIXEIRA DE FREITAS, ter-se-á oportunidade de tecer comentários específicos, principalmente sob o item *actual systema do direito civil*.

Contudo, no que respeita às regras jurídicas que *não estavam em uso*, às *abrogadas* e às *injustas*, C. PECORELLA traz à lume diversos preceitos da *Consolidação das Leis Civis* que reproduziam regras que não tinham uso no Brasil (artigos 89, 136, 143, 264, 273, 473, 474, 506, 629, 662, 671, 672, 673, 675, 681, 684, 796, 820, 826, 843, 919, 921, 933, 1146, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1168, 1171, 1216, entre outras), que haviam sido abrogadas (como no que respeita ao artigo 100, transcrito das *Ordenações Manuelinas* para o texto *Filipino* sem atenção à aceitação lusitana do Concílio de Trento) e que pareciam injustas ao autor (artigos 382 e 669, § 4º da *Consolidação das Leis Civis*) (cf. *Consolidazione* cit. (nota 80), pp. 234-235).

²⁰⁵ Como já observado em nota 194, C. PECORELLA observa que não apenas o Livro IV, como também os Livros I e III foram objeto de trabalho de A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidazione* cit. (nota 80), p. 233). Com efeito, pela crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS contra os abusos da praxe, cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XXXII-XXXIII.

Quando aludimos à ausência de um centro de gravitação relativo à Legislação extravagante, queremos destacar a relevância daquele trabalho prévio de eleição do princípio supremo de articulação da legislação civil (paralelo à definição dos limites atribuídos à expressão *direito civil*): com efeito, com o advento da parte geral dos códigos civis de linhagem germânica – em verdade observar-se-á que Augusto Teixeira de Freitas é o responsável pela primeira consagração legislativa de uma parte geral – a moderna questão relativa à descodificação, ao mesmo tempo em que ganha relevo, não gera maiores instabilidades, na medida em que o código civil permenece como centro de gravitação do direito privado (no que concerne à disciplina comumente reconduzida à parte geral) cedendo espaço, ora maior, ora menor, à disciplina constitucional. Todavia, o estado da legislação com que deparou o autor era de completa ausência de *sistematicidade*. Sistematicidade que para A. TEIXEIRA DE FREITAS se confunde, pois, com o tão almejado *método*. Observe-se a crítica dirigida ao Visconde de Seabra: “o rapido exame, que logo fizemos do Codigo Civil Portuguez, foi para nós uma decepção tremenda. Recahira elle antes de tudo sobre o Elencho das materias do Projecto, cuja distribuição e ordem dar-nos-ia de prompto uma idéa do systema 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 importancia davão á questões de methodo (...) 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 systema adoptado não pensamos mais, convencidos como ficamos de que a ninguém seria dado justificar-o” (*Nova Apostila* cit. (nota 45), pp. 06-07).

Pelas modernas referências à descodificação do direito civil, cf. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, pp. 44-49; entre nós, O. GOMES, *A caminho dos micro-sistemas* in *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 40-50.

A. TEIXEIRA DE FREITAS já entrevê na *Consolidação das Leis Civis* uma subordinação da legislação civil aos preceitos decorrentes da ordem constitucional; esta perspectiva escalonada do ordenamento jurídico – 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 a desnecessidade técnica de normas jurídicas expressamente revogadoras de preceitos jurídicos incompatíveis com as bases do “systema representativo”²⁰⁶.

A desconformidade de parcela da legislação civil com as “bases da Carta Constitucional” implicara necessárias revogações, algumas das quais destacadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS: a) a abolição dos privilégios sucessórios; b) a supressão da servidão da pena; c) a superação da *morte civil*; d) a extinção da pena de *comisso* contra as corporações de mão-morta possuidoras de bens imóveis; e) a intransmissibilidade da titularidade de serviços prestados ao Estado (observados os direitos adquiridos); e

²⁰⁶ Com efeito, como destaca G. TARELLO o movimento codificador oitocentista se caracterizou, inclusive, por uma vinculação entre a codificação civil e a codificação constitucional na qual “il processo di costituzionalizzazione (...) avrebbe mirato (nel campo del diritto pubblico) a garantire e tutelare – contro l’intervento dello Stato – le libertà politiche di un cittadino astratto, mediante la tecnica costituita della distruzione dei ‘corpi’ o ‘comunità’ intermedie tra l’uomo singolo e lo Stato. Parallelamente, la C. civile (e penale) o, meglio, i codici borghesi-illuministi, avrebbe mirato (nel campo del diritto privato) ad assicurare la libertà privata – contro l’ingerenze del potere politico – a quello stesso cittadino astratto, eliminando i ‘corpi’ o ‘comunità’ o ‘società naturali’ intermedie” (*Codificazione* cit. (nota 80), pp. 467-468). De tal forma que, em vez de uma concepção na qual a constituição ocupa uma posição de supremacia, era mais natural 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 meio século de antecedência, às intuições (e ilusões) do positivismo lógico do direito” (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 141-142). Sobre a importância da obra de G. W. F. von Leibniz para a elaboração da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, cf. S. SCHIPANI, *Il ‘méthodo didáctico’* cit. (nota 47), p. 544.

De fato, não fosse suficiente a enumeração de incompatibilidades trazida na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* (nota posterior), na *Nova Apostilla*, com um tom bastante agressivo, o autor acrescentará: “lamentamos do fundo d’alma o estado da Legislação Portuguesa, o erro das doutrinas que tem infelizmente prevalecido, os estragos desse magestoso edificio a que ainda se dá o nome de – *Carta Constitucional*! – No Brasil também pouco se estuda, o espirito é naturalmente preguiçoso; e, por demais, os encantos do ar livre, o azul dos céus, o brilho das estrellas, os gostos da moderna sociedade, são outros tantos algôzes da verdadeira sciencia. Mas, por acaso talvez, ou antes por timidez, as cousas não chegaram ainda ao ponto de lacerar-se a Lei Fundamental nas proprias leis, que a devem mantêr illesa em todas as suas applicações” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 154). Pelo repúdio das distinções entre os nacionais e os estrangeiros efetuadas pelo Código Civil francês e pelo projeto de Código português, cf. *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 179-180 (trecho transcrito poucas notas atrás).

finalmente, f) a restrição das atividades administrativas dos magistrados diante do princípio da separação entre os poderes²⁰⁷.

O conhecimento da história do direito português revela que o método de trabalho utilizado por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação das Leis Civis* era de evidente influência iluminista: a repugnância pela autoridade das *opiniões* e o exame direto dos textos (de seus respectivos objeto e alcance) implicam a adoção de um método *naturalístico* típico das ciências experimentais, que tinham a realidade da vida (aí incluída a *praxe forense*) como laboratório de testes. Esse raciocínio alheio a vacilações fez do

²⁰⁷ Quanto à abolição dos privilégios sucessórios, observe-se que a Constituição Imperial estabelecia em seu artigo 179, §§ 13 e 16, a igualdade entre os cidadãos brasileiros: “Art.179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) § 13. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um; (...) § 16. Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública” (*Constituição Política do Império do Brasil* de 25 de março de 1824). Com isso, estar-se-ia diante da revogação implícita da regra jurídica que dispunha sobre os privilégios por norma superveniente que disciplina inteiramente a matéria abrangida pela norma anterior; contudo, fez-se necessária a edição do Decreto nº 463, de 02 de setembro de 1847, que “declara que aos filhos naturaes dos nobres ficão extensivos os mesmos direitos hereditarios, que, pela Ordenação livro quarto titulo noventa e dous, competem aos filhos naturaes dos plebeos” (*Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1847 – Tomo IX – Parte I*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1847, p. 48).

A abrogação da servidão da pena fora declarada no artigo 993, § 5º da *Consolidação das Leis Civis*; a morte civil (sobre a qual versam os artigos 343, 982, §1º, 991, 992, 993, §5º, 1000 e 1001), que havia sido estatuída pela Lei da Toscana e pelo Código Civil do Chile, por seu artigo 95 (“termina tambien la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesion solemne, ejecutada conforme a las leyes, em instituto monástico, reconoscido por la Iglesia Católica”) é repudiada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, uma vez que embora “prive de muitos direitos civis [a profissão monástica], não induz a privação de todos” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XXXIV).

A extinção da pena de comisso estabelecida contra as corporações de mão-morta (prevista pelos Avisos de 13 de Abril de 1832 (nº 138), de 19 de Dezembro de 1833 e de 19 de Outubro de 1837) foi declarada pelo artigo 69 da *Consolidação das Leis Civis* (destaque-se que o último dos diplomas referidos não foi por nós encontrado, o que pode indicar falha na referência por Augusto Teixeira de Freitas, uma vez que ao primeiro expediente atribui a data de 13 de agosto em vez de 13 de abril de 1832).

Sobre a intransmissibilidade da titularidade de serviços públicos e sobre o respeito pelo direito adquirido quanto aos já prestados, cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIRO, *Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional nos juízos de primeira instancia*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1859, pp. 90-93, §§ 211 a 218, bem como a *Instrução da Diretoria Geral do Cont.*, de 10 de Abril de 1851, transcrita às pp. 274-281 (artigos 27, 3º e 28, 3º); bem como nota nº 32 a tais dispositivos acrescida, por meio da qual se alude ao Decreto de 13 de Agosto de 1706 que derogora o *Regimento das Mercês* de 19 de Janeiro de 1671. Com efeito, diante da redação do artigo 179, § 13 (“e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”) A. TEIXEIRA DE FREITAS reputa derogado o *Regimento das Mercês* de 19 de janeiro de 1671 quanto à transmissibilidade dos direitos sobre serviços prestados ao Estado (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. XXXIV-XXXVI). No entanto, destaca o autor teri sido necessária a superveniência da *Lei de 11 de Outubro de 1827* (“determina a fôrma por que devem ser providos os officios de Justiça e Fazenda”) e de seu artigo 1º para que qualquer dúvida remanescente fosse extirpada.

Por fim, no que toca à separação dos poderes e a mitigação dos poderes administrativos atribuídos aos magistrados (sobretudo em funções de correição), pronunciara-se A. TEIXEIRA DE FREITAS no artigo 217 da *Consolidação das Leis Civis* (cf. Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXII e Regulamento das Correições nº 834, de 02 de outubro de 1851 in *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1851 – Tomo I*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1852, pp. 284-304, especialmente artigos 44, § 6º, 45, § 2º e 46, § 1º, pp. 298-300), a propósito da legitimação *per rescriptum principis* outrora outorgada pelos órgãos do Poder Judicial (“foi uma inadvertencia dar-se tal attribuição ao Poder Judicial”, *Consolidação cit.* (nota 04), p. 188).

autor um precursor, principalmente quando já denunciara na *introdução propriamente dita* sua predileção pelas *consequências* (eficácia) das regras jurídicas²⁰⁸.

Uma vez definido o método de trabalho a ser empregado para a apuração de cada uma das “proposições claras e sucintas” que comporiam a *parte prática* da obra, havia que se estabelecer (antes mesmo de se iniciar a execução material da tarefa) o *método de pesquisa* que nortearia a atuação de A. TEIXEIRA DE FREITAS. Era necessária a eleição de um *critério* apto não só à orientação das atividades, como ainda ao processamento dos resultados obtidos; um sumo critério que proporcionasse ao autor a tranquilidade que o balizamento oferece ao responsável pela demarcação e divisão de um território desconhecido²⁰⁹.

²⁰⁸ Com efeito, reitere-se o teor do § 13º da *Lei da Boa Razão*, por meio do qual foram proscritas a *Glosa* de Acúrsio, os *Comentários* de Bártolo e as orientações derivadas da *communis opinio doctorum*. Ter-se-á, quando confrontado tal dispositivo com os §§ 9º e 10º da mesma lei, a preferência da Legislação Pátria sobre o direito romano justiniano e a consagração da desconfiança com relação à doutrina – responsável pela elaboração de máximas inadequadas, como a já referida “*odiosa limitanda, favorabilia amplianda*”.

Compreendidos estes dispositivos legais em seu respectivo momento histórico, resulta clara a prevalência do texto legal sobre qualquer opinião assentada pelos doutores, assim como a preocupação de que os preceitos legais fossem formulados na forma de “disposições claras e sucintas”, à moda do *método sintético-compendiário* de ensino consagrado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772.

Observe-se com cuidado o trecho da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* ora destacado: “examinar as leis em seus próprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação” (p. XXXVI). Muitos são os aspectos que podem ser destacados: por um lado, a sensação de se estar em um laboratório (o experimentalismo iluminista consagrado no trecho pelos verbos *examinar, comparar, medir, conhecer*; pelos substantivos *precisão, alcance, consequências, processo* e *substância*; e mesmo pelo isolamento analítico promovido mediante a desconsideração das *alheias opiniões*) no qual é desenvolvido um mecânico (*laborioso*) processo de estudo das regras jurídicas; mas que uma vez deduzidas, são submetidas aos testes de campo em meio à realidade da vida (*praxe forense*), com o fito de que se conheça a substância “viva” da Legislação. O adjetivo destacado implica não apenas o conhecimento da parcela vigente (*vigente*) da legislação civil como também o crivo da realidade sobre a disciplina jurídica estatuída pelos textos legais. A respeito das implicações da utilização da expressão “substância viva da legislação”, de se destacar a observação de N. SALDANHA: “talvez conviesse relacionar a metáfora da ‘substância viva’ da legislação com certos *endroits* onde Freitas repetia que o Direito ‘quer a vida real’ (por ex. *Nova Apostilla*, 46), e com esse vitalismo implícito relacionar sua opinião (cfr. *Esboço*, nota ao art. 17) segundo a qual o Direito não necessita de ficções” (*História e sistema em Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 61).

As conclusões do autor a respeito dos capitais *fixos* e *rolantes*, bem como acerca do alcance do conceito de *crédito real* são exemplos eloquentes (e que serão analisados adiante) da experimentação constante a que foram submetidos as regras e os conceitos laborados.

Por fim, atente-se somente para a menção ao termo *consequências*. A seguir, quando se analisar a dicotomia fundamental sobre a qual ancorou sua abordagem, ter-se-á oportunidade de verificar qual a dimensão atribuída por A. TEIXEIRA DE FREITAS à eficácia dos direitos subjetivos (inclusive a propósito do enquadramento conferido ao instituto da *posse*).

²⁰⁹ Obviamente A. TEIXEIRA DE FREITAS não cria a dicotomia entre os direitos *reais* e *pessoais*; como também não inova ao contrapor os *direitos absolutos* aos seus correlatos *relativos*. Todavia, os erige em critério fundamental de sua obra; e com isso, acaba por incutir em toda a disciplina privatística a indagação preliminar sobre a eficácia dos direitos postos em questão: “trata-se, na hipótese, de eficácia *erga omnes* ou de mera eficácia *inter partes*?”. Eis o critério que A. TEIXEIRA DE FREITAS elege como pedra angular de seu sistema. Por mais que se possa efetuar um juízo de valor a respeito da escolha efetuada, não se pode negar

que todo e qualquer direito subjetivo ou tem eficácia real, ou tem eficácia pessoal; se muitas podem ser as origens dos direitos subjetivos, A. TEIXEIRA DE FREITAS opta pelas facilidades que o raciocínio dicotômico oferece.

Sabe-se que a pandectística alemã chegou à relação jurídica como conceito-chave de toda a ciência do direito. Nela os sujeitos de direito, os objetos de direito e a sanção gravitam simultaneamente em torno do vínculo estabelecido, ora entrevisto como direito subjetivo, ora vislumbrado como dever jurídico. Tudo isso como resultado (consequência) da incidência da regra jurídica sobre um suporte fático concreto – que juridicizado, passa a ser designado por fato jurídico.

Pois bem, essa é apenas uma das concepções do direito, variáveis de acordo com critérios espaço-temporais. Contudo, é importante que se tenha em mente que A. TEIXEIRA DE FREITAS não tomava os fatos jurídicos como integrantes de toda a fenomenologia jurídica, mas tão somente da matéria relativa aos contratos e aos testamentos. Se isso foi retificado quando da edição do *Esboço* de Código Civil, tal fato não oferece maior interesse neste preciso momento.

A. TEIXEIRA DE FREITAS acaba por se socorrer da *sanção* para o desenho elementar de seu sistema: sanção representada pelo conceito de *ação* (em sentido material), ora dotada de alcance irrestrito (eficácia *erga omnes*), ora provida de alcance limitado (eficácia *inter partes*).

Imaginemo-nos diante do panorama normativo que se desenhava à frente do contratado: alguém seria capaz de condená-lo por começar a resolver o quebra-cabeça pelas bordas? Exigir qualquer outra postura que não a escolha do “caminho mais curto e mais plano” representado pelo raciocínio dicotômico seria o mesmo que compelir os arbitadores a dividir o terreno sem que este tenha sido previamente demarcado. Note-se que é exatamente por isso que o Código de Processo Civil, ao disciplinar o procedimento das ações de demarcação e de divisão, estabelece ser “lícita a cumulação destas ações; caso em que deverá processar-se primeiramente a demarcação total ou parcial da coisa comum, citando-se os confinantes e os condôminos” (*Código de Processo Civil*, artigo 947).

Ora, estendendo-se a analogia, a definição dos limites da Legislação Civil corresponderia à demarcação do terreno (obtida, pois, pela *Classificação das Leis*); conhecidos seus lindes, passar-se-ia então ao estabelecimento dos compartimentos internos (divisão), tendo por base um critério claro e que não oferecesse dúvida quando necessária sua aplicação. Pautados os limites e eleita a linha demarcanda, torna-se muito mais fácil estabelecer os marcos entre os antigos quinhões: a exploração do método de trabalho ofereceria, enfim, cada um dos preceitos a ser enquadrado no âmbito dos *direitos reais* ou dos *direitos pessoais*.

Não é por acaso que A. TEIXEIRA DE FREITAS primeiro se refere à necessidade de “*demarcação dos limites da Legislação Civil*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVIII) para depois concluir pela premência de se “conhecer suas *divisões* peculiares”, a respeito das quais tratará ao longo de quase toda a *Introdução* (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXIX).

Pois bem, está-se agora diante de uma das passagens mais enigmáticas da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*: três parágrafos que integram o comentário acrescido pelo autor à nota 11, quando da terceira edição da obra, *in verbis*: “a divisão dichotômica pressupõe a partição do *genero*, que é divisão preliminar em partes aliquotas. O erro está no esquecimento da *compreensão das idéas*, na busca ulterior de mais uma divisão para o complexo, quando essa divisão deve ser a da entrada. Usem d’este methodo, e terão removidas quaesquer difficuldades na *classificação dos direitos*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXIX). Com efeito, S. MEIRA observa que este trecho “não prima pela clareza” (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), pp. 114-115) e não arrisca qualquer interpretação; contudo, quando compreendemos a necessidade de método de A. TEIXEIRA DE FREITAS e a sua ferramenta principal que é a classificação dicotômica, nos parece evidente que: a) por oposição à divisão em partes *aliquotas*, a partição do gênero em partes *aliquotas* faz com que a *plenitude* do critério seja principal para o autor; ou seja, dado um critério, todos os elementos de prova que compõem o espaço amostral tem de se inscrever em uma (e apenas em uma) das duas categorias resultantes. De fato, eleita a eficácia da ação respectiva, todo direito ou é real, ou é pessoal, e não pode ser real ou pessoal simultaneamente, na medida em que rejeita os direitos *mixtos* (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 33-34); b) A. TEIXEIRA DE FREITAS toma, de todas as divisões possíveis que a classificação dicotômica enseja (*direitos reais/ pessoais; direitos absolutos/ relativos; direitos originários/ derivativos; direitos civis/ políticos; direitos afirmativos/ negativos; direitos presentes/ futuros; direitos absolutos/ condicionais; direitos determinadores/ sancionadores*, *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 24-26), a partição proposta em direitos *reais* ou *pessoais* – tendo em vista não a *extensão*, mas sim o *objeto* dos direitos – de acordo com o *ius in re* e o *ius ad rem* que respectivamente ensejam: eis a sua divisão de entrada: considerando-se que, via de regra os direitos *pessoais*, quanto à sua extensão, têm eficácia *inter partes* e os direitos *reais* são munidos de eficácia *erga omnes*, é da conjugação entre a exigibilidade da conduta (imediata nos direitos pessoais e mediatizada pela *res* nos direitos reais) e a abrangência da pretensão (extensão *erga omnes* e *inter partes*) que o autor vai encontrar a divisão de entrada – o que há de distinguir os direitos subjetivos entre si. Eleita a divisão da entrada, as demais partições oferecidas pela classificação dicotômica podem ser úteis para a definição de

A fim de alcançar este supremo critério sobre o qual está estruturada toda a sua construção jurídica (“a norma da exposição das matérias”), A. TEIXEIRA DE FREITAS recorreu não apenas a estudos estranhos ao direito civil, como também à consulta dos grandes repertórios legislativos e à reflexão sobre as tradições da ciência jurídica então prevaletentes: caminho a ser percorrido para que lhe fosse revelada a “unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso”²¹⁰.

princípios do sistema externo, mas não podem ser alçadas à categoria de pedra fundamental do sistema. Com efeito, estas duas características (*exigibilidade da conduta* e *abrangência da pretensão*) que convergem na dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* atingem os dois elementos da parte geral já entrevistados por A. TEIXEIRA DE FREITAS quando da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*: as *pessoas* (sujeito passivo potencial e titular do objeto dos *direitos pessoais*) e as *coisas* (centro de gravitação dos *direitos reais*). Teremos oportunidade de tratar do assunto com mais vagar adiante.

²¹⁰ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVI-XXXVII. O “livre espírito” com que foi buscada a unidade superior (leia-se: unidade absoluta, superior às unidades *relativas*) e que concentra verdades isoladas (portanto intangíveis pela realidade cambiante) somente pode ser o produto da liberdade de pensamento e de produção científica característica do iluminismo: com efeito, as reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito atingem aqui a própria elaboração de um sistema legislativo, na medida em que se propõe a construção *ab initio* de todo um arcabouço normativo a partir de materiais dispostos aleatoriamente. A rejeição do direito romano anacrônico (*usus modernus pandectarum*) vai permitir não só a seleção dos preceitos normativos a serem empregados (observe-se o tratamento relativo aos direitos civis dos estrangeiros) como também a relativização do *Corpus Iuris Civilis* e das *Institutas* de Gaio e de Justiniano como modelos de estruturação jurídica. A privação da autoridade extrínseca da *Glosa* e dos *Comentários* permitiu o surgimento de um novo paradigma de construção jurídica, representado pelo *Code Civil* promulgado em 1804. Disso não se deu conta, por exemplo, P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, o que motivará a crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto à sua falta de método (*sistema*).

Obviamente que o *Corpus Iuris Civilis* não representava a panacéia sob a perspectiva sistemática. No entanto, fora com o passar do tempo erigido à categoria de “typo universal do direito moderno” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 189), não podendo resultar do *usus modernus pandectarum*, todavia, a imediata rejeição do modelo por ele representado. E se P. J. de MELLO FREIRE dos Reis não vai se desvencilhar do sistema delineado nas *Institutas* de Gaio, o legislador português, de sua parte, vai acolher indiscriminadamente o modelo estabelecido pelo Código Civil francês, no qual “não se cogitou (...) de methodo, e o Codigo inteiro quase que não teve outro objecto (...) senão a propriedade, e quase que ficou reduzido a disposições sobre os modos de adquiri-la, objecto de uma parte immensa, de que as outras são preliminares como notara um de seus colaboradores” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 75).

Com isso, a discussão sobre a opção pelo sistema do título ou do modo é deslocada para um plano diferente, relativo ao *sistema interno*, típico de cada um dos ordenamentos nacionais, como opção valorativa decorrente da eleição promovida por cada povo.

Quanto ao *sistema externo*, entretanto, prevaleceria a verdade única: “a verdade é uma só. A humana intelligencia funciona em toda parte pelos mesmos processos, trabalha com os mesmos instrumentos. Quando em dous paizes se fazem ensaios de reforma legislativa, e chega-se aos mesmos resultados, ahi está uma prova, ou pelo menos uma probabilidade, de que se tem acertado” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 6). Nada mais jusnaturalista do que a concepção de A. TEIXEIRA DE FREITAS estampada nas primeiras partes da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*. Seu sistema externo vai determinar, segundo F. dos S. AMARAL NETO, a “criação da dogmática civil brasileira” (*A técnica jurídica* cit. (nota 195), *passim*).

Ou seja, a liberdade quanto às amarras oferecidas pela *communis opinio doctorum* foi compartilhada por seus colegas portugueses posteriores às reformas pombalinas, que atuavam de acordo com o *usus modernus pandectarum*; ou seja, o *método de trabalho* foi comum. Mas quanto ao *método de pesquisa* A. TEIXEIRA DE FREITAS se distanciou dos juristas lusitanos do período, na medida em que alguns destes descuraram da questão do método, outros adotaram o paradigma romano tradicional, e outros ainda se renderam sem resistência ao modelo revolucionário francês.

Todavia, era indispensável que A. TEIXEIRA DE FREITAS tivesse discernimento suficiente para não confundir o *processo de trabalho* empregado com o *método de pesquisa* eleito: diante da carência de exemplos a que pudesse o autor se reportar na busca pela almejada “unidade superior”, sobrelevavam os paradigmas representados pelo *Corpus Iuris Civilis* e pelo *Code Civil*. Neste ponto é preciso destacar que a atenção por ele dispensada a estas duas importantes fontes de confronto e crítica metodológica não redundava, necessariamente, na acolhida de seus respectivos preceitos – como mais adequados à disciplina de uma realidade política, econômica e jurídica que lhes era estranha²¹¹.

Como resultado, a *Consolidação das Leis Cíveis* se divide em duas vertentes principais: a *parte prática* (ou *consolidação propriamente dita*) como um trabalho acabado a ser avaliado segundo a exatidão, a fidelidade e o estilo das transcrições produzidas; e a *Introdução* preambular, na qual A. TEIXEIRA DE FREITAS atribui o método escolhido à liberdade de idéias de que se serviu²¹².

²¹¹ Como visto no capítulo anterior, a *Lei de 18 de Agosto de 1769* (§ 9º) favorecia o recurso à legislação das civilizadas nações cristãs da Europa em matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas, em detrimento da disciplina estatuída a respeito pelo direito romano justiniano.

Com efeito, aqui se está diante de uma hipótese de lacuna das *Ordenações Filipinas*, ou seja, da necessidade de descoberta de um preceito aplicável a um caso singular; poderíamos dizer que tal orientação influenciou de modo decisivo a evolução do direito privado português (e brasileiro, por consequência) quanto a variados aspectos. Este *método* (processo) *de trabalho* é o mesmo que vai ser adotado por Augusto Teixeira de Freitas, desautorizando-se a *Glosa*, os *Comentários* e a *communis opinio doctorum* em detrimento da leitura dos próprios textos legais, para a descoberta de seus respectivos alcances e relações mútuas – como tarefa inerente à *parte prática* da *Consolidação das Leis Cíveis*.

Da mesma forma, o *método de pesquisa* em que estaria fundado o *sistema* de Augusto Teixeira de Freitas deveria ser buscado nas experiências jurídicas conhecidas, bem como em estudos de natureza diversa, a fim de que lhe fosse revelado o supremo critério que consagrasse a almejada “unidade superior” da ciência jurídica. Este, pois, o passo adiante que o autor dá em relação à maioria de seus contemporâneos, adstritos, no mais das vezes, a formas ultrapassadas de estruturação do edifício jurídico, enquanto se mostravam mais preocupados com aspectos específicos da civilística de então (como por exemplo, a eficácia *real* ou meramente *obrigacional* do contrato de compra e venda). Esta influência iluminista quanto ao *método de pesquisa* vai encontrar na *Introdução à Consolidação das Leis Cíveis* o local adequado para a prestação dos “esclarecimentos tanto mais necessários, quanto independentes forão as idéas, que o determinarão” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XXXVIII).

²¹² Com efeito, o próprio autor declina que a *consolidação* em sentido estrito tem “em si mesma a prova de sua bôa, ou infeliz, execução” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XXXVII); já na *Introdução* se tem um trabalho desenvolvido “com livre espirito” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XXXVI), a fim de se identificar a “unidade superior” do sistema de direito civil brasileiro (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XXXVI).

A liberdade de espírito a que faz referência A. TEIXEIRA DE FREITAS é a decorrente do iluminismo jurídico luso-brasileiro, implantada por meio da *Lei de 18 de Agosto de 1769* e dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772. A busca pela “unidade superior” evidencia a necessidade de *método* e de *sistema* que caracterizara o pensamento racionalista desde o paradigma cartesiano. E para o desenvolvimento de *seu* próprio sistema, como dito há pouco, o autor dispunha de dois mananciais elementares: as experiências codificadoras européias (representadas principalmente pelo *Code Civil*) e o direito romano justiniano, coordenados segundo o estilo definido pelo *usus modernus pandectarum* e pela *boa razão* jusnaturalista.

Conforme observado pouco atrás, três foram as dificuldades principais com que deparou A. TEIXEIRA DE FREITAS ao início de seu trabalho: a) a definição dos limites de abrangência da Legislação Civil; b) a estipulação da “norma da exposição das matérias” (princípio de ordenação e coordenação do direito civil); e finalmente, c) a compilação das disposições jurídicas então em vigor. As duas primeiras questões foram abordadas, respectivamente, pela *Classificação das Leis* e pela *Introdução à Consolidação das Leis Civis*; tão somente a terceira tarefa, logicamente posterior às demais, encontraria seu lugar na *consolidação propriamente dita*²¹³.

Contudo, há que se notar que enquanto a inovação metodológica que se vislumbra na *Introdução* demandava esclarecimentos “tanto mais necessários, quanto independentes forão as idéas” adotadas pelo autor, a *parte prática*, por sua natureza, “não consentia demonstrações” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. XXXVII-XXXVIII). Estes esclarecimentos prestados pelo autor na *parte teórica* vão radicar não apenas na rejeição dos modelos vigentes (*actual systema do direito civil*) como também na definição de um modelo peculiar de análise (*noções fundamentaes*).

²¹³ Assim se compreende porque A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a *Classificação das Leis* aproveitaria não apenas ao direito civil, mas também a outras partes da Legislação (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XXIX).

Além disso, percebe-se como a *Táboa das materias* corresponde ao resultado da aplicação do critério eleito e justificado na *parte teórica* (*Introdução*) à *parte prática* (*consolidação* em sentido estrito).

Embora nosso objeto de estudo não seja a *Consolidação das Leis Civis* propriamente dita, devemos observar que mais de um terço da *Consolidação das Leis Civis* em sentido estrito descende não das *Ordenações Filipinas* mas de um conjunto de Leis Extravagantes de origem posterior às reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito: em suma, são regras de origem iluminista derivadas ou do período imediatamente anterior, ou da época pouco posterior à independência do Brasil.

Com efeito, são estas as regras do período iluminista lusitano utilizadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS com maior frequência: *Lei de 04 de Julho de 1768* (e *Alvará de 12 de Maio de 1769*) sobre os bens eclesiásticos (artigo 631 da *Consolidação das Leis Civis*); *Assento de 09 de Abril de 1772* (modificado pelo *Alvará de 29 de Agosto de 1776*) relativo ao direito de família (artigos 168-172, 222, 223, 230 e 231 da *Consolidação das Leis Civis*); *Lei de 20 de Junho de 1774*, sobre os bens e sua respectiva circulação (artigos 42, 123, 436, 586, 587, 832, 833, 1270 e 1285 da *Consolidação das Leis Civis*); *Lei de 06 de Outubro de 1784*, atinente às formalidades matrimoniais e à prestação de alimentos (artigos 76-87 e 170 da *Consolidação das Leis Civis*); e *Alvará de 21 de Outubro de 1811*, sobre a ausência (artigos 36-38 da *Consolidação das Leis Civis*).

As regras provenientes da época imediatamente posterior à Proclamação da Independência do Brasil e evocadas com maior frequência pelo autor são as seguintes: *Lei de 09 de Setembro de 1826* (modificada pela *Lei de 12 de Julho de 1845*) sobre a expropriação por utilidade pública (artigos 63, 64, 66-68 da *Consolidação das Leis Civis*); *Lei de 22 de Setembro de 1828* sobre o suplemento de idade (artigo 17 da *Consolidação das Leis Civis*); a *Lei de 06 de Outubro de 1835* concernente aos bens eclesiásticos (artigos 73 e 74 da *Consolidação das Leis Civis*); o *Regulamento de 09 de Maio de 1842*, sobre a curadoria dos ausentes (artigos 329-330, 333, 334, 338-341); *Regulamento de 14 de Novembro de 1846* sobre o sistema hipotecário (artigos 1286, 1288-1292, 1294, 1295, 1300-1318 da *Consolidação das Leis Civis*); *Lei de 18 de Setembro de 1845* e *Regulamento de 1º de Dezembro de 1845* sobre o depósito judiciário (artigos 440 da *Consolidação das Leis Civis*); *Lei de 02 de Setembro de 1847* sobre a prova da filiação natural (artigo 212 da *Consolidação das Leis Civis*); *Regimento Consular de 11 de Junho de 1847* sobre a validade dos atos praticados em navios ou perante as autoridades diplomáticas (artigos 3-5 e 1088 da *Consolidação das Leis Civis*) e *Decreto de 12 de Novembro de 1851* relativo aos créditos contra o Estado (artigos 870-879 e 881-883 da *Consolidação das Leis Civis*).

A maior parte destes dados foi obtida em pesquisa realizada por C. PECORELLA, na qual existem, naturalmente, alguns equívocos, ora destacados ao leitor: *Assento de 09 de Abril de 1772* (e não *05 de Abril de 1772*); *Alvará de 21 de Outubro de 1811* (e não *de 16 de Novembro de 1811*); a *Lei de 06 de Outubro de 1784* é referida no artigo 436 (e não 434) da *Consolidação das Leis Civis*; o *Alvará de 21 de Outubro de 1811* é, naturalmente, anterior à Independência do Brasil; a *Lei de 09 de Setembro de 1826* (modificada pela *Lei de 12 de Julho de 1845*) respeita aos artigos 63, 64, 66-68 e não somente aos artigos 65 e seguintes); o

Resulta evidente, pois, a contraposição entre a liberdade de pensamento inerente ao *método de pesquisa* da *Introdução* e os parâmetros pré-definidos que caracterizam o *método de trabalho* da *Consolidação das Leis Civis* propriamente dita. Daí a conjugação de aspectos inovadores e conservadores dentro de um único sistema (culturalmente diferenciado quanto aos seus aspectos interno e externo)²¹⁴.

Na etapa (preparatória) de estabelecimento dos limites da Legislação Civil, A. TEIXEIRA DE FREITAS é compelido a aceitar a sobrevivência de um estatuto jurídico autônomo a regular as relações estabelecidas entre os comerciantes: quanto a esta sua contrariedade pessoal antecede posicionamento de C. VIVANTE, recusando a duplicidade de disciplinas jurídicas que redundaria na vulneração da igualdade jurídica entre os cidadãos²¹⁵.

Regulamento de 09 de Maio de 1842 envolve inclusive o artigo 329 (e não 330 e seguintes); e *Lei de 18 de Setembro de 1845* (e não de 19 de Setembro de 1845). Isso em nada desvaloriza, entretanto, o precioso trabalho de confronto realizado pelo autor, com cuja conclusão há que se concordar, no que toca à abundância de textos legais de origem posterior ao advento do iluminismo jurídico português (e anteriores ao surgimento do individualismo crítico português da terceira década do século XIX). A respeito, cf. C. PECORELLA, *Consolidazione* cit. (nota 80), pp. 231-232).

²¹⁴ Pela terminologia adotada para a diferenciação entre os sistemas interno e externo (ou entre os aspectos interno e externo do sistema) cf. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. port. de José Lamago, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 621-697. O sistema externo poderia ser definido como um complexo “formado por conceitos gerais abstractos, segundo pontos de vista classificatórios mais ou menos formais (...) [ao qual] não corresponde nenhum, ou só um escasso, valor cognoscitivo, mas sim um importante valor como auxílio de orientação [sem o qual] haveria de andar às cegas, sem ajuda, quem buscasse as normas jurídicas adequadas à situação de facto que lhe é dada. Só o sistema [externo] possibilita proceder metodicamente, num certo grau, na busca das proposições jurídicas que hão-se ser trazidas à consideração” (p. 397); o sistema interno, por sua vez, corresponde à consideração de que o ordenamento jurídico, “o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade”, nas palavras de C. W. CANARIS transcritas por K. LARENZ (p. 693).

Por outras considerações a respeito, cf. F. dos S. AMARAL NETO, *A técnica jurídica* cit. (nota 195), pp. 156-157, bem como O. de CARVALHO, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 119-120, nota 43.

²¹⁵ O. de CARVALHO observa que a perspectiva unitarista de Augusto Teixeira de Freitas tem uma matriz diversa daquela que se verifica, por exemplo, em M. CASANOVA, E. CIMBALI, R. GOLDSCHMIDT e C. VIVANTE: com efeito, enquanto E. CIMBALI vislumbra o direito comercial como instrumento precursor (destinado a desaparecer com a progressiva comercialização da sociedade contemporânea) e R. GOLDSCHMIDT entrevê uma função de contínuo desbravamento por este específico setor do direito, C. VIVANTE desloca a discussão, assim como A. TEIXEIRA DE FREITAS o faz, para uma questão de violação ao princípio da igualdade entre os indivíduos, sem embargo da pretensa objetividade trazida à lume através da reformulação pelo sistema dos *atos de comércio*. Contudo, o que separa C. VIVANTE de A. TEIXEIRA DE FREITAS é a posição predominantemente otimista do primeiro confrontada com o pessimismo do brasileiro que concebe uma “depreciação tão violenta do direito do comércio” contraposta à posição do italiano que defendia que “ao combater a batalha do direito pela tutela do crédito, o comércio trabalhava para todo o povo, tornando-se a sua disciplina patrimônio comum” (como cita textualmente O. de CARVALHO). Disto resultaria o isolamento de A. TEIXEIRA DE FREITAS que, segundo O. de CARVALHO, não seria totalmente destituído de mérito, ante seu caráter premonitório com relação à excessiva “comercialização” das relações mantidas entre “particulares”: “posto o ideal da unificação privatística já surgisse anteriormente na Europa (...) e a justificação, no fim das contas, fosse a não correspondência dos dois códigos às necessidades da vida contemporânea, só com Vivante (...) é que o problema se relaciona com a ‘homogeneidade da nossa

Ainda quanto à demarcação dos limites da Legislação Civil, a despeito de proclamar a imprescindibilidade da unificação do direito privado e de reconhecer uma estreita vinculação entre o *direito civil* e o *direito processual civil*, A. TEIXEIRA DE FREITAS não chega ao ponto de condenar a subsistência do estatuto civil adjetivo. De igual modo, a *Consolidação das Leis Civis* não vai abranger aspectos concernentes à organização judiciária²¹⁶.

Corroborando o espírito conservador e fidedigno da *parte prática*, A. TEIXEIRA DE FREITAS não descarta a existência da escravidão no Brasil. Contudo, adversário que era desta instituição (à época já considerada por muitos anacrônica),

constituição social', nas palavras do mestre de Bolonha, ou, como Bolaffio escreverá anos depois (...) com a idéia de que 'de uma constituição económica uniforme não pode irromper o dualismo do direito privado'. Ora, é esta presumida homogeneidade da 'sociedade civil', para usarmos a fórmula de Hegel, que o 'corpo homogêneo' de Teixeira de Freitas já em 1854 insinua, antecipando o argumento básico de toda a tendência unitarista ulterior (...) ainda que sem a nitidez de diagnóstico com que surge em Vivante e até na própria carta de 1867" (pp. 106-107) (cf. *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 106-109).

Observe-se que já na *Carta de 10 de Julho de 1854* A. TEIXEIRA DE FREITAS proclama a imprescindibilidade da unificação do direito privado: "se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que nada façamos" (*apud* S. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), p. 92). A respeito, cf. R. OCTÁVIO, *Teixeira de Freitas e a Unidade. do Direito Privado* in *Arquivo Judiciário* 35 (1933), p. 61 (reprodução da edição do *Jornal do Comércio* de 05.03.1933).

A. SURGIK observa mesmo a absorção de matéria civil pelo Código Comercial: "os dispositivos do Código Comercial do Brasil consistiam na regulamentação das atividades comerciais em geral e (...) seu círculo ampliou-se, abrangendo atos da vida civil e relações em que não intervinham comerciantes, chegando a invadir território do Direito Civil com a inclusão da parte geral relativa a obrigações e contratos, mandato, locação, hipoteca, fiança, depósito, pagamento, novação, compensação, institutos nitidamente de direito civil" (*O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 441).

E. R. GRAU observa que o intuito unificatório de A. TEIXEIRA DE FREITAS estava voltado sobretudo à mitigação dos favores concedidos ao comércio (*Teixeira de Freitas* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG* 42 (2003), pp. 42-43).

Sobre os interesses que fazem com que A. TEIXEIRA DE FREITAS abomine a duplicidade de instância e de estatutos jurídicos trataremos mais à frente.

²¹⁶ Observe-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS esclarece que o "direito civil" da *Consolidação* é tomado em sua acepção estrita, "excluídas as leis do processo, as da respectiva organização judiciária" (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. XXXVIII-XXXIX). Contudo, a proximidade entre direito material e direito processual é evidente ao autor, nas palavras de O. de CARVALHO: "Teixeira de Freitas invoca Leibniz para combater a divisão tripartida das Institutas em *personae*, *res* e *actiones*. Observa, porém (*Consolidação*, cit., XLIX, n. 32), que se deve distinguir a acção como *ius persequendi* da acção como *medium persequendi*, pois, se aquela faz parte, de acordo com a distinção de Bentham, das leis substantivas (e, logo, das leis civis), esta concerne às leis adjectivas (ou leis do processo) (...) e conclui: 'o direito, a acção, o meio e forma de acção, são três factos que a análise distingue. A forma de acção porém pode existir sem a acção, e sem o direito. Ter o direito, ter uma acção, não é o mesmo que formar uma acção (...) porque a acção muitas vezes se propõe sem haver direito' (...) parece-nos também seguro que o seu apego metódico obsessivo à classificação bifurcada ou dicotômica o leva, não apenas a partir de uma posição classificatória redutora incompatível com as realidades complexas do direito (...) como (...) a fundir a tal ponto o *ius* e a *actio* que resvala sem querer na visão do jurídico que ironicamente Barbero chamará *ortopedica*" (cf. *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 105-106).

repudia a maculação do sistema com as disposições a ela concernentes; à legislação extravagante caberia abrir espaço para os seus preceitos²¹⁷.

Entretanto, existiria algum objetivo implícito na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*? Esta indagação encontra uma velada resposta em passagem que encerra a seção sobre a qual nos debruçamos neste momento: “dispôr os elementos para a projectada reforma” – tal é a ordem de idéias que justifica a elaboração deste ensaio e que dominou o autor da *Consolidação das Leis Civis* entre os anos de 1855 e 1858²¹⁸.

Voltemo-nos, agora, à crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS ao *actual systema do direito civil*, segunda seção da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* da qual ora nos ocupamos.

III. 2. 2. O *actual systema do direito civil*.

No que concerne ao *actual systema do direito civil* sobressaem seis aspectos principais sobre os quais trataremos daqui em diante: a) a rejeição da máxima *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* enquanto princípio classificador; b) o enaltecimento da filosofia aplicada de G. W. F. von LEIBNIZ e sua tentativa de estruturação do sistema jurídico a partir da natureza dos direitos; c) o ataque metodológico a J. DOMAT e R. J. POTHIER; d) a notícia sobre a crítica alemã ao paradigma tripartite, a ascensão do

²¹⁷ Nas palavras de A. TEIXEIRA DE FREITAS: “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*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XXXVII). A respeito, cf. A. SURGIK, *O pensamento* cit. (nota 215), pp. 439-446; C. PECORELLA, *Consolidazione* cit. (nota 80), p. 233; J. C. MOREIRA ALVES, *A formação* cit. (nota 121), pp. 17-39 (especialmente pp. 22-23); S. MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit. (nota 01), pp. 79-87 (especialmente p. 114); M. A. de S. SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas: traços biográficos*, Rio de Janeiro, Typographia Hildebrandt, 1905, pp. 42-81; J. L. C. de OLIVEIRA, *A Teoria das Pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 363-364.

²¹⁸ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XL. A interpretação deste trecho é facilitada pela transcrição de período que compõe a *Nova Apostilla*, da qual temos nos servido com frequência: “não confunda a Apostilla a necessidade do methodo com o que ella chama – *principios juridicos*, e *disposições ordinaes*. Não há methodo sem a direcção dos grandes principios da Sciencia, sem as classificações de um vasto systema hierarchico, onde as idéas se distribuem segundo suas relações de subordinação reciproca, ou coordenação collateral; porém não appareça no Código senão o resultado de todos esses trabalhos de composição, e nunca os principios, nunca a filiação das idéas. Tudo isto pertence ao ensino, pertence ás funções do magisterio, pertence á exposição de motivos, ou comentario justificativo, que, segundo a recommendação de Bentham, Meijer, e de outros Escritores, deve sempre acompanhar a empresa de uma codificação nova. A ordem da legislação codificada não deve ser alterada no ensino, e assim prescreveu-se nos Estatutos da Universidade de Coimbra, assim se pratica em França; e por isso mesmo muito esmero se deve pôr na escolha do methodo mais natural, para que a Sciencia não seja constrangida” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 117). A inspiração jusnaturalista do trecho é realçada não apenas pela menção à figura de J. BENTHAM, por exemplo, mas inclusive pela alusão aos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra*, cuja influência sobre a mentalidade jurídica do autor nos parece a cada momento mais evidente.

Pela análise dos temas abordados neste item, cf. S. SCHIPANI, *Sistemas Jurídicos e Direito Romano. As Codificações do Direito e a Unidade do Sistema Jurídico Latino-Americano* in *Direito e Integração*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 45-47.

Code Civil e os focos de resistência tradicionalista; e) o estado da civilística portuguesa durante a primeira metade do século XIX; f) a reformulação sistemática proposta por A. TEIXEIRA DE FREITAS.

A atenção de A. TEIXEIRA DE FREITAS vai estar voltada, sobretudo, aos dois principais paradigmas metodológicos existentes à sua época: de um lado, o *tradicional* sistema romano-justinianeu fundado na tripartição pessoas, coisas e ações; de outra parte, o modelo *inovador* do *Code Civil* de 1804, estruturado em pessoas, bens e modificações da propriedade²¹⁹.

Embora o surgimento do *Code Civil* assinala o declínio da estrutura definida no *Corpus Iuris Civilis*, este paradigma metodológico tradicional vai merecer uma análise crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS voltada, principalmente, aos significados atribuídos aos seus três elementos fundamentais: *pessoas, coisas e ações*²²⁰.

De sua parte, no *Code Civil* é consagrado o espírito liberal da Revolução Francesa: nele a burguesia européia (e inclusive a brasileira) vai encontrar a versão jurídica de sua ideologia político-econômica, muitas vezes em contraste com os interesses de diversas outras classes sociais (inclusive aquela representada pelos grandes proprietários de terras do litoral e do sertão brasileiros)²²¹. De qualquer sorte, o indiscutível acolhimento do

²¹⁹ Eis os três livros em que se divide o Código Civil francês: *des personnes, des biens et des différentes modifications de la propriété e des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Embora não seja objeto da presente análise, cabe destacar que detrás da longevidade deste Código de 1804 existe um profundo sentido de preservação de suas linhas mestras, efetuando-se sempre que possível (e necessário) alterações pontuais que por vezes consubstanciam autênticas revoluções quanto a aspectos isolados do direito civil.

Embora preservado o livro segundo, podemos perceber alterações tanto na estrutura do livro terceiro quanto na matéria relativa às pessoas (livro primeiro, notadamente no que tange aos títulos *I* e *I-bis*). Aliás, neste Código oitocentista podem ser encontradas, inclusive, normas sobre a identificação e o estudo de material genético (título I, capítulo III). Isso para não nos aprofundarmos em autênticas substituições, como aquela promovida no título XVI do Livro III (que originalmente versava sobre a prisão civil e agora dispõe sobre o compromisso e a cláusula compromissória).

²²⁰ Alude-se ao caráter tradicional deste paradigma justinianeu tendo-se em vista o período de cinco séculos que se compreende entre o renascimento do direito justinianeu na metade do século XIII e as reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito (na metade do século XVIII). A respeito da época do renascimento do direito romano-justinianeu, cf. item II. 2. 1 e respectivos detalhamentos.

Sobre a importância do direito justinianeu como modelo sistemático, S. SCHIPANI destaca que a confluência de uma reinterpretação constitutiva (*ius civile generatim constitutum*) e de uma proposta de formação do *perfectus orator* (*de iure civili in artem redigendo*) resultou nas *Institutiones*, onde “si è realizzata la sintesi di un metodo che possiamo schematicamente qualificare ‘sistemico-costitutivo’ del diritto, e di una esigenza ‘sistemico-didattica’, che ha dato vita ad un principio specifico di opera giuridica destinata alla formazione iniziale del giurista, e composta dalla ricostruzione sistematica di un nucleo centrale del diritto (...) capace di *conglutinare*, quase intorno a un centro irraggiante ordine, gerarchizzazione di principi e regole ecc., una realtà *dissoluta et divulsa*, esistente e ‘ricostruibile’ in *luculentam consonantiam*” (S. SCHIPANI, *Il ‘metodo didattico’* cit. (nota 47), p. 535).

²²¹ Sobre a vinculação do *Code Civil* aos interesses da burguesia e pela contraposição entre a *conservação* (da riqueza) característica da sociedade romana e a *circulação* capitalista francesa, merecem atenção as

Código Civil francês vai justificar o respeito que em relação a ele é nutrido por A. TEIXEIRA DE FREITAS, ainda que entremeado com o destaque de suas respectivas incoerências e contradições.

Como veremos, após interrogar a *natureza das coisas*, ambos os modelos serão então rejeitados pelo autor, uma vez que nenhum deles guarda correspondência com o “único e verdadeiro principio classificador do Direito Civil propriamente dito”; e A. TEIXEIRA DE FREITAS encerrará este trecho de sua abordagem com a declaração do critério que lhe parece mais adequado à explicação e ao desenvolvimento do sistema do direito civil propriamente dito²²².

Para bem compreender esta seção da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, nada melhor do que ter por perto uma observação lançada pelo autor ao cabo da exposição: “tenham os professores liberdade na opção do methodo mais proprio para facilitar o ensino, porém não haja nisto puro arbitrio. O methodo inflúe na theoria, e a theoria em materias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo. Para evitar desvios e para ao mesmo tempo não constrangêr a doutrina, ou falsificar a sciencia, melhor é que, emprehendendo-se uma legislação nova,

observações de F. GALGANO. De fato, sobre o direito romano e a conservação da riqueza, o autor destaca que “il sistema del diritto privato romano era (...) un sistema giuridico basato sulla conservazione, e non sulla accumulazione, della ricchezza; preordinato al godimento dei beni, non alla ricerca del profitto. La società che lo aveva prodotto era una società nella quale (...) ‘l’ideale supremo della classe dirigente non era lo sviluppo, ma la sicurezza e la stabilità’. Lo strumento giuridico che aveva garantito alla classe dirigente di Roma lo sfruttamento delle risorse (e, in una economia basata sulla schiavitù, della stessa forza-lavoro) era stato il diritto di proprietà; l’intero sistema giuridico era incentrato sul rapporto con le cose: ‘tutto il diritto’ – aveva insegnato Ulpiano – ‘tratta del come una cosa diventi di uno, o del come uno conservi la sua cosa, o del come uno la alieni o la perda (...) il contratto era (...) concepito come uno dei mezzi mediante i quali si acquista o mediante i quali si dispone della proprietà; la sua disciplina era dominata dall’esigenza di proteggere i contraenti in quanto proprietari che dispongono delle proprie cose” (*Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 5-6).

Já quanto às novas necessidades da economia francesa, o autor assinala que “il nuovo principio delle libertà di forme interpreta le oposte esigenze di moltiplicazione della ricchezza, di valorizzazione del capitale commerciale: il mercante deve, incessantemente, comperare e rivendere; il suo profitto è tanto maggiore quanto più compera e rivende; l’interesse che il diritto protegge è l’interesse alla conclusione degli affari: non l’interesse di chi, vendendo, dispone di un proprio bene o l’interesse di chi, comperando, dispone del proprio danaro, ma l’interesse di chi, professionalmente, compera e rivende e tiene, comunque, alla conclusione della maggiore quantità possibile di affari” (p. 6).

²²² Noticiando a busca por um critério adequado tanto nos monumentos legislativos ao seu alcance, como por meio do recurso à natureza das coisas, assim se pronunciou o autor na *Nova Apostilla*: “nós também por largo tempo, em todo o decurso de nossa *pratica forense*, muito pensamos sobre este assumpto, compulsamos os monumentos legislativos, combinamos com elles todas as theorias conhecidas, *fechamos os livros, e interrogamos a natureza das cousas*. E qual o fructo de tanto porfiar? Não achamos por certo a pedra philosophal, não nos desvanecemos com a vaidade de ter feito alguma descoberta: e todavia, convencidos como estamos de que na ordem physica e moral ha uma realidade de cousas com as suas relações apreciaveis, que corresponde a um methodo natural, chegamos á crença íntima e firme de ter aproveitado dos trabalhos e pesquisas anteriores uma fundamental distincção, que nos fornece o único e verdadeiro principio classificador do Direito Civil propriamente dito ” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 10).

muito se medite á respeito do methodo conveniente”. Nesta assertiva encontraremos, pois, uma das principais características atribuídas à obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS: a unificação dos papéis de legislador e de doutrinador²²³.

Observaremos que tal unificação é promovida no altiplano científico através da eleição de um critério metodológico principal: na divisão de entrada estabelecida pela dicotomia entre *direitos reais* e *direitos pessoais* o autor declarará que “repousa todo o systema do Direito Civil”. Rejeitando a tripartição romano-justinianéia em *personas*, *coisas* e *ações* – “cuja importancia se tem exagerado” em detrimento de uma nova forma de compreensão do jurídico, muito mais próxima da natureza das coisas (da *recta ratio* jusnaturalista) – o autor fará valer o *usus modernus pandectarum* definido pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772)²²⁴.

Uma vez destituída a *communis opinio doctorum* de sua autoridade extrínseca, o autor vai ter a liberdade de método necessária para submeter a máxima romana “omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones” ao crivo do uso moderno que dela faziam as nações cristãs da Europa. Assim, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai mais além do que P. J. de MELLO FREIRE dos Reis na defesa da *boa razão* jusracionalista: não demonstrando qualquer receio em se desvencilhar de uma tradição jurídica insustentável, prioriza a busca por um método mais adequado à exposição da verdade científica *única*²²⁵.

²²³ Pelo trecho referido, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXII. Sobre a unificação dos papéis de legislador (codificador) e de doutrinador (jurista-cientista) – entre ciência e normação – e acentuando o fervor de A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto à codificação “científica” do direito civil brasileiro, O. de CARVALHO destaca que “Teixeira de Freitas não distingue os dois papéis – o do codificador e o do jurista-cientista –, visto que um código para ele tem de ser obra de ciência (...) de resto, foi em nome da ciência – ou em nome do método – que na *Consolidação* e na *Nova Apostilla* em grande parte criticou as codificações anteriores, ou os projectos conhecidos, sobretudo o *Code Napoléon* e o projecto do primeiro Código Civil Português” (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), p. 118).

Aliás, o papel de jurista-cientista o leva à proposta de um repositório das leis que ensinam, paralelo ao conjunto de preceitos que mandam, consubstanciado este último no Código Civil; tal é o teor da proposta levada a efeito na *Carta de 20 de Setembro de 1867*. Com efeito, O. de CARVALHO observa que “a simbiose entre ciência e normação (...) assume em Freitas um fervor apostólico em que a contínua e inquieta perseguição do absoluto não impede a fanática dogmatização do relativo (pois, enquanto não se supera, é o absoluto possível) (...) com Savigny mergulhou na Escola Histórica e com ele praticamente ficou (...) [naquele influenciado] ‘além da perspectiva histórica, a idéia de sistema como sistema ‘científico’ construído a partir dos conceitos jurídicos – idéia que serviu de arranque para a ‘jurisprudência dos conceitos’ (...) [bem como] a metodologia seccionista da classificação das ‘espécies de relações jurídicas’ dos §§ 53 ss. do tratado de Savigny (...) e mesmo sem a relativa atenção pelos institutos que fundamenta a divisão tripartida do seu princípio classificatório básico e, por fim, a divisão quadripartida em que ordena, um último termo, os vários tipos de relações” (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 118-119).

²²⁴ Pelo trecho referido, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XLVII-XLVIII.

²²⁵ Cf. *Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 6 (trecho transcrito na nota 259, em que o autor assevera que “a verdade é uma só”).

E como veremos, em vez de demolir a tradição jurídica luso-brasileira para reconstruir o sistema sobre as bases importadas da França – como se verificou em Portugal com a promulgação do Código Civil *individualista* de 1867 – A. TEIXEIRA DE FREITAS preferiu reformar (ainda que radicalmente) o edifício jurídico de que dispunha, injetando-lhe um novo princípio motor (a distinção entre *direitos reais* e *direitos pessoais*). Com isso, para reiterarmos a feliz expressão de G. BRAGA DA CRUZ já referida neste estudo, encheu “odres velhos de vinho novo”; mas antes disso foi preciso esvaziá-los e limpá-los cuidadosamente, libertando-os de todo ranço bartolista que ainda os gravasse²²⁶. É sobre este trabalho de depuração que ora nos deteremos.

Assim, logo no início da seção *actual systema do direito civil*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a máxima romana “*omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*” (encontrada no Digesto, nas Institutas de Justiniano e nas Institutas de Gaio) adquiriu autoridade de proposição científica junto aos comentadores portugueses. Conforme informa o autor, uma vez erigida à categoria de princípio classificador das Leis Romanas, sua exatidão foi insuscetível de discussão durante um intervalo significativo²²⁷.

²²⁶ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário* cit. (nota 08), p. 404.

²²⁷ G. 1, 8 (“Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”; “todo o direito de que usamos ou respeita às pessoas ou às coisas ou às ações”); J. 1, 2, 12 (“Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”; “Ora, todo o direito de que usamos respeita às pessoas, às coisas ou às ações”); D. 1, 5, 1 (“Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones” – “todo el derecho de que usamos, concierne ó á las personas, ó á las cosas, ó á las acciones”).

Aliás, o autor destaca que Cujácio repreendera severamente todos aqueles que censuraram a ordem estabelecida no Digesto, considerando-os *imperitissimi* e *ineptissimi*. Com efeito, o juízo de A. TEIXEIRA DE FREITAS a respeito deste posicionamento de Cujácio pode ser depreendido do seguinte comentário: “que veneração supersticiosa!” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XL). De fato, deste comentário é possível extrair uma influência iluminista decorrente da metodologia de ensino desenvolvida após a promulgação da *Lei de 18 de Agosto de 1769*, e principalmente, dos *Estatutos Novos da Universidade de Coimbra de 1772*, cuja influência por meio dos *Estatutos do Visconde da Cachoeira* se fez sentir na formação do autor. Sua contrariedade à veneração absoluta dos textos romanos (ainda que discrepantes da realidade perceptível pelo filtro da *recta ratio* racionalista e mesmo que retidos pelo *uso moderno* do direito romano perpetrado pelas modernas nações cristãs da Europa) revela indisfarçável influência do iluminismo jurídico português. Contudo, ela fica mais evidente quando se toma mais de perto o comentário do autor (“que veneração supersticiosa!”) e o aproximamos do § 10 da *Lei da Boa Razão*, em que se emprega exatamente o termo “supersticiosa” para uma alusão à generalidade alcançada pelas Leis Imperiais até então. Esta similitude, guardados os outros fatores que aproximam a obra do *usus modernus pandectarum* português, não parece, aliás, simples coincidência.

Por fim, destaque-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS é categórico ao afirmar que a máxima romana foi utilizada como autêntico *princípio classificador*: “este enunciado (...) foi considerado um principio classificador das Leis Romanas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XL). Isso vai ser corroborado em oportunidade ulterior, quando analisarmos, por exemplo, a disposição das obrigações nas obras de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis e de M. A. BORGES CARNEIRO.

Observe-se que todas as alusões a passagens do *Corpus Iuris Civilis* – excetuadas às *Institutas* (das quais dispõe-se de tradução em vernáculo *supra* referida) – serão acompanhadas das traduções dos textos latinos obtidas a partir da tradução de I. L. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889).

No entanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que este preceito não foi acolhido como princípio sistemático quando da disposição das matérias no *Digesto*, no *Codex* e mesmo nas *Institutas* de Justiniano. No que respeita às duas primeiras fontes, o autor conclui pela completa ausência de método expositivo. Quanto às *Institutas*, duas observações são feitas para destacar a distribuição incoerente das matérias (em um trabalho expressamente destinado ao ensino): em primeiro lugar, a separação das sucessões testamentária e *ab intestato* nos Livros Segundo e Terceiro da obra; além disso, a cisão das obrigações *contratuais* e *ex delicto* nos Terceiro e Quarto Livros respectivos²²⁸.

Denunciando a influência de idéias iluministas a respeito da importância e da autoridade das Leis Romanas para o estudo e a compreensão do direito vigente (as quais já em Luís António Verney podiam ser entrevistas), A. TEIXEIRA DE FREITAS reputa insuficiente tal princípio classificador das matérias, ainda que com as adaptações pretendidas por determinados juristas portugueses da época²²⁹.

Por oportuno, o primeiro problema a ser enfrentado por qualquer estudioso estava em bem compreender o alcance da “tríplice distinção” formulada por Gaio. Para

²²⁸ *Consolidação cit.* (nota 04), pp. XL-XLI. De fato, a análise das *Institutas* nos revela que a matéria relativa à sucessão testamentária está desenhada ao final do Livro II, na seguinte ordem: J. 2, 10 *Da feitura dos testamentos*; J. 2, 11 *Do testamento militar*; J. 2, 12 *Aos que não é permitido fazer testamento*; J. 2, 13 *Da deserção dos filhos*; J. 2, 14 *Da instituição dos herdeiros*; J. 2, 15 *Da substituição vulgar*; J. 2, 16 *Da substituição pupilar*; J. 2, 17 *De que modo se invalidam os testamentos*; J. 2, 18 *Do testamento inoficioso*; J. 2, 19 *Da qualidade e diferença dos herdeiros*; J. 2, 20 *Dos legados*; J. 2, 21 *Da revogação e transferência dos legados*; J. 2, 22 *Da Lei Falcidia*; J. 2, 23 *Das heranças fideicomissárias*; J. 2, 24 *Das coisas singulares deixadas em fideicomisso*; J. 2, 25 *Dos codicilos*. Por sua vez, a sucessão *ab intestato* está disciplinada no início do Livro Terceiro, sob a ordem seguinte: J. 3, 1 *Das heranças deferidas abintestado*; J. 3, 2 *Da Legítima sucessão dos agnados*; J. 3, 3 *Do Senatusconsulto Tertulliano*; J. 3, 4 *Do Senatusconsulto Orfitiano*; J. 3, 5 *Da sucessão dos cognados*; J. 3, 6 *Dos graus de cognação*; J. 3, 7 *Da sucessão dos libertos*; J. 3, 8 *Da assinação dos libertos*; J. 3, 9 *Das posses dos bens*; J. 3, 10 *Da aquisição por adrogação*; J. 3, 11 *Daquele a quem se adjudicam os bens por amor da liberdade*; J. 3, 12 *Da revogação das sucessões que tinham lugar pela venda dos bens e das do Senatusconsulto Claudiano*.

No que toca à cisão da matéria relativa às obrigações, cabe destacar a segunda parte do Livro Terceiro, na qual estão descritas: J. 3, 13 *Das obrigações*; J. 3, 14 *De que modos se contrai a obrigação pela tradição da coisa*; J. 3, 15 *Da obrigação verbal*; J. 3, 16 *De dois réus estipulantes e promitentes*; J. 3, 17 *Da estipulação dos escravos*; J. 3, 18 *Da divisão das estipulações*; J. 3, 19 *Das estipulações inúteis*; J. 3, 20 *Dos fidejussores*; J. 3, 21 *Da obrigação literal*; J. 3, 22 *Da obrigação consensual*; J. 3, 23 *Da compra e venda*; J. 3, 24 *Da locação e da condução*; J. 3, 25 *Da sociedade*; J. 3, 26 *Do mandato*; J. 3, 27 *Das obrigações quase-contratuais*; J. 3, 28 *Por que pessoas adquirimos obrigação*; J. 3, 29 *De que modo se extingue a obrigação*. Já na parte primeira do Livro Quarto encontramos a matéria concernente à responsabilidade civil extracontratual: J. 4, 1 *Das obrigações nascidas de um delito*; J. 4, 2 *Do roubo dos bens*; J. 4, 3 *Da Lei Aquilia*; J. 4, 4 *Das injúrias*; J. 4, 5 *Das obrigações nascidas de um quase-delito*.

Deste modo, as críticas levadas a efeito por A. TEIXEIRA DE FREITAS são pertinentes, na medida em que, como visto, há uma separação tanto no que concerne ao direito das sucessões (sucessão testamentária ao final do Livro II e sucessão legítima na primeira parte do Livro III), quanto no que respeita ao direito das obrigações (com toda a parte relativa à teoria geral das obrigações e aos contratos em espécie na segunda parte do Livro III e o estudo da responsabilidade extracontratual legada à primeira seção do Livro IV).

²²⁹ Sobre as posições de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, M. BORGES CARNEIRO, J. H. CORREIA TELLES e M. A. COELHO DA ROCHA trataremos com detalhes logo adiante.

tanto, era imprescindível nela situar o estudo das *obrigações*: ou sob a seção primeira (*das pessoas*), sobrelevando-se o titular do dever jurídico, a prestação a que estava jungido e o caráter relativo dos direitos delas decorrentes; ou sob a parte segunda (*das coisas*), realçando-se sua respectiva abordagem enquanto coisas incorpóreas (*res incorporales*); ou, finalmente, na parte terceira (*das ações*) – seja em função de seu caráter propedêutico ao estudo das ações, seja mesmo em decorrência de se apresentarem todas essas (em última análise) sob a forma de crédito contra os responsáveis pela eventual lesão a direitos subjetivos²³⁰.

Com efeito, no âmbito da civilística portuguesa tanto P. J. de MELLO FREIRE dos Reis como M. BORGES CARNEIRO acabaram por adotar o critério estabelecido pelas fontes romanas, razão pela qual (sob este aspecto) poderíamos considerá-los *conservadores*. Com relação ao primeiro autor, o apego à tradição metodológica decorre, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, do completo desinteresse pelas questões de método; já quanto a M. BORGES CARNEIRO, por lhe parecer a distinção tripartite mais satisfatória que as divisões propostas pelas novas teorias²³¹.

²³⁰ *Consolidação cit.* (nota 04), p. XLI. De fato, a similitude entre as *obrigações* e as *ações* é posta em relevo por A. TEIXEIRA DE FREITAS, uma vez que as ações “ainda mesmo motivadas pela violação de *direitos absolutos*, tem sempre um carácter relativo” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XLIII); todavia, a similaridade termina aí mesmo, apressando-se o autor em distinguir os conceitos, uma vez que a “*obrigação* preexiste independente da *acção*; e que a *acção* é a via *commum*, tanto para fazer valêr em Juízo o direito das obrigações (*direitos pessoas*), como para restabelecer o direito sobre as cousas (*direitos reaes*)” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. XLIII-XLIV).

De fato, diagnosticando A. TEIXEIRA DE FREITAS como um dos principais problemas a definição da abrangência dos conceitos de *pessoas*, *coisas* e *ações*, em nota específica (n. 20) da *Introdução* trata das três principais acepções emprestadas ao termo *ação*: o sentido vulgar de ato humano; o sentido de direito de demandar em Juízo (*jus persequendi in Judicio*) e o de exercício do direito de demandar (*medium persequendi*). Ao final da nota observa que “a *acção*, pois, é um *direito*, é um *meio*; é simultaneamente, um *direito*, e um *meio*. – Como meio, isto é, como facto do homem para reconhecimento judicial de seus direitos, a *acção* entra na classe dos – *actos juridicos*” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. XLIII-XLIV).

²³¹ *Consolidação cit.* (nota 04), pp. XLI-XLII. Sobre a posição de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, cf. *Institutiones cit.* (nota 12), especialmente o § 1º. Aliás, em comentário à referida obra de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis, A. R. de LIZ TEIXEIRA observa que “os direitos, e por consequencia as obrigações, que lhes são correspondentes, resultão da qualidade e circunstancias, que formão o estado do sujeito, já da natureza das cousas, que fazem o seu objecto, já do facto lícito ou ilícito, d’onde pelas disposições das Leis resultão directamente direitos, e por consequencia obrigações, ou estas, e por consequencia aquelles. Esta distribuição geral dos direitos encontra-se indicada nas Institutas de Caio, seguida nas regras d’Ulpiano, e adoptada na Instituta de Justiniano: por ella se classificação os direitos: 1º em quanto ás pessoas; 2º em quanto ás cousas; 3º em quanto ás acções, comprehendendo-se n’estas as obrigações, que são o fundamento daquellas. Esta distribuição foi abraçada pelo Sr. Paschoal no § 1º deste Livro; e segundo ella estabelece o plano da ordem e arranjo das materias nas suas Instituições de Direito Particular Lusitano. Bentham combate esta distribuição: a Escola Allemã moderna está dividida a este respeito. Com tudo entre nós, que temos por subsidiário o Direito Romano, o qual além disso é a fonte mais copiosa e abundante da nossa Legislação Patria, parece, que tal distribuição deve ser preferida a qualquer outra inventada; sem com tudo podermos ou devermos esperar uma tal filiação nas materias, que um ou outro objecto d’uma classe não seja tocado n’outra, o que seria em nosso entender impossivel d’evitar” (A. R. de LIZ TEIXEIRA, *Commentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845, pp. 67-68).

Entretanto, tanto P. J. de MELLO FREIRE dos Reis como M. BORGES CARNEIRO analisam as *obrigações* sob a terceira parte (*das ações*) – tendo inclusive o último autor alterado sua epígrafe para incluir o termo *obrigações*. Por esta razão A. TEIXEIRA DE FREITAS assevera que o princípio romano não foi efetivamente aplicado pelos autores, embora reconheça a menor imperfeição da nova proposta de disposição das matérias²³².

Rejeitada a abordagem das *obrigações* como etapa preparatória ao estudo das *ações* (por implicar um intolerável desvirtuamento da máxima romana posta em discussão), outros expedientes foram utilizados pela doutrina na tentativa de superação do impasse evidenciado: alguns consideraram a matéria integrante do primeiro ramo da divisão (*peessoas*); outros, por sua vez, emprestaram ao termo *ações* uma acepção amplíssima, similar à de *atos jurídicos* (suscetíveis de “produzir, ou de fazer cessar, direitos ou obrigações”)²³³.

Ora, respeitado o “princípio classificador” estabelecido nas *Pandectas*, prevalecia, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, a posição dos que compreendiam as

Dai se depreendem duas informações relevantes: a primeira, de que a disciplina das obrigações verdadeiramente foi transportada para a parte relativa às ações, *sob o fundamento de que aquelas são o fundamento destas últimas*; em segundo lugar, a circunstância de que a acolhida deste princípio classificador foi feita em um ambiente já consciente da hostilidade que já lhe era dirigida, e em função da autoridade do direito romano por seu caráter subsidiário à Legislação nacional. Como se pode perceber, as luzes e o *usus modernus pandectarum* já começavam a atingir o próprio método utilizado pelos autores na abordagem sistemática das matérias tratadas.

Por sua vez, laconicamente, M. A. BORGES CARNEIRO assim justifica o método de exposição adotado em seu estudo: “a obra está dividida em tres Livros, das *Pessoas*, *Cousas*, e *Obrigações*, tres objectos do Direito, cuja ordem foi adoptada pelo Direito Romano, e é certamente boa e preferivel a algumas novas theorias” (*Direito Civil* cit. (nota 14), p. V). A razão pela qual se mostra preferível a ordem tradicional não é declinada pelo autor, e isso será destacado por A. TEIXEIRA DE FREITAS em nota específica (n. 17) da *Introdução* (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XLII).

²³² *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XLII-XLIII. Sob este aspecto duas considerações hão de ser feitas: em primeiro lugar deve-se destacar que é perfeitamente conforme ao espírito da *Lei da Boa Razão* e dos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* o rearranjo da *tríplice distinção* proposto pelos juristas referidos (os quais desenvolviam o *usus modernus pandectarum* ao adequar os padrões decorrentes do direito romano à leitura que pretendiam tomar como *moderna*). Sob este aspecto, a única condenação que poderiam sofrer seria a decorrente da inexactidão do *novo* método desenvolvido.

Todavia, há que se observar, de outra parte, que ambos expressamente adotam o princípio classificador romano (P. J. de MELLO FREIRE dos Reis ao início do Livro Segundo das Instituições e M. BORGES CARNEIRO no *Prefácio* de sua obra). Desta feita, a crítica que lhes dirige A. TEIXEIRA DE FREITAS é inteiramente procedente, na medida em que, sob a epígrafe *ações* não deveriam estar disciplinadas as *obrigações*, mas apenas as ações delas decorrentes.

Sobre a abrangência da matéria relativa às obrigações pela seção onde se discorre sobre as ações, cf. as observações de A. R. de LIZ TEIXEIRA às *Instituições* de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis e a epígrafe adotada por M. A. BORGES CARNEIRO referidas em nota imediatamente anterior.

Com relação à obra de M. A. BORGES CARNEIRO é importante que o leitor tenha presente o fato de que restou incompleta a sua edição, tendo sido ultimada em vida do autor apenas a primeira das partes (relativa às pessoas), e postumamente a parte relativa às coisas, sob os cuidados de Emygdio Costa.

²³³ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XLIV.

obrigações como *res incorporales*, enquadradas, portanto, na parte relativa às coisas; todavia, assinala que tomados os direitos (inclusive os decorrentes das obrigações) como coisas “de criação jurídica (...) todos os direitos vêm sucessivamente accommodar-se na divisão das cousas incorporeas”. Por outro lado, consideradas as coisas em sua acepção natural (relegando-se as prestações de *factos ou serviços* para a parte das *pessoas*), desapareceria toda a diferença entre os *direitos reais* e os *direitos pessoais*, além do que se combinariam direitos derivados de princípios opostos, ao mesmo tempo em que se separariam categorias jurídicas afins²³⁴.

²³⁴ A análise parafraseada consta das páginas XLV-XLVII da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, em que se observa a dificuldade quanto ao enquadramento das obrigações na sistemática tradicional: “se começamos pelas – *pessoas* –, e descrevermos todos os seus direitos; nada mais teremos á fazer, e torna-se portanto inútil a divisão (...) todo o direito pertence às pessoas, todo o direito é – *poder effectuado* –, embora exercível com mais ou menos intensidade. As diferentes especies d’esse – *poder effectuado* – são os direitos considerados em sua extensão. D’ahi dimanão as distincções, e as divisões (...) as cousas incorporeas – *quae tangi non possunt* – comprehendem todos os direitos – *quae in jure consistunt* – e obrigações por qualquer modo contrahidas – *obligationes quoquo modo contractae* –; e admittida esta theoria, como judiciosamente pondera Ortolan, todos os direitos vêm succesivamente accommodar-se na divisão das cousas incorporeas.

Se tomamos as – *cousas* – no sentido stricto e natural, distribuindo-as para uma classe privativa, e reservando para outra classe – a das *pessoas* – as – *prestações de factos* – ou – *serviços*, achar-nos-hemos com os seguintes resultados: 1º as disposições concernentes ao *dominio*, e ás suas desmembrações, serão reunidas com a materia de obrigações relativas á entrega e ao gozo das – *cousas*, – *obligationes dandi* –, quaes as dos contractos em sua maior parte: 2º Dessas obrigações relativas ás *cousas* serão separadas todas as outras, que tendem ao cumprimento de *serviços*, – *obligationes faciendi* –, quaes as dos contractos de mandato, locação de serviços; assim como as que respeitam á extensão do poder paternal, e do poder marital; 3º Desaparecerá desta sorte toda a diferença entre os *direitos reaes*, e *direitos pessoais*; diferença tão importante, que é a chave de todas as relações civis” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. XLV-XLVII).

A passagem de J. M. E. ORTOLAN a que o autor se refere é a seguinte: “si l’on voulait rattacher à cette indication générale la théorie particulière de tout ce qui est chose incorporelle, il faudrait ranger ici successivement tous les droits, même le droit de propriété, bien qu’on semble le confondre, dans la pratique, avec la chose sur laquelle porte ce droit” (*Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu’à la législation moderne et généralisation du droit romain I*, 2ª ed., Paris, Plon, 1884, p. 597).

Ora, este último enfoque (por meio do qual se dividem as obrigações conforme estejam vinculadas a coisas ou a prestações de fatos ou serviços) denuncia de modo inequívoco o *uso moderno do direito romano* perpetrado pela doutrina das nações cristãs da Europa: ou seja, buscava-se conferir aos textos e modelos justinianeus um novo arranjo, suscetível de preencher as necessidades de uma nova sociedade, extirpando-se todas as mazelas descritas, no caso português, pelo § 9º da *Lei de 18 de Agosto de 1769*; objetivava-se, pois, preservar a matriz romana o quanto fosse possível. Contudo, o esgarçamento do sistema (com a aproximação de direitos díspares e separação de institutos afins) era um preço alto demais a ser pago pela preservação do esquema tradicional, contra o qual, ao final de uma cuidadosa crítica, se volta A. TEIXEIRA DE FREITAS, concluindo pela insustentabilidade do enunciado tradicional: “eis o fructo da rigorosa applicação de um enunciado equivoco, que não póde ser preceito de methodo. E como romper os laços naturaes das relações jurídicas, envolvendo em ficticia combinação direitos, que derivão de principios oppostos; e desligando outros, que visivelmente funcção com identicos effeitos? Renda-se homenagem á sagacidade dos Jurisconsultos Romanos, *mas não se diga , que houve idéa normal de systema nesse famoso texto, cuja importancia se tem exagerado*” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. XLVII-XLVIII, os itálicos no trecho final são nossos). Ou seja, a máxima não se mostrava albergada, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, pelo conceito de *boa razão*, consistente “nos primitivos Principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteráveis, que a ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalizaram para servirem de regras Morais, e Civis entre o Cristianismo” (*Lei da Boa Razão*, § 9º).

Observe-se que o autor, em nota de rodapé específica (n. 29) invoca em seu auxilio a opinião de A. J. RIBAS, o qual destacou que “posto que Justiniano pretendesse dar força legislativa a este principio de classificação, como se se podessem decretar as verdades scientificas, nem por isso tornou-se elle mais exacto e verdadeiro.

Constatada a insustentabilidade do referido preceito romano (tal qual princípio classificador do Direito), inicia-se então a segunda fase da análise desenvolvida por A. TEIXEIRA DE FREITAS com relação ao *actual systema do direito civil*. Não sendo possível encontrar entre os antigos o supremo critério (a *divisão de entrada*) sobre a qual seria erigido o *sistema* constituído pela Legislação Pátria, buscou-o o autor também entre os modernos: em G. W. F. von LEIBNIZ; em J. DOMAT e R. J. POTHIER (quanto ao direito francês anterior à codificação); e ainda junto às principais codificações européias contemporâneas do *Code Civil*²³⁵.

A análise da nova metodologia é iniciada por meio de uma referência a G. W. F. von LEIBNIZ, o qual em sua *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae* não apenas censurou a ordem estabelecida nas *Institutas* de Justiniano, como ainda asseverou que uma classificação jurídica deve estar fundada nas diferenças latentes entre os *direitos subjetivos* (e as obrigações correlatas), e não naquelas havidas entre as *pessoas* e as *coisas*. Assim, pondo de lado a tradicional metodologia romano-justinianéia,

O mesmo Imperador não se lhe conservou fiel na coordenação das suas diversas compilações legislativas, e hoje está provado que Florentino também não o adoptou nas suas *Institutas*, nem o próprio Gaio nas suas *Res quotidianae*. O methodo de Gaio não se presta com effeito á boa distribuição das materias de um codigo” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1865, pp. 313-315).

De fato, como ressalta o autor, tomando-se em consideração as coisas em sua acepção natural, ter-se-ia uma disciplina na qual seriam aproximados os contratos que ensejam obrigações de dar e os negócios jurídicos de disposição; ao mesmo tempo em que daqueles seriam distanciados os contratos que ensejassem obrigações de fazer. Esta preservação a todo custo do critério estabelecido pela tradição romana vai parecer a A. TEIXEIRA DE FREITAS insustentável, evidenciando a necessidade de eleição de uma nova fórmula responsável pela partição dos direitos subjetivos.

Não conseguindo conter, pois, o próprio espírito investigativo, em trecho acima reproduzido podemos perceber que A. TEIXEIRA DE FREITAS já nesta parte do estudo participa ao leitor o *supremo critério* sobre o qual foi edificado seu sistema, correspondente à “chave de todas as relações civis”.

²³⁵ De fato, A. TEIXEIRA DE FREITAS revela influência da liberdade de pesquisa iluminista ao mencionar o contato com as propostas de classificação desenvolvidas por “Jurisconsultos de espírito mais independente” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. XLVIII-XLIX). Vários são os autores referidos de passagem, como Vulteo, Conrado Lago, Connano, Hotoman e Althusio. Contudo, dentre todos estes pensadores sobressai G. W. F. von LEIBNIZ, conforme observar-se-á mais adiante.

S. A. de B. MEIRA ressalta o influxo das mais diversas fontes modernas sobre a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS: “enquanto, na *Consolidação*, aproveita a grande massa de legislação portuguesa, vinculada às *Ordenações*, na *Introdução* invoca, para justificar as modificações introduzidas nos textos, não apenas códigos estrangeiros, como o da Prússia de 1794, o da Baviera de 1756, o da Sardenha, o das Duas Sicílias, o da Luisiana, o do Ducado de Baden, os de contões suíços de Berna, Vaud, Friburgo, Argovia, o da Áustria de 1811, o da Holanda de 1838. Serve-se também da doutrina européia, especialmente Mello Freire, Savigny, Mackeldey, Maynz, Du Carroy, Ortolan, Blondeau, Zachariae, Massé, Heinécio, Ahrens, Marezoll, Foelix, Toullier, Troplong, Merlin, Pothier” (*O jurisconsulto brasileiro* cit. (nota 06), p. 75). Observação no mesmo sentido é articulada por M. REALE, *Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 41-42.

proclamou uma distinção entre os direitos de acordo com as cinco *causas* que os fizessem nascer ou cessar: a *natureza*, a *convenção*, a *sucessão*, a *posse* e o *delito*²³⁶.

²³⁶ A observação de G. W. F. von LEIBNIZ de que a classificação do Direito Civil deveria estar voltada à distinção entre os direitos (e não entre os seus titulares ou as coisas sobre as quais recaíssem) foi levada em conta por A. TEIXEIRA DE FREITAS, que encontrará na diferenciação entre as suas eficácias (extensão) a *suma divisio* de seu sistema: “sem duvida, é impossível haver verdadeira classificação, sem que se a derive das diferenças e conformidades, que constituem a natureza das cousas; e tal foi o principio director, que cuidamos de fixar logo ao começo de nossos trabalhos”. Acompanhando novamente posição defendida por G. W. F. von LEIBNIZ, o autor assinala que o estudo das *ações* deve ser efetuado juntamente dos direitos de que são conseqüências, “por ocasião (...) [dos quais] devem ser explicadas, seguindo a importante distinção do – *jus in re* – e do – *jus ad rem* –, isto é, de – *domínio* – e da – *obrigação*”. Contudo, como em tempo ressalva o jurista brasileiro, aqui se trata da ação enquanto “*ius persequendi* –, e não como – *medium persequendi*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XLIX); ou seja, a ação em sentido material e não sob o aspecto processual.

Sobre as cinco causas referidas no corpo do texto (*natura, successio, possessio, conventio* e *iniuria*), cf. G. W. F. von LEIBNIZ, *Methodi Novae discendae docendaeque iurisprudentiae – Pars II - Specialis* in *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis – opuscula, et institutiones I*, Neapoli, Typographia Mutiana, 1754, pp. 33-34.

Cabe destacar que as cinco causas das quais derivam os direitos subjetivos (*natureza, convenção, sucessão, posse e delito*) são o germe das categorias que integram o conceito amplo de fato jurídico, e que tem na Parte Geral do Código Civil seu lugar específico. Deste modo, tanto G. W. F. von LEIBNIZ quanto A. TEIXEIRA DE FREITAS irão buscar em diferenciações relativas à *totalidade* dos direitos seus critérios de estruturação do sistema: o primeiro parte do nascimento (*causa*) dos direitos subjetivos constituídos; o segundo dá preferência ao desenvolvimento, ao exercício (*eficácia*) dos direitos o lugar de destaque na cena construída. As duas classificações – pautadas em critérios distintos, como visto – não são contrárias à idéia de sistema, na medida em que se pretende que todo e qualquer elemento do repertório normativo possa ser reconduzido a uma de suas categorias elementares; deste modo, a opção por um ou por outro critério pode parecer, à primeira vista, mais uma questão de gosto do que de método.

Com efeito, G. W. F. von LEIBNIZ e A. TEIXEIRA DE FREITAS não contaram com os avanços promovidos pela pandectística do final do século XIX para tornar mais clara a separação metodológica entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Civil. Todavia, A. TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço do Código Civil* e na *Carta de 20 de Setembro de 1867* ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada já entrevê a diferença de destinatários do *Código Geral* e do *Código Civil*: o primeiro para os iniciados, os especialistas, os juristas; o segundo para o povo, nos moldes liberais decorrentes da Revolução de 1789. Reiterando a distinção levantada poucas notas atrás, é visível a abrangência da idéia de sistema externo pelo primeiro e a adstrição do segundo ao sistema interno (variável e contingente). Neste sentido P. RESCIGNO destaca a diferença de abordagem entre o *Código Geral* e a *Parte Geral* do *Código Civil*: “la *parte geral*, avvertendo circa il criterio distintivo tra la tecnica del codice generale e quella della parte generale del codice civile, la prima d’indole tutta definitiva, laddove nel codice civile la ‘generalità’ delle previsioni non ne rimuoveva il carattere precettivo” (*La “parte generale” del codice civile nell’Esboço di Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 342).

O nascimento dos direitos, eventuais defeitos de formação (invalidades absolutas e relativas) competem não ao leigo, mas ao jurista que o assessora. Todavia, a eficácia – direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções (bem como sua respectiva extensão) – correspondem a matérias às quais estão mais imediatamente jungidos os interesses da população. Embora obviamente todo e qualquer sujeito de direito tenha interesse em que seus contratos sejam plenamente válidos, a parte não deseja nem o *comodato* nem o *mútuo*: quer o *empréstimo*, cabendo especificamente ao jurista o estudo das diferenças entre as categorias.

De tal modo, embora relevantíssima a distinção relativa à natureza dos direitos (fatos jurídicos), repercutindo por todas as esferas do direito civil, nela não reside uma autêntica distinção entre os *direitos*, como observará BLONDEAU logo adiante.

Isso por outro lado não implica que a única distinção possível (ou científica) entre os direitos subjetivos seja a que separa os *direitos reais* dos *direitos pessoais*; A. TEIXEIRA DE FREITAS divisa muitas outras, entre as quais podemos citar: *direitos absolutos/ relativos*; *direitos originários/ derivativos*; *direitos civis/ políticos*; *direitos afirmativos/ negativos*; *direitos presentes/ futuros*; *direitos absolutos/ condicionais*; *direitos determinadores/ sancionadores* (cf. *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 24-26).

Após abordar o sistema proposto por G. W. F. von LEIBNIZ, A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui pelo acerto tão somente “parcial” das conclusões deste autor: se por um lado parece indiscutível que na distinção entre os direitos é que deve ser buscado o princípio classificador do Direito Civil (assertiva que encerraria uma verdade *eterna*), a dedução resulta, porém, mal aplicada, uma vez que direitos semelhantes poderiam derivar de causas absolutamente distintas (e de maneira inversa, direitos completamente distintos poderiam decorrer de uma mesma causa); além do que – como ressalta M. BLONDEAU em estudo constantemente invocado por A. TEIXEIRA DE FREITAS – as noções de *natureza* e de *convenção* empregadas por G. W. F. von LEIBNIZ mostram-se insuficientemente precisas²³⁷.

Resultando inadequado o critério definido por G. W. F. von LEIBNIZ, A. TEIXEIRA DE FREITAS passa então à análise de alguns dos principais estudos desenvolvidos na França em período anterior à codificação do Direito Civil ultimada em 1804: com efeito, são apontados os princípios classificadores adotados por J. DOMAT e R. J. POTHIER. O estudo da obra do primeiro autor se concentra na análise do *Tratado das Leis Civis* e do *Delectus Legum*; por sua vez, a abordagem da obra do último é feita através das *Pandectas* (inclusive de seu título último *De diversis regulis iuris antiqui*)²³⁸.

²³⁷ M. BLONDEAU (em ensaio constantemente referido por A. TEIXEIRA DE FREITAS) destaca que direitos semelhantes podem decorrer de causas distintas (da mesma forma como direitos distintos podem derivar de uma única causa): “é com razão, que Leibnitz procurou tirar da diferença dos direitos todas as divisões da sciencia das leis. Mas os direitos não differem somente sob o ponto de vista das causas, que os produzem. Direitos, que apresentam a maior semelhança, podem derivar de causas diferentes; ao passo que a mesma causa pôde produzir direitos, que não têm entre si a menor analogia” (*apud Consolidação cit.* (nota 04), p. LI).

Por exemplo, a obrigação de dar dinheiro decorre tanto do contrato de compra e venda como do ato ilícito. E de outra parte, da abertura da sucessão decorrem direitos completamente distintos quanto à sua extensão (eficácias *erga omnes* e *inter partes*).

Além disso, os conceitos a que se reporta G. W. F. von LEIBNIZ não paraceram a M. BLONDEAU e a A. TEIXEIRA DE FREITAS suficientemente precisos, uma vez que tanto a *posse* como a *sucessão* (e como ainda o *delito*) poderiam ser abrangidos pela idéia de *convenção*, dado que aquele “entendia por *convenção* a própria lei” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LI). O conceito de *natureza*, por sua volta, resultava excessivamente aberto (vago) segundo o autor brasileiro.

Por fim, e como o propósito constante deste trabalho é o de comprovar a influência do iluminismo jurídico português sobre esta obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, merece destaque a afirmação do autor de que o esforço de G. W. F. von LEIBNIZ encerraria “uma verdade eterna” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LI); tal caráter absoluto, que da mesma forma pode ser encontrado nos trabalhos ulteriores da pandectística alemã (e nos diversos elementos que compõe o sistema externo do direito) corresponde a produto dos postulados primários do iluminismo jurídico, crêdulo dos ilimitados poderes da *recta ratio*. A respeito, cf. o capítulo anterior do presente estudo onde foram desenvolvidas com mais vagar as principais características do iluminismo jurídico português.

²³⁸ Cf. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*, Paris, Savoye, 1756 (e trad. it. por A. Padovani, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, Firenze, Stamperia di Giuseppe Pagani, 1834); e R. J. POTHIER, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, Paris, Dondey-

Um exame superficial tanto do *Delectus Legum* quanto das *Pandectas* revela que nestas obras tais autores seguiram a mesma ordem segundo a qual as matérias são expostas no *Digesto*, de modo que não parece delas decorrer a adoção de qualquer *novo* princípio classificador dos direitos. Especificamente quanto ao título *De diversis regulis iuris antiqui*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que R. J. POTHIER observou um plano muito similar ao já definido nas *Institutas*; quanto ao *Tratado das Leis Civis*, o autor julga infeliz o critério classificatório eleito por J. DOMAT, com a divisão do sistema em *engagements* e *successions*²³⁹.

Dupré, 1818. Ressalte-se que o estudo do título *De diversis regulis iuris antiqui* está situado no vigésimo-quarto (e último) tomo desta última obra.

²³⁹ Embora entenda as *Pandectas* como texto desprovido de ordem e de método, R. J. POTHIER alude à sua divisão em sete partes conforme a *Const. Tanta* de Justiniano (*Pandectes I* cit. (nota 238), pp. 241-254 e 293). Esta divisão parece a A. J. RIBAS mais um tributo supersticioso do que um verdadeiro critério metodológico: “Justiniano (...) diz-nos que o *Digesto* é dividido em sete partes, e indica-nos a matéria de que cada uma dellas consta; examinando, porém, os 50 livros, de que consta esta compilação, observamos que esta divisão é apenas um tributo supersticioso às virtudes mysteriosas do numero sete (...) que ella não interrompe a serie de livros; que cada uma dessas partes contém matérias heterogeneas, e que na sua successão e classificação não há o menor vislumbre de ordem e symetria. Entretanto Giphanius sustenta que esta classificação foi modelada pela do Edicto Perpetuo de Juliano a qual se dirivara em grande parte do systema de Sabino” (*Curso* cit. (nota 234), p. 314).

A. TEIXEIRA DE FREITAS expressamente se pronuncia a respeito do acolhimento da ordem do *Digesto* no *Delectus Legum* e nas *Pandectas*: “[o] *Delectus Legum* – tem a mesma ordem dos cincoenta Livros do *Digesto*. Pothier nas suas *Pandectas* tambem não se desviou dessa ordem” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LI). Para a exposição do método adotado por R. J. POTHIER nas *Pandectas*, cf. *Pandectes* cit. (nota 238), pp. 293-299; observe-se que o autor assim destaca: “nous allons maintenant donner à nos lecteurs l’idée de l’ordre, de l’art, et de la méthode, à l’aide desquels nous espérons parvenir à remplir cette tâche” (*Pandectes* cit. (nota 240), pp. 295). Sobre a adoção de plano aproximado ao das *Institutas* ao ensejo do estudo do título *De diversis regulis iuris antiqui*, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. LI.

O *Tratado das Leis Civis* de J. DOMAT está dividido em duas partes principais: *engagements* e *successions*. A. TEIXEIRA DE FREITAS lamenta ser inviável a tradução satisfatória do primeiro dos termos da divisão (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LI); contudo, genericamente poderíamos falar em *obrigações*. A respeito, cf. J. DOMAT, *Loix civiles* cit. (nota 238), *passim*. Note-se que a primeira parte da obra, destinada às obrigações, está dividida em quatro Livros: *Obrigações voluntárias e mútuas decorrentes de convenções*; *Obrigações que se contraem sem uma convenção expressa*; *Dos efeitos que acrescem ou confirmam as obrigações* e *Dos modos como se extinguem as obrigações*. Por sua volta, a segunda parte da obra (relacionada às sucessões) é integrada por cinco Livros: *Disposições gerais*; *Da sucessão legítima ou ab intestado*; *Da sucessão testamentária*; *Dos legados e outras disposições causa mortis* e *Das substituições e dos fideicomissos*.

Por oportuno, a matéria concernente às obrigações envolve não apenas a matéria patrimonial, como também as decorrentes das relações de família: “Questi impegni particolari sono di due specie: la prima è di quelli che si formano pe’legami naturali del matrimonio fra il marito e la moglie, e della nascita fra i genitori ed i figli; e questa specie comprende ancora i legami delle perantele e delle affinità, che sono l’effetto della nascita e del matrimonio. La seconda specie racchiude tutte le altre sorti d’impegni che approssimano le persone l’une alle altre, e che si formano differentemente, o nelle diverse comunicazioni che si fanno fra le uomini della loro fatica, della loro industria, e d’ogni maniera d’uffizj, di servizj, e d’altri soccorsi, o in quelle che riguardano l’uso delle cose, ciò che comprende i differentei usi delle arti, delle impieghi, e delle professione d’ogni natura, e tutto ciò che può legar le persone, secondo i differenti bisogni della vita, sia per comunicazioni gratuite, o pel commercio. Per tutti gl’impegni di queste due specie, Iddio forma l’ordine della società degli uomini, per unirli nell’esercizio della seconda legge. E comme egli mostra in ogni impegno cio ch’ei prescrive a coloro che vi obbliga, così si riconoscono ne’caratteri delle differenti specie d’impegni i fondamenti delle diverse regole di ciò che la giustizia e l’equità esigono da ogni persona, secondo le congiunture in cui la mettono i suoi” (*Le leggi* cit. (nota 238), p. 40).

Já na Alemanha, em contrapartida, A. TEIXEIRA DE FREITAS assinala que a ciência jurídica associada aos estudos históricos e filosóficos proporcionava à *nova escola* os “mais brilhantes triumphos”; por sua volta, o vetusto princípio classificador romano-justinianeu era ali majoritariamente proscrito pela doutrina²⁴⁰.

Destaque-se a particularidade de ter sido esta obra de J. DOMAT dedicada ao Rei, em atmosfera similar àquela que remonta a expressão despotismo esclarecido (cf. *Épître*, p. II-III da edição francesa acima citada). Por fim, merece menção a justificativa deduzida pelo autor no *Prefácio* para a eleição de um novo método expositivo e para a conseqüente redação da obra referida: “Toutes les Loix ont leur source dans les premiers principes, qui sont les fondemens de l’ordre de la société des hommes, e on ne sauroit bien entendre la nature e l’usage des différentes especes de Loix, que par la vue de leur enchaînement à ces principes, e de leur rapport à l’ordre de cette société dont elles sont les regles. C’est donc dans le systeme e dans le plan de cet ordre universel qu’il faut reconnoître la situation e l’étendue des Loix Civiles, ce qu’elles ont de commun avec les autres especes de Loix, ce qui les en distingue, e plusieurs vérités essentielles pour les bien entendre, e pour en faire de justes applications dans le matieres où elles se rapportent. C’est aussi dans ce même plan qu’on distingue quelles sont ces matieres, e quel est leur ordre; e toutes ces vues, e des Loix e de leurs matieres, feront le sujet de ce Traité des Loix. Quelques personnes pourront penser que le dessein de ce Traité n’étoit pas nécessaire pour l’étude des Loix Civiles, e que la plupart les apprennent sans entrer dans ces connoissances; e on avoit douté par cette raison, si on devoit joindre à ce Livre ce Traité de Loix. Mais des personnes que leur rang e leur habileté en a rendues juges, ont estimé que ce Traité ne devoit pas être separé du corps de ce Livre, e que son utilité l’y rend nécessaire. On ne doit pas expliquer ici en quoi peut consister cette utilité, car ce n’est que par la lecture qu’il faut en juger: e on se contente d’avertir ceux qui voudront lire ce Traité, qu’ils n’aurent qu’à parcourir la Table des Chapitres, e les sommaires de chaque Chapitre, pour juger de l’usage qu’ils pourront faire de cette lecture” (*Loix* cit. (nota 238), pp. V-VI).

²⁴⁰ Consolidação cit. (nota 04), p. LII. Com efeito, a ciência jurídica alemã da época se mostrava fortemente influenciada pela *Escola Histórica do Direito* capitaneada por Friedrich Karl von Savigny, que em obra célebre (*Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, trad. esp. de José Diaz Garcia, *De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1970, *passim*) levou a termo uma exposição das razões pelas quais não se deveria adotar a codificação do direito na Alemanha – em resposta, pois, a ensaio anterior de autoria de Anton Friedrich Justus Thibaut (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland*, trad. esp. de José Diaz Garcia, *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, Madrid, Aguilar, 1970, *passim*). Preconizando a codificação do direito alemão à moda do sistema francês, A. F. J. THIBAUT pretendia a unificação do direito civil que mitigasse uma pluralidade jurídica de origem medieval; alegando um “engessamento” do sistema jurídico com a codificação (característica de momentos de declínio da evolução jurídica), F. K. von SAVIGNY preconizava a prevalência de um direito científico produzido pelos juristas. Desta forma na *Escola Histórica* podemos encontrar, portanto, o germe da *pandectística* que caracterizou a ciência jurídica alemã da maior parte do século XIX. A respeito, além das obras citadas, cf. N. BOBBIO, *O positivismo* cit. (nota 182), caps. III e IV, em que são expostas as principais características dos movimentos historicamente conhecidos por *Escola histórica do direito* e *Escola da exegese*.

Entretanto, embora a conexão entre a *escola histórica do direito* e a *pandectística* seja indisfarçável, muita cautela há que se ter quanto à acepção que se lhes empresta, pois apresentam características em alguns aspectos bastante diversificadas; de fato, enquanto a primeira valoriza o costume como fonte principal do direito – conferindo ao sistema jurídico uma acepção formal (ou externa) contraposta ao seu aspecto material (ou interno) – a segunda será marcada (e posteriormente condenada) pela formalização excessiva que caracterizou uma de suas mais notórias vertentes (a *jurisprudência dos conceitos* de Georg Friedrich Puchta). Assim, parece excessiva a abrangência conferida ao termo *pandectística* por K. LUIG, em estudo que tem por objetivo precípua demonstrar a influência desta vertente sobre a formação intelectual de A. TEIXEIRA DE FREITAS (*La pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’ottocento* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 289-300): “possiamo definire ‘Pandettistica’ lo stile, o il metodo con i cui i giuristi tedeschi dell’ottocento hanno analizzato, dichiarato, spiegato e infine applicato nella prassi i testi delle *Pandectae* di Giustiniano come norma vigente, come diritto positivo” (p. 290). Se a definição proposta pelo autor fosse válida, não apenas A. TEIXEIRA DE FREITAS, como todo e qualquer autor luso-brasileiro (em função do já analisado papel do direito subsidiário), mesmo quinhentista, faria parte deste movimento (obviamente que se transposto ao panorama luso-brasileiro). O próprio autor reconhece tal conclusão em trecho posterior: “in un certo senso, anche il *mos*

Assim, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai então buscar no direito estrangeiro (nos principais códigos civis em vigor) uma possível inspiração para seu próprio sistema de direito civil; sem abertamente mencionar *novas aplicações* que foram feitas do § 10 da *Lei da Boa Razão* e do *usus modernus pandectarum* (preconizado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*), o autor lança mão de três grupos principais de diplomas a fim de sobre eles concentrar sua crítica: os oriundos do *despotismo esclarecido* europeu, os códigos liberais e os modelos tradicionais (ainda comprometidos com o paradigma romano-justinianeus)²⁴¹.

italicus, e l'*usus modernus pandectarum* del seicento e settecento sarebbero scienze 'pandettistiche', cioè scienze del diritto privato basate sul *Digesto* considerato come fonte autoritativa e normativa" (p. 290).

Aliás, é de se destacar que o autor – a fim de demonstrar a influência da pandectística sobre a formação de A. TEIXEIRA DE FREITAS – destaca a menção a vários autores na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, como Ahrens, Althusius, Böhmer, Heineccius, Heise, Hugo, Leibniz, Mackeldey, Marezoll, Maynz, Molitor, Meyer, Pufendorf, Savigny, Thibaut, Zachariae e Zimmern; o que em nada surpreende diante da amplitude conferida ao conceito de *pandectística*. Entretanto, há que se ter considerável flexibilidade para se considerar pandectistas Althusius, Heineccius, Leibniz, Pufendorf e Savigny (cf. p. 296). Observe-se que o próprio autor reconhece que a doutrina majoritária classifica, por exemplo, Heinrich Ahrens como *jusracionalista*, Gustav Marezoll como membro da *escola histórica do direito*, e Ferdinand Mackeldey (ressalte-se) como continuador da tradição do *usus modernus pandectarum*: “secondo il Landsberg però, che fu il principale storiografo della scienza giuridica tedesca, Mackeldey non faceva parte della Scuola storica, ma continuava a scrivere e insegnare nel solco della tradizione metodologica, dell'*Usus modernus* del settecento, che la Pandettistica criticava aspramente [razão pela qual] la storiografia giuridica in Germania è più disposta a vedere, ed anche a valutare nel suo proprio valore il ruolo della continuazione della tradizione del 'diritto comune' nella giurisprudenza tedesca dell'ottocento" (p. 299).

De maneira que também não surpreende a estupefação de K. LUIG quanto ao papel da pandectística alemã e quanto à ausência de fraturas metodológicas entre esta e a *escola do direito natural* na obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS: “l'influenza della Scuola storica, della Pandettistica e di tutta la tradizione scientifica tedesca nell'opera di Freitas appare sensibile innanzitutto nella discussione sulla giusta sistematizzazione del diritto privato. Ed è importante rilevare, e sarebbe interessante approfondire, come, nella prospettiva di Freitas, non ci fosse una grande differenza, una grande e rivoluzionaria frattura fra le dottrine sistematiche del diritto naturale (rappresentata particolarmente dal Leibniz) ed i principii della disposizione della materia del diritto privato elaborati dalla Pandettistica” (p. 300). Isso se verifica simplesmente porque a utilização das obras aludidas é feita de acordo com as diretrizes preconizadas por um modelo jurídico bastante definido e contextualizado (o *jusnaturalismo racionalista* luso-brasileiro da segunda metade do século XVIII e o *usus modernus pandectarum* definido pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*); de maneira que o contato de A. TEIXEIRA DE FREITAS com a ciência jurídica alemã não se fez (necessária e expressamente) pela via da *pandectística* – tal qual preconizado por K. LUIG – mas sim por meio da aplicação metodológica do *usus modernus pandectarum* português.

²⁴¹ Não cabe aqui retomarmos questão já explorada, atinente ao redirecionamento conferido ao *usus modernus pandectarum* pela corrente que intermediou a transição do *iluminismo jurídico* português para a fase do *individualismo crítico* (para tanto remete-se o leitor ao capítulo anterior deste estudo). Todavia, é oportuno reiterar citação já efetuada à nota 180 do presente trabalho, com transcrição textual de passagem da obra de M. A. COELHO DA ROCHA em que este assinala satisfatoriamente o espírito da época: “na verdade, se pelos *Estatutos* era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus JCTos, por maiora de razão deve ser procurado nas suas leis” (*Instituições* cit. (nota 16), p. 284). Ora, era exatamente isto que A. TEIXEIRA DE FREITAS promovia neste momento, quanto à investigação do princípio classificador a ser explorado em seu trabalho ulterior de *consolidação*. Para tanto, utilizou-se de modelos legislativos oriundos de regimes nos quais predominava o *despotismo esclarecido*, tal como se verificava na Baviera e na Prússia; assim como aqueles decorrentes do paradigma liberal representado pelo código francês e pelo pronunciado rol de códigos civis que o seguiram (Sardenha, Duas-Sicílias, Luisiana, Ducado de Baden, Cantão de Vaud e Cantão de Friburgo); e finalmente, dos códigos guardiães da tradição romanística (Áustria, Cantão de Berne e Holanda). Não se pode negar a menção ao código civil chileno, cuja estrutura é reprovada de plano pelo

Como códigos representativos de um modelo político onde predomina o *despotismo esclarecido*, A. TEIXEIRA DE FREITAS enumera o bávaro de 1756 (*Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*) e o prussiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*): obras extensas em que predominavam, respectivamente, idéias romanas aplicadas a uma sociedade setecentista tradicional e um plano extremamente amplo de tratamento de toda a matéria jurídica²⁴².

Por sua vez, embora o *Code Civil* promulgado em 1804 não tenha adotado as novas propostas metodológicas à época disponíveis, também preteriu a ordem estabelecida pelas *Institutas* de Justiniano (sem que de todo modo fosse descurada a “antiga divisão de *personas* e *cousas*”). Repartido em três livros que se seguem após o *título preliminar (das pessoas, dos bens e das diferentes modificações da propriedade e dos diversos modos de aquisição da propriedade)*, não faltaram doutrinadores que vislumbrassem excelência no sistema eleito pelo legislador²⁴³.

autor. A respeito, cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LII-LVII. Destaque-se tão somente que esta repartição em três grupos principais de diplomas civis não é adotada por A. TEIXEIRA DE FREITAS de modo expresso.

²⁴² Cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LII-LIII. Pela caracterização destes dois códigos como *jusnaturalistas*, cf. F. WIEACKER, *História* cit. (nota 191), pp. 365-395. Sobre o código bávaro, por oportuno, merece destaque a seguinte observação deste autor: “do ponto de vista sistemático, ele segue (como os projectos da mesma época dos dois grandes estados alemães) ainda o plano das instituições romanas (...) entrevê-se já por todo ele a crença racionalista dos tempos modernos: no seu firme plano geral, na linguagem (alemã) clara e objectiva, nas suas soluções e distinções, perfeitamente ponderadas e muitas vezes baseadas na razão, de antigos e emaranhados problemas e controvérsias. V. Kreittmayr manteve mais tarde, como comentador inspirado e original da sua própria legislação, estas mesmas qualidades. Apesar dos seus traços antiquados (e mesmo chocantes no capítulo do direito penal) esta legislação constitui um digno prelúdio das grandes codificações futuras” (pp. 370-371).

Sobre o *Allgemeines Landrecht* de 1794, F. WIEACKER observa que “nos seus méritos e fraquezas, ele constitui um documento da arte política fredericiana, ou seja, da versão prussiana do absolutismo esclarecido tardio” (p. 376). Cf. ainda, a respeito destes dois diplomas as observações de J. GILISSEN (*Introduction Historique au Droit*, 1979, trad. port. de António Manuel Botelho Hespanha, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 450).

Por fragmentos de tais diplomas legislativos, cf. A. de SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1852, *passim*.

²⁴³ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LIII-LIV. Quando A. TEIXEIRA DE FREITAS alude às novas propostas metodológicas ao alcance do legislador, faz menção aos trabalhos de DEPEISSES insertos em suas *Oeuvres* (1685) e às conclusões a que chega J. DOMAT em suas *Loix civiles* já referidas (notas 238 e 239).

A estrutura interna do *Code Civil* de 1804 está fundada nas seguintes divisões fundamentais (os trechos em negrito correspondem às discrepâncias entre a versão original e o modelo atualmente em vigor, reproduzido com destaque):

Titre préliminaire – De la publication, des effets et de l’application des lois en général.

Livre premier – Des personnes. Titre I – De la jouissance et de la privation des droits civils (**Des droits civils**). **Titre I bis – De la nationalité française**. Titre II – Des actes de l’état civil. Titre III – Du domicile. Titre IV – Des absents. Titre V – Du mariage. Titre VI – Du divorce. Titre VII – De la paternité et de la filiation (**De la filiation**). Titre VIII – De l’adoption et de la tutelle officieuse (**De la filiation adoptive**). Titre IX – De la puissance paternelle (**De l’autorité parentale**). Titre X – De la minorité, de la tutelle et de l’émancipation. Titre XI – De la majorité, de l’interdiction et du conseil judiciaire (**De la majorité et des majeurs protégés par la loi**). **Titre XII – Du pacte civil de solidarité et du concubinage**.

Contudo, A. TEIXEIRA DE FREITAS enxerga incongruências flagrantes na disposição conferida às matérias pelo legislador francês: matérias obviamente atinentes aos modos de aquisição da propriedade foram abordadas quer no primeiro livro, quer no intermediário; além disso, institutos que nenhuma relação guardam com a aquisição da propriedade foram objeto de disciplina exatamente sob o último livro do *Code Civil*. Não obstante tais deficiências – às quais se acresce a adoção do sistema de transferência de domínio por efeito simplesmente contratual – o autor não nega o profuso acolhimento do sistema francês por diversas nações da Europa²⁴⁴.

Livre deuxième – Des biens, et des différentes modifications de la propriété. Titre I – De la distinction des biens. Titre II – De la propriété. Titre III – De l’usufruit, de l’usage et de l’habitation. Titre IV – Des servitudes ou services fonciers.

Livre troisième – Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Titre I – Des successions. Titre II – Des donations entre-vifs et des testaments. Titre III – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Titre IV – Des engagements qui se forment sans convention. **Titre IV bis – De la responsabilité du fait des produits défectueux**. Titre V – Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux (**Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux**). Titre VI – De la vente. Titre VII – De l’échange. Titre VIII – Du contrat de louage. **Titre VIII bis – Du contrat de promotion immobilière**. Titre IX – Du contrat de société (**De la société**). **Titre IX bis – Des conventions relatives à l’exercice des droits indivis**. Titre X – Du prêt. Titre XI – Du dépôt et du séquestre. Titre XII – Des contrats aléatoires. Titre XIII – Du mandat. Titre XIV – Du cautionnement. Titre XV – Des transactions. Titre XVI – De la contrainte par corps en matière civile (Du compromis). Titre XVII – Du nantissement. Titre XVIII – Des privilèges et hypothèques. Titre XIX – De l’expropriation forcée et des ordres entre les créanciers. Titre XX – De la prescription (**De la prescription et de la possession**).

Ao aludir a doutrinadores responsáveis pela defesa da excelência do princípio classificador adotado pelo legislador francês, A. TEIXEIRA DE FREITAS se reporta a obra de F. von LASSAULX à qual não tivemos acesso (*Introduction à l’étude du Code Napoléon*, Paris, 1812), em que se justifica da seguinte forma a divisão favorecida: “o 1º Livro trata dos direitos resultantes das relações das pessoas, abstracção feitas das cousas. O 3º Livro dos direitos provenientes das relações entre as pessoas, que têm por objecto as cousas no estado de movimento e circulação. O Livro intermediário diz respeito às cousas no estado de repouso” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LIV).

Sobre a utilização da doutrina francesa por A. TEIXEIRA DE FREITAS, cf. P. VILLARD, *La tradition juridique française dans l’oeuvre de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 279-285.

²⁴⁴ *Consolidação cit.* (nota 04), pp. LIV-LV. Diversas, pois, são as matérias que foram objeto de tratamento nos Livros primeiro e segundo da *Code Civil* e que estariam logicamente envolvidas com as diferentes maneiras de aquisição da propriedade: quanto ao Livro primeiro, A. TEIXEIRA DE FREITAS assinala a ausência (ensejadora da sucessão provisória), o casamento, a filiação, a adoção e o pátrio poder; quanto ao Livro segundo, a acessão, o usufruto, o uso, a habitação e as servidões.

Neste ponto certamente o leitor haverá de observar que o usufruto, o uso, a habitação e as servidões não implicam em aquisição de direito de propriedade. Todavia, aqui se faz necessária a interpretação histórica para que se compreenda que em A. TEIXEIRA DE FREITAS – como lembra O. de CARVALHO – ressalta a perspectiva sedimentária sob a qual se costumava tratar o direito de propriedade tal qual conjunto de parcelas que o compõe e que em última análise redundariam na *plena in re potestas*, avessa à ressurreição da acepção romana de domínio perpetrada pelo individualismo crítico: “importante (...) é, todavia, a concepção de propriedade (*sensu stricto*) que o autor assume e que define a p. LXXIX s. (...) em que o pleno domínio se identifica com a reunião de ‘todos os direitos parciais’; LXXXV, onde o usufruto se considera um desmembramento; e, sobretudo, CLXXXI, onde se diz que o ‘domínio (...) está para os outros direitos reais como o todo está para as suas partes, como a unidade para as fracções’. Exprime-se aqui aquela idéia de propriedade como estrutura sedimentar ou heterogênea que Ph. Heck, nos nossos dias, designará por idéia de divisão (*Teilungsgedanke*) (...) concepção que (...) teoriza e defende contra a *‘Begriffsverschiedenheit*’ da Escola Pandectística que considera o direito de propriedade como um direito não só quantitativa mas qualitativamente diverso dos *iura in re aliena* (...) [por meio da qual] se recupera a ideia romana de *plena in*

Já os códigos civis austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblände*), do Cantão de Berne de 1831 e holandês de 1838 espelham a preservação do princípio classificador romano-justiniano após a promulgação do *Code Civil*. Embora no Código do Cantão de Berne seja fielmente reproduzida a vertente tradicional prevalecente – na medida em que tanto os direitos *reais* como os direitos *pessoais* integram o ramo *direito das coisas* (desalojados, portanto, do livro concernente ao *direito das pessoas*) – o próprio código civil austríaco remonta à tripartição das *Instituições* de Justiniano, achando-se tão somente “encoberta” tal estruturação considerada defeituosa por A. TEIXEIRA DE FREITAS. Já no que concerne ao código civil holandês, o autor observa

re potestas como estrutura homogênea e infrangível, fonte de todos os *iura in re* (graças ao que depois se qualifica a sua contractibilidade ou elasticidade), mas que nem algum nem todos logram vir a exaurir” (Teixeira de Freitas cit. (nota 184), p. 115).

Segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, o Livro terceiro também estava repleto de incongruências sistemáticas: “mas quem quererá conceder, que sejam contractos translativos de propriedade o *deposito*, o *mandato*, e a *locação* de bens ou de serviços? Que analogia tem com o enunciado desse imenso Livro 3º o *pagamento*, a *novação*, a *compensação*, a *remissão*, e até (*contrainte par corps*) a *detenção pessoal*?” (p. LIV). De fato, a ausência de tratamento sistemático das matérias no *Code Civil* vai ser objeto de críticas formuladas na *Nova Apostilla*, por ocasião da discussão do Projecto de código civil português de autoria do Visconde de Seabra: “não se cogitou ali de methodo, e o Codigo inteiro quase que não teve outro objecto, no pensar de Locré, senão a propriedade, e quase que ficou reduzido a disposições sobre os modos de adquiri-la, objecto de uma parte immensa, de que as outras são preliminares” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 75).

Como observa P. VILLARD: “un examen attentif de l’utilisation faite par Freitas de la législation française laisse assez perplexe: sur des dizaines et des dizaines de références, très rares sont les approbations données par l’auteur; l’écrasante majorité des commentaires développe la contestation ou porte la condamnation des dispositions législatives françaises, le plus souvent dans des domaines importants (...) visant à doter le Brésil d’un Code civil, Teixeira de Freitas a voulu trouver un cadre aussi parfait que possible pour exposer les règles qu’il pensait être les meilleures. Il a donc examiné avec soin les monuments les plus vénérables de la codification depuis Rome et, spécialement, le plan du Code civil français: il n’a pas eu de peine à conclure que l’ordre des matières, sans même parler des lacunes, était si défectueux dans notre Code que ce modèle devait être immédiatement écarté” (*La tradition* cit. (nota 243), p. 273).

A transferência da propriedade por efeito simplesmente contratual (espiritualismo do código francês) consubstanciava a renúncia à máxima romana “*traditionibus (...) domina rerum, non nudis pactis, transferentur*” (C. 2, 3, 20) em detrimento de um “mão princípio” que se alastrava pela Europa em virtude das conquistas napoleônicas, sem que se guardasse, todavia, o fato de que no *Code Civil* “as disposições constitutivas do direito de propriedade em relação á terceiros [estivessem à época já] profundamente alteradas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LV).

A. TEIXEIRA DE FREITAS noticia que o acolhimento do *Code Civil* se deu pelas seguintes nações européias: Sardenha, Duas Sicílias, Luisiana, Ducado de Baden, Cantão de Vaud e Cantão de Friburgo (p. LV). Por um tratamento da propagação do código civil francês pelo mundo, cf. F. WIEACKER, *História* cit. (nota 191), pp. 385-395. Especificamente sobre a influência do *Code Civil* sobre os cantões de Vaud e de Friburgo (assim como sobre os Cantões de Neuchâtel, Valais e Tessin), cf. A. MARTIN, *Le Code civil dans le canton de Genève – son influence dans le reste de la Suisse Romande* in *Le Code civil (1804-1904) Livre du centenaire II*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, pp. 875-896 (especialmente pp. 892-894). A comissão de redação do Código do Cantão de Vaud assim observou: “la comissão avait sous les yeux le Code français, fruit du travail de plus habiles jurisconsultes d’une nation avec laquelle nous avons toujours eu les plus grands rapports de mœurs et de langage, ouvrage conçu et rédigé pour um État, qui, alors, avait les formes républicaines, ouvrage qui, lui-même, était en grande partie puisé dans le droit romain ... Cette Comissão se détermina à prendre pour cadre de son travail le Code civil français; elle en élagua tout ce qui n’allait pas à notre canton, et lui substitua celles de nos anciennes coutumes qu’il paraissait bon de conserver” (p. 893).

A respeito destes diplomas, fragmentariamente, cf. A. de SAINT-JOSEPH, *Concordance* cit. (nota 242), *passim*.

que após os três primeiros livros (respectivamente dedicados às *pessoas*, às *coisas* e às *obrigações*) surge um derradeiro, especificamente voltado à disciplina da prova e da prescrição²⁴⁵.

Como observado pouco atrás, a vertente *conservadora* (adepta da metodologia tradicional) estava representada em Portugal por M. A. BORGES CARNEIRO e P. J. de MELLO FREIRE dos Reis. A transição do *iluminismo jurídico* (consagrado pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra*) ao *individualismo* oitocentista possibilitou, entretanto, a atribuição de um novo sentido ao *usus modernus pandectarum* português: em vez do estudo concentrado sobre as regras de *direito romano* confirmadas pela doutrina moderna, passou-se a estudar as próprias regras jurídicas que compunham o direito das nações civilizadas (direito moderno). E neste panorama, dois outros juristas portugueses ganham destaque na análise de A. TEIXEIRA DE FREITAS: J. H. CORREIA TELLES e M. A. COELHO DA ROCHA, autores, respectivamente, do *Digesto Portuguez* e das *Instituições de Direito Civil*²⁴⁶.

Primeiramente, A. TEIXEIRA DE FREITAS se incumbe da crítica ao *Digesto Portuguez*. Desde logo observa que a distribuição das matérias não guarda uma ordem

²⁴⁵ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LIV-LVII. A. TEIXEIRA DE FREITAS faz menção a uma memória justificativa do projeto do código holandês (datada de 1819) em que é feito um “rasgo de elogio” ao método tradicional das *Instituições* de Justiniano, considerado pelo autor, tendo-se em vista a data de sua publicação, um indiscutível anacronismo (pp. LV-LVI). A propósito deste diploma, destaca-se que fizemos uso da tradução de P. H. HAANEBRINK de que constam anotações referentes ao direito belga (*Code Civil Néerlandais traduit en français et mis en concordance avec le code civil belge*, Paris, Librairie Générale de Droit, 1921). Quanto às conclusões de A. TEIXEIRA DE FREITAS a respeito da dissimulação do sistema tradicional no *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erblande*, vale a pena pôr em relevo a confirmação de F. WIEACKER: “nesta relação vislumbra-se claramente a estrutura da “Parte Geral”, introduzida na jurisprudência técnica pelos discípulos de Wolff que remonta, em última análise (tal como ainda no BGB), à tripartição das *Institutiones* romanas (*personae, res, actiones*)” (*História* cit. (nota 191), p. 383).

²⁴⁶ Sobre a transição de que acima tratamos, cf. nota 180, suas referências bibliográficas e corpo de texto respectivo. Como já realçado em oportunidades anteriores, embora a introdução dos estudos de direito comparado em Portugal se deva a Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) (cf. nota 141), o responsável pela guinada na aplicação do *usus modernus pandectarum* é o próprio M. A. COELHO DA ROCHA, em nota B ao § 43 (p. 23) das *Instituições* cit. (nota 16), p. 284. No *prefácio* desta obra o autor esclarece: “tinhamos (...) de suprir as imensas lacunas das leis patrias, mendigando materiaes pelos escriptos dos praxistas, pelas colleções do direito romano e canonico, e pelos codigos modernos das nações civilizadas (...) nos casos omissos ordinariamente adoptámos as decisões do direito romano: muitas vezes porém recorreremos aos codigos modernos, principalmente ao Civil Francez e ao da Prussia” (pp. XXIII-XXIV). Também no *prefácio* ao *Digesto Portuguez*, J. H. CORREIA TELLES faz referência à Álvaro Valasco para concluir: “em apoiar muitos artigos sobre disposições de Codigos estranhos, tambem não introduzi novidade. Outro tanto se encontra em Jurisconsultos nossos, e antigos: e a razão, que davão para sua desculpa, era, que ainda que as Leis d’outro Reino não tivessem autoridade alguma em o nosso, com tudo as suas disposições podião muitas vezes ser abraçadas como opinião mais provavel, que merecêra ser adoptada por lei” (*Digesto* cit. (nota 15), p. 5).

A mudança de mentalidade é tão sensível que A. TEIXEIRA DE FREITAS vai concluir que nestas duas obras se resumem as “innovações no methodo antigo (...) [de] exposição do nosso Direito Civil” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LVIII).

“que se possa racionalmente justificar”: por um lado, *modos originários de aquisição da propriedade, usufruto, uso, habitação, hipoteca e sucessão testamentária* são promiscuamente tratados em meio aos contratos; de outra banda, *prescrição e extinção das obrigações* são temas abrangidos por um livro primeiro, que antecede toda a abordagem do direito de família, para o qual J. H. CORREIA TELLES reserva o livro intermediário²⁴⁷.

É interessante observar como a questão relativa ao princípio *espiritualista* da transferência da propriedade desperta em A. TEIXEIRA DE FREITAS uma fúria (científica) que o conduz ao descontrolo de sua própria ordem expositiva. De fato, como veremos logo adiante, o momento oportuno para a crítica à inovação implementada pelo direito francês (e adotada pela doutrina portuguesa) não é este – em que se desenvolve um estudo estritamente voltado à definição de um princípio classificador do direito civil –; mas o autor não consegue conter sua repulsa, que não se dirige tão somente à teoria em si mesma considerada, como inclusive à maneira segundo a qual fora a mesma transposta, por J. H. CORREIA TELLES, ao universo jurídico lusitano²⁴⁸.

²⁴⁷ Reitere-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca não haver ali “ordem alguma, que se possa racionalmente justificar” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LVIII); o emprego do termo *racionalmente* não nos parece casual, de modo que o consideramos mais um influxo do ideário iluminista em que a mentalidade do autor foi construída.

A crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto à ausência de método *Digesto Portuguez* não parece adequada: a imperfeição do método adotado por J. H. CORREIA TELLES não implica ausência ou irracionalidade de ordem expositiva. Aliás, esta está claramente definida pelo jurista português no *prefácio* de sua obra: “julguei (...) que as doutrinas sobre Direitos e Obrigações Cívís, podem commodamente distribuir-se em tres Livros: No 1º tratando dos Direitos e Obrigações em geral, ou mais geraes; das suas diversas especies; dos modos de os provar; e modos de as dissolver (...) no 2º tratando dos Direitos e Obrigações, que derivão dos estados das pessoas, de que se compõe uma familia: pois que o Reino todo não é mais que o aggregado de muitas familias. No 3º finalmente, tratando dos Direitos e Obrigações relativas á *propriedade*; aos modos de a adquirir e perder; e aos modos de a gozar, conservar, e administrar” (*Digesto* cit. (nota 15), pp. 3-4).

O método adotado é similar ao do Código Francês, sobretudo no que concerne ao livro terceiro – empenhado no tratamento da aquisição e exercício da propriedade. Se isso repugna a A. TEIXEIRA DE FREITAS, não o autoriza, por outro lado, a reputar *desprovida* de método racional a obra considerada.

²⁴⁸ Esta antecipação de A. TEIXEIRA DE FREITAS sempre nos despertou atenção, principalmente em virtude da cautela expositiva que faz com que possamos compreender cada parágrafo da *Introdução* como elemento integrante de uma exposição de motivos centralizada nas *noções fundamentaes* (e por conseguinte na dicotomia *direitos reais/direitos pessoais*). Entretanto, a razão para tal postura salta aos olhos quando o autor esclarece que a teoria *espiritualista* adotada por J. H. CORREIA TELLES redonda na quase que completa destruição da “diferença dos *direitos reaes e direitos pessoais*, cuja distinção estabelecêra ao encetar sua codificação” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LVIII-LIX).

O inconformismo do autor se reflete na afirmação de que “o systema inteiro de um Codigo depende muitas vezes de uma só disposição” (p. LIX). Esta frase tem uma importância muito maior do que se supõe: o autor se refere, aqui, aos reflexos de uma transposição juridicamente imperfeita, de uma transplantação que implique ulteriormente uma rejeição por parte do organismo (sistema jurídico). De fato, a adoção do princípio *espiritualista* pelo Código Civil francês não se fez sem algumas restrições (embora nem todas originárias): O. de CARVALHO destaca que o sistema do título sofreu mitigações dentro do próprio contexto jurídico francês, as quais enfraqueciam bastante o perigo oferecido por sua virtual adoção tal qual alegado por Augusto Teixeira de Freitas: em primeiro lugar, a regra *em fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279) não despontava tão somente como exceção de direito material (restrição) a ser utilizada pelo terceiro

Também decepcionam A. TEIXEIRA DE FREITAS as *Instituições de Direito Civil Portuguez*; embora em seu *prefácio* M. A. COELHO DA ROCHA proclame a escolha do método de F. MACKELDEY, a divisão elementar *pessoas, cousas e actos juridicos* extrapola no jurista português os limites da *parte geral*, esvaziando-se, assim, a distinção entre *direitos reais e direitos pessoais* tão cara ao romanista alemão²⁴⁹.

de boa-fé adquirente *a non domino*, mas como autêntica regra excepcionante do sistema, de modo que a própria “posse de boa-fé é um título novo e abstracto”; em segundo lugar, a progressiva adaptação do sistema jurídico privado francês veio a admitir um mecanismo de registros através da extensão que a *Lei de 23 de Fevereiro de 1855* veio a promover quanto a todos os atos *inter vivos* que versassem sobre direitos imobiliários; em terceiro lugar, a atribuição dos riscos da compra e venda ao comprador (*accipiens*) fazia com que a querela sistemática fosse mais “uma oposição de ‘filosofias’, descontada que seja a sua [de Teixeira de Freitas] incapacidade de conceber uma reivindicação do direito carecido de posse” (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), p. 110).

Esta transposição abrupta redundará nas imperfeições e contradições constantes dos itens 595 e 596 (do Livro I) concernentes ao *constituto possessório* e à *reserva de usufruto*: “595. Se o vendedor toma de arrendamento a coisa vendida; ou se constitui como procurador, ou feitor acerca della; é desnecessária outra posse ao comprador. 596. Se o doador reserva o usufructo da coisa doada, por este acto de se constituir usufructuario, entende-se ter dado a posse” (*Digesto I* cit. (nota 15), p. 95). Toda a razão para A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto a este ponto: se o próprio consentimento contratual implica a transferência da propriedade, não há que se lançar mão dos expedientes da *traditio ficta*, da *traditio longa manu*, da *traditio brevi manu* e do *constituto possessório*, uma vez que não há necessidade de ser feita qualquer entrega (“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” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. LX-LXI). O mesmo se diga quanto ao item 383 do Livro III: “a posse civil com os effeitos de corporal é transferida no comprador, quando o vendedor se constitui possuidor em nome delle; ou quando no mesmo acto da venda toma de renda da mão do comprador o mesmo prédio vendido (*Digesto III* cit. (nota 15), p. 64).

Longe de tais reminiscências romanas, a entrega das chaves ou de títulos, para o direito francês, consistiria em obrigação do vendedor dissociável da transferência da propriedade, operada em decorrência do próprio consentimento contratual, independentemente de atos ulteriores da parte daquele. No entanto, não cabe ir mais longe para este momento. Destaque-se, todavia, que a inovação promovida por J. H. CORREIA TELLES é considerada por A. TEIXEIRA DE FREITAS reflexo de “um falso Direito Natural, que não combina com os interesses da sociedade as relações entre as partes contratantes” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LIX). Esta consideração da sociedade real é que faz com que rechacemos, a cada instante, que se tome A. TEIXEIRA DE FREITAS por pandectista. A influência da *escola histórica do direito*, através de Friedrich Karl von Savigny, é inegável; outras conclusões não parecem tão solidamente fundadas.

²⁴⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a reprodução da divisão tripartite *pessoas, coisas e atos jurídicos* na *Parte Especial* implica a justaposição entre os contratos e a sucessão testamentária, ao mesmo tempo em que desta é separada a sucessão *ab intestato*. Daí a conclusão do autor: “e como perceber nesta repugnante junção a diferença dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoais*, que Mackeldey fizera tão sensível em dois livros distintos? O systema do sabio Professor Alemão não peccou por este lado, mas pela abundancia de divisões escusadas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXI).

Após enaltecer o gênio do Marquês de Pombal e de lhe atribuir a superioridade adquirida pelo direito português na academia e no foro, M. A. COELHO DA ROCHA destaca que o direito civil decorrente das Ordenações Filipinas compelia “o escriptor, até certo ponto (...) a tomar a vez de legislador: tem de formar o plano: tem de fazer a selecção das doutrinas; e tem de redigir até as últimas illações (...) porque (...) não ha [sistema] na nossa legislação civil”. Uma vez informado o leitor de haver sido procurado, dentre os diversos códigos modernos, um plano que agradasse ao autor, M. A. COELHO DA ROCHA justifica a escolha de F. MACKELDEY: “a divisão geral da Instituta de Justiniano em *Jura personarum*, *Jura rerum* e *Obligationes*, que tem sido communmente seguida pelos escriptores dogmaticos do direito (...) não se pode perfeitamente ajustar, segundo a moderna distribuição, dentro dos limites do objecto, que nos incumbe. Nas obras dos professores francezes tambem não encontramos o modelo de um plano regular (...) agradou-nos porém, e fizemos por imitar um que encontrámos na mui acreditada obra *Manuel de Droit Romain* de Mackeldey (...) começando por uma *Introdução*, onde se contém as noções geraes e historicas sobre as leis, e fontes de

Repelidos, assim, o princípio classificador tradicional romano-justinianeu e suas respectivas adaptações; a distinção entre os direitos proposta por G. W. F. von LEIBNIZ; a divisão entre *engagements* e *successions* de J. DOMAT; o plano do código francês e de seus imitadores; e o método imperfeitamente adotado por M. A. COELHO DA ROCHA; resta a A. TEIXEIRA DE FREITAS, na esteira da liberdade proclamada pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, a franca eleição do método mais adequado

direito (...) depois na *Parte Geral* collocámos o que podemos chamar tecnologia da sciencia, isto é, as definições communs e os principios mais geraes, de que continuadamente tem de se fazer uso e applicação na *Parte Especial*. N'esta finalmente distribuimos as doutrinas em tres livros com attenção aos tres elementos do direito, *Pessoas, Cousas e Actos Juridicos* (...) posto que não desconhecamos os inconvenientes d'este plano, maiores os receamos ainda dos outros" (*Instituições* cit. (nota 16), pp. XXI-XXIII).

Eis a estrutura a que chega o autor português ora referido (somente reproduzimos as *seções* elementares para que se tenha uma idéia do sistema *aplicado* pelo autor):

INTRODUÇÃO. Dos direitos e das leis em geral; das leis consideradas emquanto á sua origem; das leis portuguezas; das leis emquanto ao seu objecto, e do direito civil; da interpretação das leis.

PARTE GERAL. Do direito na accepção de faculdade moral; noções geraes sobre pessoas; noções geraes sobre cousas; noções geraes sobre actos juridicos; das obrigações em geral; das perdas e interesses; das obrigações resultantes dos actos illicitos; da extinctão das obrigações; das acções e excepções.

PARTE ESPECIAL:

LIVRO PRIMEIRO – DOS DIREITOS DAS PESSOAS. Dos portuguezes e estrangeiros; dos direitos dos conjuges; dos paes e dos filhos; dos direitos dos parentes; dos menores interdictos; dos ausentes.

LIVRO SEGUNDO – DOS DIREITOS DAS COUSAS. Da propriedade em geral; dos modos de adquirir a propriedade; da posse e prescrição; da propriedade commum; dos bens vinculados; dos bens emphyteuticos; das servidões; do usufructo; do penhor e da hypotheca.

LIVRO TERCEIRO – DOS DIREITOS, EMQUANTO AOS ACTOS JURIDICOS. Das disposições de ultima vontade; dos contractos em geral, e das transacções; dos contractos gratuitos; dos contractos onerosos; dos contractos aleatorios; dos contractos accessorios.

Como observa A. TEIXEIRA DE FREITAS, as disposições de última vontade integram o Livro Terceiro, ao passo que a sucessão legítima é tratada sob a seção quarta do Livro Primeiro (*Dos direitos dos parentes*). A respeito do sistema transcrito, cf. *Instituições* cit. (nota 16), pp. XXVII-LXXIV (na edição, erroneamente, LXXVI).

Por sua vez, eis o sistema de F. MACKELDEY:

PARTE GERAL: Seção Primeira – Idéias gerais sobre o direito entre os romanos; Seção Segunda – Das pessoas (pessoas físicas; pessoas jurídicas); Seção Terceira – Das coisas; Seção Quarta – Dos direitos e de sua persecução (direitos em geral; direitos particulares e privilégios; ações e exceções; interditos, *missiones* e restituições).

PARTE ESPECIAL: Livro Primeiro – Dos direitos reais (da posse; da propriedade; das servidões; da emfiteuse; da superfície; do penhor e da hipoteca); Livro Segundo – Das obrigações (I-Noções gerais: noção e divisão das obrigações em geral; da cessão das obrigações; do dano e de sua reparação; II-Das causas das obrigações: das obrigações decorrentes de convenções; das obrigações que nascem de delitos; das obrigações que derivam de causas diversas; III-Da extinctão das obrigações: da extinctão de pleno direito das obrigações; da extinctão das obrigações por via de excepção); Livro Terceiro – Dos direitos de família (I-Do casamento: da noção e da celebração do casamento; dos efeitos do casamento; da dissolução do casamento; II- Do pátrio poder: da relação entre os pais e os filhos; do pátrio poder; dos efeitos do pátrio poder; da cessação do pátrio poder; III- Da tutela e da curatela: da tutela; da curatela; da administração pelo tutor e pelo curador); Livro Quarto – Do direito de sucessão (I-noções preliminares gerais; II-Da delação e da sucessão: da ordem da sucessão *ab intestato*; da ordem de sucessão testamentária; III-Da aquisição da herança: da aquisição em geral; dos efeitos da aquisição da herança; IV-Dos legados e fideicomissos: dos codicilos; dos legados e fideicomissos particulares; das sucessões fideicomissárias; da doação *causa mortis*); Livro Quinto – Do concurso de credores (noções preliminares; da abertura do concurso; dos efeitos da abertura do concurso; da massa; dos credores admitidos ao concurso; da prioridade entre os credores).

Evidente, pois, a discrepância entre as obras referidas no que reporta à estruturação da Parte Especial, uma vez que, conforme asseverado por A. TEIXEIRA DE FREITAS, M. A. COELHO DA ROCHA busca implementar os parâmetros da parte geral (*pessoas, coisas e atos jurídicos*) como elementos de estruturação da parte especial.

à facilitação do *ensino*: “nós vamos vêr, como na distincção dos *direitos reaes*, e dos *direitos pessoaes*, repousa todo o systema do Direito Civil”²⁵⁰.

Distincção que será objeto da seção *noções fundamentaes*, da qual nos ocuparemos logo a seguir.

III. 2. 3. As *noções fundamentaes*.

Na seção *noções fundamentaes* A. TEIXEIRA DE FREITAS busca enunciar de modo claro e preciso as razões que o compeliram à eleição da dicotomia *direitos reais/direitos pessoais* como princípio reitor do sistema de Direito Civil brasileiro. Partindo de noções pré-definidas a respeito da abrangência tanto do Direito Público quanto da Legislação Criminal (no âmbito do Direito Privado), o autor inicialmente abordará a distinção entre os direitos *absolutos* e *relativos*, para depois relacioná-los, respectivamente, aos direitos *reais* e *pessoais*.

Após haver excluído do âmbito da Legislação Civil a disciplina concernente aos direitos de personalidade, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai propugnar a adoção de um conceito estreito de *propriedade*, do qual serão afastados não apenas os direitos *pessoais*, como ainda os direitos *reais* referentes a bens móveis; no âmbito específico do direito real, o autor vai confrontar sua manifestação *necessária* (domínio) e suas modalidades tão somente *eventuais* (derivadas da separação de poderes inerentes ao *in re potestas plena*). De modo que serão objeto de estudo as propriedades *afetada*, *desmembrada* e *gravada* (ou *dividida*).

Tendo constatado que as características freqüentemente atribuídas pela doutrina aos direitos reais encontram sua sede adequada na propriedade imobiliária, A.

²⁵⁰ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXII. A eleição de um método adequado ao *ensino* revela duas preocupações de A. TEIXEIRA DE FREITAS: em primeiro lugar, que embora subjacente à obra legislativa, com a mesma este não se confunda; além disso, que cada um dos institutos jurídicos abordados sirva de preparação ao subsequente. Com efeito, na *Nova Apostilla* o autor assevera que “não confunda a Apostilla a necessidade do methodo com o que ella chama – *principios juridicos*, e *disposições ordinaes*. Não ha methodo sem a direcção dos grandes principios da Sciencia, sem as classificações de um vasto systema hierarchico, onde as idéas se distribuão segundo suas relações de subordinação reciproca, ou coordenação collateral; porém não appareça no Codigo senão o resultado de todos esses trabalhos de composição, e nunca os principios, nunca a filiação das idéas” (*Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 117). Quanto à função pedagógica da eleição de um princípio classificador, eis o que nos diz M. A. COELHO DA ROCHA: “a lei da ordem é duplicadamente severa nas obras destinadas para a instrucção: não se contenta com a clareza e a distincção ordinaria; exige, além d’isto, que as materias, assim no plano geral do quadro, como na contextura de cada uma das suas partes, sejam deduzidas com tal artificio, que as antecedentes, sem serem repetidas, abram a porta, e dêem a luz para a entrada das seguintes” (*Instituições* cit. (nota 16), p. XXI).

TEIXEIRA DE FREITAS vai perquirir então o *fundamento* e a *causa eficiente* de sua constituição segundo os diferentes sistemas jurídicos.

Considerando indevida a aproximação entre os conceitos de direito *real* e de *domínio*, o autor vai criticar a vinculação daquele aos direitos elementares que integram a propriedade plena (*posse, uso, gozo e disposição*). Destacando o fato de não haver homogeneidade entre os povos quanto às principais espécies de direitos reais ao longo das diversas épocas, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai avaliar como as faculdades de *posse, uso e gozo* da coisa podem ser outorgadas a terceiros sem que isso implique constituição de direito real em seu favor²⁵¹.

Com efeito, a liberdade de constituição de direitos reais (decorrente da ausência de fixação em lei de um elenco taxativo) vai libertar seu conceito daquele conjunto de faculdades elementares inerentes ao *domínio*. Com isso, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai entrever na *ação real* o único elemento apto a caracterizar o direito *real* genérico – por oposição ao direito *pessoal*.

A definição do direito real a partir da ação que dele dimana vai provocar uma série de críticas – relacionadas não apenas à *autonomia* do direito subjetivo, como também à primazia conferida pela maior parte da doutrina às faculdades de *gozo, uso e fruição* – as quais serão retorquidas por A. TEIXEIRA DE FREITAS mediante recurso constante à *natureza das coisas*. Por sinal, o autor observa que objeções como as formuladas seriam resultado de imprecisões conceituais e terminológicas que deveriam ser eliminadas à custa de um contínuo aprimoramento do discurso jurídico²⁵².

Diante de uma “indevida” redução promovida por escritores alemães, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai estreimar os conceitos de *direito absoluto, direito relativo, direito*

²⁵¹ O direito real de domínio (*in re potestas plena*) é compreendido por A. TEIXEIRA DE FREITAS como um complexo de direitos parciais, direitos elementares inerentes ao domínio: “ora, a expressão – *propriedade plena* – considera reunidos todos os direitos parciais, cujo complexo constitui o domínio” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LXXIV).

²⁵² Em oportunidades distintas desta seção A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca as consequências da ausência de preocupações terminológicas por parte da doutrina: “por falta desta averiguação, sem a qual não é possível fixar o verdadeiro valor dos sinais da linguagem, e sondar as idéas que designam, e podem designar, segundo o aspecto psicologico, commette-se o erro de alargar a esphera do Direito Civil propriamente dito, deduzindo-se consequencias deploraveis (...) não haja distincção entre as relações juridicas, já do poder publico com os individuos, já dos individuos entre si; não haja distincção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade, não se restrinja tambem a da palavra *delicto*; e será impossivel marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CIII e CVI). Especificamente quanto ao emprego impreciso do termo delito, A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta que sua utilização promiscua por J. BENTHAM o “induzio á reputar a lei penal uma consequencia, continuacão, e terminação, da lei civil” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CVII).

real e direito pessoal, com base na definição de seus respectivos objetos. Em meio ao *nominalismo* (das inações, das sucessões e dos concursos de credores), ao *conceitualismo* e ao *realismo* (das pessoas e coisas), o autor vai entrever as divisões na *compreensão* e na *extensão*, sem as quais resulta praticamente incompreensível sua proposta de trabalho.

Uma vez diferenciadas tais categorias pela análise racional, o autor vai então reaproximá-las para realçar as semelhanças entre os seus respectivos efeitos jurídicos. No entanto, a esta altura já estarão prevenidos alguns dos principais vícios responsáveis pelo enfraquecimento da dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais*, elevada a princípio classificador da Legislação Civil.

Tão somente após este trabalho de “terraplenagem jurídica” – no qual serão enfrentadas as dificuldades relativas ao estabelecimento dos limites do Direito Civil, será alinhavada a distinção entre os direitos de personalidade consagrados pela Constituição Imperial, serão concebidas as categorias elementares integrantes do patrimônio individual e será submetida à crítica a própria definição de *delito* – o leitor estará preparado para que A. TEIXEIRA DE FREITAS explique como a dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* foi explorada na conformação de um novo sistema de Direito Civil (desenhado na *Taboa de Materias da Consolidação das Leis Civas*)²⁵³.

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que nas “diferenças inalteráveis” das relações jurídicas deverão ser encontradas as divisões naturais da legislação: assim, desde logo são excluídos do âmbito do Direito Civil tanto o Direito Público (em que o Estado assume posição de *supremacia*) quanto o Direito Criminal Privado (diferenciado pela *natureza peculiar da “sancção da pena”*)²⁵⁴.

²⁵³ A referência a um esforço prévio de *terraplenagem* jurídica se justifica pela metáfora utilizada por A. F. PEREIRA ao aludir à construção sistemática levada a efeito por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Introdução à Consolidação das Leis Civas*: “o texto teórico fundamental de Teixeira de Freitas, o seu trabalho científico de maior valor, a que sempre se terá de referir no estudo do seu pensamento jurídico, é, sem sombra de dúvida, a *Consolidação das leis civas*, com a sua Introdução e Notas. Ai se encontram visíveis os princípios, o método e a substância da sua experiência de jurista. Manifesta o movimento do seu pensar e do seu fazer. Sobre a massa do material articulado, sobre os amplos volumes da arquitetura sistemática, descobrem-se os andaimes que tornaram possível executar a construção legislativa: a observação da realidade social e histórica, a análise infundável dos conceitos e da linguagem jurídica, o esforço, que nunca cessa, de adequar o racional ao natural, de unir a teoria à prática. E é bem evidente que, para a travacção desses andaimes, o jurista brasileiro foi buscar no direito romano as suas vigas mestras. O *Esboço* é construído sobre a base da *Consolidação*, num trabalho de aperfeiçoamento, de sucessivos acréscimos, de lapidação” (*O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 91).

²⁵⁴ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXII-LXIII. Um destaque necessário diz respeito ao fato de que a consideração dos direitos *a partir de seus respectivos efeitos* é fator de acentuado relevo para a compreensão da linha de pesquisa perfilhada por A. TEIXEIRA DE FREITAS: “observai attentamente as variadas

O autor observa que a distinção entre os direitos *absolutos* e *relativos* resulta na divisão mais ampla e abrangente a que está sujeito o *sistema* jurídico tomado como um *todo*. A afetação da “massa inteira das personalidades” pela obrigação correlata ao direito *absoluto* vai distingui-lo do direito *relativo* (cujo alcance está restrito ao obrigado *singular*)²⁵⁵.

manifestações desses direitos, estudei a natureza do homem e as suas necessidades” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXIII). A influência iluminista do período é flagrante quando o autor, após aludir às “natureas divisões da legislação”, conclama o leitor ao estudo da *natureza do homem* e da dicotomia *direitos absolutos/direitos relativos* mais adiante trabalhada.

A distinção entre o *Direito Público* e o *Direito Privado* segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS tem fundamento na análise das relações jurídicas constatadas na sociedade. O concurso de personalidades individuais denuncia a esfera do *Direito Privado*. A convergência da personalidade pública acarreta a necessária indagação sobre o modo segundo o qual a mesma exsurge: se “desce á arena dos indivíduos” ou não. Na primeira hipótese, ainda assim a matéria integra o *direito privado*, pois “as personalidades estão no mesmo nível, ou sejam singulares, ou collectivas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CVI); caso contrário, a regra integra o âmbito do direito público, em que o personalidade pública se exhibe “como poder (...) constituído,— como poder constituído e organizado,— como poder em acção effectiva” (cf. *Nova Apostilla* cit. (nota 45), pp. 14-15).

Criticando o Visconde de Seabra a respeito da inserção do direito criminal nos limites da Legislação Civil, destaca o equívoco: “na accepção lata da Apostilla, o ilustre jurisconsulto toma o todo pela parte, o genero pela especie, e usa de uma synecdoche, que não se póde admittir em discussões de rigor philosophico. Chama Direito Civil o que devia chamar Direito Privado; envolve no Direito Civil o Direito Criminal, que certamente é um ramo do Direito Privado, mas que não é o Direito Civil propriamente dito” (cf. *Nova Apostilla* cit. (nota 45), p. 12). De fato, a seara em que se verificam as relações entre os indivíduos é o *Direito Privado*, dentro do qual estão compreendidos o *Direito Civil* e o *Direito Criminal* (“quando esses (...) direitos são criminosamente violados [alude aos direitos de personalidade à liberdade e à segurança individual] (...) funciona o Estado no Juizo Criminal, do mesmo modo que no Juizo Civil, por intermedio do ministerio publico, que representa uma pessoa moral. Eis o motivo de sêr o Direito Criminal um ramo do Direito Privado. Os Escriptôres Francêzes o considerão uma parte do Direito Publico, por não havêr, como entre nós, differença entre crimes publicos, e particulares” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CVI). Tal observação, diga-se de passagem, parece chocar O. de CARVALHO (cf. *Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), p. 146). Contudo, a análise do Código Criminal do Império corrobora as idéias do jurista brasileiro: após uma primeira parte na qual são abordados os *crimes* e as *penas em geral*, três outras se seguem, voltadas, respectivamente, aos *crimes publicos*, aos *crimes particulares* e aos *crimes policiaes* (cf. A. L. F. TINOCO, *Código Criminal do Imperio do Brazil anotado*, Rio de Janeiro, Imprensa Industrial, 1886, pp. 571-574).

Por fim, cabe destacar que diversas são as possibilidades de classificação dos direitos subjetivos vislumbradas por A. TEIXEIRA DE FREITAS, conforme já ressaltado em oportunidades anteriores (cf. nota 236), enunciadas na *Nova Apostilla* por ocasião da análise do sistema adotado pelo legislador português. Contudo, o autor considera a distinção entre os direitos *absolutos* e *relativos* o resultado mais importante da análise aplicada ao sistema do direito (em geral): na distinção entre os direitos subjetivos (conforme a lição de G. W. F. von LEIBNIZ ora levada adiante) ele vai enfatizar a perquirição do destinatário do exercício dos direitos subjetivos, estremando os direitos *adversus omnes* daqueles que somente obrigam pessoas determinadas.

²⁵⁵ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXIII-LXIV. O autor esclarece desde logo que a expressão *direito absoluto* é utilizada em acepção distinta daquela que usualmente os escritores da escola jusracionalista lhe atribuem, ao se referirem a direitos *primitivos* do indivíduo “que resultão immediatamente da natureza do homem, e não dependem de acto algum de sua parte” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXIII). Anote-se que a dicotomia estabelecida entre os direitos *absolutos* e *relativos* alcança, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, todos os âmbitos da Legislação (e não apenas a Legislação Civil, onde certamente produzirá reflexos).

Por oportuno, observe-se que a nota 59 da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* corresponde a um dos trechos mais difíceis de toda a obra (para seu adequado entendimento, é necessário que sua leitura seja coordenada com o texto das pp. XCVII-CI): a questão é tão relevante que, sem ela, não se pode compreender porque o autor escolhe caminho próprio na sistematização do direito civil: “esta divisão é feita no ponto de vista da — *compreensão* — dos direitos (...) substitui no têxto a palavra *especie* pela palavra *parte*, porque tal é o proprio nome das bifurcações na *compreensão*. E por isso mesmo substitui na Nota duas vezes a palavra

A. TEIXEIRA DE FREITAS adverte que, via de regra, os direitos *absolutos* implicam obrigações de abstenção, ao passo que os direitos *relativos* acarretam ações (fatos ou serviços) por parte do sujeito passivo. Nada obstante, tanto podem ser identificados direitos *absolutos* que acarretem ações, como direitos *relativos* que ensejem omissões por parte do obrigado: há que se diferenciar, contudo, a natureza das inações que defluem de cada categoria. De fato, as inações derivadas de direitos *absolutos* correspondem a imperativos necessários “para co-existencia dos direitos de todos”, enquanto que as decorrentes de direitos *relativos* explicam-se pela renúncia voluntária a exercício de direito por iniciativa do próprio titular do dever²⁵⁶.

extensão pela palavra compreensão. Partes não são espécies, partição não é divisão, no rigôr logico; e compreensão não é extensão (...) a partição distribue por partes aliquotas, a divisão por partes aliquantas. Especies representam porções externas de generos, partes representam porções internas de todos” (pp. LXIII-LXIV).

Ao contrário dos trabalhos da pandectística alemã – que redundaram na repartição do *Bürgerliches Gesetzbuch* de acordo com os quatro ramos fundamentais da Legislação Civil (*direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões*) – A. TEIXEIRA DE FREITAS vai estruturar a sua proposta de sistema civil em um critério abstrato que leva em conta, simultaneamente, o destinatário e o objeto da obrigação (dever jurídico), ao contrário do paradigma alemão, que despreza o primeiro na estruturação do Código Civil, conferindo enfoque prioritário à separação dos direitos quanto à *extensão* (e segundo um critério institucionalista).

Trataremos em pormenor mais adiante desta questão. Contudo, desde já cabe destacar que a divisão dicotômica empregada por A. TEIXEIRA DE FREITAS com tamanhas frequência e convicção tem por fundamento a necessidade de um critério *seguro*, de cuja aplicação resultem partes *aliquotas* (qualquer elemento está necessariamente em *um* ou em *outro* grupo resultante da estruturação). Assim, a orientação institucional flagrada no *Bürgerliches Gesetzbuch* não será a eleita pelo autor. Sobre o fundamento da opção institucionalista alemã, cf. F. K. von SAVIGNY, *System* cit. (nota 19), p. 335-347 (§ 52, sobre a *essência das relações jurídicas*; e § 53, acerca das *diferentes espécies de relações jurídicas*).

A divisão dicotômica em direitos *absolutos* e *relativos* vai ter reflexo na própria legislação civil, inclusive quando da diferenciação entre os direitos *reais* e *pessoais* dos quais derivarão todos os direitos inerentes à vida civil (note-se que o *nominalismo* e o *conceitualismo* sobre os quais trataremos adiante gravitarão em torno da dicotomia direitos reais/ direitos pessoais, ora na forma de disposições comuns, ora sob as vestes de uma parte geral).

A divisão em partes *aliquotas* (a partir da *compreensão*) proposta por A. TEIXEIRA DE FREITAS vai se voltar aos direitos que tem nas *idéias* seu objeto de partição; já a divisão em partes *aliquantas* (a partir da *extensão*) vai se relacionar com os objetos *corpóreos*, perceptíveis pelos sentidos. Os direitos *absolutos* opõem-se aos direitos *relativos* em virtude do alcance *adversus omnes* da ação com a qual o primeiro está munido; ambos independem, todavia, das coisas e das pessoas que constituem seu objeto: nisto se diferenciarão dos direitos *reais* e *pessoais*, respectivamente ligados à *res* e ao *obrigado* sobre o qual recaem.

Finalmente, observe-se que o conceito de obrigação adotado por A. TEIXEIRA DE FREITAS é amplo e coincide com o de dever jurídico a que modernamente nos referimos (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXV, nota 62). Por uma diferenciação entre os conceitos de dever jurídico e obrigação, cf. M. A. D. de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica I – sujeito e objecto*, Coimbra, Livraria Almedina, 1966, p. 16.

²⁵⁶ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXIV-LXVI. Eis o trecho em que o autor distingue as inações quanto a suas naturezas distintas: “a inação indispensável á effectividade dos *direitos absolutos* nunca induz a privação de um direito da parte daquelles, á quem a obrigação incumbe: essa inação é necessaria para a co-existencia dos direitos de todos, ou, por outro modo, é o justo limite dos direitos de cada um. Quando, porém, os *direitos pessoais* correspondem á uma obrigação de não fazer, ou de abstenção, a pessoa obrigada priva-se do exercicio de um direito que tinha, e que voluntariamente renunciou em favôr do agente do direito” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXV).

Pela distinção romana entre direito absoluto como abstenção e obrigação como ação, cf. J. 3, 13 pr. (“obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis

Abrangendo todas as partes da legislação, a dicotomia *direitos absolutos/direitos relativos* vai se refletir inclusive sobre o Direito Civil. Contudo, a projeção destas categorias não se dará da mesma forma: enquanto se pode entrever uma autêntica simetria entre os direitos *relativos* e os direitos *pessoais*, os conceitos de direito *absoluto* e de direito *real* estarão *obliquamente* relacionados – por meio da similitude entre os seus respectivos efeitos *adversus omnes*²⁵⁷.

iura” – “obrigação é um vínculo de direito, que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo o nosso direito civil”) e D. 44, 7, 3 pr. (“obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum” – “La substancia de las obligaciones consiste non en que haga nuestra alguna cosa corpórea ó una servidumbre, sino en que constriña á outro á darnos, á hacernos, ó á prestarnos alguna cosa”). Em nota 60, A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que alguns autores distinguem as obrigações decorrentes de direitos *absolutos* e *relativos* por seu caráter, respectivamente, *protetor* e *constitutivo*. A respeito desta distinção se pronunciou A. BURDESE (*La distinzione tra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 307), diferenciando as espécies.

Como afirmado no corpo do texto, A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que alguns direitos relativos ensejam omissões por parte do obrigado; e que alguns direitos absolutos podem ensejar obrigações positivas: “convertidas [as cousas] em universidades jurídicas (*universitates juris*) alimentam muitas obrigações positivas, como nas heranças e nos concursos de credores” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LXV).

Cabe ressaltar que parece inconveniente a alusão aqui feita por A. TEIXEIRA DE FREITAS ao conteúdo das obrigações correlatas dos direitos absolutos e dos direitos relativos: a distinção entre estas categorias parece essencialmente fundada no critério do destinatário (*adversus omnes* tão somente na primeira hipótese). Trataremos da questão em momento oportuno.

²⁵⁷ *Consolidação cit.* (nota 04), pp. LXV-LXIX. Com efeito, o influxo das categorias elementares *direitos absolutos* e *direitos relativos* se diferencia da seguinte forma, conforme as palavras do próprio autor: “os chamados direitos absolutos – *liberdade, segurança e propriedade* –, entram na compreensão da Legislação Criminal, que os protege e assegura com a penalidade. Desses direitos o de *propriedade* unicamente entra na Legislação Civil. É no *direito de propriedade* que havemos de achar os *direitos reaes*. Os direitos pessoais, exceptuados os poderes da personalidade pública no círculo das leis orgânicas e administrativas, de que agora não tratamos, pertencem em regra à Legislação Civil, que define e regula as obrigações dos indivíduos entre si. Eis os nossos *direitos pessoais*. *Direitos relativos* – *direitos pessoais* – corresponderão à mesma noção, se a variedade de expressão não denunciasses a diferença. São *relativos* esses direitos, em contraposição aos *direitos absolutos*, porque não recaem sobre todos. São *pessoais*, porque necessariamente dependem da intervenção de pessoas individualmente passivas. Mas não são *pessoais*, porque abstrahem das pessoas individualmente passivas. Com os *direitos reaes* não acontece o mesmo. Em primeiro lugar é preciso separar os direitos imediatamente concernentes à personalidade do homem, que são alheios da Legislação Civil. Em segundo lugar, separados esses direitos da personalidade, a idéia geral da *propriedade* carece de limitações, sem as quais a noção dos *direitos reaes* será inexacta” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. LXVII-LXIX).

Ressalte-se a influência iluminista do período em que A. TEIXEIRA DE FREITAS explica a razão em virtude da qual as dicotomias *direitos absolutos/direitos relativos* e *direitos reais/direitos pessoais* não tinham sido adequadamente trabalhadas pela doutrina: “as tradições da Ciência confundem não pouco esta matéria, as palavras nem sempre designam as idéas, e da análise e dedução filosóficas colhem-se os seguintes corolários (...)” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LXVI).

Ressalte-se que embora o campo típico dos direitos relativos seja o Direito Privado, não há como se negar, no âmbito do Direito Administrativo, por exemplo, a existência de direitos pessoais do Estado contra seus respectivos agentes. Da mesma forma, existem direitos pessoais que se projetam no próprio Direito Criminal Público (o adultério afronta não apenas o direito pessoal do cônjuge como a própria segurança do estado civil) (*Consolidação cit.* (nota 04), p. LXVIII).

A origem dos direitos absolutos está na Carta Constitucional do Império, especificamente no *caput* de seu artigo 179 (“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por

Como A. TEIXEIRA DE FREITAS observará mais à frente, alguns juristas aproximaram de tal maneira os *direitos absolutos* dos *direitos reais* que ambos os conceitos resultaram enfraquecidos; a fim de precaver seus leitores desta adversidade, o autor revela a necessidade de que sejam reconduzidos os *direitos de personalidade* à sua verdadeira sede, ao mesmo tempo em que seja submetido o termo *propriedade* (e seus respectivos sentidos) ao crivo de uma criteriosa análise que redunde na conceituação – o mais precisa possível – de *direito real*²⁵⁸.

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que o termo *propriedade* é dotado de várias acepções jurídicas: ora refere-se ao direito de personalidade consagrado pela Constituição Imperial; ora envolve a noção de patrimônio como *universitas iuris*; ora mesmo se confunde com o domínio (enquanto *in re potestas plena* contraposta aos direitos reais sobre coisas alheias)²⁵⁹.

A propriedade-patrimônio abrange os direitos *reais* e também parcela dos direitos *pessoais*: “tanto fazem parte da nossa propriedade as *cousas materiaes*, que nos

base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”).

A estrutura dos *crimes particulares* previstos no Código Criminal do Império vai respeitar a estipulação de direitos absolutos levada a efeito pelo dispositivo constitucional referido: “Parte Terceira – Dos crimes particulares: Título I – Dos crimes contra a liberdade individual; Título II – Dos crimes contra a segurança individual; Título III – Dos crimes contra a propriedade; e Título IV – Dos crimes contra a pessoas e contra a propriedade” (cf. A. L. F. TINOCO, *Código Criminal* cit. (nota 254), pp. 572-573).

²⁵⁸ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXIX. Sobre a alusão posterior à confusão promovida por escritores alemães, cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCIV-XCV.

²⁵⁹ Pelas três acepções do termo propriedade destacadas no corpo do texto, aproveitamo-nos das observações de H. AHRENS referidas por A. TEIXEIRA DE FREITAS: “la propriété est le reflet de la personnalité humaine dans le domaine des biens matériels. L’homme étant une personne individuelle, un moi, a aussi le droit d’établir un rapport personnel individuel avec les objets matériels, en disant: ceci est à moi. De la personnalité, de l’être pour soi, découle l’avoir pour soi, ou la propriété individuelle, privée (...) la question de l’extension de la notion de la propriété est encore très-controverse. Le droit romain réduit la propriété, comme *rerum dominium*, aux choses corporelles, bien qu’il connût aussi un *dominium ususfructus*, un *dominium hereditatis*; le droit germanique et avec lui tous les codes modernes étendent la notion de propriété à des droits (dans le droit des obligations) se rapportant à la prestation de choses matérielles ou appréciables en argent. La notion de la propriété est alors identifiée avec celle de l’avoir. Le droit doit tenir compte de cette acception plus large dans la conscience sociale, quoiqu’il faille toujours distinguer les biens matériels qui sont immédiatement dans notre pouvoir de ceux par rapport auxquels nous avons des droits à faire valoir. Il faut distinguer de la propriété juridique le *droit* de propriété, par lequel la propriété est réglée sous toutes ses faces principales et sous tous ses rapports par un ensemble de conditions dont dépend l’acquisition, le maintien, l’emploi ou l’usage, et la revendication de la propriété” (*Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 7^a ed., Leipzig, F. A. Brockhaus, 1875, pp. 118-119 e 121-122)”.

A consagração do direito de propriedade pela Constituição Imperial se fez por meio de seu artigo 179, XXII: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação”.

pertencem de um modo mais ou menos completo, como os *factos* ou *prestações* que se nos devem, e que, á semelhança das *cousas materiaes*, tem um valôr apreciavel, promiscuamente representado pela moeda”. Ao contrário, a propriedade-domínio (paradigma de direito real) envolve um conjunto mais restrito que, junto de parte dos direitos *pessoais*, integra a propriedade-patrimônio de um sujeito de direito²⁶⁰.

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que os direitos *reais* distinguem-se dos direitos *pessoais* pela sua vinculação direta a uma determinada *coisa*, afetando-a e seguindo-a; por sua vez, os direitos *pessoais* aderem imediatamente à *pessoa* do obrigado, que acaba por corporificar a conduta (fato ou serviço) devida ao titular – com o qual fora estabelecido liame jurídico anterior, de origem negocial ou não²⁶¹.

Ora, esta distinção – fundada no *afetar* a coisa, no *persegui-la* e na *imediatidade* de sua subordinação aos interesses do sujeito de direito – vai acarretar a primeira limitação do conceito de *direito real*: este só se aplicará às coisas *corpóreas*

²⁶⁰ A propriedade-patrimônio envolve, como dissemos, os direitos reais e *parcela* dos direitos pessoais: apenas os direitos pessoais que apresentam um valor patrimonial “promiscuamente representado pela moeda” nas palavras do próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS. Com isso, estão excluídos deste âmbito os direitos pessoais nas relações de família, bem como outros direitos que não ingressam no âmbito da Legislação Civil (direitos relativos ao estado e à capacidade de homem, direitos políticos, etc.). A respeito destas observações, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXX (notas 73 e 74) e p. CII (nota 159). Por sua vez, o conceito de direito pessoal aqui utilizado por A. TEIXEIRA DE FREITAS não se confunde com aquele adotado pelos juristas alemães (de quem por sinal se distancia expressamente neste passo), uma vez que estes extirpam desta noção exatamente o caráter *patrimonial*: “les droits peuvent se rapporter ou à l’homme même auquel ils appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige. On peut donner à la première catégorie le nom de droits personnels, et à la seconde, le nom de droits patrimoniaux. Dans la catégorie des droits personnels, nous rangeons d’abord les droits politiques, dont nous n’avons à nous occuper qu’en tant qu’ils influent sur le droit privé; puis tous les droits qui touchent à l’état de l’homme, et enfin ceux qui modifient la capacité d’agir d’acquérir des biens et d’en disposer. La seconde catégorie se subdivise naturellement en deux classes: 1° Notre volonté se dirige vers un de nos semblables; nous avons le droit d’exiger de lui qu’il fasse quelque chose en notre faveur. Cette classe de droits suppose donc nécessairement deux personnes déterminées, l’une qui a le droit et l’autre dont le fait constitue l’objet du droit. Les Romains les appellent *obligationes*. 2° Notre volonté se rapporte à une chose, abstraction faite de tout individu autre que nous. Cette classe de droits ne suppose l’intervention d’aucune personne déterminée en dehors de celle ‘a qui ce droit compète. Les Romains n’ont pas de nom générique pour les désigner. Nous les appellerons droits réels” (C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, 3^a ed., Paris, Librairie de A. Durand et Padone, 1870, pp. 278-279).

Para A. TEIXEIRA DE FREITAS a noção de direito pessoal se extrai da oposição aos direitos reais, e não aos patrimoniais: “Ora, que os *direitos reaes* não são applicaveis á todos os objectos, de que se compõe a propriedade; facilmente comprehende-se, e a observação confirma. A possibilidade do *direito real*, com o seu effeito essencialmente physico, só concebe-se em relação aos objectos corporeos – *cousas* – no sentido natural da palavra; e tal é a primeira limitação, que de necessidade restringe a idéa de *propriedade* em seu sentido mais extenso. Os objectos incorporeos, que são apreciaveis pelo denominador commum – moeda –, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptiveis de posse, nem dos effeitos do *direito real*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXI).

²⁶¹ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXX-LXXI. Nos termos adotados pelo autor “affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, seguil-o incessantemente em podêr de todo e qualquer possuidôr, eis o effeito constante do *direito real*, eis seu character distinctivo” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXX).

(suscetíveis de afetação e persecução) sobre as quais se instaure um *ius in re*. Com isso, o autor exclui de seu respectivo objeto não apenas os direitos relativos a fatos (ou serviços), como inclusive os direitos *pessoais* sobre as coisas (*ius ad rem*)²⁶².

A questão estaria encerrada por aí se a atenção de A. TEIXEIRA DE FREITAS estivesse voltada tão somente a elucubrações de gabinete. No entanto, a aliança entre um incontestável espírito *prático* (decorrente de sua preocupação com a vida real e com os desafios que o dia-a-dia da sociedade oferece) e uma autêntica concepção do Direito Civil como *sistema* vai provocar uma segunda limitação ao conceito de *direito real*: ora, se a *afetação*, a suscetibilidade à *persecução incessante* e a *imediatidade* não encontram consagração no *ius ad rem*, o autor – compelido pela *natureza das coisas* – acaba por reconhecer a fragilidade do *direito real* incidente sobre coisas *móveis*²⁶³.

²⁶² Podemos encontrar o elemento *patrimonialidade* em ambas as categorias que integram os direitos civis (*reais e pessoais*). *Patrimonialidade*, na acepção emprestada ao termo por A. TEIXEIRA DE FREITAS, reputa-se a suscetibilidade de apreciação (valoração) por meio do emprego do denominador comum representado pela moeda (*Consolidação cit. (nota 04), p. LXXI*). Em meio a tais direitos patrimoniais, apenas em uma das categorias se verifica a afirmação *direta* do sujeito sobre a *coisa* (plena ou parcialmente): na dos chamados *direitos reais*. Contudo, a afetação e a persecução somente podem ser admitidas com relação às coisas *corpóreas*; prosseguindo nesta linha de raciocínio, a mediatização da relação entre o titular do direito subjetivo e a coisa sob o poder do obrigado (nas hipóteses das obrigações de dar) impede que esta noção seja abarcada pela acepção ampla de *direito real* (cf. *Consolidação cit. (nota 04), p. LXXI*). Observe-se que tal orientação sistemática vai se refletir na *Taboa de Materias* construída pelo autor: e com isso, ele se afastará da orientação dos Códigos Austríaco, Holandês e do Cantão de Berne, que como vimos há pouco, mantiveram o *ius in re* tratado promiscuamente junto do *ius ad rem*. Note-se que tal separação já resultara bastante nítida ao próprio J. G. HEINECCIUS, conforme destaca o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS: “dominium est jus in re corporali. – Quum itaque incorporales res tangi nequeant; consequens est, ut proprio nec possideantur, nec tradantur, nec in dominio sint; sed in bonis esse intelligantur” (*Consolidação cit. (nota 04), p. LXXI, nota 75*). A diferença é tão relevante que, nos caso dos direitos reais, apenas eventualmente o proprietário vulnerado vai se socorrer da reparação pecuniária – mediante a *ação subsidiária da reivindicação* (cf. *Consolidação cit. (nota 04), p. LXXVI, nota 89*).

²⁶³ Referindo-se às coisas imóveis, assim se pronuncia o autor: “as segundas – *solum et res soli* – pela sua natural consistência, pelos seus atributos peculiares, vantagens que oferecem, constituem a *propriedade* por excelência, são a verdadeira séde dos *direitos reais*” (*Consolidação cit. (nota 04), p. LXXIII*). Pouco adiante observaremos que uma das características que diferenciam as coisas móveis das imóveis seria a rápida circulação das primeiras, decorrente do emprego da simples tradição como modo de transferência de propriedade (para não nos adiantarmos a tratar do princípio jusnaturalista da transferência meramente consensual do domínio), contraposta à necessidade de obediência a um procedimento mais intrincado quanto à transferência da propriedade imobiliária; a consequência imediata de tal discrepância é o tratamento exclusivamente civil (leia-se, não mercantil) aos negócios jurídicos que versem sobre bens imóveis: “é por isso que as cousas moveis só podem servir de objecto ao commercio propriamente dito (...) a venda de imóveis não é commercial (...) as questões sobre imóveis, com poucas excepções, não competem ao Juizo Commercial (...) é bem conhecida a antiga máxima – *mobilium vilis possessio*” (*Consolidação cit. (nota 04), pp. LXII-LXXIII*).

Ora, o reconhecimento de que as principais características da propriedade imobiliária não encontram correspondente nos direitos sobre coisas móveis; e que, por consequência disso, restam praticamente inviabilizados os principais efeitos dos direitos reais (*afetação, persecução incessante e imediatidade*), correspondem a exemplos flagrantes da necessidade de confirmação, pela experimentação, da veracidade das máximas deduzidas pela *razão natural*. Com isso, percebemos forte influência iluminista no raciocínio jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS. Além disso, a oportunidade de rechaçar (à base das próprias máximas romanas) deduções decorrentes de princípios elementares do direito justinianeu – como a de que os direitos

Não obstante o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da *hipoteca* e do *usufruto* sobre coisas *móveis* (nesta última hipótese desde que não consumíveis), algumas características destas impedem que se vislumbre no direito *real* sobre as mesmas a *afetação* e os efeitos típicos da categoria: a possibilidade de furto (*contrectação*), as rápidas circulação e deterioração, a consumibilidade e a freqüente fungibilidade são alguns dos obstáculos destacados por A. TEIXEIRA DE FREITAS²⁶⁴.

Se a verdadeira sede dos direitos *reais* repousa sobre os bens imóveis, haveria algum vestígio de sua respectiva *causa eficiente*? Seria possível identificar um

reais recaem efetivamente sobre as coisas móveis – cristaliza, sem sombra de dúvida, a adequação do direito romano às necessidades e imperativos da vida da época, em uma demonstração lapidar do que vinha a ser o *usus modernus pandectarum* luso-brasileiro.

²⁶⁴ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXII-LXIII. De fato, a *tradição* independente de registro como modo de transmissão da propriedade mobiliária (aliada tanto à regra *en fait de meubles possession vaut titre* e quanto à preponderante *fungibilidade* das coisas móveis) dificulta, verdadeiramente, a *afetação* e a *persecução* sobre as quais A. TEIXEIRA DE FREITAS pretende edificar seu conceito de direito *real* (ainda que por meio do expediente da *actio in rem*).

Tendo sempre em mira o direito violado (não nos esqueçamos do espírito prático e forense do advogado-cientista), A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui pela extrema dificuldade de determinar e perseguir em juízo seja coisa *fungível* (quando não tornada infungível por contrato), seja *consumível* (quando não convertida em inconsumível pelas partes mediante negócio jurídico), ou ainda *deteriorável*. Com efeito, o artigo 917 da *Consolidação das Leis Civis* é elucidativo a respeito: “art. 917. Na reivindicação de cousas moveis, ou semoventes, deve declarar a qualidade dellas, e seus signaes distinctivos”. Tal disciplina – defluente das *Ordenações Filipinas* (Livro III, Título LIII, pr.) – revela os obstáculos práticos ao reconhecimento do principal elemento diferenciador do direitos reais, qual seja, a *actio in rem* com a qual está “armado”. De tal sorte que a dispensa de registro da *tradição* para as coisas móveis, a regra *en fait de meubles possession vaut titre* (circulação rápida e ágil), suas freqüentes consumibilidade, deteriorabilidade e fungibilidade acarretam, em conjunto, a conversão do *direito real sobre coisas móveis* em *direito pessoal à indenização*; tal conclusão não escapará à observação atenta de A. TEIXEIRA DE FREITAS, uma vez que sobre os *efeitos* dos direitos subjetivos (das relações jurídicas, enfim) o autor construirá o *sistema* delineado na *Taboa das materias*. Neste sentido ele se manifesta quando trata da suscetibilidade das coisas móveis à *contrectação* (furto) e às conseqüentes mitigações da *persecução* característica da *actio in rem*: “a usurpação das cousas moveis dá lugar á acções criminaes por furto, ou roubo; a sua restituição, ou a indemnisação do equivalente, consegue-se no juizo civil por uma acção pessoal *ex delicto*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXV). Há que se ressaltar, contudo, que a distinção quanto à *contrectação*, em vez de defluir de considerações práticas, decorre da inadmissão, pela Legislação Criminal, do *furto* de imóveis (“*Furto*. Art. 257. *Tirar a cousa alheia contra a vontade de seu dono, para si ou para outro*”, cf. A. L. F. TINOCO, *Código Criminal* cit. (nota 254), p. 452). Observe-se que a *bancarrota* (art. 263) e o *estelionato* (arts. 264), de outra parte, constituem-se em crimes contra a propriedade-patrimônio (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. CIV, nota 163). Anote-se que a natureza móvel (ou imóvel) da coisa vai ter conseqüências, inclusive, quanto ao direito internacional privado, fato esse destacado por A. TEIXEIRA DE FREITAS e que, para estas considerações, não nos parece relevante.

Sobre *hipoteca* e *usufruto* de móveis, cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXXVI-LXXVII, notas 90 e 91.

Por fim, cabe destacar a distinção promovida pelo autor entre as propriedades *afetada*, *desmembrada* e *gravada* (ou *dividida*), enquanto espécies do gênero propriedade *limitada*: “se o proprietário, para garantir o que deve, sujeita a propriedade ao credor, obrigando-se á não aliena-la – *propriedade affectada* –, dá-se o direito real de *hypotheca*. Se desmembra o domínio, perpetua ou temporariamente, transferindo á outro a utilidade da cousa, dá-se o *emphyteuse*. Se transfere o direito de posse, uso, ou gozo, mais ou menos completamente, – *propriedade dividida ou gravada* –, dão-se os direitos reaes das *servidões*, *superficie*, *usufructo*, *uso*, e *habitação*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXV). Cabe destacar, como faz o autor à nota 85 do texto, que nem toda limitação ao domínio implica direito real sobre coisa alheia, sendo necessário, para que tal se caracterize, não apenas o concurso da vontade da parte (ou de determinação *ex lege*), como também a outorga de direitos inerentes ao domínio (em maior ou menor extensão).

substrato comum que denunciasses os efeitos genéricos do *direito real*? Tais indagações são formuladas por A. TEIXEIRA DE FREITAS da seguinte forma: “haverá um princípio determinante dos *direitos reaes*, que *a priori* se possa assignar, e sirva de regra às legislações?”²⁶⁵.

A abordagem de A. TEIXEIRA DE FREITAS parte da distinção entre o domínio (*ius in re propria*) e os direitos reais sobre coisas alheias (*iura in re aliena*). Consubstanciando o primeiro a soma “de todos os direitos possíveis, que pertencem ao proprietário sobre sua coisa, quaes os da *posse, uso, gozo e livre disposição*”, estes representariam um eventual desdobramento dos elementos primários do *domínio*, do qual resultariam posições jurídicas em que ambos os titulares manteriam relação imediata com a coisa: e assim poderia parecer à primeira vista que na *atribuição* destes direitos elementares estaria a *causa eficiente* da constituição de um direito *real*²⁶⁶.

Fundado na *natureza das coisas* e no estudo do direito estrangeiro (bem como da história do direito português), A. TEIXEIRA DE FREITAS refuta tal assertiva: ora, se nas *servidões*, no *usufruto*, na *enfiteuse* e na *superfície*, por exemplo, poderiam ser observadas atribuições (de poderes elementares integrantes do domínio) ensejadoras da constituição de direitos *reais*, na *locação* e no *comodato*, porém, da transferência das mesmas faculdades decorreriam tão somente direitos pessoais – não apenas segundo o direito romano, como inclusive de acordo com as legislações modernas²⁶⁷.

²⁶⁵ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXIX.

²⁶⁶ Cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXX, onde o autor acrescenta ao trecho transcrito no corpo do texto que “os outros direitos reaes são parcelas daquela somma, são os proprios direitos constitutivos do dominio; são podêres, que sobre a coisa attribuem-se á outras pessoas. Se em todos os casos de attribuição desses podêres realizados vissemos nascêr um *direito real*, haveria por certo um signal indicadôr, uma causa eficiente, de direitos reaes na coisa alheia”. Mas o autor conclui exatamente em sentido contrário: “as Legislações, e a História do Direito, attestão o contrario” (p. LXXX). No trecho imediatamente seguinte abordaremos de que forma a utilização das fontes referidas pode indicar a influência do iluminismo jurídico português (em particular do *usus modernus pandectarum* luso-brasileiro).

²⁶⁷ Cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXX. Observe-se que neste trecho o autor declara expressamente ter lançado mão de estudos relacionados à história do direito português e do direito comparado; o que nos parece um fruto evidente do influxo iluminista sobre sua mentalidade jurídica, tal qual preconizado pela *Lei de 18 de agosto de 1769* (§§ 9º e 10º) e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* (Livro II, Título V, Capítulo II, §§ 13 a 16), respectivamente através da valorização da história do direito português e do emprego do *usus modernus pandectarum* como critério de aferição da vigência do direito romano (e dos termos em que a mesma se verifica).

Sobre a utilização da história por A. TEIXEIRA DE FREITAS, tenha-se em conta a seguinte observação de A. F. PEREIRA: “as soluções legais passam pelo crivo da história, que é a ocasião de pôr à prova uma proposição jurídica, a justiça de uma decisão, que se cristalizou em lei, o valor de determinada máxima, que adquiriu até a ilusória aparência de intemporal e ubíqua (...) dir-se-ia que Teixeira de Freitas entendia que a história é uma ciência lógica, à qual cabe fundar em razão os institutos e normas historicamente produzidos. Ele não pede à ciência da história a formação ou a causa dos fenômenos jurídicos; procura nelas porém as razões da eficácia, o bom funcionamento, a coerência estrutural, o sentido social e humano, que os fundamentam (...) a história,

Ao negar ao *adquirente* a faculdade de despejar o *locatário*, o artigo 1.743 do *Code Civil* fez com que o direito *pessoal* deste último tivesse sua eficácia estendida, a fim de surtir efeito sobre a esfera jurídica do primeiro (terceiro em relação ao contrato de arrendamento). Não houve qualquer incremento quanto ao conjunto de faculdades outorgadas ao arrendatário (*posse, uso e gozo*); no entanto, houve quem asseverasse que o legislador francês elevou “a *locação* à categoria de um *direito real*”. Da mesma forma, a inscrição dos arrendamentos como *direitos restritivos* do domínio – prevista no Projeto de Lei genebrino referente à aquisição, conservação e publicidade dos direitos reais sobre imóveis – foi o fundamento para que alguns juristas neles entrevissem autênticos direitos reais. Em ambos os casos não houve alteração quanto ao conjunto de poderes elementares atribuídos ao *arrendatário*; mas isso não impediu que de um mesmo título decorressem direitos com eficácias jurídicas substancialmente distintas²⁶⁸.

o passado, é o laboratório onde as soluções e os instrumentos jurídicos são submetidos à experimentação, onde os conceitos e as teorias têm de provar a sua resistência, a sua eficácia, a sua consistência, a sua verdade” (*O uso moderno* cit. (nota 253), p. 93).

²⁶⁸ No que diz respeito à interpretação que a doutrina francesa efetuou do artigo 1.743 do *Code Civil*, destaque-se o posicionamento minoritário de R. T. TROPLONG, que defendera tal como A. TEIXEIRA DE FREITAS a constituição de um autêntico direito *real* em favor do locatário. Entretanto, posição contrária foi defendida pela maior parte da doutrina que não entrevia nas prerrogativas do locatário mais do que meros direitos pessoais. Neste sentido, cf. C. E. DELVINCOURT: “quant à l’acquéreur d’un héritage baillé à loyer ou à ferme, il ne peut expulser le fermier ou le locataire, dont le bail a une date certaine antérieure à la vente, à moins qu’il n’ait été expressément stipulé dans le principe, entre le bailleur et le preneur, que la résiliation pourrait avoir lieu en cas de vente (...) il est certain, en effet, que le bail ne donne point le *jus in re*” (*Cours de code civil III*, Paris, Dijon, 1834, pp. 101 e 198). A mesma orientação foi adotada por C. B. M. TOULLIER: “l’usufruit est un droit réel, *jus in re*, qui suit la chose, en quelques mains qu’elle passe. Le bail à ferme ne donnait autrefois qu’un droit personnel, *jus ad rem*, qui ne pouvait s’exercer que contre la personne du locataire ou bailleur (...) aujourd’hui le fermier, comme l’usufruitier, peut exercer son droit contre tout possesseur de l’héritage, quel qu’il soit: c’est un des caractères du droit réel, *jus in re*. Néanmoins, le droit du fermier n’est point un droit réel, et en cela il diffère essentiellement du droit de l’usufruitier” (*Le droit civil français suivant l’ordre du code II*, 6^a ed., Paris, F. Cotillon, s.d., pp. 149-150). Em igual sentido, ainda, A. DURANTON: “Ce n’est pas, au surplus, parce que le preneur aurait, comme l’usufruitier, un droit dans la chose, car il n’en a réellement pas: le bail n’a pas changé de nature par cette disposition du Code; c’est toujours un simple *jus in personam*” (*Cours* cit. (nota 22), p. 107); bem como P. J. PROUDHON: “enfin il n’est pas exact de dire que le droit de location soit aujourd’hui un droit réel, *jus in re*, comme celui d’usufruit. Si la constitution d’usufruit suppose un droit réel, *jus in re*, acquis à l’usufruitier sur le fonds, c’est parce qu’elle opère un démembrement de propriété; qu’elle emporte, pour un temps, l’aliénation d’une partie du domaine: il n’en est pas de même du droit de location; il n’y a ici aucun démembrement de propriété, puisque c’est le bailleur qui reste encore revêtu du droit de possession, et même de jouissance proprement dite” (*Traité des droits d’usufruit, d’usage, d’habitation, et de superficie I*, Paris, Dijon, 1824, p. 110). A respeito da intenção do legislador francês, J.-B. DUVERGIER ressalta que “lorsque les rédacteurs du Code ont voulu attribuer à la vente l’effet qu’elle ne produisait pas dans l’ancien droit, de transmettre la propriété, il se sont bien gardés de donner une définition vieille et qui n’était pas en harmonie avec le changement qu’ils voulaient introduire; ils ont déclaré hautement leur pensée, dans les deux premiers articles du titre de la vente. Ces observations jettent, ce me semble, assez de lumière sur leurs intentions, pour qu’on soit convaincu qu’ils n’ont pas songé à opérer la révolution dont on leur attribue la pensée” (*Le droit civil français suivant l’ordre du code XVIII*, Paris, Jules Renouard, 1836, p. 252).

Eis, pois, a observação de R. T. TROPLONG a respeito da questão: “j’ai donc raison de le dire, il y avait dans la discussion de l’art. 1743 un malentendu. On ne se posait pas au point de vue de la loi *Emptorem*. Sans s’en

No direito luso-brasileiro as *Ordenações Filipinas* (Livro IV, Título IX) reconheciam o direito do adquirente de despejar o arrendatário caso a locação não houvesse sido celebrada por mais de dez anos; se tivesse sido, todavia, o *arrendamento* era considerado contrato *enfiteutico*, em virtude do qual o arrendatário adquiria direitos que poderiam ser exercidos mesmo contra o novo proprietário. Por meio de dois diplomas subseqüentes, no entanto, a locação foi reduzida “à sua natureza pessoal, ainda que fôsse de cem annos, e até colonia perpetua”. Mas se em ambas as hipóteses o *uso* e o *gozo* da coisa haveriam de ser transferidos ao colono, como explicar a diferença entre tais figuras²⁶⁹?

De sua parte, tanto o *credor pignoratício* quanto o *depositário* têm a *posse* da coisa confiada, sem que possam dela usar ou fruir: havendo completa semelhança quanto à faculdade atribuída a ambos, como explicar que no primeiro caso tivesse o credor um direito *real* em seu favor, e na segunda hipótese assistisse ao depositário um direito

rendre compte, on avait fait, à la suite de l'Assemblée constituante, un voyage immense qui en avait éloigné l'aspect et effacé la physionomie. C'est pour cela qu'on s'imaginait ne faire disparaître qu'une *subtilité*, tandis qu'on opérait une *subversion*, comme disait le magistrat de la Cour de Lyon!!! (...) Or, qu'est-ce qu'un droit qui, de la personne, rejaillit sur la chose par une affectation directe et incessante, qui suit cette chose de main en main, qui survit aux aliénations et aux changements de propriétaires? Est-ce un droit inconnu dans la jurisprudence? Non! Les jurisconsultes de tous les temps l'ont nommé un droit réel” (*Le droit civil* cit. (nota 21), pp. 29-30).

Sobre a proposta de reforma legislativa atinente ao Cantão de Genebra, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXII (nota 109).

²⁶⁹ Eis o texto do Título IX das *Ordenações Filipinas*, Livro IV:

“Da venda de cousa de raiz feita a tempo, que já era arrendada, ou alugada a outrem per tempo certo. Se algum homem vender huma casa, ou herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, a qual ao tempo da venda tinha já arrendada, ou alugada a outrem, e entregue a posse della por tempo, que fosse menos de dez annos, não he o comprador obrigado manter o contracto de aluguer, ou arrendamento ao dito Rendeiro, ou alugador, mas pode-lo-ha demandar e constranger, que lhe deixe a dita cousa, sem embargo do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito; salvo se contracto de compra e venda foi acordado entre o comprador e vendedor, que o comprador cumpra ao alugador, ou Rendeiro o contracto de arrendamento, ou aluguer, que lhe foi feito pelo dito vendedor; ou se o comprador depois da venda em algum tempo outorgou, ou por alguma maneira consentio, que fosse cumprido ao Rendeiro, ou alugador seu contracto, que lhe foi feito por o vendedor; ou se o vendedor no contracto de arrendamento, ou de aluguer obrigou geral, ou specialmente a cousa arrendada, ou alugada ao Rendeiro, ou alugador para cumprimento do contracto; porque em cada hum destes casos será o comprador obrigado cumprir ao Rendeiro, ou alugador o contracto do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito pelo vendedor, sem contradicção alguma.

1. Porém em todo o caso, em que o comprador possa desfazer o contracto do arrendamento, ou aluguer, como dito he, dando-lhe o alugador, ou Rendeiro, e pagando-lhe todo o seu interesse, assi por respeito de ganho, como de perda, que recebesse por causa do arrendamento ficar em sua força, será o comprador obrigado a lhe cumprir e guardar seu arrendamento, ou aluguer, sem outro algum embargo, nem contradicção”. Pelos dois diplomas a que se faz referência no período, cf. *Alvará de 03 de Novembro de 1757* e *Alvará de 04 de Julho de 1776*, ambos integralmente transcritos em C. M. de ALMEIDA, *Código Philippino* cit. (nota 54), pp. 1023-1024. Destaque-se a interessante exposição de motivos do primeiro dos textos referidos. Desnecessário destacar que a transferência da *posse* está implícita na outorga das faculdades de *uso* e *gozo* (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXX, nota 97).

exercitável tão somente contra o depositante²⁷⁰? Como justificar, ainda, a transformação sofrida pela *anticrese* no *Code Civil* – de direito *real* segundo as Leis Romanas foi reduzido a simples direito *pessoal* pelo legislador francês – sem que tenha sido o credor anticrético despojado daquela posse que “seria” o elemento mais característico do instituto²⁷¹?

A crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS à conceituação do direito *real* a partir dos poderes elementares inerentes ao domínio vai encontrar seu ponto mais agudo na análise da *hipoteca*: “a *hypotheca* não confere ao credôr, nem uso, e gozo, nem ao menos posse; e entretanto produz um direito real, que está para a coisa, do mesmo modo que o direito pessoal está para a obrigação – *obligatio rei* –. Ella não desmembra a propriedade como o usufructo, não a transfere para o credôr, e a deixa subsistir intacta: sómente adstringe a coisa á fornecêr ao credôr seu pagamento pelo meio da venda”²⁷².

É preciso lembrar ainda que A. TEIXEIRA DE FREITAS tinha plena consciência de que os poderes elementares integrantes do *domínio* podiam então ser desmembrados livremente pelo titular do *ius in re plena*, desde que tal negócio não fosse

²⁷⁰ Observe-se que, assim como no que diz respeito ao comodatário, a ambas as situações se aplica a disciplina relativa ao furto de uso (cf. *Código Criminal* cit. (nota 254), p. 457 – art. 258), defluindo tais disposições do próprio direito romano: “furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit” – “o furto se comete, não só quando se leva uma coisa alheia com a intenção de se apropriar dela, mas em geral quando alguém se apodera de uma coisa alheia contra a vontade do dono. Assim, comete furto o credor que fizer uso da coisa penhorada ou o depositário, da depositada; ou quem recebeu uma coisa para usar e a aplica a um fim diferente daquele para o qual a coisa lhe foi dada” (J. 4, 1, 6).

²⁷¹ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXIV. Com efeito, A. TEIXEIRA DE FREITAS afirma que a legislação francesa contrariara a orientação da maior parte dos países europeus – o autor chega a asseverar que a de “todos” – sujeitando-se usualmente a *anticrese* à transcrição como os outros direitos reais. Observe-se tão somente que no corpo do texto o autor informa ser a orientação francesa contrária àquela adotada pela “Legislação Romana, e (...) por muitas legislações modernas”; não parece restar dúvida de que se trata de mais uma influência metodológica da mentalidade jurídica introduzida pela reforma pombalina da aplicação e do ensino do direito.

²⁷² *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXV. O período é de autoria de A. TEIXEIRA DE FREITAS, mas a analogia entre a *hipoteca* e a *obrigação*, como o próprio autor declara, já havia sido feita por J. P. MOLITOR: “l’obligation ne donne pas au créancier un droit sur la personne du débiteur, mais impose seulement à celui-ci un fait, une prestation déterminée, de même l’hypothèque laisse intacts tous les droits de propriété sur la chose, mais astreint en quelque sorte la chose à fournir au créancier son paiement au moyen de la vente. Cette analogie qui existe au fond entre l’hypothèque et l’obligation, se manifeste même par les terms usités dans les textes” (*Les obligations en droit romain I*, 2ª ed., Gand, H. Hoste, 1866, p. 4).

É interessante destacar que embora na conceituação de *domínio* A. TEIXEIRA DE FREITAS reconhecesse a existência de quatro poderes elementares (*posse*, *uso*, *gozo* e *disposição*), quando os analisa individualmente, a fim de combater a visão do direito *real* como poder transferido, esqueça que na *hipoteca*, conquanto não se transfira nem *posse*, nem *uso*, nem *gozo*, transfere-se faculdade de disposição (ainda que afeta à função de pagar o credor a si próprio com o produto da venda). Não é por acaso que acaba por observar o fato: “não se pôde todavia negar (...) que o direito de propriedade fica alterado em alguns de seus elementos” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXV, nota 124).

ilegal e não contrariasse a *ordem pública*; a liberdade dos particulares quanto à definição do conteúdo de suas respectivas convenções (corolário do princípio de legalidade) abrangia inclusive a *criação* de novos direitos *reais* enquanto “as legislações não [proibissem] expressamente a criação de outros direitos reais” – além daqueles já por elas designados e regulados²⁷³.

Por exemplo: A. TEIXEIRA DE FREITAS informa que, segundo T. MAREZOLL, o direito romano reconhecia quatro espécies de direitos reais sobre as coisas alheias (*servitus, emphyteusis, superficies, pignus*). Mas como destaca C. B. M. TOULLIER, embora possam ser divisados os desmembramentos utilizados com maior frequência em um determinado contexto sócio-jurídico, inexistia uniformidade mesmo quando tomado em consideração um único povo, em decorrência da variação dos costumes e da legislação ao longo do tempo²⁷⁴.

²⁷³ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXXXVII-LXXXVIII. Quanto à liberdade das partes na constituição de novos direitos reais, C. B. M. TOULLIER observa que “mais si on demande quels sont les droits qu’on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manière on peut la démembrer, il faut d’abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu’il juge à propos, pourvu qu’il n’y ait rien de contraire aux lois ou à l’ordre public. Ainsi, dans cette matière, on suit le principe général: tout ce qui n’est pas défendu est permis” (*Le droit civil* cit. (nota 268), p. 62). A disciplina atinente aos direitos reais corresponde, segundo J. C. F. DEMOLOMBE, a uma questão de ordem pública, não suscetível, pois, de disposição por iniciativa dos particulares: “les particuliers ne peuvent pas, bien entendu, par leurs conventions ni par leurs dispositions, changer les lois qui concernent l’ordre public (art. 6, 1133, 1172, etc.); et au nombre de ces lois, il faut évidemment ranger celles qui intéressent les tiers, le *public*, la sécurité des conventions, le mode de transmission des biens (voy. Notre t. I, n°s 18 e 107). Or, la loi qui détermine et organise les droits réels (...) est une loi d’ordre public; donc, les particuliers ne la peuvent pas changer; donc, une telle loi, dans l’énumération des droits réels qu’elle reconnaît, doit être nécessairement considérée comme limitative” (*Cours de Code Napoléon IX – Traité de la distinction des biens I*, Paris, A. Lahure, 1881, p. 431).

²⁷⁴ Pela referência, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXIX. Quanto aos direitos reais sobre as coisas alheias para o direito romano justiniano, cf. T. MAREZOLL: “le droit romain, dans son dernier état de développement, reconnaît quatre espèces de ces *jura in re aliena*, et même le caractère de droit réel indépendant n’a été attribué à plusieurs qu’assez tard. Ces quatre espèces sont: *servitus rei, emphyteusis, superficies* et *pignus*” (*Précis d’un cours sur l’ensemble du droit privé des romains*, Paris, G. Thorel, 1840, p. 222). Note-se que T. MAREZOLL destaca inclusive que às servidões, mais antigas, foram consideradas suscetíveis de posse (*quase possessio*) com as consequências da posse, os interditos e a usucapião (p. 225). Sobre a variedade de direitos reais de acordo com os quadrantes espaço-temporais, C. B. M. TOULLIER destaca que “ces droits ne sont pas les mêmes chez tous les peuples (...) chez le même peuple, ils varient suivant les temps, les mœurs et la législation. Plusieurs des droits réels, qui étaient d’un usage universel dans le notre ancienne législation, sont proscrits par la nouvelle” (*Le droit civil* cit. (nota 268), p. 63). J. C. F. DEMOLOMBE corrobora a conclusão de C. B. M. TOULLIER da seguinte forma: “le nombre des droits réels n’est pas nécessairement déterminé, pas plus que les différentes variétés possibles de ces droits ne sont définies par la nature même des choses. C’est là une oeuvre de droit positif, sur laquelle le temps, les mœurs, le génie particulier des différents peuples, l’état plus ou moins avancé de la civilisation, et surtout la forme de l’organisation politique et sociale, exercent la plus profonde influence” (*Cours de code* cit. (nota 273), p. 360). J. M. E. ORTOLAN destaca o estado de dúvida em que nos deixaram os juristas romanos quanto à natureza (real ou pessoal) dos direitos do locatário e do comodatário: “jusqu’à quel point les facultés de disposition que confère sur la chose le louage ou le prêt à usage (*commodatum*) rentrent-elles dans la classe des droits réels ou en différents-elles? Les juristes romains ne se sont jamais envisagé le louage et le

A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que o reconhecimento de direitos *reais em algumas* das hipóteses de transferência de poderes dominiais se fez em função da necessidade de que seus titulares fossem resguardados tal como se proprietários fossem, conferindo-se-lhes direitos dotados de “uma natureza absoluta, e geralmente obrigatória”²⁷⁵.

A extensão da natureza do *ius in re plena* aos *iura in re aliena* não implica que estes últimos correspondam necessariamente a desdobramentos do *domínio*; da mesma forma como tal ampliação não impede que as transferências de poderes elementares inerentes ao domínio se faça sob títulos diversos – *nominados* ou não – sem que se vislumbre qualquer constituição de direito *real*. A conclusão de A. TEIXEIRA DE FREITAS não poderia ser outra: construir o conceito de direito real à base do domínio (e de desmembramentos deste) fora uma “idéia falsa (...) pois a definição não compreenderia o definido”²⁷⁶.

A necessidade de segurança suprida pela extensão da natureza *real* aos *iura in re aliena* acaba por indiretamente fornecer a A. TEIXEIRA DE FREITAS o critério de diferenciação entre os direitos *reais* e os *direitos pessoais*: a *actio in rem* (que é sempre produzida pelos primeiros e em circunstância alguma o é pelos segundos) assinala de “modo sensível a diferença entre as duas espécies de direitos, de que na divisão compõe-se toda a legislação civil”²⁷⁷.

commodat qu'en leur qualité de contrats, sous le rapport des droits personnels qu'ils produisent” (*Histoire* cit. (nota 234), p. 659).

²⁷⁵ Eis o período da *Introdução* ora referido: “para que esses poderes tivessem uma completa segurança, foi mister dar-lhes uma natureza absoluta, e geralmente obrigatória, como tem o direito real de domínio: porém bem se vê, que não é isto necessariamente da sua essência” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXVII). A fonte utilizada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, novamente, é T. MAREZOLL (*Précis* cit. (nota 274), p. 222 – note-se que na edição por nós consultada, o parágrafo referido é o 93º, e não o 86º como destaca o jurista brasileiro).

²⁷⁶ A importância do trecho compele à sua reprodução integral: “do que precede resulta, que definir o – *direito real* – em relação ao domínio fora dar uma idéia falsa; pois a definição não compreenderia o definido. Defini-lo pelas faculdades de uso, e gozo, como desmembradas do domínio, ou como co-propriedade dividida quanto ao tempo, e modo, do uso, e gozo, não fôra melhor expediente; porquanto a *hypotheca* é um direito real, e não contém nenhuma dessas faculdades, nem opéra desmembração ou divisão alguma” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. LXXXIX). Sobre as ressalvas que fizemos quanto à hipoteca, cf. nota 252. Por outro lado, se A. TEIXEIRA DE FREITAS estava consciente do perigo das definições, ainda assim preferia seus riscos à imprecisão terminológica, como ressalta N. SALDANHA: “a famosa frase romana sobre o ‘perigo’ das definições, que aliás teve em conta expressamente mais de uma vez, jamais inibiu o autor da *Consolidação* de definir; como jamais o inibiu de classificar. Definir e classificar, formas dominantes do racionalismo ocidental clássico (desde Descartes e Domat, desde Spinoza e Cuvier), eram ainda para Freitas o *modus operandi* por excelência do saber jurídico” (*História e sistema* cit. (nota 208), p. 70).

²⁷⁷ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. LXXXIX-XC. C. B. M. TOULLIER é uma autoridade invocada por A. TEIXEIRA DE FREITAS para a confirmação de sua proposta: “c’est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, que forme le caractère spécifique de ce qu’on appelle un *droit réel*, *jus in re*, à la différence du

O próprio autor assume, entretanto, que sua proposta fora objeto de dois feixes principais de críticas: o primeiro relacionado à *autonomia* do direito subjetivo com relação à *actio* que dele deriva; e a segunda linha, adepta da vertente tradicional, enfatizando os poderes elementares inerentes ao *ius in re propria* (em detrimento da *actio in rem*) – talvez como um resquício da exagerada aproximação entre as noções de direito *real* e *domínio*²⁷⁸.

A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta que a definição do direito *real* a partir da ação com que está “armado” importa o necessário reconhecimento da anterioridade lógica do direito subjetivo com relação à ação que do mesmo dimana: “toda a acção supõe um direito violado”. Contudo, entrevendo nesta “confusão” o resultado de imprecisões metodológicas fundamentais, o autor ressalta a necessidade de que se distingam o direito subjetivo, a ação que o assegura (*ius persequendi*), a “fôrma da acção”, o processo judicial (*medium persequendi*) e o procedimento²⁷⁹.

droit *personnel* ou du droit à la chose, *jus ad rem*, qui résulte d'un lien purement personnel, existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées, et en vertu duquel l'une est obligée de faire ou de donner quelque chose; en un mot, en vertu d'un droit réel, je réclame une propriété qui m'est acquise du droit personnel ou du droit à la chose, je demande à devenir propriétaire, je demande que le débiteur me transfère sa propriété” (*Le droit civil* cit. (nota 268), pp. 55-56). Ai se encontra, pois, a *suma divisio* estabelecida por A. TEIXEIRA DE FREITAS para o seu sistema de direito civil.

²⁷⁸ A. TEIXEIRA DE FREITAS não declina a paternidade da primeira crítica, embora informe, no segundo caso, tratar-se de conclusão a que chegou J. M. E. ORTOLAN. Outras ressalvas são dirigidas à proposta de A. TEIXEIRA DE FREITAS. O próprio J. M. E. ORTOLAN em momento ulterior destaca que “il n’y a pas de droit plus absolu l’un que l’autre; la société entière est toujours garante de tout droit, et la masse de toutes les personnes est toujours obligée de s’abstenir de porter trouble ou obstacle à la jouissance et à l’exercice de tout droit (...) en somme, les droits, tant réels que personnels, existent à l’égard de tous; la société est toujours partie garante dans tout droit: mais personne n’est sujet individuellement passif des premiers; quant aux seconds, une personne est individuellement passive” (*Histoire* cit. (nota 234), p. 641). Entretanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS se desvencilha do ataque distinguindo o direito pessoal contra o obrigado do direito de personalidade à verdade: “quando os *direitos pessoais* não são encarados em relação à pessoa individualmente obrigada, mas em relação aos outros – *adversus omnes* –, já não exprimem a mesma relação, a mesma obrigação. São absolutos, exprimem relação diversa, já como direitos de personalidade, já como direitos de propriedade. De personalidade, se os direitos pessoais tem sómente uma utilidade, mas não um preço venal. De propriedade no outro caso, porque já dissemos, que a idéia de propriedade é larga, e abrange assim os direitos reais, como os pessoais, que fazem parte do nosso patrimônio. Os direitos pessoais desta ultima especie, considerados como absolutos, são integrantes do direito de propriedade” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CIII).

²⁷⁹ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCI e XCIII. Pela distinção entre o *ius persequendi*, o *medium persequendi* e a “fôrma da acção”, cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XLIX (nota 32) e XCI. A “fôrma de acção” a que o autor se refere é a *ação em sentido processual* a que a doutrina usualmente alude, em contraposição à *ação em sentido material* da qual trata o autor em suas observações.

Cabe ressaltar que A. TEIXEIRA DE FREITAS, a despeito de reconhecer a independência e a anterioridade do direito subjetivo com relação à ação que o assegura, conclui pela inexistência daquele sem esta: “o direito não pôde existir sem a acção, do mesmo modo que a acção não existe sem o direito (...) a acção é a faculdade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria, ou fôra illusorio” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XCI).

Já no que concerne à proeminência dos poderes *dominiais* em face da *actio in rem*, A. TEIXEIRA DE FREITAS considera a crítica de J. M. E. ORTOLAN uma reminiscência do enfoque excessivamente dominialista do conceito de direito *real*, no qual se descarta o fato de que a utilização da *res* e a percepção de seus frutos não bastam, por si mesmas, à constituição de um *ius in re aliena*; a natureza dos direitos de que são titulares o *locatário* e o *comodatário* bem evidencia, conforme anota o autor, a exclusiva presença de ações *pessoais* – contra o proprietário titular da ação *real* – em meio ao exercício das faculdades de uso e gozo²⁸⁰.

Uma vez rechaçadas tais críticas, o autor ratifica ser a *actio in rem* o único “atributo inerente á todos os [direitos reais] existentes”, lançando mão do próprio J. M. E. ORTOLAN para justificar a eleição da dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* como divisão de entrada da legislação civil; a conclusão de que quaisquer direitos podem ser reconduzidos a uma ou outra das categorias “dimana necessariamente da natureza das cousas, é imutavel, e se-reproduz inevitavelmente em toda a legislação”²⁸¹.

No entanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS reconhece que alguns fatores contribuíram de modo decisivo para o enfraquecimento desta dicotomia, tais como a “flexibilidade” das noções de *coisa* e de *propriedade*, bem como a “confusão” entre os conceitos de *direitos absolutos* e de *direitos reais*. Neste último caso, a oponibilidade *erga*

²⁸⁰ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCII-XCIII. A crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS ao pensamento de J. M. E. ORTOLAN pode ser sintetizada na seguinte indagação: “não será isto encarar o *direito real* somente em relação ao domínio?” (p. XCII). Com efeito, J. M. E. ORTOLAN diferencia o *exercício* do direito real de sua respectiva *defesa*: “l’erreur vient principalement de ce qu’on s’imagine que lorsque j’intente une action réelle contre quiconque porte atteinte à mon droit réel: par exemple, une action en revendication de ma propriété; j’exerce ce droit. Je l’exerce quand je me sers de la chose, quand j’en prends les fruits, quand j’en dispose d’une manière ou d’autre. Il n’y a jamais, dans l’exercice d’un droit réel, d’intermédiaire individuellement passif entre moi et la chose; c’est là le caractère distinctif de ce droit. Mais quand j’intente une action réelle contre tout possesseur, je n’exerce pas mon droit, je le défends, je veux le faire reconnaître. Ni plus ni moins que si un tiers, quel qu’il fût, s’emparait de mon titre de créance, se substituait à ma personne, voulait se faire payer à ma place, j’aurais le droit de défendre et de faire reconnaître mon droit” (*Histoire* cit. (nota 234), p. 641).

A. TEIXEIRA DE FREITAS faz observação importante neste trecho da obra: “ha direitos naturaes, que a razão concebe antes da lei, e neste caso está o dominio, ou a propriedade, com as justas faculdades, que lhe-são inherentes. Ha direitos possiveis, creados pela lei; e taes são os direitos reaes na cousa alheia – *jura in re aliena*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. XCII). A influência iluminista do período é marcante, principalmente quando se tem em conta a alusão a *direitos concebidos pela razão antes de qualquer consagração legislativa*.

²⁸¹ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XCIV. Destaque-se que a alusão à *natureza das coisas*, de feição iluminista indisfarçável, é feita pelo próprio J. M. E. ORTOLAN: “la notion ainsi donnée est large: tous les droits sans exception, de quelque manière qu’ils soient acquis, exercés ou poursuivis en justice, et quelle que soit la chose corporelle ou incorporelle qui en est l’objet, viennent se ranger dans l’une ou dans l’autre catégorie. Elle n’est pas arbitraire; mais découllant forcément de la nature des choses, commandant à l’homme, immuable, et se reproduisant inévitablement dans toute législation” (*Histoire* cit. (nota 234), p. 639).

omnes de ambas as categorias ensejou sua identificação por alguns escritores, tais como J. M. E. ORTOLAN e J. C. F. DEMOLOMBE²⁸².

A promiscuidade com que os autores se referem aos *direitos absolutos* e aos *direitos reais* sugere a A. TEIXEIRA DE FREITAS a necessidade de que tais noções sejam diferenciadas à luz de seus respectivos objetos. Individualmente considerados, os direitos recaem ora sobre objetos corpóreos (*peessoas e coisas*), ora sobre idéias (sem representação física exterior); na primeira hipótese, do *realismo* das *peessoas e coisas* sobre as quais repercutem tais direitos subjetivos defluem os conceitos de *direito pessoal* e de *direito real*²⁸³.

²⁸² *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCIV-XCV. A respeito da referência promiscua aos *direitos reais*, cf. J. M. E. ORTOLAN: “la qualité de père, la qualité de fils, la qualité d’homme libre, d’affranchi, de patron, de citoyen; la liberté et la sûreté individuelle de notre personne physique, l’honneur, la réputation et tout l’ensemble des facultés intellectuelles de notre personne morale, tout cela forme l’objet d’autant de droits qui nous appartiennent directement, immédiatement, sans l’intermédiaire d’un sujet individuellement passif, indépendamment de toute obligation envers nous. Ce sont donc des droits réels” (*Histoire* cit. (nota 234), p. 660). J. C. F. DEMOLOMBE, por sua vez, incorre no equívoco apontado por A. TEIXEIRA DE FREITAS, retratando-se em seguida por meio de uma restrição do conceito: “ces droits-là, en effet, les qualités de père, d’enfant légitime, etc., nous appartiennent, indépendamment de toute obligation spéciale de tel ou de tel individu envers nous; ce sont donc des droits *in rem*, qui existent pour nous *generaliter*. Aussi avons-nous déjà remarqué que les actions qui se rapportent à l’état des personnes, constituent véritablement des actions réelles (...) au reste, cette espèce d’actions réelles n’est pas ici l’objet de notre étude; nous nous occupons des *biens*, c’est-à-dire des choses qui peuvent entrer comme tels dans notre patrimoine; et c’est seulement dans cette acception, la plus littéralement conforme, d’ailleurs, à l’étymologie du mot *droits réels* (*res*), que nous avons à examiner maintenant cette espèce de droits” (*Cours de Code* cit. (nota 273), p. 353). Destaque-se a observação de A. TEIXEIRA DE FREITAS: “sempre que se-distinguiem os direitos reaes só pelo seu predicado de existirem --- *generaliter* – *erga omnes* –, independentemente de qualquer obrigação privativa, cometer-se-ha erro de confundi-los com os direitos absolutos (...) certamente o caracter commum dos direitos reaes, e dos direitos absolutos, é sua existencia independente de qualquer vinculo pessoal; porém, se os direitos reaes neste aspecto, são absolutos, não se-segue que os direitos absolutos sejam reaes” (*Consolidação*, cit. (nota 04), p. XCV).

²⁸³ *Consolidação* cit. (nota 04), p. XCVIII. Semelhante promiscuidade também atingirá os direitos *pessoais*. De acordo com finalidades específicas, várias serão as acepções emprestadas à expressão *direito pessoal*: ora para enfatizar seu caráter *não-patrimonial*; ora para destacar sua *intransmissibilidade*; ora para estremá-lo das obrigações reais (*propter rem*); e ainda mesmo para aludir ao estatuto pessoal aplicável ao caso, no âmbito do direito internacional privado.

Com efeito, a definição de *direito pessoal* de C. MAYNZ põe em relevo a não-patrimonialidade do direito *pessoal*: “les droits peuvent se rapporter ou à l’homme même auquel ils appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige. On peut donner à la première catégorie le nom de droits personnels, et à la seconde, le nom de droits patrimoniaux. Dans la catégorie des droits personnels, nous rangeons d’abord les droits politiques, dont nous n’avons à nous occuper qu’en tant qu’ils influent sur le droit privé; puis tous les droits qui touchent à l’état de l’homme, et enfin ceux qui modifient la capacité d’agir d’acquérir des biens et d’en disposer. La seconde catégorie se subdivise naturellement en deux classes: 1° Notre volonté se dirige vers un de nos semblables; nous avons le droit d’exiger de lui qu’il fasse quelque chose en notre faveur. Cette classe de droits suppose donc nécessairement deux personnes déterminées, l’une qui a le droit et l’autre dont le fait constitue l’objet du droit. Les Romains les appellent *obligationes*. 2° Notre volonté se rapporte à une chose, abstraction faite de tout individu autre que nous. Cette classe de droits ne suppose l’intervention d’aucune personne déterminée en dehors de celle à qui ce droit compete. Les Romains n’ont pas de nom générique pour les désigner. Nous les appellerons droits réels” (*Cours* cit. (nota 260), pp. 278-279).

Quando os direitos têm por objeto idéias sem representação física exterior, três possibilidades despontam: a do *nominalismo das inações*, referente a direitos a cujo exercício estão estas indissolivelmente ligadas; a do *nominalismo das sucessões e dos concursos de credores*, em que os direitos sobre as coisas (corpóreas) são mediatizados por uma relação estabelecida com a continência *ideal*; e a do *conceitualismo*, na qual se abstrai tanto das coisas quanto dos sujeitos – a fim de que se leve em consideração tão somente os *atos* em si mesmos²⁸⁴.

As inações indispensáveis ao livre exercício de direitos (*nominalismo das inações*) ensejam *direitos absolutos* “que se confundem com a existência do sujeito ativo” (direitos de personalidade). Extrapolando os limites do direito civil, devem ser objeto de previsão constitucional; ainda que se admita que as explicações ou restrições ao direito de *propriedade* possam ser consideradas objeto da legislação civil, aquelas relativas à *liberdade* e à *segurança individual* devem ser disciplinadas pela legislação administrativa e de polícia²⁸⁵.

Sobre o direito *pessoal* enquanto direito *intransmissível*, cf. J. H. CORREIA TELLES: “50. Em regra, todos os direitos pessoais ou reais podem ser cedidos e transferidos a outro. 51. Exceptuam-se aqueles que são concedidos a pessoa designada, para pessoalmente os exercer. 52. E também aqueles, que são inerentes a pessoa, que tenha uma certa qualidade” (*Digesto Portuguez* cit. (nota 15), pp. 13-14), bem como os artigos 617 (extinção do usufruto), 1968 (constituição de renda vitalícia), 1166 (exercício de direitos pelos credores do titular) e 1446 (credores e separação de bens do casal) do *Code Civil*, para o qual se remete o leitor.

Sobre a relação do direito *pessoal* com a obrigação *propter rem*, cf. J. H. CORREIA TELLES: “43. Os direitos e obrigações são pessoais, se autorizam, ou ligam certa pessoa, sem respeito à posse de alguma coisa (...) 45. Um direito se diz real, quando a faculdade de o exercer é anexa a certa coisa, sem respeito à pessoa que a possui. 46. Da mesma forma obrigação real, a que é anexa à posse de uma coisa” (*Digesto Portuguez* cit. (nota 15), pp. 12-13).

Pela vinculação dos direitos *pessoais* e *reais* aos “estatutos” típicos do direito internacional privado, cf. o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CIX-CXII).

²⁸⁴ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCVIII-XCIX. A questão nos parece tão intrincada que se recomenda ao leitor o estudo direto da obra, a fim de que tire suas próprias conclusões sobre a proposta de A. TEIXEIRA DE FREITAS. Merece destaque, todavia, o fato de que o *conceitualismo* e os *nominalismos* (das inações, dos concursos de credores e das sucessões) estão vinculados ao plano da *compreensão* a que aludira A. TEIXEIRA DE FREITAS no início da obra, dando ensejo à divisão *direitos absolutos/ direitos relativos*; já do *realismo* desponta a separação *direitos pessoais/ direitos reais*, atingindo por sua vez o plano da *extensão*.

²⁸⁵ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. XCIX e CV-CVI. A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca a intenção de alguns juristas de que a *liberdade*, a *segurança pessoal* e a *reputação*, à semelhança do que se verifica quanto à *propriedade*, recebessem tratamento específico no Código Civil; contudo, o autor é categórico ao afirmar que a tutela regular de tais direitos é estranha ao direito civil: “se deseja-se o reconhecimento legal dos direitos individuais de personalidade, tão invioláveis como o de propriedade, é o que se tem feito, e se-deve fazer, por meio de simples enunciações nas Constituições Políticas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CVI). Isso por outro lado não significa que não exista repercussão de tais direitos no âmbito do direito civil.

Muitas violações ao direito de propriedade são tuteladas criminalmente. Todavia, a maior parte delas não o é, sendo necessária a restituição da *res* ao seu proprietário; mesmo quando imposta a pena aflictiva na órbita criminal, há a necessidade de que a sanção se complete com “a restituição da coisa, ou a indemnização do dano, o que consegue-se por ações civis” (p. CIV). Essa distinção, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, decorre da *natureza das coisas* “já que nos delitos contra a propriedade corporea necessariamente o objecto corporeo está entre o agente, e o paciente, do delito (...) ao contrario, nos delitos contra a personalidade,

Observando-se que o *conceitualismo* e o *nominalismo das sucessões* (e dos *concursos creditórios*) dão ensejo a direitos *absolutos* e *relativos*, o sistema de direitos proposto por A. TEIXEIRA DE FREITAS assim se coordena: alguns direitos *absolutos* (direitos de personalidade) ultrapassam os limites da legislação civil e devem ser objeto de tutela constitucional e criminal; os demais direitos (*absolutos, relativos, reais e pessoais*) pertencem à órbita civil, diferenciados, no entanto, com relação a seus respectivos objetos (*nominais ou reais*)²⁸⁶.

Os *direitos absolutos* (decorrentes dos diversos *nominalismos*) e os *direitos reais* exercem-se *adversus omnes*, embora os primeiros prescindam das coisas e os segundos nelas se fundem. Paralelamente, tanto os *direitos relativos* quanto os *direitos*

não ha nada de permeio entre o agente, e o paciente, do delicto (...) a sanção dos delictos contra a personalidade,— contra os direitos de *liberdade e segurança*, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver damno resultante, cuja reparação é necessaria, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se-faz preciso que entrem, segundo os principios” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CIV-CV).

²⁸⁶ *Consolidação cit.* (nota 04), pp. XCVIII-C. Observe-se que a inclusão dos direitos *absolutos* e *relativos* no âmbito da legislação civil não é fato admitido por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Introdução à Consolidação das Leis Civas*, e aliás, contraria frontalmente a assertiva lançada pelo autor, de que todos os direitos civis compreendem-se em uma das categorias da dicotomia *direitos pessoais/ direitos reais*; contudo, isso não impede de asseverá-lo por duas razões fundamentais: em primeiro lugar porque a exclusão dos direitos (*absolutos*) de personalidade da órbita da legislação civil é efetuada por reiteradas vezes e de modo bastante enfático por A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. C, CV-CVI), já não ocorrendo o mesmo quanto aos *direitos absolutos e relativos*; em segundo lugar, em decorrência da deficiência do sistema reconhecida pelo próprio autor, compelido que foi a inserir a matéria das sucessões, por exemplo, em meio aos *direitos reais*, quando em verdade já entrevia a necessidade de que figurasse em meio às disposições comuns aos direitos *pessoais* e *reais*. Essa moldagem progressiva do sistema de A. TEIXEIRA DE FREITAS vai ganhar maior precisão com a edição do *Esboço de Código Civil* (cf. *Tábua Sintética*) e com a proposta de promulgação de dois códigos (*Código Geral* e *Código Civil*) levada a efeito com a Carta ao Ministro Martim Francisco Ribeiro de Andrada em 20 de Setembro de 1867 (*Carta de Teixeira de Freitas cit.* (nota 27), pp. 362-367).

E assim, como já ressaltamos reiteradas vezes, a ânsia por um sistema faz com que as *Taboas* (sumários) sejam alguns dos elementos mais importantes da *Consolidação das Leis Civas* e do *Esboço de Código Civil*. É nelas que se encontrará o reflexo da progressão do sistema jurídico idealizado por A. TEIXEIRA DE FREITAS: analisem-se os objetos arrolados pelo autor como exemplos de “idéas” que ensejam o surgimento de direitos *absolutos e relativos*: “*sucessões, e concursos creditorios* (...) [e] *outros factos*, com abstracção de pessoas e cousas nas resoluções por condições ou prazos *inter vivos* ou *causa mortis*,— nas resoluções por condições ou prazos legaes de perempções,— nas resoluções por prazos legaes das prescripções, a extinctiva, e a adquisitiva;— nas rescisões por nullidades não imputaveis, de falta de discernimento, ignorancia, ou erro invenciveis, coacção;— nas rescisões por privilegios, ou beneficios, o de restituição de menores, ou qualquer outro restitutório” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. XCVIII). O que se percebe senão os temas que ensejarão as *disposições comuns* (aos direitos *pessoais* e *reais*) e a *parte geral*?

Quando se leva em consideração o progresso do sistema definido pelo autor ao longo da elaboração do *Esboço* (oportunidade em que insere na *parte geral* uma seção específica relativa aos *factos*) e no momento da redação da Carta de 20 de Setembro de 1867 (ocasião em que propõe a elaboração de um *Código Geral* com as “leis que ensinam” paralelamente à redação do *Código Civil*), percebe-se como o *conceitualismo* da dicotomia *direitos absolutos/ direitos relativos* migra paulatinamente para a parte geral (e para o *Código Geral*, enfim), enquanto que a dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* mostra todo o seu vigor em sua sede própria, vale dizer, a *Parte Especial* da codificação civil (acrescida dos *nominalismos* das sucessões e dos concursos de credores, em que remanesce a dicotomia *direitos absolutos/ direitos relativos*).

pessoais se exercem contra pessoas determinadas, conquanto estes últimos adstringam-se aos obrigados (*ejus ossibus adheret ut lepra cuti*) e aqueles independam do sujeito passivo²⁸⁷.

Assim, pode-se perceber que A. TEIXEIRA DE FREITAS emprega a *razão natural* não só para apartar as dicotomias (*direitos absolutos/ direitos relativos e direitos reais/ direitos pessoais*), como inclusive para afinal reaproximá-las, tendo por fundamento a similitude entre seus respectivos efeitos (ações), uma vez que “as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação”²⁸⁸.

III. 2. 4. A aplicação de princípios.

A seção *aplicação de princípios* é o espaço em que A. TEIXEIRA DE FREITAS expõe como a dicotomia estabelecida entre os direitos *reais* e *pessoais* vai ser empregada para a distribuição das matérias no sistema do Direito Civil: dividida a *Consolidação das Leis Civis* em duas partes (*Parte Geral* e *Parte Especial*), na subdivisão da última delas poder-se-á vislumbrar o princípio classificador escolhido pelo autor.

Dispostas na *Parte Geral* as *pessoas* e as *coisas* (enquanto “elementos constitutivos de todas as relações jurídicas”), na *Parte Especial* a dicotomia *direitos pessoais/direitos reais* será implantada de acordo com o critério formal do destinatário da *actio* acoplada a cada direito subjetivo; em cada livro, por sua vez, será possível divisar o tratamento específico conferido aos diversos institutos jurídicos.

²⁸⁷ Deste modo A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui que “as noções de *direitos reaes* e *pessoas* são subordinadas às dos direitos *absolutos* e *relativos*, são *noções generalizadas* por modelo das *geraes*, por isso mesmo que n’aquellas dividio-se a *extensão*, e nas outras a *compreensão* (...) se os direitos reaes não são *pessoas*, se as noções são opostas, segue-se, que são direitos *ad instar* dos absolutos, porquanto a noção oposta á dos direitos relativos é a dos absolutos. Os direitos reaes não podiam sêr taes, dando poder exclusivo sobre cousas, senão fossem *adversus omnes*, se todos não se-abstivessem de impedil-os, se n’este intuito não fossem absolutos. Se porém n’este intuito os direitos reaes são absolutos, fora d’este intuito os direitos absolutos não são reaes, independendo da immediata existencia de cousas” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. C-CI).

Com efeito, a leitura de estudo de A. BURDESE parece revelar a incompreensão deste autor quanto à distinção entre as dicotomias acima referidas; com efeito, nestes termos revela sua dificuldade em bem compreendê-la: “lo sforzo di semplificazione operato in proposito da Teixeira de Freitas in nome dei principi di natura e di ragione nonché in funzione di esigenze di disposizione sistematica della materia el diritto civile ma anche de scelte di politica legislativa conformi alle necessità economiche della società, finisce per risultare eccessivo, sino a determinare scarsa chiarezza di pensiero specie per quanto concerne la differenziazione tra diritti personali e reali da un lato, e rispettivamente relativi ed assoluti dall’altro, fondata come essa appare su di una ambigua individuazione della nozione di diritti, intesi in senso soggettivo. Semplificazioni eccessive, attuate in specie in adesione al principio derivato dal Bentham dell’imprescindibile carattere dicotomico di ogni distinzione, a scapito a una più precisa individuazione e differenziazione concettuale e terminologica dei fenomeni considerati, sono altresì rilevabili in ordine ad altri specifici punti della sua ricostruzione sistematica del diritto civile” (*La distinzione* cit. (nota 256), p. 305).

²⁸⁸ *Consolidação* cit. (nota 04), p. LXII.

O livro dedicado aos *direitos pessoais* será dividido de acordo com seu peculiar influxo sobre as relações “de família” e “civis”. Todavia, o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS reconhece que a distribuição cristalizada na “*Taboa de Materias*” não é a mais perfeita: inspirado na experiência obtida a partir do direito estrangeiro, o autor observa que a *herança*, o *concurso de credores* e a *prescrição* abrangeriam a um só tempo tanto *direitos reais* como *direitos pessoais*.

A análise da *Parte Geral da Consolidação das Leis Civis* nos revela que três pilares sustentam a disciplina atinente às *pessoas*: a diferenciação entre suas variantes *singulares* e *coletivas*; a distinção entre os conceitos de *homem* e de *pessoa* (prescindindo-se não só do estado de *escravidão* como da possibilidade jurídica de privação de *direitos civis*); e a restrição da capacidade “de obrar”, de acordo com causas previamente enumeradas pela própria Legislação Civil. Tendo-se lançado mão do direito romano para o estudo de cada um desses tópicos, ter-se-á oportunidade de aferir o *uso moderno* levado a efeito por A. TEIXEIRA DE FREITAS.

Por sua vez, as *coisas* são consideradas em si mesmas, com relação à sua natureza *pública* ou *particular* e de acordo com o titular do direito de *domínio*. Cabe destacar que a *enfiteuse* não é tratada como um *ius in re* específico, mas ao ensejo da disciplina do contrato de *aforamento*, conforme orientação adotada pelo direito romano e pelos próprios glosadores: um exemplo singular do *usus modernus pandectarum* recomendado pela *Lei de 18 de Agosto de 1769* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*.

Ao contrário do que se verifica quanto às *pessoas* e às *coisas*, os *atos* jurídicos não foram objeto de tratamento na *Parte Geral*, por serem considerados por A. TEIXEIRA DE FREITAS como assunto inerente à análise das “*materias especiaes dos contractos e testamentos*” – “susceptíveis de [excepcional] aplicação commum”²⁸⁹.

Na *Parte Especial* exsurtem duas inovações implementadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS: a primeira concernente à repartição da disciplina relativa ao *direito de família*; a segunda relativa à posição sistemática reservada à *posse* e à sua respectiva proteção.

O autor observará que – por razões historicamente superadas – o direito romano tratava simultaneamente da *capacidade jurídica* e do *direito de família*, dando

²⁸⁹ *Consolidação cit.* (nota 04), p. CXX.

origem a um modelo que foi seguido por muitos códigos modernos. Observando aí uma confusão entre o “direito possível” (da *Parte Geral*) e o “direito effectivo” (da *Parte Especial*), A. TEIXEIRA DE FREITAS vai evocar a autoridade da doutrina alemã para referendar sua impugnação ao paradigma estabelecido pelas *Institutas*.

Porém, ao criticar o sentido emprestado pelos alemães à expressão *direitos pessoais*, A. TEIXEIRA DE FREITAS identifica exemplos de sua existência fora das relações de família (bem como *direitos reais* adstritos ao círculo familiar). Por tal razão, repudiando o critério proposto por F. K. von SAVIGNY, o autor vai fundamentar seu sistema de direito civil unicamente na amplitude *eficacial* dos direitos subjetivos – preterindo a proposta *institucional* do jurista alemão, que será considerada pelo brasileiro como um resíduo de tradições romanas incompatíveis com a “família da civilização moderna”²⁹⁰.

No que concerne ao instituto jurídico da *posse*, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai observar que não existe uniformidade quanto à sua respectiva posição sistemática: ora é concebida como “propriedade provisória á par do domínio”, ora é tomada como integrante do direito das coisas (ao lado do *ius in re* e do *ius ad rem*), sendo ainda por vezes considerada elemento da *parte geral* do sistema jurídico civil²⁹¹.

Com fundamento no direito romano, o autor vai separá-la do conceito de *domínio*, diferenciando as “*posses*” da *ocupação*, da *tradição*, da *usucapião* e dos *interditos possessórios*. Invocando novamente a autoridade de F. K. von SAVIGNY, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai fundamentar a proteção possessória na tutela devida à pessoa do *possuidor* (como antecipação da obrigação de reparar decorrente da responsabilidade civil *ex delicto*); como consequência, situará o instituto em meio aos *direitos pessoais*. Primeiramente, todavia, deverá delimitar o conceito de *delito*, extirpando elementos estranhos à sua essência.

Embora o sistema de direito civil da *Introdução* não se mostre uma obra acabada, não há que se negar sua *coerência* interna e a freqüente alusão seja ao direito romano, seja às codificações modernas. Tal aparência de *usus modernus pandectarum* será posteriormente corroborada pela constante preocupação de compatibilidade com o substrato das “relações econômicas”; no entanto, cabe estudar mais cuidadosamente cada

²⁹⁰ *Consolidação cit.* (nota 04), p. CLII.

²⁹¹ *Consolidação cit.* (nota 04), p. CLVII.

uma das coordenadas fundamentais lançadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS nas cerca de cinquenta páginas ora analisadas.

Eleita a dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* como princípio classificador da legislação civil (e ratificados tais conceitos previamente delimitados na seção *noções fundamentais*), na *Parte Especial* da *Consolidação das Leis Civis* poderemos encontrar a corroboração do critério escolhido, por meio da bipartição daquela em livros cujos títulos aludem às categoriais preferidas por A. TEIXEIRA DE FREITAS²⁹².

A *Parte Especial* é antecedida por uma *Parte Geral*, na qual são abordadas as *pessoas* e as *coisas*, “elementos constitutivos de todas as relações jurídicas”. Entretanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS já entrevê que tal distribuição de matérias não se mostra *definitiva*, uma vez que institutos jurídicos como a *herança*, o *concurso de credores* e a *prescrição* apresentam natureza peculiar, que os projeta para além da *divisão de entrada* do sistema jurídico civil; o código civil austríaco inspirará o aperfeiçoamento da sistematização ora alinhavada²⁹³.

²⁹² Eis o sistema definido por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação das Leis Civis*:

“PARTE GERAL – Título 1º - Das pessoas; Título 2º - Das cousas;

PARTE ESPECIAL – Livro Primeiro (Dos direitos pessoais): Secção Primeira – Dos direitos pessoais nas relações de família: Título 1º - Do matrimônio; Título 2º - Da paternidade, da maternidade, e filiação; Título 3º - Dos filhos ilegítimos, e dos adoptivos; Título 4º - Dos parentes; Título 5º - Das tutelas, e curatelas; Secção Segunda – Dos direitos pessoais nas relações civis: Título 1º - Dos contractos em geral; Título 2º - Dos contractos em particular; Título 3º - Do damno, e esbulho; Título 4º - Da extinção dos direitos pessoais.

Livro Segundo (Dos direitos reaes): Título 1º - Do domínio; Título 2º - Das servidões; Título 3º - Da herança; Título 4º Da hypotheca; Título 5º - Da prescrição aquisitiva” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. 115-116).

Como teremos oportunidade de analisar mais adiante, as razões pelas quais exsurge tratamento apartado dos direitos pessoais nas relações de família são diferentes em A. TEIXEIRA DE FREITAS e em F. K. von SAVIGNY; cabe destacar, inclusive, a repercussão da separação promovida pelo autor brasileiro, quando Dalmacio Vélez Sarsfield se inspirou em sua obra para elaborar o projeto de Código Civil argentino – a respeito, cf. A. LEVAGGI, *Influencia de Teixeira de Freitas sobre el Proyecto de Código Civil Argentino en Matéria de Relaciones de familia. Las Fuentes Utilizadas por Vélez Sarsfield* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 399-426 (especialmente pp. 408-416).

A seção dos “direitos pessoais nas relações civis” e o livro dos “direitos reaes” integram a disciplina civil da *propriedade*, tal qual definida pelo artigo 179 (§ 22) da Constituição do Império.

Observe-se que o livro dos direitos reais é dividido em cinco parte fundamentais (domínio, servidões, herança, hipoteca e prescrição aquisitiva) em meio às quais poderemos encontrar as propriedades *plena* (domínio), *dividida* (ou *gravada*, servidões) e *afetada* (hipoteca), restando tão somente a *desmembrada* abordada em meio à disciplina do contrato de aforamento (enfiteuse); ao mesmo tempo, serão aqui tratadas a *herança* e a *prescrição aquisitiva*. Pergunta-se: a *herança* só envolve direitos reais? Não existe abordagem da prescrição extintiva? Veremos como tais questões serão enfrentadas pelo autor mais à frente.

²⁹³ *Consolidação cit.* (nota 04), p. CXIII. A prescrição extintiva foi analisada por A. TEIXEIRA DE FREITAS na seção dos direitos pessoais nas relações civis, em meio aos modos de extinção dos direitos pessoais (junto do pagamento e da compensação).

A *herança*, como observado pelo próprio autor, envolve direitos reais e pessoais. Da mesma forma, o *concurso de credores* – ora abordado junto ao pagamento, ora em meio à disciplina relativa à hipoteca –

Consciente de que alguns escritores defendiam a análise dos *atos jurídicos* em meio à *Parte Geral* do sistema de direito civil, A. TEIXEIRA DE FREITAS repele a proposta em razão da “natureza concreta” que aqueles apresentam, reputando apropriado seu tratamento junto aos *contratos* e aos *testamentos*. Reconhecendo unicamente nas *peçoas* e nas *coisas* os elementos indispensáveis às relações jurídicas (e socorrendo-se da autoridade de F. K. von SAVIGNY para o reforço de sua posição), o autor conclui que o “estudo destas manifestações concretas (...) entra na exposição das diversas instituições de

envolve tanto direitos pessoais como reais: o *nominalismo* do concursos de credores e das sucessões e o *conceitualismo* da prescrição faz com que o autor preconize a elaboração de um livro terceiro, para matérias que envolvam tanto direitos *reais* quanto *pessoais*.

Cabe assinalar que a natureza peculiar da *herança* fez com que os escritores alemães tratassem do direito das sucessões em livro especial: a parte especial do sistema desenvolvido por F. MACKELDEY comporta, a par dos *direitos reais*, dos *direitos das obrigações* e dos *direitos de família*, livros independentes nos quais são abordados o *direito sucessório* e o *concurso de credores*. Sobre o sistema de F. MACKELDEY, cf. nota 249 (*Manuel cit.* (nota 18), pp. 379-382).

Sobre o *concurso de credores*, merece destaque a distinção feita por A. TEIXEIRA DE FREITAS entre o concurso em sentido amplo e sua variante estrita: este último abrange tão somente os credores *quirografários* e *hipotecários* (privilegiados ou não), enquanto o concurso de credores em sentido amplo envolve inclusive os credores *da massa*, os de *domínio* (reivindicantes) e os *separatistas*. Sobre tais conceitos, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação cit.* (nota 04), pp. CXVI-CXVII (inclusive notas 191 a 199). Neste momento cabe unicamente destacar que na *Consolidação das Leis Civis* a matéria não recebeu tratamento unitário, tendo sido disciplinada ora junto ao *pagamento* (no livro dos *direitos pessoais*), ora em meio à *hipoteca* (no livro dos *direitos reais*).

O tratamento sistemático da prescrição também merece o devido destaque: embora R. J. POTHIER não entreveja qualquer semelhança entre as prescrições aquisitiva (dos direitos reais) e extintiva (dos direitos pessoais), para A. TEIXEIRA DE FREITAS a unidade se justifica em razão de seu caráter comum, uma vez que “ambas extinguem direitos” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXVIII, nota 200). Eis a posição de R. J. POTHIER: “la *prescription* dont nous traitons ici, n’a rien de commun que le nom avec celle qui a fait la matière du huitième chapitre de la troisième partie de notre *Traité des Obligations*” (cf. *Traité de la prescription qui résulte de la possession in Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle IX*, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890, p. 317).

Note-se que para a *sucessão* e para o *concurso de credores* (nas quais há *mediatização* do realismo de pessoas e coisas pela universalidade) se justifica a existência de um terceiro livro. Mas e para a prescrição? Quando redige a *Consolidação das Leis Civis*, A. TEIXEIRA DE FREITAS está convencido de que os três institutos devem ser tratados simultaneamente.

Contudo, como matéria inerente ao *conceitualismo*, a prescrição mereceria tratamento específico na *Parte Geral* do Direito Civil, por coerência com o próprio sistema definido pelo autor. Mas o equívoco quanto ao posicionamento coerente com as premissas sistemáticas parece decorrer do fato de que A. TEIXEIRA DE FREITAS, quando da redação da *Consolidação das Leis Civis*, não distinguia os *atos jurídicos* das *prestações de fazer* (e *não fazer*) inerentes a alguns dos direitos pessoais; nas palavras do próprio autor “esta distribuição de matérias não é a que nosso espírito indica como mais perfeita. Nós a melhorariamos, se na empresa de uma legislação nova tivéssemos de escolher matérias á vontade (...) este resultado, á que chegamos com a rigorosa demarcação das duas classes de direitos, convenceu-nos da necessidade de um 3º Livro, que, contendo as disposições *communs* aos *direitos reaes* e aos *direitos pessoais*, se-dividisse em tres Titulos, o 1º para a *herança*, o 2º para o *concurso de credores*, o 3º para a *prescrição*. O Código Civil Austriaco tem uma 3ª parte com a inscrição, que nós talvez adoptássemos em plano melhor de Legislação Civil” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CXV-CXVIII). A menção ao Código Civil Austriaco como fonte inspiradora de um aperfeiçoamento sistemático parece reflexo do emprego por A. TEIXEIRA DE FREITAS do *usus modernus pandectarum*. Por uma apreciação geral do Código Civil austriaco, cf. A. SAINT-JOSEPH (*Concordance cit.* (nota 242), *passim*), onde se pode depreender que os três primeiros capítulos da terceira parte não se referem aos direitos reais.

direito” – “embora algumas d’essas disposições sejam susceptíveis de applicação *commum*”²⁹⁴.

No que respeita às *pessoas*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que estas podem ser *singulares* ou *coletivas*, como já entrevisto pelo próprio direito romano ao dispor sobre as *universitates*. Entretanto, se nesse particular o pensamento jurídico romano guardara uma *verdade universal* suscetível de moderna aplicação, não caberia semelhante acolhimento quanto a outras conclusões decorrentes das mesmas Leis Imperiais: a

²⁹⁴ O autor observa que “a parte geral, ou preliminar, não trata ainda dos direitos; não trata portanto das causas, que os produzem; mas simplesmente prepara os elementos, *pessoas* e *cousas*, que tem de sêr objectos dos direitos” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXIX).

Contudo, com o passar do tempo a posição de A. TEIXEIRA DE FREITAS mudou substancialmente: embora na *Introdução* seja categórico ao asseverar que não concorda com o método referido (p. CXIX), na nota ao artigo 431 do *Esboço* do Código Civil observa-se plena adesão à proposta antes repudiada, considerando o *fato* como uma das causas jurídicas ao lado das *pessoas* e das *coisas*: “hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este 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 unicamente do da Prússia. Eles têm legislado sobre matérias de aplicação geral a quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código de 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 (...) pois bem: essas disposições suscetíveis de aplicação comum e que em todos os Códigos têm sido particularizadas às matérias dos *contratos* e *testamentos* são as que agora, em seu caráter próprio de onicompreensão, tenho coligido nesta Seção 3ª da Parte Geral do Projeto (...) não se trata dos *fatos* como *objeto* de direitos, senão unicamente dos *fatos* como causa produtora de direitos (...) sem *fatos* que engendrem direitos, eis o pensamento fundamental do nosso artigo e da presente Seção, não pode existir algum direito no sentido em que o Projeto vai regular direitos na Parte Especial” (*Esboço* cit. (nota 27), pp. 143-144). Pela posição final do autor a respeito da questão, cf. *Carta* cit. (nota 27), pp. 365-366, onde é sugerida a promulgação de um *Código Geral* no qual sejam analisadas as *causas* jurídicas (Livro Primeiro, envolvendo *pessoas*, *bens* e *fatos*) e seus respectivos *efeitos* (Livro Segundo).

Eis a manifestação de F. K. von SAVIGNY a que A. TEIXEIRA DE FREITAS se referiu na *Introdução*, a fim de justificar o tratamento específico da questão: “ogni singolo rapporto giuridico ha pertanto le sue speciali regole, secondo le quale esso nasce o si estingue riguardo ad una determinata persona. Queste regole sono di tale importanza, che in alcuni rapporti giuridici esse costituiscono pressochè l’unico obietto di più accurata indagine ed esplicazione. Tuttavia tra queste regole, concernenti i singoli diritti, si hanno molte ed importanti disposizioni generali, le quali non possono essere rettamente intese, se non le si concepiscono e le si aggruppano appunto come tali. Questi disposizioni appartengono alla parte generale del sistema, e la loro esposizione costituisce il compito del presente libro. Io do agli avvenimenti, per i quali si produce la nascita e la estinzione dei rapporti di diritto, il nome di *fatti giuridici*. Tutti i fatti giuridici pertanto hanno tra di loro questo di comune, che per essi opera nel tempo un cambiamento dei rapporti giuridici di determinate persone. Ma posto questo loro carattere comune, esse ci si presentano tra di loro distinti per grandi differenze. Ora anzitutto dobbiamo riassumere le differenze più importanti, che si trovano in essi, facendo specialmente risaltare quei punti, i quali per la loro importanza renderanno poi necessaria una trattazione speciale e particolareggiata” (*System* cit. (nota 19), t. III, pp. 2-3).

Como se tem defendido ao longo deste estudo, a proposta defendida por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* não é *definitiva*; pode-se asseverá-lo a partir da confusão que parece permear o pensamento do autor no que respeita ao *fato* em si considerado: A. TEIXEIRA DE FREITAS parece que só no *Esboço* de Código Civil logrará discernir o *fato causa* do *fato objeto* de direitos. Com efeito, na nota ao artigo 431 do *Esboço* de Código Civil acima referida o autor já procede as distinções necessárias, com o que se esvazia a controvérsia sobre a posição dos fatos jurídicos em meio à *parte geral* do sistema de direito civil.

Por fim, anote-se que a orientação inicial de A. TEIXEIRA DE FREITAS, repudiando o tratamento dos *fatos* em meio à *Parte Geral*, é corroborada pelo direito romano e por “todas as Legislações” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXX), em uma clara aplicação do *usus modernus pandectarum*.

distinção entre os conceitos de *homem* e de *pessoa* – promovida com fundamento na ausência de personalidade jurídica do escravo – não se coadunava com as necessidades do direito brasileiro de então ²⁹⁵.

A. TEIXEIRA DE FREITAS reprovava não apenas a oposição entre os estados de *escravidão* e de *liberdade*; o estado de *estrangeiro* (correlato ao de *cidadão*) também não se adequava às exigências do moderno direito civil brasileiro. Contrariedade similar se estende à privação de capacidade *civil* “seja pela perda da qualidade de cidadão brasileiro (...) seja por efeito de condenações judiciais”²⁹⁶; sempre aptos a ter direitos, a

²⁹⁵ As pessoas *singulares* (físicas ou naturais) opõem-se às pessoas *coletivas* (morais, abstratas, fictícias, civis ou jurídicas), que “exprimem sempre a idéia de um certo numero de homens, ou existindo uns com os outros *ao mesmo tempo*, ou existindo uns depois dos outros *em diferentes tempos*, comtanto que sejam concebidos como formando unidade, uma pessoa” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXXI).

A distinção entre os conceitos de *pessoa* e *homem* já decorria do próprio direito romano, como anota A. TEIXEIRA DE FREITAS: “tambem o Direito Romano fazia distincção entre o *homem* e a *pessoa*, não só porque além da pessoa individual existe a coletiva, senão tambem porque a pessoa é a entidade considerada em seus direitos, podendo portanto representar diferentes papeis; e finalmente porque o homem podia sêr absolutamente privado da *capacidade juridica*, ou no caso da escravidão, ou no caso da *capitis deminutio maxima*. Só as duas primeiras accepções quadraão ao nosso Direito, não a ultima, uma vez que se prescinda de escravos. Os homens são sempre capazes de têr direitos” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXXII-CXXIII).

Com efeito, especificamente no que concerne à escravidão, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai postular uma interpretação sistemática de alguns preceitos das *Ordenações Filipinas* (Liv. IV, Tít. 63, §§ 7º e 8º; Liv. IV, Tít. 81, § 6º; Liv. II, Tít. 26, § 28) respectivamente voltados à *revogação da alforria por ingratidão*, à *servidão da pena* e à *perda do estado (ou liberdade) das pessoas*. Não se coadunando o instituto com o própria disciplina estatuída pelo direito romano justinianeu (Nov. XXII - *De nuptiis*, Cap. VIII - *De servitute poenae*) – que ratificou disposição anteriormente estabelecida por Valentiniano – A. TEIXEIRA DE FREITAS assevera nunca ter havido em Portugal *servidão da pena*, socorrendo-se para tanto da autoridade de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis (*Institutiones* cit. (nota 12), Liv. 2º, Tít. 1º, § 1º).

Eis o trecho do *Corpus Iuris Civilis* citado: “(...) nos autem hoc remittimus: *et nullem ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum*. Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum: qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus” – “pero nosotros perdonamos esto, y no permitimos que ninguno de los bien nacidos desde el principio se haga esclavo por virtud de la pena. Porque no cambiamos la condición de libre en estado servil nosotros, que nos apresuramos á ser manumissores de los que antes eran esclavos” (Nov. XXII - *De nuptiis*, Cap. VIII - *De servitute poenae*). Pela Constituição de Valentiniano referida, cf. Cod. Theod. IX, 40, 8. A condenação a trabalhos perpétuos do homem livre (compreendida como sua redução indireta ao estado servil) mostrava-se vedada pelo rescrito *De vinculis perpetuis* de Antonino (C. 9, 47, 6).

Sobre a posição de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis a respeito da aplicação em Portugal do instituto da *servidão da pena*, observe-se a anotação de A. R. de LIZ TEIXEIRA: “alterada (...) tão perfeitamente a Legislação Romana, á qual se deve a invenção da escravidão da pena, que passou para as nossas Leis, a filantropia ou o amor para com a humanidade excitarão o coração do Sr. Paschoal, que bem conhecia a grande severidade de nossas Leis penaes, a concluir que a escravidão da pena se devia reputar com mais razão ainda abolida entre nós, que a não tinhamos inventado, que não tinhamos escravos, cujas Leis, assim como as ultimas Romanas, podião tirar ao delinquente a vida natural, conservando-lhe a civil até o ultimo momento de existencia” (*Commentario* cit. (nota 231), pp. 101-102).

²⁹⁶ Sob o aspecto histórico, o autor reputa inadmissível a privação da capacidade civil em decorrência de *condenações judiciais* ou da *perda da nacionalidade (morte civil)*. Neste particular, A. TEIXEIRA DE FREITAS evidencia o *uso moderno* que faz do direito romano nos seguintes termos: “não ha entre nós caso possivel de privação de *direitos civis*, ou seja pela perda da qualidade de cidadão brasileiro, ou seja por efeito de condenações judiciais. Suppôr actualmente um *Direito Civil* de pura nacionalidade, negar *direitos civis* aos estrangeiros, fallar em *morte civil*; é conceber um chimerico estado de cousas, que evoca tradições do Direito Romano, reproduz más theorias do Direito Francez; mas que nada tem de semelhante com a realidade da nossa vida civil. São aberrações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma applicação

capacidade jurídica dos homens se distinguia de acordo com o “gráo de [tal] aptidão” (designado pela expressão *capacidade de obrar*), variável de acordo com critérios como a

inhabil de factos historicos mal comprehendidos” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CXXVII-CXL). No sentido de uma análise semelhante da obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, cf. P. VILLARD, *La tradition cit.* (nota 243), p. 274.

A expressão “aplicação inábil de conceitos históricos mal compreendidos” é do próprio F. K. von SAVIGNY ao tratar da *morte civil*: “i nostri scrittori espongono è vero il concetto romano, ma senza con ciò pretendere di farne l’applicazione pratica. Diverso è il modo, come questo punto è trattato già da lungo tempo in Francia (...) [e] ci offre um esempio istruttivo del punto, a cui può condurre la falsa applicazione di mal compresi concetti storici di diritto (...) la distinzione tra *droits civils* e *droits naturels* è stata tratta evidentemente dal diritto romano; ma in questo essa ha um significato del tutto diverso, inquantochè il *ius gentium* romano era un diritto completo di per sè stesso e un vero diritto positivo. Alla distinzione romana si è sostituito senza averne avuto coscienza la distinzione, molto diversa da quella, tra gli istituti giuridici più positivi e più arbitrarii, e quelli più naturali e che si intendono di per sè stessi. Ma quest’ultima distinzione per una parte non è suscettibile di applicazioni, per l’altra è vaga ed indeterminata nei suoi limiti, come apparirà evidentemente dalle seguenti applicazioni (...)” (*System cit.* (nota 19), t. II, p. 159).

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a diferença entre estrangeiros e portugueses cessara perante o próprio direito romano (D. 1, 5, 17), não se justificando qualquer tratamento diferenciado de acordo com a Legislação Civil Portuguesa; pelos mesmos resultados, cf. F. K. von SAVIGNY (*System cit.* (nota 19), t. II, pp. 156-177). Corroborando a conclusão de A. TEIXEIRA DE FREITAS de que nunca foi vedada aos estrangeiros a prática de negócios jurídicos do direito civil (*ius civile*), cf. A. R. LIZ TEIXEIRA (*Commentario cit.* (nota 231), pp. 152-153), onde se depreende a possibilidade de celebração de testamentos e contratos pelos estrangeiros em Portugal.

Sob a perspectiva sistemática, A. TEIXEIRA DE FREITAS separa com muita clareza a matéria atinente ao *direito civil* daquela concernente às *leis políticas*; de maneira que não caberia à legislação civil dispor sobre a privação da qualidade de cidadão e dos direitos políticos, restando modernamente inadmissível a privação de direitos civis (e da capacidade civil, por conseguinte), admitida tão somente sua restrição em hipóteses expressamente previstas.

Destacando a existência de duas categorias de direitos (direitos *civis* e *políticos*), A. TEIXEIRA DE FREITAS a elas remonta uma série de outras que lhes são vizinhas (direitos civis: *do homem, naturais, individuais, privados e públicos*; direitos políticos: *de cidade e cívicos*) – ressaltando a extrema abrangência da expressão direitos *do cidadão* – para concluir que os primeiros, assim como a qualificação da nacionalidade, dependem da *Constituição* e não do *direito civil*. Julga, assim, inadequada a acepção lata emprestada à expressão *direito civil* por J. A. PIMENTA BUENO (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, s. ed., s.l., Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, pp. 379-380, 434 e 449).

O autor conclui com uma citação de SILVESTRE PINHEIRO Ferreira: “quanto aos *direitos civis* nenhuma diferença pôde haver entre nacionaes, e estrangeiros, em um paiz constitucional; e portanto é só aos *direitos politicos*, que se refere aquella distincção” (*apud Consolidação cit.* (nota 04), p. CXXIX). A privação dos direitos de cidadão brasileiro somente poderia se dar nas hipóteses estabelecidas pelo art. 7º da Constituição Imperial (*perda da qualidade de cidadão brasileiro e banimento*). Aliás, justificada a *morte civil* em razão da confiscação que a rematava (e repellido o direito de *albinagio* como resquício histórico incompatível com o direito moderno) o autor destaca que com a outorga da Constituição Imperial, o confisco de bens visado pelo legislador foi atingido frontalmente: “a Const. proclamou a inviolabilidade dos direitos do homem, e assegurando particularmente o direito de propriedade, e abolindo o confisco, que era o remate daquellas Ordenações, impossibilitou todo o pensamento do antigo legisladôr” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXXIV). Eis a razão pela qual são preteridas as posições de A. R. LIZ TEIXEIRA (*Commentario cit.* (nota 231), p. 149) e M. A. COELHO DA ROCHA (*Instituições cit.* (nota 16), pp. 138-139), vinculadas a uma *capacidade civil* dependente da nacionalidade, dos direitos políticos ou de reciprocidades estabelecidas nas relações entre os Estados. Em sentido contrário, J. H. CORREIA TELLES é categórico ao afirmar que “em regra o exercicio dos direitos civis não depende da qualidade de Cidadão” (*Digesto cit.* (nota 15), t. II, p. 7).

Finalmente, não se pode esquecer que o apreço pelo estudo da História dos Direitos Romano e Pátrio – como pressuposto de uma aplicação “hábil” dos fatos históricos – pressupõe o seu estudo adequado, nos termos estabelecidos pelos *Estatutos da Univerisdade de Coimbra de 1772* (cf. nota 166).

*idade, o estado familiar, a constatação de alterações mentaes e a declaração de ausência*²⁹⁷.

Quanto aos *bens*, A. TEIXEIRA DE FREITAS primeiramente aborda as *coisas* “em si mesmas”, classificando-as em *móveis* ou *imóveis* (e estas em *urbanas* e *rústicas*); em seguida, as *coisas* são analisadas de acordo com o “direito real de domínio”, bipartindo-se em *nacionais* (*de uso público, de domínio do Estado e bens da Corôa*) e *particulares* (*alodiais e enfiteúticas*). Por fim, o autor esclarece que o direito real do *enfiteuse* foi tratado por ocasião do contrato de *aforamento*, tal qual preconizado pelo direito romano e pelos glosadores²⁹⁸.

²⁹⁷ *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXXI-CXXVI. A posição de A. TEIXEIRA DE FREITAS a respeito da capacidade jurídica mudou com a redação do *Esboço* de Código Civil, dando ensejo ao aditamento não sinalizado da nota 212 da *Introdução*, na qual ressalva o autor que “o ultimo estudo da *capacidade civil*, cujo resultado é o que aparece nos Arts. 16 e seguintes do *Esboço do Código Civil*, convenceu-me de que ella não se-reduz á capacidade de obrar. A capacidade civil é de direito, ou de facto; e esta ultima vem á sêr a capacidade de obrar, consiste na aptidão, ou no grão de aptidão, das pessoas para exercêrem por si os actos da vida civil” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXXIV).

O autor observa ainda a insuficiência das disposições relativas a cada uma das matérias referidas ao final do texto, considerando necessária a superveniência de uma reforma mais profunda do que a tentada por meio do *Decreto de 18 de Junho de 1851*: “as disposições relativas á cada um d’estes assumptos são insufficientes, assim como as que concernem ás pessoas collectivas. Os actos de nascimento, e obito, e os de casamento, de que tratou-se na Parte Especial como matéria ligada á celebração co matrimonio, esperão a indispensavel reforma, que já embalde tentára o Decreto de 18 de Junho de 1851” (pp. CXXVI-CXXVII).

Observe-se que a insuficiência da Legislação Brasileira em vigor não autorizava a sua “modernização” através do recurso ao direito estrangeiro, dando ensejo tão somente à proclamação da necessidade de reforma. A importância deste trecho está justamente no fato de que comprova que A. TEIXEIRA DE FREITAS não se enquadra na linha do *individualismo crítico* português da primeira metade do século XIX, que redefiniu o *usus modernus pandectarum* sugerido pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*, aplicando o próprio direito estrangeiro na hipótese de lacuna (ou necessidade de reforma) da legislação pátria (cf. notas 178 e seguintes).

Eis os assuntos abordados no Título 1º da *Parte Geral da Consolidação das Leis Civis*: nascimento e proteção do nascituro (art. 1º); prova regular de nascimento e de óbito (art. 2º); prova de nascimento e óbito em alto-mar (art. 3º); prova de nascimento e óbito em país estrangeiro no registro consular e legalizado pelo agente consular (arts. 4º e 5º); prova de nascimento e óbito de militares (art. 6º); prova subsidiária de idade – testemunhal (art. 7º); maioridade civil (art. 8º); exceção à regra da maioridade para os expostos e filhos-famílias (arts. 9º e 10); administração de bens dos menores (art. 11); benefício de restituição, seu caráter excepcional e formal, limite etário à dedução do pleito, impedimento legal, aplicação a loucos, pródigos, ausentes por serviço (exceto em embaixadas) e Igrejas (arts. 12, 13, 14, 22, 23, 30, 36, 37 e 41); indenização pela lesão ao menor (art. 15); suplemento de idade e competência (arts. 16 e 17); maioridade decorrente do casamento aos 18 anos com e sem a autorização do juiz (arts. 18 e 19); casamento com órfã (art. 20); maioridade matrimonial sem alcance para alienação ou hipoteca (art. 21); maioridade como termo suspensivo (art. 24); tutela em Juízo do varão aos 14 (quatorze) anos e da mulher aos 12 (doze) anos de idade (art. 25); designação de curadores quando demandados após tal idade e menores não casados ou emancipados (arts. 26 e 27); designação de curador à lide no caso de menor revel (art. 28); incapacidade dos loucos e prodigos (art. 29); ausentes e curadoria (art. 31); citação de ausente em embaixada e em lugar perigoso (arts. 38 e 39); sucessão provisória se ausente por mais de 10 (dez) anos (art. 32) ou 2 (dois) anos em viagem de navio (art. 33); sucessão de estrangeiros (art. 34); sucessão de sócios de sociedades comerciais e equiparados (art. 35); pessoas singulares e coletivas (art. 40).

²⁹⁸ A distinção entre *bens* e *coisas* é de suma importância na análise do tratamento conferido ao tema por A. TEIXEIRA DE FREITAS, sendo-nos de grande utilidade ressalva constante da nota 233 da *Introdução*: “a palavra – *dominio* – exprime em rigor uma idéa menos extensa, do que o termo – *propriedade*. O dominio só

A. TEIXEIRA DE FREITAS promove inovação sistemática quanto à distribuição dos *direitos pessoais*: observando que o tratamento promíscuo dos *direitos de família* e da *capacidade civil* dimanava das próprias fontes justinianéias, o autor reprovava a preservação do imperfeito critério romano (ultimada por alguns códigos civis modernos). Tal miscelânea – que decorreria da ausência de limites precisos entre a *teoria geral das pessoas* e os *direitos pessoais nas relações de família* – não se coadunava com a distinção entre os direitos “effectivo” e “possível”, a qual já teria rendido aos escritores alemães o repúdio ao princípio sistemático divisado por Gaio²⁹⁹.

recahe sobre objectos corporeos, e é porisso, que no Liv. 2º, Tit. 1º, onde tratamos do direito real de dominio, não fallamos da *propriedade literaria*, e nem da *propriedade industrial*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXLI). Se a posição teórica de A. TEIXEIRA DE FREITAS era bem definida no momento de redigir a *Consolidação das Leis Civis*, há que se anotar que isso não o autorizou a pôr em prática tal modelo, uma vez que deveria consolidar a legislação civil no estado em que se encontrava. Ainda que discordasse do paradigma consagrado pelo direito português, não poderia se furtar à inclusão dos bens incorpóreos na categoria das coisas (cf. art. 42). A mesma conservação da tradição lusitana poderá ser entrevista nas restrições oferecidas pelo sistema jurídico português à aquisição de direitos reais sobre imóveis pelas *corporações de mão-morta* (cf. arts. 69 a 75). Mais uma vez nos parece evidente a feição *iluminista* do *usus modernus pandectarum* praticado pelo autor, que não se confunde com seu aspecto “modernizante” típico do período do *individualismo crítico*.

Eis a composição do *Título Segundo da Parte Geral da Consolidação das Leis Civis*: dos bens em si mesmos considerados (arts. 42 a 51); dos bens considerados em relação ao titular do direito real de domínio (arts. 52 a 62); da expropriação (arts. 63 a 68); das restrições à aquisição de bens imóveis (arts. 69 a 75).

Não sendo objeto deste estudo a classificação dos bens no sistema de direito civil desenvolvido por A. TEIXEIRA DE FREITAS, cabe destacar que é perceptível a concepção de ordenamento jurídico que perpassa a obra do autor, na medida em que este conforma, no artigo 63 da *Consolidação das Leis Civis*, a legislação ordinária aos ditames estabelecidos pela *Constituição do Império*. Esta assertiva pode ser confirmada, inclusive, pela influência do *Ato Adicional de 1834* sobre a repartição dos *bens do domínio do Estado* (em bens gerais, provinciais e municipais).

Há uma incongruência indisfarçável no texto de A. TEIXEIRA DE FREITAS ora referido: o autor considera que acolhendo a tradição jurídica proveniente do direito romano (e perpetuada pelos glosadores) de abordar a *enfiteuse* como contrato de *aforamento* não afronta o próprio princípio classificador escolhido. Contudo, se a *enfiteuse* é um direito real (com eficácia *erga omnes* decorrente da *actio in rem* com que está protegida) não poderia jamais ser abordada no livro dedicado aos *direitos pessoais*, sob qualquer rubrica que seja. A constatação é tão flagrante que o autor promoveu ressalva ao texto original (embora não sinalizada), quando da terceira edição da *Consolidação das Leis Civis*: “reconheço hoje, que não devia tratar do *emphyteuse* só como *contracto de aforamento*. Basta ponderar, que elle pôde sêr creado por disposição de ultima vontade, posto que até o presente, em minha longa pratica do Fôro, ainda não visse algum exemplo d’essa criação. Ainda que assim não fosse, se do contracto de aforamento resulta um direito real no immovel alheio, o Cap. do *aforamento* devia estar no Liv. 2º, que trata dos *direitos reaes*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXLIII).

Por fim – embora também não seja objeto de estudo no presente trabalho – há que se destacar que inicialmente A. TEIXEIRA DE FREITAS compreendia que as propriedades literária e industrial não constituíam objeto do Direito Civil, posição retificada em acréscimo (igualmente não sinalizado) à terceira edição da *Consolidação das Leis Civis*.

²⁹⁹ Parece clara a aplicação do *usus modernus pandectarum* à questão ora posta em evidência, seja pela alusão ao direito romano justinianeus, seja pela própria menção a alguns dos códigos modernos pouco antes promulgados: “cumpre porém advertir que, recorrendo-se á propria fonte, esses direitos de família não são expostos como formando uma parte bem estremada, mas juntamente com a doutrina do – *status* –, isto é, da natureza, e capacidade jurídica, das pessoas, o que parece ter sido um preliminar. Este é o methodo das Institutas. Este é o methodo dos Códigos modernos. O Código Civil de Argóvia, que em outro lugar indicamos como denotando novidade de plano, também envolve a *theoria geral das pessoas com os direitos pessoais nas relações de família*” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXLIV-CXLVI).

Uma vez apartada a “theoria geral das pessoas” dos “direitos pessoais nas relações de família”, preferiram estes mesmos escritores alemães reservar ao *direito de família* uma posição autônoma no sistema de direito civil. Tal opção não é corroborada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, que a um só tempo destaca a existência tanto de *direitos pessoais* fora das relações de família, como de *direitos reais* afetos ao círculo familiar; observação da qual tais escritores certamente deveriam estar cientes, na medida em que era notória a distinção entre os direitos de família *puro e aplicado*³⁰⁰.

Se o uso moderno parece evidente, não menos explícito é o recurso à *boa razão* para o repúdio da solução de Gaio e de Justiniano, posteriormente consagrada pelos glosadores e comentaristas: “esta é a ordem das idéas, e, se ella se desconhece, envolvendo-se em parte o direito effectivo com o direito possível, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXLVI). O direito romano não assinalava um lugar específico para o tratamento do direito de família: “entre os homens *alieni juris*, designão particularmente os *fili familias*, e chegam assim á theoria do *status familiae*. Este *status* repousa na agnação, e esta sobre o pátrio poder. Á esta relação de família, o – *patria potestas* – ligão então a theoria do casamento. A tutela, e a curatela, fôrão um appendice da theoria do pátrio poder” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXLV). Tal posição é assim corroborada por T. MAREZOLL: “les Romains, dans leurs système de droit, n’assignent pas aux relations de famille, c’est-à-dire au mariage, aux rapports des parents avec leurs enfants, et à la tutelle et curatelle, une place particulière et indépendante; ils n’en traitent qu’en passant, dans le *jus personarum*, à l’occasion de la division des hommes en *homines sui juris*, vel *alieni juris*” (*Précis* cit. (nota 274), p. 170).

A autoridade dos juristas alemães é invocada por A. TEIXEIRA DE FREITAS para reforçar os pontos de vista ora defendidos: “elles [os juristas alemães] tratão primeiro das pessoas em geral em uma Parte Preliminar, e della destacão os direitos de família, objecto de um livro distincto, da Parte Especial” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXLVI-CXLVII).

A corroborar a conclusão do brasileiro (de que os alemães já entreviam a necessidade da distinção entre a *capacidade civil* e os *direitos de família*), observe-se a seguinte manifestação de F. MACKELDEY: “Le droit de famille, pris dans le sens que nous y attachons ici, ne doit pas être confondu avec le *jus personarum* dans le sens du droit romain et dont il ne forme qu’un des éléments” (*Manuel* cit. (nota 18), p. 252); no mesmo sentido, cf. o trecho transcrito à nota 260, de autoria de C. MAYNZ (*Elements* cit. (nota 260), pp. 278-279). Novamente T. MAREZOLL há de ser invocado para referendar a separação promovida: “nous bornons le *droit des personnes* à la simple théorie du *status*; et, au contraire, nous assignons aux rapports de famille proprement dits, comprenant la théorie du mariage, celle des relations d’ascendants à descendants et de la puissance paternelle en particulier, et enfin celle de la tutelle et de la curatelle, une place particulière dans le système, sous le nom de *droit de famille*” (*Précis* cit. (nota 274), pp. 171-172).

Eis a indagação de F. K. von SAVINGY: “da che cosa è costituito il contenuto della prima parte *de personis*? Molti da gran tempo hanno ritenuto, che questa parte contenesse la dottrina dello *status* (...) or se noi consideriamo più attentamente ciò, che in realtà trovasi contenuto nel primo libro delle Istituzioni, vediamo che corrisponde quase interamente a quello, che io ho designato di sopra come diritto di famiglia” (*System* cit. (nota 19), t. I, pp. 393 e 395).

O *Code Civil* e os códigos civis que nele se inspiraram não empreenderam a separação científica entre o direito concernente às pessoas e os direitos pessoais nas relações de família. Ao contrário, perpetuaram o apartamento entre as variantes dos *direitos pessoais* (nas relações *de família* e *civis*). A única exceção a que faz referência A. TEIXEIRA DE FREITAS é o Código Prussiano, no qual os direitos de família são tratados em compartimento apartado. A respeito do sistema do código prussiano (comparado com o do *Code Civil*), cf. A. SAINT-JOSEPH, *Concordance* cit. (nota 242), *passim*.

³⁰⁰ T. MAREZOLL reconhece que o conceito de *direitos pessoais* extravasa o âmbito do círculo familiar, incluindo na categoria os direitos decorrentes das obrigações: “ces droits, sur certaines actions et prestations d’autres personnes, s’appellent *obligatines*, *créances*, ou bien aussi *droits personnels*, parce que ce sont les seuls droits auxquels réponde l’obligation d’une personne déterminée. Ils appartiennent au droit *qui concerne les biens*, le *patrimoine*, parce que ces créances ne peuvent avoir pour objet que des prestations qui ont pour le créancier un intérêt appréciable, et peuvent être ramenées à une estimation en argent, comme la représentation la plus générale des valeurs qui composent notre patrimoine” (*Précis* cit. (nota 274), pp. 115-

A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que a *summa divisio* estabelecida entre os *direitos reais* e os *direitos pessoais* é reconhecida pelo próprio F. K. von SAVIGNY, justificando-se, assim, sua elevação à categoria de princípio classificador do sistema de direito civil; entretanto, tendo este último preterido o aspecto *intra-jurídico* em detrimento da perspectiva *institucional*, o brasileiro ratifica a centralidade da distinção quanto à eficácia dos direitos subjetivos – ao mesmo tempo em que reputa anacrônica a opção levada a efeito pelo jurista alemão³⁰¹.

116); mas o autor vai ainda mais longe ao admitir a existência de *direitos reais* adstritos ao núcleo familiar: “à la vérité, ces divers droits, malgré leur différence intime, tenant à la différence de leurs objets, rentrent, à certains égards, l’un dans l’autre, et sont dans une dépendance mutuelle; par exemple, les *jura potestatis* peuvent aussi conduire indirectement à des droits sur les biens” (*Précis cit.* (nota 274), p. 116).

A distinção entre as duas modalidades de *direitos pessoais* divisadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS se faz com base em dois critérios: a *intensidade do vínculo* e a *patrimonialidade* característica das obrigações. Com efeito, tão somente os direitos pessoais nas relações civis darão ensejo à “indenização de perdas e interesses” a que alude o autor, fundado na lição de R. J. POTHIER. Por oportuno, destaque-se a observação do autor francês a respeito da natureza do provimento jurisdicional na hipótese de inadimplemento de obrigação de fazer: “le juge, sur cette demande, prescrit un certain temps dans lesquels le débiteur sera tenu de faire ce qu’il a promis; et faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages et intérêts” (*Traité des obligations in Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle II*, 2ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1861, p. 69).

Por fim, merece menção o fato de que T. MAREZOLL não contesta a separação entre o direito de família puro e sua variante aplicada (direito patrimonial de família). Todavia, em virtude de prejuízos didáticos ela é repelida, pois “séparer la partie qui traite de cette influence des autres parties du droit de famille, pour en faire un appendice du droit concernant les biens, c’est rompre l’enchaînement des idées d’une manière très-fâcheuse pour ceux qui commencent l’étude du droit” (*Précis cit.* (nota 274), p. 172). A separação teórica entre tais aspectos do direito de família é atribuída por A. TEIXEIRA DE FREITAS a F. K. von SAVIGNY (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXLIX). De fato, a análise da obra do jurista alemão nos revela que a despeito da possibilidade teórica, o autor prefere não cindir o estudo do direito de família, em prol da *realidade viva de suas relações*: “è certamente possibile di separare il diritto di famiglia applicato da quello puro e di trattarlo come formante una sezione a parte del diritto patrimoniale; ma la realtà viva dei rapporti di famiglia dovrà necessariamente rivelarsi in un modo più chiaro, ove colla famiglia in sé venga posta in immediata connessione anche l’influenza sua sul patrimonio” (*System cit.* (nota 19), t. I, p. 386).

³⁰¹ Expondo os critérios em função dos quais poderia ser estruturado o sistema de direito civil, F. K. von SAVIGNY observa a viabilidade da distinção tendo por base o destinatário da *actio* decorrente do direito subjetivo: “un criterio potrebbe cercarsi nella qualità delle persone, che si trovano di fronte a quella investita del diritto, secondo che, cioè, il nostro diritto è diretto contro tutti gli uomini in generale, o solamente contro individui determinati. Sotto questo punto di vista gli istituti giuridici dovrebbero evidentemente classificarsi così: 1) contro tutti: i diritti reali e il diritto di eredità. 2) contro determinati individui: i rapporti di famiglia e le obbligazioni” (*System cit.* (nota 19), t. I, p. 384).

Mas A. TEIXEIRA DE FREITAS repreende F. K. von SAVIGNY quando este confunde os conceitos de *direito absoluto* e de *direito real*. Com efeito, eis o trecho do autor alemão impugnado pelo brasileiro: “ogni rapporto di famiglia, considerato come rapporto naturale-morale è assolutamente individuale, inquantochè consiste in un rapporto reciproco tra due soli uomini; considerato però come rapporto di diritto, esso è un rapporto di una persona di fronte a tutti gli altri uomini, inquanto esso, secondo la sua vera essenza consiste solamente nel diritto al riconoscimento universale” (*System cit.* (nota 19), pp. 355-356); A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que “esta distinção é toda de Direito Romano. Deriva das chamadas acções prejudiciais – *prejudicia* – de que fallaremos depois, e liga-se á confusão já censurada dos *direitos absolutos* com os *direitos reais*. Os direitos de personalidade não entram no Direito Civil” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CL). A respeito da confusão já entrevista em J. L. E. ORTOLAN, cf. nota 278.

O autor alemão prefere a estruturação *institucional* do sistema jurídico a fundá-lo sobre uma unidade “artificial” dos direitos pessoais “sommiglianza solamente esterna ed accidentale, e con una vera affinità, quella che qui ha tratto alcuni in errori” (*System cit.* (nota 19), t. I, p. 385).

Tendo sido efetivamente aplicada por A. TEIXEIRA DE FREITAS a distinção quanto ao influxo dos *direitos pessoais* (sobre as relações *de família e civis*), a questão relativa à sua distribuição é rematada com a expressa reprovação tanto do critério adotado pelos escritores alemães quanto da adaptação do princípio justinianeu promovida pelos Códigos Civis da Áustria e do Cantão de Berne³⁰².

Contudo, a A. TEIXEIRA DE FREITAS o critério não guarda qualquer artificialidade, sendo de se entrever entre os direitos pessoais nas relações de família e nas relações civis diferenças exclusivamente pautadas na maior intensidade dos primeiros e na patrimonialidade destes últimos (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXLVIII e CLI).

Assim, o autor brasileiro considera excessivamente arraigado às tradições romanas o sistema erigido por F. K. von SAVIGNY, reputado *anacrônico*: “este systema, que não quer subordinar a uma idéa superior de genero os direitos de família, e os outros direitos pessoais, classificando aquelles em uma divisão isolada, resente-se em demasia das noções do Direito Romano sobre os *jura potestatis*; noções, que em seu primitivo rigor, mostram-nos um poder absoluto, um poder que não é direito, e que nada tem de applicavel á família da civilização moderna” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLII). Considere-se o trecho transcrito umas das amostras mais evidentes do *usus modernus pandectarum* a que esteve adstrito A. TEIXEIRA DE FREITAS durante a elaboração da *Consolidação das Leis Civis*.

A menção ao aspecto *intra-jurídico* por oposição ao *institucional* preferido por F. K. von SAVIGNY necessita do esclarecimento quanto ao significado da primeira expressão, evidenciado muitos anos depois por F. C. PONTES DE MIRANDA, ao distinguir as relações jurídicas *básicas* e as relações *intra-jurídicas* (ou *eficaciais*): “relação jurídica básica é o resultado da juridicização de relação inter-humana. A respeito do terreno de 50 x 100 metros da rua A, todos menos um, que se acham no território do Estado e, eventualmente, os que se acham na Terra, estão em relação inter-humana com todos menos um. A relação jurídica de propriedade é a entrada dessa relação no mundo jurídico, *após* a juridicização de algum fato (...) a relação jurídica básica não é eficácia do fato jurídico. É eficácia *legal*, eficácia da regra jurídica que incidiu. A eficácia jurídica, irradiação do fato jurídico e da própria relação jurídica, é outra coisa. Pôsto que espécie de relação jurídica” (*Tratado* cit. (nota 30), pp. 118 e 120). A. TEIXEIRA DE FREITAS reitera que “muitas diferenças por certo a analyse descobre entre as relações de família, e as outras relações de individuo para individuo, quando se estudão em sua essencia, e em todo o seu organismo; mas, quanto á manifestações exteriores, consideradas genericamente, não é possível contestar, que os direitos de umas, e outras, funcção com o mesmo caracter. Não fazemos questão de outras analogias, e diferenças; ellas podem variar segundo a idéa, que as-suscita. Sustentamos somente, que a mais importante das diferenças é a que determina a grande divisão dos direitos em *reaes e pessoas*” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLI-CLII).

Uma última observação merece muita atenção do leitor: observe-se a transcrição feita nesta nota de trecho do *Sistema* de F. K. von SAVIGNY e a nota 295 (e respectivo texto); A. TEIXEIRA DE FREITAS não tinha muito bem definida a distinção entre o *nominalismo das sucessões e dos concursos de credores*, o *nominalismo das inações*, o *conceitualismo* e o *realismo das pessoas e coisas*. Todo esse material (abordado nas notas 284 e seguintes) foi objeto de aditamento ao texto promovido quando da terceira edição da *Consolidação das Leis Civis*, em 1876. Até lá, vacilante, o autor entrevia a “imperfeição” do método, mas socorreu-se da sugestão do autor alemão, incluindo o direito das sucessões (sob a epígrafe “Da herança”) em meio aos direitos reais, como F. K. von SAVIGNY. Mas podemos asseverar que, de acordo com as considerações ultimadas por ocasião da terceira edição da obra, embora o direito das sucessões (herança) e o concurso de credores fossem integrar o Livro concernente tanto aos *direitos reais* quanto aos *direitos pessoais (disposições comuns)*, a prescrição seria legada à *parte geral* ou – na última forma do pensamento de A. TEIXEIRA DE FREITAS de que se ocupa este estudo – ao *Código Geral*. Eis a prova de um *pensamento* (e de um *sistema*) em paulatina evolução.

³⁰² Não se pode negar que A. TEIXEIRA DE FREITAS acaba por admitir a distinção interna entre os direitos pessoas (“nas relações de família” e “nas relações civis”) tal como se depreende da *Taboa de Materias* e do acolhimento expresso pelo autor: “pensamos ter attendido, uma vez que, divididos os direitos em *reaes e pessoas*, os direitos de família apparecem como especie na subdivisão dos *pessoas*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLII). A controvérsia estabelecida com o sistema de F. K. von SAVIGNY tem por fundamento a escolha do princípio mais *adequado* à sistematização do direito civil: a *patrimonialidade* ou a *funcionalidade*. Eis o trecho em que o autor o enuncia de modo claro: “como admitir, que seja mais importante a diferença dos direitos derivada da idéa de *patrimonio*, idéa que falha em sua applicação; do que

A. TEIXEIRA DE FREITAS também inova quanto à posição sistemática reservada à *posse*: restando necessário definir sua *natureza* e pôr termo à controvérsia acerca de seus respectivos *efeitos*, era preciso ainda esclarecer se o instituto deveria ser tratado como *ius in re*, *ius ad rem* ou se deveria ocupar espaço na *Parte Geral* do sistema de direito civil. O autor acaba por inseri-la em meio aos *direitos pessoais nas relações civis* (“Título 3º Do damno, e esbulho”), após destacar que o próprio Direito Romano já diferenciava o *jus possessionis* tanto da *detenção* quanto do *domínio* – distinção que se tornava evidente quanto às possibilidades de *compra*, *locação*, *empréstimo*, *depósito* e *furto da posse pelo nu-proprietário*³⁰³.

a diferença, que considera os direitos pelo seu modo objectivo, e virtude funcional? A idéa de *patrimônio*, despojada de seu caracter de universalidade, da sua unidade representativa da unidade da pessoa, decomposta em summa com efeitos naturaes, perde inquestionavelmente seu valor juridico” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLIII-CLIV).

Por outro lado, há que se pôr em relevo que o ideário iluminista, o pensamento racionalista e a fórmula dicotômica encontram consagração na repulsa ao critério estabelecido pelos escritores alemães: “elles vem á carecer de tres classes principaes, e estas, só pela simples razão do numero, não se-prestão á verificação lógica da formula negativa” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLIII); mais do que um interesse pelo acerto ou pelo erro da assertiva lançada pelo brasileiro, não se pode descurar a racionalidade subjacente à utilização da fórmula dicotômica por A. TEIXEIRA DE FREITAS, em consonância com o *iluminismo jurídico* inaugurado com as reformas da aplicação e do ensino do direito pelo Marquês de Pombal.

O critério alemão, contudo, parece *vacilante* a A. TEIXEIRA DE FREITAS; este observa que F. MACKELDEY, F. K. von SAVIGNY, C. MAYNZ, G. HUGO, T. MAREZOLL e G. A. HEISE não negam que o direito de família *aplicado* pertence naturalmente ao direito *patrimonial*, na peculiar estruturação sistemática alemã (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLII, nota 254).

Por fim, cabe observar que a crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS ao conceito de *ius ad rem* é reiterada neste trecho da *Introdução*. Em síntese, a fim de impugnar tal emprego indevido de fórmulas ultrapassadas, o autor destaca que a expressão: obscurece a existência de direitos reais no âmbito do direito de família; altera a índole dos direitos pessoais (que podem recair mediatamente sobre pessoas); sustenta o conceito de coisas *incorpóreas*; confunde a relação entre o sujeito e a coisa (*mediata* quanto aos direitos pessoais e *imediate* quanto aos direitos reais); abre espaço para que, em senso amplo, as prestações familiares acomodem-se sob a categoria “coisa” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLIV-CLV). A respeito dos Códigos Civis da Áustria e do Cantão de Berne, cf. A. SAINT-JOSEPH, *Concordance cit.* (nota 242), *passim*.

³⁰³ Quanto à posição sistemática reservada pelo autor à *posse*, este destaca que “no livro 1º, Secção 2ª, que trata dos *direitos pessoais nas relações civis*, achar-se-há o Tit. 3º, onde promiscuamente consolidamos as disposições sobre o *damno*, e sobre o *esbulho*, como materias analogas; isto é, como *factos illicitos*, de que nascem obrigações, e direitos pessoais” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLV). O tratamento conferido ao instituto da posse por A. TEIXEIRA DE FREITAS encontra como obstáculo principal a definição de sua respectiva natureza; de fato, a dúvida que repousava sobre o espírito do autor – após o estudo do direito romano, das codificações modernas e da doutrina especializada – estava adstrita à posição da posse em seu sistema de direito civil (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLVII: “alguns collocão a posse no direito das cousas ao lado do *jus in re* e do *jus ad rem*, como uma parte principal e separada. Outros tratão da posse na parte geral do systema, como se ella fosse mais geral do que qualquer outro direito. E muitos reputão a posse como um *jus in re*, ou propriedade provisoria a par do dominio, e tendo os interdictos como meio provisorio de reivindicção”).

Por influência do direito romano, A. TEIXEIRA DE FREITAS repele a aproximação entre a *posse* e o *domínio* nos moldes preceituados por alguns autores, garantindo que os juriscultos romanos já entreviam particularidades que distinguiam o *jus possessionis* do direito de possuir (*jus possidendi*) inerente ao domínio. Ademais, as possibilidades de compra, locação, empréstimo, depósito e furto da posse pelo nu-proprietário eram bastante elucidativas da autonomia conceitual destes elementos decerto próximos.

Cabe destacar que o espírito da reforma pombalina da aplicação e do ensino do direito está presente nesta passagem, não apenas pela menção ao direito romano e aos códigos modernos como mecanismo de apuração

da “verdadeira” essência da *posse* e de sua proteção, como inclusive pela repulsa à influência do direito canônico, que segundo o autor muito contribuiu “para confundir esta materia” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLVII).

A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que F. K von SAVIGNY entrevira 72 (setenta e dois) efeitos decorrentes da *posse*; não cabe neste estudo estudá-los com o vagar necessário. Entretanto, não se pode deixar de aludir às diferenças destacadas pelo brasileiro quanto à disciplina romana da *posse*, enquanto situação autônoma em relação ao *domínio*.

Quanto à distinção entre *domínio* e *posse* a respeito da compra e venda, há que se observar que enquanto o D. 41, 3, 21 “*emtio suae rei consistere non possit*” (“no puede subsistir la compra de su propia cosa”), o D. 18, 1, 34, 4 estabelece que “*rei suae emtio tunc valet, quum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in iudicio possessionis potior esset*” (“mas entonces vale la compra de la cosa propia, cuando desde un principio se haga que compre la posesión, que tuvo acaso el vendedor, de suerte que fuese preferido en el juicio de posesión”).

No que concerne à locação, o D. 13, 7, 35, 1 estabelece que “*pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem; potest tamen et precario, et pro conducto debitor re sua uti*” (“la prenda transfiere al acreedor la sola posesión, quedando del deudor la propiedad; mas puede el deudor usar de su cosa así en precario, como en arrendamiento”) e o D. 13, 7, 37 corrobora a idéia: “*si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipisci*” (“si la prenda que se me entregó la hubiese yo dado en arrendamiento á su dueño, retengo por la locación la posesión, porque, antes que la tomase em arriendo el deudor, no habrá sido suya la posesión, así porque tendría yo la intención de retenerla, cuanto porque el arrendatario no tendría la intención de adquirir la posesión”).

O direito romano não admitia que o proprietário confiasse em depósito a si a coisa própria, na linha do que já referido quanto aos demais contratos; eis o teor do seguinte fragmento, obtido em D. 16, 3, 15: “*qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur, sicuti qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato*” (“el que consiente que se deposite en él su propia cosa, ó la pide para usarla, no si obliga ni por la acción de depósito, ni por la de comodato, asi como el que toma en arrendamiento una cosa suya, ó la ruega en precario, ni se obliga por el precario, ni por el arrendamiento”).

O precário relativo à própria coisa celebrado pelo proprietário possuidor não era admitido pelo direito romano; eis o teor do fragmento exposto em D. 43, 26, 4, 3: “*item se rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario, idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse*” (“asimismo, si yo hubiere rogado en precario una cosa mía, la rogué ciertamente en precario pero no la tengo en precario, y esto, porque si admitió que no había precario de una cosa propia”); já o precário referente à *posse* poderia ser celebrado pelo proprietário, competindo-lhe as ações materiais respectivas; eis o teor do fragmento constante de D. 43, 26, 6, 4: “*quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat; questio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, quum possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilissima: quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt; et debet consistere precarium*” (“se preguntó, si tendrá lugar este interdicto, si alguno me hubiere dado en prenda uma cosa suya; la cuestión estriba en esto, en si puede existir el precario de una cosa propia. A mí me parece más verdadero, que el precario existe sobre la prenda, puesto que se ruega de la posesión, no de la propiedad. Y esta opinión es utilísima; porque diariamente se les ruega á los acreedores por los que dieron en prenda; y debe subsistir el precario”). No mesmo sentido o fragmento do D. 43, 26, 22: “*et contra si possessorem precario rogaverit, qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit*” (“y al contrario, si le hubiere rogado en precario al poseedor el que pudiera reclamarle la cosa, está él sujeto al precario, porque algo fué á poder de él por medio de este ruego del precario, esto es, la posesión, que era de otro”).

O furto da própria coisa não era admitido pelo direito romano, como se pode depreender de Sentença de Paulo (31, 21: “*rei nostrae furtum facere non possumus*” – “não podemos cometer furto de nossa própria coisa”, em tradução livre).

Por fim, cabe destacar que A. TEIXEIRA DE FREITAS não admitia a proximidade entre a *posse* e o *domínio* por uma razão bastante simples, e que será melhor explorada quando diferenciada a específica “posse dos interditos”: “quase todos os Codigos tratão da *posse* á par do *dominio*, como materia da mesma natureza. Ora, sem duvida a *posse* é uma consecuencia do *dominio*, mas em si é um *facto*, e não um *direito*. O ladrão (...) tem a *posse*; e se eu lhe attribuir o *jus in re*, certamente não poderei demandal-o” (*Consolidação*, cit. (nota 04), p. CLVII).

O autor observa que vários são os influxos da *posse* sobre os institutos jurídicos de direito civil: ela pode ser entrevista tanto na *ocupação*, quanto na *tradição*, na *usucapião* e nos *interditos possessórios*. Nas três primeiras hipóteses (todas pertencentes ao âmbito dos *direitos reais*) a proximidade com o *domínio* impede que se vislumbre a “posse isolada”; esta só pode ser entrevista junto aos *interditos* – por meio dos quais “ainda que injusta, toma o caracter de direito”³⁰⁴.

A natureza dos *interditos* vai evidenciar que a proteção da *posse* decorre da necessidade de resposta e reprimenda a um “acto (...) que já por sua forma é iniquo”; a tutela do possuidor contra a violência a que esteja exposto “no *quod interest* relativamente á posse” vai implicar que aquelas ações derivam de obrigações *ex delicto*. A fim de respaldar suas conclusões, A. TEIXEIRA DE FREITAS vai se reportar à autoridade de F. K. von SAVIGNY; reiterando, desde logo, ser imprescindível (para a adequada compreensão da proposta) que o termo “delito” seja tomado em uma acepção específica, tanto estremada da noção de *ato ilícito*, quanto de suas particulares incursões pelos meandros do Direito Criminal³⁰⁵.

³⁰⁴ Nas hipóteses de *ocupação* e de *tradição*, a *posse* e o *domínio* parecem se confundir: A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que “a posse é começo, e consequência, do domínio; mas não o motivo da aquisição do domínio” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLIX). Já na *usucapião*, a posse “só por si não produz seu efeito, se deve ser acompanhada de *justo título* e *boa fé*; é certo, que não constitui direito; sendo apenas uma das condições do direito. Fôra tão absurdo perguntar neste caso, se a *posse* é um direito, como perguntar se o *justo título* é um direito, ou se o é a *boa fé*. Seria igual absurdo perguntar, em relação ao domínio verdadeiro, se o *título* somente é um direito, ou somente a *tradição*” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLIX-CLX). Por um estudo cuidadoso a respeito da questão, cf. J. L. DE LOS MOZOS, *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, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 479-484.

Na passagem acima transcrita já se pode perceber que A. TEIXEIRA DE FREITAS parecia intuir no momento de redigir a *Consolidação das Leis Civis* a distinção entre o fato-*causa* e o fato-*objeto* de direitos subjetivos (cf. nota 294).

Se nestas primeiras hipóteses, como reconhece o próprio autor, está-se diante de manifestações inerentes à teoria dos direitos reais (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLIX), cabe perquirir sobre a natureza da “posse isolada” (da “posse dos interditos”). A. TEIXEIRA DE FREITAS novamente lança mão da autoridade de F. K. von SAVIGNY para concluir pela natureza delitual da tutela possessória, como ver-se-á logo adiante.

³⁰⁵ Investigando a natureza da proteção conferida à *posse* – e por consequência da proteção de um simples *fato* como se *direito* fosse – F. K. von SAVIGNY vai justificá-la na íntima conexão entre a *posse* e a *pessoa* do possuidor, uma vez que qualquer ataque àquela alcançariam mediatamente a este: “notre tâche consiste à rechercher le motif de cette protection et de cette assimilation d’un fait à un droit. Or ce motif se trouve dans le rapport existant entre le fait même de la possession et la personne qui possède; l’inviolabilité de celle-ci protège la possession contre tout trouble qui aurait pour effet d’atteindre en même temps la personne (...) il n’y a pas là violation d’un *droit* subsistant par lui-même em dehors de la personne, mais l’état de celle-ci se trouve modifié à son désavantage; et si l’on veut réparer complètement et dans toutes ses suites l’injustice résultant de l’acte de violence dont elle a été victime, il est indispensable de rétablir et de protéger l’état de fait que cette violence avait entamé. Telle est la véritable raison d’être des actions possessoires (...) ceux donc qui divisent tous les droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels devront par là même écarter de la possession toute idée de droit réel; ceux, au contraire, qui n’admettent pas cette division devront commencer par trouver dans leur système une place à assigner à la théorie des droits personnels ou des

obligations; de cette manière la possession aussi se trouva classée” (*Das Recht des Besitzes* trad. fr. de Adolffus Fridericus Rudorff e Henri Staedtler, *Traité de la possession em droit romain*, 4ª ed., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893, pp. 33-34 e 26).

Profundamente influenciado pelo autor alemão, A. TEIXEIRA DE FREITAS – após destacar que todas as suas idéias a respeito da questão foram daquele sorvidas – conclui “que ella [a posse] tem no systema um lugar proprio, que os interdictos possessorios não são mais que acções derivadas de obrigações *ex delicto*. Eis o motivo que levou-nos á tratar do esbulho juntamente com o damno, e na Secção 2ª do Livro 1º, que se inscreve – *dos direitos pessoaes nas relações civis*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXI).

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que, no âmbito do direito luso-brasileiro, suas idéias são partilhadas por M. de ALMEIDA E SOUSA, o qual defendera que a matéria relativa às ações possessórias não concernia aos direitos reais (*de jure in re*), mas ao fato da posse (*de facto possessionis*), derivando o direito de obrigação pessoal para com o possuidor (*Notas* cit. (nota 13), t. III, p. 63 da edição de 1883).

Como observado em outra oportunidade – a propósito de uma censura feita a J. BENTHAM (nota 252) – a o termo *delito* apresenta várias acepções (violação de direito; violação de direito com intenção malévola; violação de direito com intenção malévola reprimida pelas leis penais; violação de direito com intenção malévola reprimida pelas leis penais por meio de penas correcionais), devendo-se observar que as violações reprimidas pelas leis penais não estão vinculadas à obrigação *ex delicto* a que alude A. TEIXEIRA DE FREITAS, como igualmente deve ser preterida a acepção excessivamente lata de “violação de direito”, que comprovaria, inclusive, as ações derivadas *ex contractu*. Assim diferencia as hipóteses o autor: “a violação de um direito (*delicto lato sensu*) é causa immediata e próxima de todas as acções, mas a violação de direito com intenção perversa (*delicto stricto sensu*) não é a causa primeira de todas as acções. Nas acções derivadas *ex contractu* temos a inexecução da obrigação, e nada mais. Nas acções oriundas *ex delicto*, temos: 1º a inexecução da obrigação de reparar o damno ocasionado por um delicto; 2º a violação de um direito preexistente, que esse cometido delicto pressupõe” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXIII). As ações possessórias derivariam, pois, do delito compreendido como *violação de direito com intenção malévola*. Nesse sentido, a observação de A. MASI: “in relazione al problema che ci interessa, Teixeira di Freitas muove, nella *Consolidação*, da uma concezione analoga a quella di Savigny, secondo cui gli interdetti possessori avrebbero per basi obbligazioni *ex maleficiis* e dovrebbero essere collocati fra queste. Anche Teixeira de Freitas ritiene, infatti, che gli interdetti possessori siano derivati dalle *obligationes* e ne deduce la loro appartenenza alla categoria dei diritti personali” (*La legittimazione passiva all’azione di reintegrazione nella Consolidação e nell’Esboço di Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 488).

Caso não seja efetuada esta distinção, não resulta prejuízo apenas para a adequada compreensão da natureza da posse e de sua proteção mediante interditos possessórios, mas tende-se “á destruir uma diferença essencial, qual a que distingue a classe particular das obrigações nascidas de *factos illicitos* da outra classe de obrigações derivas dos *factos licitos*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXIII).

Ora, como visto, A. TEIXEIRA DE FREITAS enquadra a proteção possessória em meio aos *direitos pessoais nas relações civis*; sem dúvida foi dada uma solução à questão, tendo o autor tomado partido por meio do acatamento da proposta de F. K. von SAVIGNY por ele reputada a doutrina mais autorizada a respeito.

Entretanto, o sistema erigido por A. TEIXEIRA DE FREITAS não é o mesmo de F. K. von SAVIGNY: por tal razão – e por se entrever sólidas bases sistemáticas delineadas pelo autor na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, não se entrará no mérito de julgar a solução obtida certa ou errada; mas apenas será ela considerada incoerente com o ponto de partida escolhido pelo autor. Como se teve oportunidade de observar à nota 259, a *Constituição Imperial* elegera três direitos absolutos (liberdade, segurança e propriedade); assim como o *habeas corpus* é o mecanismo de tutela da liberdade de ir e vir, e o *mandado de segurança* (no direito constitucional e processual modernos) corresponde ao instrumento de tutela das demais *liberdades*, pode-se considerar que o *interdito possessório* corresponde ao meio adequado para a proteção do direito absoluto à propriedade (corpórea) – e com ele não há que se confundir o interdito destinado à tutela da *segurança* individual.

De qualquer forma, a tutela possessória não parece se prender, segundo o próprio sistema desenvolvido por A. TEIXEIRA DE FREITAS, exclusivamente à responsabilidade civil (via por meio da qual ingressam os direitos absolutos na legislação civil *após* a violação e unicamente para buscar *reparação*); pareceria muito mais adequado que recebesse tratamento na *parte geral* do sistema de direito civil (mais tarde no *Código Geral*, segundo a proposta de 1867), pois a matéria parece extrapolar os limites estritamente civis pretendidos por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação das Leis Civis*, uma vez que a *ameaça de violência* no quod interest pode não estar adstrita à propriedade corpórea (ou mesmo incorpórea), podendo atingir a pessoa, inclusive, por meio de seus direitos pessoais. A respeito da questão, cf. R. BARBOSA, *Posse de direitos pessoais*, s.e., São Paulo, Saraiva, 1986, *passim*.

Desta reflexão o autor conclui pela “excellencia” da teoria da posse derivada do direito romano, não obstante os “aditamentos” que lhe foram promovidos pelo direito canônico; A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que aquela “dimana da natureza das coisas”, em uma mostra do *usus modernus pandectarum* aplicado a um específico instituto jurídico integrador dos quadros do sistema de direito civil luso-brasileiro³⁰⁶.

Cabe agora discutir quais os reflexos práticos decorrentes da dicotomia estabelecida por A. TEIXEIRA DE FREITAS entre os *direitos reais* e os *direitos pessoais*. Este vai ser o enfoque da próxima seção da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, intitulada *importancia pratica*.

III. 2. 5. A *importancia pratica*.

O tópico *importancia pratica* corresponde à mais sucinta das seções que integram a *Introdução*: nela poderemos perceber a importância conferida por A. TEIXEIRA DE FREITAS à prática forense – a qual servirá de instrumento corroborador da eleição da dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* como princípio classificador do sistema de direito civil. Aliás, o papel de relevo desempenhado pela *actio* (com que o direito subjetivo está armado) vai repercutir na bipartição da *Consolidação das Leis Civis* em livros relacionados, respectivamente, aos *direitos pessoais* e aos *direitos reais*.

Contudo, o direito romano não divisara uma separação científica entre tais categorias jurídicas: A. TEIXEIRA DE FREITAS vai informar que só entre os séculos XI e XII a expressão *jus in re* foi empregada em oposição ao *jus in personam* (*jus ad rem*); segundo o autor, perante os romanos a distinção entre a *actio in rem* (cujo objeto era enunciado *quase subjectio rei*) e a *actio in personam* (expressa *quase officium personae*) decorria de circunstâncias exteriores do processo formulário – e não de qualidades inerentes aos direitos defendidos.

Realçando a vinculação da *actio in rem* a hipóteses específicas do direito romano antigo (*domínio, herança, servidões, enfiteuse, superfície e hipoteca*), A. TEIXEIRA DE FREITAS considera as *ações prejudiciais*, os *interditos possessórios*, as *ações pessoais in*

³⁰⁶ Com efeito, nas palavras do próprio autor, os princípios de direito canônico destinados a vedar a tutela possessória ao terceiro adquirente (ciente do esbulho promovido pelo alienante) “carecerão até de sentido, quando não considerados um additamento á essa theoria [romana], cuja excellencia dimana da natureza das cousas” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXIV). Pela aplicação do direito canônico (C. 18, X, *de rest. spoliat.*) como direito subsidiário em matéria de pecado segundo o sistema definido pelas Ordenações Filipinas, cf. itens II.2.2.2 e II.2.2.3. A menção à *natureza das coisas* como fundamento para o acolhimento da teoria romana da *posse* parece de indisfarçável influência jusnaturalista.

rem scriptae, as *ações mistas* e algumas *ações reais* os principais obstáculos ao reconhecimento da dicotomia estabelecida entre os *direitos reais* e os *direitos pessoais* como divisão de entrada do sistema de direito civil.

Destacando o ocaso do procedimento *per formulas*, o autor vai ratificar a plenitude da dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais* no sistema do moderno direito civil; contudo, antes disso deverá empreender uma redistribuição das *ações prejudiciais* e dos *interditos possessórios*, ao mesmo tempo em que será necessário operar uma decomposição das *ações pessoais in rem scriptae* e das *ações mistas*. Ao cabo do trabalho, A. TEIXEIRA DE FREITAS terá demonstrado a aplicabilidade moderna de um preceito já estabelecido nas *Institutas* de Justiniano – em uma amostra do *usus modernus pandectarum* recomendado pelas reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito.

A “vida real da humanidade” faz com que o autor tenha especial apreço pela *violação* do direito; ocasião em que a sanção da lei assegura o seu livre desenvolvimento e oportunidade na qual aquele manifesta toda a sua essência. Destacando a importância da atividade legislativa (responsável pela atribuição de efeitos ora mais, ora menos expressivos aos direitos subjetivos), A. TEIXEIRA DE FREITAS assevera serem as *ações* os instrumentos principais de trabalho do jurista; neste panorama, defende a plenitude da dicotomia estabelecida entre os *direitos reais* e os *direitos pessoais*, compreensiva de todo o universo de ações familiares à ciência e ao jurisconsulto práticos (representantes da “scena judiciaria”)³⁰⁷.

³⁰⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS já em outra oportunidade (notas 279 e 280) se opusera a J. L. E. ORTOLAN em defesa da classificação dos direitos subjetivos em função da ação (de direito material) com que estivessem “armados”. Esta perspectiva é retomada neste trecho da *Introdução*, com uma justificativa que soará muito familiar aos leitores de H. KELSEN – conforme já destacado por O. de CARVALHO em trecho referido na nota 208 (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), pp. 141-142) – a qual ora reproduzimos: “não partimos de um estado negativo, ou d’injustiça; mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade da violação do direito reclama uma série de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inutil” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXV). Não por outra razão no D. 1, 3, 7 observamos a máxima “legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire” (“la virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar”): o castigo, que é uma das virtudes do direito, pressupõe a prévia violação por parte do agente. A ação é o direito em movimento, conforme nos ensina J. C. F. DEMOLOMBE: “l’action enfin, c’est le droit lui-même mis en mouvement; c’est le droit à l’état d’action, au lieu d’être à l’état de repos; le droit à l’état de guerre, au lieu d’être à l’état de paix” (*Cours* cit. (nota 273), p. 191).

Em segundo lugar, merece destaque a alusão feita pelo autor à atuação do jurisconsulto prático (“pela força destes efeitos o Jurisconsulto pratico mede nos direitos seu alcance possível, e não acha nelles outro caracter mais importante. As *ações* são seus instrumentos de trabalho”, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXVI). A preocupação de A. TEIXEIRA DE FREITAS com a importância prática de suas conclusões corresponde a uma constante em seu trabalho doutrinário. A par do jurista-legislador que podemos entrever na *Consolidação das Leis Civis*, no *Esboço de Código Civil* e na *Nova Apostilla*, deparamo-nos com um jurista-prático quando atentamos as “acomodações” (ao ambiente brasileiro posterior à Independência) de obras de autoria de juristas portugueses de indiscutível importância. A respeito, cf. J. J. C. PEREIRA E SOUZA, *Primeiras Linhas*

Embora o direito romano conhecesse a distinção entre a *actio in rem* e a *actio in personam*, esta não se fundava em “alguma diferença anteriormente observada nos direitos”, mas na oposição entre os modos segundo os quais o direito controvertido era deduzido nas fórmulas respectivas: *quasi subjectio rei* ou *quasi officium personae*. Tendo sido o *Brachylogo* a primeira fonte na qual o *jus in re* é contraposto ao *jus in personam* (*jus ad rem*), o direito romano antigo reservava unicamente ao *domínio* e a alguns direitos análogos (*herança, servidões, superfície, enfiteuse e hipoteca*) o emprego da *ação real* (excluídos as equiparadas *ações prejudiciais* e os *interditos possessórios*). Entretanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS assevera que a má compreensão das *ações pessoais in rem scriptae* e das *ações mistas* impediu a supremacia da dicotomia por ele erigida a princípio classificador do sistema de direito civil³⁰⁸.

sobre o Processo Civil acomodadas ao Fôro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Livreiro-Editor H. Garnier, 1907, pp. V-XII (prólogo); bem como J. H. CORREIA TELLES, *Doutrina das Acções accommodada ao Fôro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1880, pp. VII-XVI (introdução e prologo atual).

Além disso, observe-se a preocupação do autor com a plenitude da dicotomia *direitos reais/ direitos pessoais*, que deveria compreender todas as ações de que se possa fazer uso na “scena judiciaria” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXVI). Por fim, reiterando a predileção de A. TEIXEIRA DE FREITAS pela eficácia dos direitos subjetivos, merece menção específica a utilização por quatro vezes do termo “efeito” no período a seguir transcrito: “antes da violação do *direito pessoal* já existe um vínculo positivo, que na acção produz seu previsto efeito. O *direito real*, porém, como que dorme, para ostentar depois na offensa todo o poder de seus efeitos. Pela observação destes efeitos o legislador attento equilibra os variados interesses da vida social. Pela força destes efeitos o Jurisconsulto pratico mede nos direitos seu alcance possível” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLXV-CLXVI).

³⁰⁸ A contraposição entre a *actio in rem* e a *actio in personam* já pode ser entrevista no D. 44, 7, 25 (“actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet” – “dos son las especies de acciones: la real, que se dice reivindicación, y la personal, que se llama condictión. Acción real es aquella por la cual pedimos una cosa nuestra, que es poseída por outro; y es siempre contra el que posee la cosa. Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que se nos obligó á hacer ó á dar alguna cosa; y siempre tiene lugar contra el mismo”) e nas J. 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 uniusquisque 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 iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam res affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est” – “a suprema divisão de tôdas as ações, pelas quais as partes litigam sôbre qualquer coisa perante juizes ou árbitros, se reduz a dois gêneros: ou são reais ou são pessoais. Pois, ou accionamos quem estava obrigado para conosco por um contrato ou por um delito, e no caso as acções cabíveis são pessoais; e por elas, entre outras finalidades, pretendemos que o adversário nos deve dar ou fazer alguma coisa; ou accionamos quem não estava obrigado para conosco por nenhum liame jurídico, mas com quem suscitámos controvérsia a respeito de alguma coisa; e nêsses casos, as ações cabíveis são reais. Por exemplo, se alguém possui uma coisa corpórea, que Tício afirma ser sua e o possuidor diz ser êle o dono; e assim, se Tício sustenta que é sua, a acção é real”).

Merece especial atenção que no fragmento acima transcrito, Ulpiano restringe a ação real à *reivindicação*; mas Gaio (G. 4, 3) emprestava à *actio in rem* uma amplitude maior: “in rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi

aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; *aut cum actio ex diverso adversario est negativa*” (“a ação é *in rem* quando pretendemos uma coisa corpórea como nossa, ou que temos um direito qualquer sobre ela, como o de uso, usufruto, passagem, caminho, aqueduto, ou de elevar construção, ou de vista; ou então quando a ação do nosso adversário é negatória”).

C. MAYNZ adverte para a imprecisão com que o termo *actio in rem* era empregado nas fontes: “particulièrement ce term ne sert jamais à désigner la propriété: même il ne se rencontre guère qu’en opposition à *dominium*” (*Elements* cit. (nota 260), p. 509, nota 4); no que é seguido por J. L. E. ORTOLAN, que ressalta o emprego da expressão para a referência aos próprios direitos pessoais: “dénominations barbares, introduites au moyen âge, et qui n’ont jamais appartenu à la langue du droit romain. La première [*jus in re*] apparaît déjà dans le Brachylogue, ce sommaire du droit de Justinien, composé en Lombardie, au douzième siècle. Toutes les deux se rencontrent, au treizième siècle, opposées l’une à l’autre, dans les constitutions pontificales; et c’est du droit canon qu’elles paraissent avoir passé dans la jurisprudence séculière. Il faut en purger notre langue juridique (...) on trouve quelquefois dans les fragments des jurisconsultes au Digeste, et dans le Code de Justinien, les expressions *jus in re* ou *jus in rem*, mais appliquées indifféremment, soit pour des droits personnels, soit pour des droits réels” (*Histoire* cit. (nota 234), pp. 640-641).

As ações prejudiciais eram consideradas similares às ações reais pelas próprias Institutas (J. 4, 6, 13): “praeiudiciales in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, na aliquis liber vel na libertus sit, vel de partu agoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt” (“as ações prejudiciais se consideram como reais; tais as por que se indaga se alguém é livre ou liberto, assim como a do reconhecimento da filiação. Destas apenas uma tem causa legítima, e pela qual se indaga se alguém é livre; as outras recebem a sua especificação da jurisdição pretoriana”). Tal equiparação promovida pela própria fonte justinianea rendeu a confusão destacada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, derivada da aproximação por sua vez decorrente de não se dirigirem, como as reais, contra indivíduos determinados – ao contrário do que se verificava quanto às ações pessoais (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXVIII). No entanto M. de ALMEIDA E SOUSA já as distinguia das ações reais: “não se poderia também metter no numero dos nossos direitos reais os direitos, que derivam do estado das pessoas, nem comprehender nas ações reais as prejudiciais; porque n’este primeiro objecto do direito não se trata de cousas, nem por consequencia do direito real; mas unicamente do estado e da qualidade, das pessoas, e dos direitos que d’elles resultam” (*Notas* cit. (nota 13), p. 63 da edição de 1883).

O *Brachylogo* corresponde a um manual de direito romano de autoria desconhecida atribuído à Lombardia dos séculos XI e XII. Além da alusão já transcrita de J. L. E. ORTOLAN, cabe mencionarmos a descrição incidental feita por F. MACKELDEY: “quoique la décadence des arts et des sciences, ainsi que la barbarie et l’anarchie qui exerçaient partout leur empire dans le moyen âge jusqu’au douzième siècle, ne permissent point d’espérer que le droit romain devînt l’objet de travaux scientifiques, cependant nous avons de cette époque un livre qui, dans un des manuscrits connus jusqu’aujourd’hui à la bibliothèque de Vienne, porte le titre de *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris*, mais déjà plus connu, depuis plusieurs siècles, sous le titre de *Brachylogus juris civilis* ou de *Corpus legum per modum Institutionum*. Il renferme un système succinct du droit romain. Il a pour base les Institutes, quoique les Pandectes, le Code et les Nouvelles y aient été mis à profit. L’auteur de ce livre est tout à fait inconnu, et le titre de *Brachylogus* a seulement été choisi par un éditeur postérieur. L’ouvrage a été composé dans la Lombardie, vers l’an 1100” (*Manuel* cit. (nota 18), p.39).

As ações pessoais *in rem scriptae* são assim definidas por A. TEIXEIRA DE FREITAS: “a obrigação de dar, ou fazer, alguma coisa pode provir de ser possuidor o Réo, e, n’esses casos, a Ação se-diz – *in rem scriptae* – (com assento na coisa); como, a Ação – *quod metus causa* – (de coação), e outras mais (...) escusado é o romanismo das Ações pessoais *in rem scriptae*. Na Ação de exibição (*ad exhibendum*) a posse da coisa a exhibir não reputa-se exercício de algum direito real. Nas Ações de coação (*quod metus causa*), como nas motivadas – por fraude (*Revocatoria* ou *Pauliana*) com simulação ou sem ella, - dolo, - erro, ha duas Ações n’um só Processo, quando, alienada a coisa pelo autor do vicio, demanda-se logo ao terceiro possuidor d’ella para reivindicar-a” (J. H. CORREIA TELLES, *Doutrina* cit. (nota 307), pp. 6-7). Observe-se que na parte final do período, ao aludir à ação pauliana, não trata o autor das ações reais, mas ainda das ações pessoais com assento na coisa; o mesmo se estende à ação publiciana “sobre a qual dá-se a ficção de que o autor tem adquirido dominio pela prescrição, e que não compete contra todo o possuidor indistinctamente; mas contra aquelle, que não tem titulo algum, ou o tem mais fraco que o do autor” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXIX). As ações *in rem scriptae* são designadas pessoais-reais por R. J. POTHIER (cf. *Introduction générale aux coutumes in Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle I*, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890, pp. 44-45).

Quanto às ações mistas (*familiae erciscundae, communi dividundo e finium regundorum*), cf. as acomodações de A. TEIXEIRA DE FREITAS lançadas em nota de rodapé: “não se-conclua erroneamente, que tal

Diante do declínio do processo formular romano, o autor ressalta que “não ha outras acções possiveis, na esfera do Direito Civil propriamente dito, senão as *acções reaes* e as *acções pessoais*”; uma vez reconhecidos a natureza *pessoal* da tutela interdital, o carácter preliminar das *ações prejudiciais* e a possibilidade de decomposição das *ações in rem scriptae* e *mistas*, A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui que não subsistem os obstáculos tradicionalmente empregados contra o princípio classificador escolhido na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*; ou seja, os preceitos estabelecidos pelo direito romano (em D. 44, 7, 25 e J. 4, 6, 1) restaram incólumes após a investida da *recta ratio* jusnaturalista, consubstanciando, assim, exemplo do *usus modernus pandectarum* aplicado à estruturação do sistema de direito civil brasileiro³⁰⁹.

Passemos finalmente ao estudo da forma segundo a qual a *realidade* inerente às *relações economicas* influenciou o autor em sua tarefa de consolidar o direito civil então vigente no Império. Cabe agora surpreender como tal sorte de preocupações determinou decisivos posicionamentos de A. TEIXEIRA DE FREITAS durante a preparação do caminho para a “projectada reforma” da Legislação Civil.

qualificação de *Acções mixtas* funda-se na existência de *direitos mixtos* (*pessoaes* e *reaes* ao mesmo tempo contra uma só pessoa). As *Acções de petição de herança* não são *mixtas de direitos pessoais e reaes*. São *universaes*, porque reduzem seu objecto á um *patrimonio*; - unidade metaphysica em que a herança pode ir abaixo do zero, visto que a herança é o sustentaculo da pessoa do defunto. Na *Acção de Partilha*, concorrem contra o Réo Inventariante, a obrigação de partilhar os bens da herança, e o *direito absoluto* do Autôr como herdeiro. Na *Acção de Divisão*, concorrem contra o Réo condômino, a obrigação de dividir os bens partilhados, e o *direito real* do Autôr também como condômino. Na *Acção de Demarcação*, concorrem contra o Réo dono confinante, a obrigação de prestar-se á investigação dos limites confusos, e o *direito real* do Autôr também como dono confinante” (J. H. CORREIA TELLES, *Doutrina* cit. (nota 307), pp. 7-8). Eis a crítica de J. C. F. DEMOLOMBE à existência de ações e direitos mistos: “est-ce à dire qu’il existe, en effet, des droits tout à la fois réels et personnels? Cette alliance, ce mélange de la réalité et de la personnalité semblent pourtant bien difficiles à comprendre; car les deux caractères qui constituent, d’un côté, le droit réel, de l’autre, le droit personnel, sont plus eu différents; ils sont contraires, et ils paraissent véritablement incompatibles et irréconciliables. Aussi ce sujet des *actions mixtes* a-t-il toujours été rempli d’obscurités et de controverses” (*Cours* cit. (nota 273), pp. 345-346).

Destaque-se que a menção à existência de ações mistas decorre das próprias Institutas (J. 4, 6, 20), estando adstritas ao procedimento da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Este procedimento integrante do sistema das *legis actiones* já estava previsto em Gaio (G. 4, 17a). A respeito das peculiaridades deste procedimento (também aplicável à cobrança de dívida derivada de uma *sponsio*), cf. L. C. de AZEVEDO, J. R. CRUZ E TUCCI, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 66-67.

³⁰⁹ Eis a conclusão de A. TEIXEIRA DE FREITAS sobre a controvérsia a respeito das ações *in rem scriptae* e das *ações mistas*: “a situação possível, e muito frequente, é só a da pessoa, que tem ao mesmo tempo, em relação á um objecto, um direito de *propriedade*, e também um direito de *credito* (...) meditadas as diferentes hypotheses dessas acções assim denominadas, chega-se á conhecer, que nellas se contém (...) na realidade dois direitos, e duas acções, que simultaneamente pertencem á mesma pessoa em relação é mesma cousa. O caracter principal, e essencial, do direito deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção”. O autor exemplifica sua regra com a ação de reivindicação (“onde de ordinario pedem-se fructos”) e com a *actio in factum* (subsidiária do pleito reivindicatório) (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXI-CLXXIII).

III. 2. 6. As *relações econômicas*.

Segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS, o desenvolvimento da civilização moderna depende da livre circulação dos valores concentrados na propriedade imobiliária; e se essa é uma regra válida mesmo para as economias comerciais e industriais, com maioria de razão deveria ser observada em sociedades agrícolas como o Brasil da década de 50 do século XIX. Na seção *relações econômicas* o autor buscará explicitar a vinculação existente entre o princípio classificador do sistema de direito civil (a dicotomia estabelecida entre os direitos *reais* e *pessoais*) e o “poderoso motor” da economia moderna: o *crédito*³¹⁰.

Com efeito, se as transações econômicas têm por finalidade aproximar *utilidades* de *necessidades* àquelas correlatas, este movimento não pode alcançar seus resultados mais prodigiosos sem que de tal sistema participe o *crédito*, como instrumento responsável pela transformação de *capitais fixos* em *capitais rolantes*. A paulatina evolução dos sistemas econômicos capitalistas revelará a superação dos modelos de trocas (*trocas de supérfluo*, *trocas diretas* e *trocas indiretas*) pelo paradigma creditório, no qual a *confiança* exerce posição de relevo na conjugação das forças econômicas dispostas em mercado³¹¹.

³¹⁰ A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca a importância do crédito no panorama econômico da época: “a civilização moderna, que tanto se-distingue por seus progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama o movimento constante de toda a sorte de valores (...) e o poderoso motor dessa rotação contínua é o – *credito* –. Com seu impulso os capitais fixos transformam-se em capitais rolantes, e o commercio, e a industria, reproduzem quotidianamente suas forças” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXIII).

E. R. GRAU observa a vinculação do pensamento de A. TEIXEIRA DE FREITAS aos problemas oferecidos pela realidade brasileira de então: “Teixeira era, seguramente, um homem do seu tempo, cujos olhos, não obstante, estiveram voltados para o futuro. O trecho, na Consolidação, no qual trata das ‘relações econômicas’, dá conta de sua percepção da transformação desencadeada pelo capitalismo, embora não tivesse à sua disposição, na realidade nacional, fatos suficientemente expressivos da instalação, entre nós, desse modo de produção social (...) embora se desse conta das transformações desencadeadas pelo capitalismo, seu pensamento encontrava apoio nos fatos existentes entre nós, dele não se podendo dizer que tivesse ‘as idéias fora do lugar’. Não pretendia por e repor idéias européias em sentido impróprio, mas integrá-las à realidade brasileira. Muito do que não compreendeu Teixeira ao seu tempo, hoje podemos compreender (...) muitos não percebem, os autores do novo Código Civil entre estes (...) que o fato de o Direito Comercial ser fruto de formação autônoma, no âmbito de uma classe, permite o seu desenvolvimento no plano internacional, em obediência às suas próprias exigências. Isso nos coloca diante de desafios fascinantes, que contrapõem as idéias de Lex Mercatoria, de uma banda, e de nomos da terra, lugar e direito [geo-direito], de outra” (*Teixeira de Freitas cit.* (nota 215), pp. 39 e 50). No mesmo sentido, cf. F. dos S. AMARAL NETO, *A técnica jurídica cit.* (nota 195), pp. 166-167.

³¹¹ O autor observa que os economistas tomam as relações humanas como “veículos de produção, distribuição, e consumo, de riquezas” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXVI). Vários seriam os estágios econômicos percorridos até a chegada ao sistema do *crédito*; merecem alusão as etapas intermediárias das *trocas de supérfluo*, das *trocas diretas* e das *trocas indiretas*. O *crédito* corresponderia à *troca indireta* incrementada pela alienação *a futuro* – pressupondo para isso um novo estímulo proveniente da “expansão da confiança nas *pessoas*, e nas *cousas*, elementos de todas as relações” (*Consolidação cit.* (nota 04), p.

Nas primeiras cinco seções da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* o autor procurou demonstrar que a dicotomia *direitos pessoais/ direitos reais* ocupa posição central no sistema de direito civil; A. TEIXEIRA DE FREITAS buscará agora comprovar que a dicotomia *crédito pessoal/ crédito real* corresponde a uma projeção da primeira sobre o cenário econômico, revelando-nos simultaneamente que a sorte do *crédito real* (indissoluvelmente ligado à *propriedade imobiliária*) está intimamente vinculada ao grau de *certeza* proporcionado pelo sistema de transmissão do *domínio*³¹².

Enquanto o *crédito pessoal* (adstrito à *propriedade mobiliária*) preenche as necessidades do comércio e da indústria por meio de um mecanismo fundado na *confiança subjetiva*, A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que o *crédito real* necessita de uma legislação que estimule a circulação das riquezas compreendidas na propriedade imobiliária; em vez da “prompta execução dos contractos”, o objetivo principal do sistema de *crédito real* será o de conferir ao mutuante a *certeza* quanto à satisfação do crédito – a qual deverá repousar sobre um conjunto de garantias juridicamente *eficientes*³¹³.

CLXXVI). Nesse sentido, cf. C. COQUELIN, *Le crédit et les banques*, 3ª ed., Paris, Librairie de Guillaumin, 1876, pp. 86-94 (pelos três estágios de troca) e pp. 94-100 (pela apresentação da teoria do crédito). Há que se destacar que a definição de crédito utilizada por A. TEIXEIRA DE FREITAS é a tradução literal daquela encontrada em J. GARNIER (especificamente referido na nota 309 da *Introdução*): “le crédit est la transformation des capitaux *fixes* et ENGAGÉS en capitaux *circulants* ou DÉGAGÉS” (*Éléments de l’économie politique exposé des notions fondamentales de cette science*, Paris, Guillaumin, 1848, p. 166). Contudo, esta última decorre da formulação originalmente concebida por A. CIESZKOWSKI: “le crédit est la métamorphose des capitaux stables et engagés en capitaux circulants ou dégages, c’est-à-dire le moyen qui rend *disponibles* et *circulables* des capitaux qui ne l’étaient point, et leur permet par conséquent de se porter partout où leur besoin se fait sentir. Cette définition fondamentale nous suffit comme point de départ pour fixer les idées” (*Du crédit et de la circulation*, 2ª ed., Paris, Guillaumin, 1847, p. 6).

³¹² Nas palavras do autor: “é assim, que a theoria dos *direitos pessoais*, e *direitos reais*, também apparece na scena economica. É assim, que ella corresponde à theoria do credito. É assim, que o Direito Civil liga-se á Sciencia das riquezas. E pelo meditado estudo destas combinações é que o paiz tem á esperar grande beneficio doCodigo Civil, que a sua *magna Carta* lhe há promettido” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXV-CLXXVI).

³¹³ Enquanto o *crédito pessoal* prescinde de garantia exterior e “funciona ordinariamente com a *propriedade movel*, que segue a pessoa”, o *crédito real* se refere a bens corpóreos, tendo por objeto a propriedade imóvel, “cuja natureza intrinseca só lhe-póde fornecêr condições apropriadas” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXIII-CLXXIV).

O desafio a ser enfrentado pelos juristas estava em adaptar a legislação com a finalidade de fundar o *crédito real* nacional: “nosso paiz é agricola, e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilisação de seu solo, a circulação de immensos valores, que elle encerra; eis o mais importante problema a resolver”. O problema se concentrava em proporcionar à economia agrícola as mesmas vantagens com que contavam a indústria e o comércio: enquanto estas reclamavam uma legislação voltada à “prompta execução dos contractos”, aquela carecia que a propriedade imóvel fosse “constituída e regulada pelo modo mais conducente á não comprimi-lo [o crédito real], senão também á desenvolvê-lo, e á facilita-lo” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXIV-CLXXV).

Destas diferenças decorre a conclusão de A. TEIXEIRA DE FREITAS no sentido de uma unificação do direito privado: parecia injusta a manutenção de um sistema de favores aos comerciantes, quando o restante da nação não contava com o mesmo conjunto de exceções, favores e liberdades estabelecidos “em prol do commercio”. Diante do quadro legislativo então em vigor, o autor observa que enquanto à legislação

A superação do modelo de trocas (*trocas de superfluo, trocas diretas e trocas indiretas*) e o desafio de “mobilizar” o solo agrícola (promovendo-se para tanto a circulação dos valores nele contidos) vão demandar uma criteriosa análise do paradigma creditório, cujo ponto de partida estará situado na distinção entre as variadas acepções emprestadas à expressão do *crédito real*³¹⁴.

O autor observa que se o patrimônio do devedor representa a primeira garantia de seus credores, o próprio *domínio* seria suficiente para sustentar o *crédito real* (ainda que os sistemas econômico e financeiro estivessem desprovidos de estabelecimentos bancários voltados ao seu fomento e mesmo que o ordenamento jurídico não reconhecesse as hipóteses de desmembramento do *jus in re propria*); esta, pois, é a acepção mais lata daquela expressão. Porém, sob uma perspectiva mais estreita (e com apoio nos economistas) A. TEIXEIRA DE FREITAS define o *crédito real* como a “confiança em relação aos empréstimos caucionados por hypothecas”³¹⁵.

comercial cabia prover a segurança do *crédito pessoal*, à legislação hipotecária competia a estruturação e manutenção do *crédito real*. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXV, notas 312 e 313.

Embora durante muito tempo tivesse prevalecido a máxima “plus est cautionis in re, quam in persona”, a fisionomia particular de alguns sistemas jurídicos acarretou a preferência pelo *crédito pessoal*; neste sentido se posiciona M. R. WOŁOWSKI : “le vieil adage: *plus est cautionis in re quam in personâ*, n’a pas cessé de subsister, quant à la ligne de démarcation qu’il établit; mais, par une singulière déviation, la *caution* la plus considérable se voit préférer celle qui paraît moins sûre: l’engagement *personnel* obtient des conditions moins onéreuses que l’engagement *territorial*” (*Du crédit foncier* in *Revue de législation et de jurisprudence* 1 (1852), pp. 63-64).

³¹⁴ Buscando o significado da expressão “mobilização do solo”, A. TEIXEIRA DE FREITAS se socorre das observações de M. R. WOŁOWSKI para afinal concluir : “*mobilizar o crédito do solo* é obrar nos limites do possível, e do justo, é dotar de um recurso imenso os inteligentes esforços do trabalho agrícola” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXV). A explicação para a restrição feita pelo autor (“nos limites do possível”) decorre da confusão promovida por muitos juristas ao empregarem em sentido diverso a referida expressão: “trop souvent on a confondu la circulation commode de titres, dont la solidité participe de celle du sol même, avec une monstrueuse émission de papier-monnaie; de nouveaux alchimistes croyaient, en effet, avoir découvert une sorte de pierre philosophale en érigeant en numéraire des *lingots de terre*, arrachés à leur immobilité pour remplir l’office d’agents de la circulation” (M. R. WOŁOWSKI, *Du crédit* cit. (nota 313), p. 62).

De sua parte, três são as acepções elementares da expressão *crédito real*: a de direito real; a de empréstimos caucionados por hipotecas; e a de empréstimos caucionados por hipotecas realizados por estabelecimentos bancários. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXVII-CLXXIX.

³¹⁵ Eis as três acepções do *crédito* nas expressões utilizadas pelo próprio autor: “partimos *a priori* da noção dos *direitos reais*, e achamos a do *crédito real* em sua maior generalidade; e com a possibilidade de todo o seu desenvolvimento, desde a infância das sociedades, até o grão mais aperfeiçoado. Não é porém assim, que os Economistas a consideram. Eles tomam o *crédito real* como sinônimo de *confiança* em relação aos empréstimos caucionados por hypothecas, e limitam ainda mais o sentido da expressão, applicando-a particularmente à criação de estabelecimentos bancários destinados á facilitar tais empréstimos” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXVII-CLXXIX). Sendo a garantia hipotecária um dos pilares das acepções mais estritas do sistema de crédito, evidencia-se, pois, a vinculação entre o *crédito real* e o *sistema hipotecário*.

A garantia hipotecária acarreta a despersonalização do mecanismo de fomento; é o que explica M. R. WOŁOWSKI: “quando empresta-se dinheiro sobre hypotheca (...) empresta-se á coisa, e não á pessoa; toma-se

Para que à confiança do mutuante não corresponda uma segurança meramente *ilusória*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que dois requisitos elementares deverão ser atendidos pela legislação civil: em primeiro lugar, deverá esta proporcionar a *certeza* quanto à *titularidade* do *direito real* oferecido em *hipoteca*; além disso, a garantia oferecida não poderá ser frustrada por onerações posteriores que venham a reduzir o valor *afetado* (qual seja o proveito da venda para pagamento do credor hipotecário)³¹⁶.

Ora, com o fito de que se obtenha a *certeza* quanto à titularidade do *domínio* imobiliário se faz necessário um mecanismo de controle sobre a prática de *atos de transmissão* da propriedade; por sua vez, para que se evite a oneração redutora do valor da garantia, resulta imprescindível o registro dos diversos *jura in re aliena* constituídos sobre o bem afetado. Assim, A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui que “não se póde concebêr um

o imóvel isoladamente, e se o individualisa; o proprietario em tal caso é a sua imagem viva. O que se procura é o vínculo, que autorisa esta espécie de representação; e independentemente dos recursos, ou encargos pessoais do individuo, dá-se balanço á coisa” (*apud Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXVII). Para este último autor o *crédito real* se confunde com o *crédito territorial* (imobiliário); a noção oferecida por A. CIESZKOWSKI é distinta: o *crédito territorial* é uma espécie do *crédito real*, oposto este último ao crédito pessoal (desprovido de garantia mobiliária ou imobiliária). A respeito, cf. *Du crédit cit.* (nota 311), pp. 6 e segs.

A acepção emprestada à expressão por C. PECQUEUR é a mais ampla dentre as analisadas: “chama-se *credito territorial* (...) a maior ou menor possibilidade, e facilidade, que tem o proprietario, de achar dinheiro á juro modico, sobre penhór, ou por venda, de sua propriedade immovel” (*apud Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXVIII).

Observe-se que não poucos concebiam a criação de estabelecimentos bancários como solução definitiva contra as dificuldades enfrentadas pelo sistema de crédito; José Thomaz Nabuco de Araújo defende por sua vez a prévia necessidade de uma boa legislação hipotecária. A. TEIXEIRA DE FREITAS é mais pretensioso em seu diagnóstico: “*façamos um bom Codigo Civil, e sem nenhum embaraço elle dar-nos-há uma boa legislação hypothecaria*” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXIX).

³¹⁶ A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta as três espécies de informações de que o credor deveria dispor com o fito de que não viesse a ser surpreendido pelas vicissitudes a que estivesse exposta a garantia apresentada pelo devedor: natureza de seu direito com relação à coisa; *jura in re aliena* que sobre a mesma pendessem; por fim, *hipotecas* que já afetassem o imóvel considerado. Era importante que o credor estivesse seguro de que o valor do bem não fosse “distrahido, diminuido, ou alterado” em razão de encargos desconhecidos à época da constituição da garantia (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLXXIX-CLXXX).

O fim da hipoteca – como já assinalado em oportunidade anterior (nota 272 e texto correspondente) – é o pagamento do credor, razão pela qual nela se entrevê a transferência do direito de disposição que integra o *domínio*; não parece ser outra a posição afinal adotada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, conforme se depreende da seguinte assertiva: “o fim da hypotheca é o pagamento, e o pagamento consegue-se pela venda do imóvel hypothecado” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXXI).

Sobre o caos decorrente da miscelânea de direitos reais, assim nos adverte W. BELIME: “la propriété féodale présente un enchevêtrement sans exemple de mille droits qui, partant du sol comme autant de fils, vont aboutir entre mille mains, dans une confusion inextricable. Ces droits supportent eux-mêmes d’autres droits parasites. Les hypothèques sont entées sur les cens, les cens sur les emphytéoses, les emphytéoses sur les fiefs, qui jouent eux-mêmes par deux ou trois mouvances jusqu’au seigneur primitif, sans compter les dîmes, les retraits, les banalités, les commises, les droits de haute et basse justice. Comment la propriété pouvait-elle se mouvoir sous ce fardeau? Pas un morceau de terre où vingt personnes n’aient à réclamer quelque chose, et chacune de ces vingt personnes pouvait plaider sa vie durant, pour peu qu’elle en eût le désir” (*Philosophie du droit ou cours d’introduction a la science du droit II*, 2^a ed., Paris, A. Durand, 1856, pp. 292-293).

bom systema hypothecario sem coordena-lo com o direito (...) que preside á transmissão da propriedade”³¹⁷.

Daí o motivo pelo qual a *transferência* da propriedade imobiliária vai merecer especial atenção por parte do autor: A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que, em meio ao *iter* que separa o *título de adquirir* do *modo de aquisição*, se mostra necessário distinguir o *direito pessoal* (constituído em favor do adquirente) do *direito real* (de titularidade do alienante até o momento da efetiva transmissão). Enquanto o primeiro respeita tão somente ao interesse *privado* das partes contratantes, o último repercute sobre a sociedade inteira; eis a *recta ratio* que a “natureza das cousas” identifica e sobre a qual a “sabedoria dos Romanos” fixou o *princípio da tradição* – referendado por sucessivas legislações posteriores (dentre as quais o direito civil brasileiro então em vigor)³¹⁸.

³¹⁷ Cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXX-CLXXXI. R. T. TROPLONG observa que a reforma hipotecária (implementada pela *Lei de 23 de Março de 1855*) deveria se harmonizar com as idéias mestras estabelecidas pelo *Code Civil* (dentre as quais o *princípio consensual*): “elle rétablit la transcription que nous avons toujours demandée; mais elle écarte sagement les idées radicales que nous n’avons pas cessé de combattre et qui ne tendaient à rien moins qu’à porter le trouble dans notre régime hypothécaire, sous prétexte de l’améliorer. Cette loi se borne à quelques modifications secondaires qui, en laissant subsister les idées mères du Code Napoléon, les dégagent de quelques embarras pratiques sur lesquels on était à peu près d’accord” (*Droit civil expliqué. Privilèges et Hypothèques. Commentaire de la Loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, 2ª ed., Paris, Henri Plon, 1864, p. 161).

Com efeito, a principal preocupação respousava na “constituição do direito de propriedade em relação á terceiros”; tanto que A. TEIXEIRA DE FREITAS transcreve a mensagem do Ministro da Justiça a respeito da relação entre o sistema hipotecário e a transmissão da propriedade: “o modo da transmissão da propriedade acha-se estreitamente ligado com o regimen hypothecario, não é possível tratar de um sem tocar o outro. Cumpre escolhê-lo entre o systema do Cod. Civ., que attribue ao puro consentimento o poder de transferir a propriedade, e os outros direitos reaes; e a lei de 11 *Brumaire* anno 7º que exigia a transcrição dos contractos á fim de advertir á terceiros, e manifestar á todos o acontecimento, que faz passar de uma pessoa á outra a propriedade, e as suas desmembrações” (*Circular de 07 de maio de 1851 apud Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXX-CLXXXI).

³¹⁸ A transferência da propriedade imobiliária adquire posição de destaque na análise empreendida por A. TEIXEIRA DE FREITAS: “não soffre dúvida, que o facto mais importante, e ao mesmo tempo primario, vem á ser o da *transmissão* da propriedade immovel. Este facto deve preceder aos outros, até pela razão da grandez juridica do direito do dominio, que está para os outros direitos reaes, como o todo está para suas partes, como a unidade para as fracções” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXII). A respeito da relação estabelecida pelo autor entre o *jus in re propria* e os *jura in re aliena*, cf. nota 244.

É interessante observar que enquanto os direitos pessoais afetam tão somente os interesses dos particulares, A. TEIXEIRA DE FREITAS defende uma repercussão social dos *direitos reais*. Como visto em ocasião anterior, não se trata de inovação, mas de idéia já defendida tempos antes por J. C. F. DEMOLOMBE (cf. nota 273).

Há que se destacar a menção feita á “natureza das cousas” e á “sabedoria dos romanos” – reconhecida pelas “legislações posteriores” e tendo inclusive penetrado o “nosso Direito Civil”: ora, a aproximação destes elementos em um trecho de menos de 13 linhas parece remeter ao próprio texto da *Lei de 18 de Agosto de 1769*, já abordado com mais cuidado em outra oportunidade. De qualquer sorte, não parece haver dúvida quanto á influência iluminista sobre o trecho citado. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXIII).

Observe-se não só o espírito prático, como inclusive uma eventual influência da escola histórica sobre o seguinte trecho que encerra o período *supra* transcrito da *Introdução*: “penetrou-se a natureza do acto da transmissão da propriedade, attendeu-se ás condições da vida social” (A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXIII).

O autor observa que inúmeros *direitos pessoais* podem ser estabelecidos sem que lhes preceda *tradição* alguma; entretanto, para a aquisição da propriedade não basta o simples *ato material* da entrega (este deve consubstanciar *adimplemento* de um *direito pessoal* previamente constituído no ato que traduz o *título de adquirir*). Ora, os atos jurídicos que representam o *título de aquisição* e o *modo de adquirir* são de tal modo distintos (quanto aos seus respectivos efeitos) que o direito romano sujeitou a transferência da propriedade a uma disciplina repleta de formalidades: antes de serem suplantadas pela generalização da *traditio* no período justinianeu, a *mancipatio* e a *in jure cessio* não prescindiam de um conjunto de práticas rígidas e incontornáveis. Contudo, era dispensável a presença da coisa transferida quando se tratasse de negócio jurídico de transmissão relativo a bem imóvel; desta constatação A. TEIXEIRA DE FREITAS depreende que os romanos davam mais importância à necessidade de um “signal exterior, e publico, que revelasse á sociedade a mutação da propriedade” do que à sua efetiva transmissão física (entrega)³¹⁹.

³¹⁹ Alude-se a “inúmeros” *direitos pessoais* suscetíveis de constituição sem prévia tradição pois, embora seja esta a regra quanto aos chamados contratos *consensuais*, para a celebração dos contratos *reais* (*mútuo*, *comodato*, *depósito* e *penhor*) faz-se necessária a entrega do objeto do acordo (*res*), hipóteses em que “a tradição só por si não confere domínio” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXIV). A respeito, cf. P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1900, pp. 379-381. Entre nós, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano II*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pp. 119-133; A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota 193), pp. 278-282.

Merece especial atenção um específico trecho da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*: “a partir do extremo posterior acha-se a *posse* do novo proprietário, que é a propriedade em exercício; antes della, a entrega physica da cousa (*tradição*), que fizera o antigo proprietário; e antes desta, a *causa* primordial da intenção commum de transferir, e adquirir, a propriedade (...) note-se, porém, que, se o *direito pessoal* pôde existir sem a *tradição*, e sem o *direito real*, que elle opéra; a *tradição* ao contrário só por si não confere o *direito real*, visto como sempre pressuppõe (*causa praecedens*) o *direito pessoal* com a sua correlativa obrigação de transferir o domínio” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXXIII-CLXXXIV); com efeito, sendo os itálicos do texto original (inclusive o que destaca o termo “causa”), é interessante ressaltar que um dos mais eruditos estudos produzidos no Brasil da segunda metade do século XX – a respeito da relação entre o *direito das obrigações* e o *direito das coisas* – não alude *uma única vez* ao nome de A. TEIXEIRA DE FREITAS, quando trata do sistema da *separação relativa* entre os planos do *direito das obrigações* e do *direito das coisas*; embora não se possa negar que a obra corresponde a um estudo verdadeiramente acurado – precioso, pois – uma sua leitura superficial revelou a preocupação do autor em buscar fora de casa poeira que se encontrava no tapete da sala ... Obviamente que A. TEIXEIRA DE FREITAS em nada inovara, tendo simplesmente preservando a autoridade de orientação estabelecida no D. 41, 1, 31 (“nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa, praecesserit, propter quam traditio sequeretur” – “la nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, ó alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”). A respeito, cf. C. do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, pp. 13 e 219-225.

A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que as formalidades adotadas pelo sistema romano constituíam mecanismo de resguardo aos interesses de terceiros, e não um “formalismo inútil, e até prejudicial, sem razão jurídica d’existência”; o autor destaca a posição de RICARDO no mesmo sentido (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXV). Opinião contrária é adotada por R. T. TROPLONG que afirma que “l’une de ces restrictions arbitraires, introduites par l’esclavage des formes, était la nécessité de la tradition pour compléter, entre les parties, la translation de la propriété” (*Le droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du code – De la vente I*, 5ª ed., Paris, Charles Hingray, 1856, pp. 48-49). C. B. M. TOULLIER da mesma forma reputa a

Embora não se possa negar certa “ineficiência” da *traditio* como meio de publicidade, tal constatação não desmerece o *intuito* romano de resguardo imediato do interesse público (e mediato da confiança de terceiros). Aliás, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que outros sistemas jurídicos vincularam a transmissão da propriedade imobiliária a atos *positivos* semelhantes, neste particular, à *mancipatio* romana, tais como o *vest* e a *saisine* feudais – bem como o *nantissement* dos costumes franceses anteriores à Revolução de 1789³²⁰.

Ao mesmo tempo em que a Revolução Francesa assinalara o declínio das *obras da lei* para a transferência da propriedade imobiliária, a Lei de 11 *Brumaire* do ano 7º estabelecera o princípio da *publicidade* dos direitos reais. De sua parte, o influxo do *princípio da tradição* no direito francês até então vigente fora decisivamente atingido pela admissão generalizada das modalidades de *traditio* ficta e simbólica – às quais se deve

tradição um expediente que se justificava unicamente em razão da raridade do emprego da escrituração: “il fallait frapper les sens et faire la mémoire par des actes sensibles et matériels, dans des temps où l’écriture était inconnue, et où du moins l’usage en était rare” (*Le droit* cit. (nota 268), v. II – t. IV, p. 31).

A *mancipatio* e a *in jure cessio* (modos de aquisição de direito civil) foram abolidas por Justiniano com a supressão da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, prevalecendo a *traditio* (modo de aquisição de direito natural) como modo de transmissão da propriedade. A respeito, cf. C. 7, 25 (por meio do qual foi suprimido o direito *nu* dos *quirites*) e C. 7, 31 (especificamente o seguinte trecho: “quum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est: et merito antiquari oportet, uti sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublati” – “porque verdadeiramente também es anticuado que las cosas se dividan em *Mancipi* y *nec Mancipi*, y con razón debe abolirse, á fin de que para todas las cosas y lugares haya análoga disposición, quedando suprimidas las inútiles ambigüedades y diferencias”). Por seus significados respectivos, cf. P. BONFANTE, *Diritto* cit. (nota 319), pp. 270-276; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano* cit. (nota 319), t.I, pp. 323-324; A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota 193), pp. 170-171.

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa ainda que quanto aos móveis, a entrega física e a apreensão manual da coisa (*manu capere*) eram imprescindíveis, mas quanto aos imóveis, a presença física da coisa imóvel a ser transferida era desnecessária (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CLXXXVI). A respeito, cf. fragmento de Ulpiano 19, § 6º: “res mobiles non nisi praesentes Mancipari possunt et non plures quam quot manu capi possunt. Immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt Mancipari possunt” (“as coisas móveis podem ser mancipadas, a menos que não estejam presentes, e sempre podem ser mancipadas desde que não excedam a uma quantidade que se possa tomar na mão. As coisas imóveis, entretanto, podem ser mancipadas simultaneamente, mesmo que em quantidade maior e que se encontrem em lugares diversos”). A tradução da referida regra de Ulpiano foi obtida a partir da tradução de G. SCIASCIA (*Regras de Ulpiano*, São Paulo, s.e., 1952).

³²⁰ Como observado em nota anterior, segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS a tradição tinha por escopo assegurar o conhecimento (o mais eficiente possível) de terceiros quanto à prática de atos jurídicos que de algum modo pudessem surtir efeito sobre seus respectivos interesses (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CLXXXV-CLXXXVI).

Pelas solenidades do direito germânico, cf. R. T. TROPLONG: “d’après le droit des époques barbares, la transmission de la propriété est inséparable de certaines formes extérieures et solennelles qui frappent les sens, qui s’emparent de l’esprit et suppléent, par une impression physique, aux faibles perceptions de la conscience et de la bonne foi (...) ces comédies juridiques se jouaient par les acteurs devant l’autorité publique, dont l’intervention était nécessaire pour légitimer et sanctionner la volonté des parties et la prise de possession” (*Droit civil expliqué. Privilèges* cit. (nota 317), p. 166).

Quanto ao *nantissement*, eis a definição que nos oferece o autor: “chamava-se geralmente – *nantissement*, – na acepção particular de certos costumes, a formalidade da *inscrição*, ou *registro*, que assegurava a publicidade dos *direitos reaes*” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. 341).

adicionar, neste aspecto, os constitutos possessórios *tácito* e *expresso* (cláusula *constituti*). A. TEIXEIRA DE FREITAS assinala que do mesmo modo como a *traditio* mitigou formalidades ao suceder a *mancipatio* e a *in jure cessio* no período justiniano, a tradição *nominal* abrandou a regra “*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” antes mesmo da entrada em vigor do *Code Napoléon*³²¹.

Com a promulgação do Código Civil francês em 1804 foi admitida a transferência da propriedade como efeito do próprio *título de adquirir*; a partir daí o autor afirma que se instalou em âmbito legislativo uma confusão entre os direitos *pessoal* e *real* (para com a qual teriam muito contribuído H. GRÓCIO e seus adeptos da escola jusracionalista). Ainda que a boa fé quanto ao cumprimento do pactuado em contrato

³²¹ Como observado anteriormente, nas regiões do *nantissement* a propriedade somente se transferia pelas formas preestabelecidas em lei (sistema das “*obras da lei*”).

A respeito da situação que determinou a promulgação da *Lei de 11 Brumaire ano 7º* (revogação de disposições estabelecidas pela *Lei de 09 Messidor ano 3º*), cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLXXXVII-CLXXXVIII (pela versão integral da *Lei de 09 Messidor ano 3º* cf. P.-A. MERLIN de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., Paris, J.-P. Roret Éditeur, 1827, pp. 578-586).

Eis a apreciação de A. TEIXEIRA DE FREITAS a respeito do enfraquecimento do *princípio da tradição* entre os franceses antes mesmo da entrada em vigor do *Code Napoléon*: “a tendência dos animos para a facilidade das transações, o amor da simplicidade, haviam já introduzido vários modos de *tradição*, que se chamou *symbolica*, e *ficta* (...) assim como a *tradição* havia substituído os actos solenes e publicos da *mancipação*, e *cessão jurídica*; a *tradição nominal* substituiu a *tradição real*, e tornou illusoria a regra – *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CLXXXVIII-CXC). Como ressaltado pelo autor, o Código Comercial estabelecia hipóteses de tradição simbólica em seus artigos 199, 200, 274 e 281. Sobre as hipóteses de tradição simbólica, cf. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente* in *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle III*, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890, pp. 129-131.

Pela tradição simbólica na entrega de títulos ou chaves no sistema jurídico luso-brasileiro, cf. M. de ALMEIDA E SOUSA, *Notas cit.* (nota 13), pp. 95-102.

Segundo F. K. von SAVIGNY “toutefois, comme nous trouvons en droit romain un grand nombre de cas où la possession s’acquiert au moyen d’un acte physique sans doute, mais sans attouchement immédiat, on a considéré ces actes comme des actes symboliques qui, grâce à une fiction juridique, représenteraient le fait d’appréhender réellement la chose (*actus adscititii, apprehensio ficta*). Cette manière de voir étant généralement admise, on n’a jamais cru nécessaire d’en prouver l’exactitude; aussi se présente-t-elle chez tous les auteurs à peu près dans les mêmes termes. Il est donc inutile d’en retracer l’histoire; il suffit de faire remarquer que cette opinion se trouve déjà chez les glossateurs, et que Doneau lui-même n’en est pas exempt (...) [a] possibilité physique constitue (...) le fait que nous devons retrouver dans toute acquisition de possession; elle nous expliquera toutes les dispositions spéciales des sources; l’attouchement physique n’y est pour rien, est dès lors il ne reste aucune hypothèse dans laquelle il faille admettre une appréhension fictive” (*Traité cit.* (nota 305), pp. 189-190 e 193).

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a cláusula *constituti* é aquela “pela qual o vendedor constitui-se detentor da coisa em nome do comprador, até que este tome posse real e efectiva (...) como antes da *tradição real* o domínio não ficava transferido, e o alienador podia obrar de má fé, contractando com outro, e transferindo-lhe o domínio (...) a expressão da cláusula – *constituti* – teve por fim obviar fraudes, antecipando os efeitos da *tradição real*, e fazendo-a existir desde o momento do contrato” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CLXXXIX). Os quatro exemplos de constitutos possessórios tácitos oferecidos pelo autor (alienante-locatário; alienante-usufrutuário; devedor pignoratício-detentor a título precário; alienante-sócio) são confirmados por F. K. von SAVIGNY (*Traité cit.* (nota 305), pp. 302-307).

A regra romana referida no corpo do texto está contida no C. 2, 3, 20 (“*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” – “el dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos”).

constitua um dos princípios basilares do direito privado (*pacta sunt servanda*), disso não decorre a impossibilidade do inadimplemento da obrigação de *transferir* a propriedade, nem a inviabilidade da venda sucessiva da mesma coisa a diverso comprador; ademais, tendo sido estebelecida pelo próprio direito romano a regra de que o risco pelo perecimento da coisa *certa* corre por conta do credor (“debitor rei certae e jus interitu liberatur”), não haveria justificativa plausível – segundo A. TEIXEIRA DE FREITAS – para a inovação produzida pelo legislador francês³²².

O desprestígio do elemento *social* da propriedade (*modo de adquirir*) – em detrimento de sua vertente *individual* (*título de aquisição*) – evidencia ter sido preterido o interesse coletivo quanto às sucessivas transformações experimentadas pelo *domínio*; A. TEIXEIRA DE FREITAS anota que a *incerteza* gerada pelo *Code Napoléon* quanto ao “primeiro direito real” foi tão “opposta á boa razão” que durante algum tempo parcela da doutrina francesa repelira a tese da revogação da Lei de 11 *Brumaire* do ano 7º. De qualquer forma, diante da aplicação da regra “en fait de meubles la possession vaut titre” à propriedade mobiliária (bem como da exigência da *transcrição* para a eficácia de *doações*

³²² O princípio da transferência consensual da propriedade no sistema adotado pelo *Code Napoléon* decorre de dois dispositivos principais, quais sejam, os artigos 711 (“la propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations”) e 1.138 (“l’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”).

Eis, respectivamente, os trechos em que H. GRÓCIO defende o caráter anti-natural da transferência da propriedade como efeito da tradição e a naturalidade da transferência consensual da propriedade: “Cap. VI, 1, 2: pero, que se requiera también entrega procede de la ley civil, la cual, porque es recibida por muchas gentes, dicese impropriamente derecho de gentes. Así vemos usado en algunas partes que se requiere manifestación delante del pueblo o del magistrado e inscripción em registros; lo cual todo es ciertísimo que es por derecho civil. Mas el acto de la voluntad, que se expresa por alguna señal, debe entenderse de la voluntad racional (...) Cap. VIII, 25: el último modo de adquirir que se dice del derecho de gentes es por entrega. Mas dijimos arriba que para el trespaso del dominio no se requiere naturalmente la entrega; lo cual reconocen también los jurisconsultos en algunos casos, como en la cosa dada, retenido el usufructo, o conferida a aquel que la posea o la guarde prestada, como en los proyectiles arrojados; y aun también antes de tomada posesión em algunos casos pasa también ahora el dominio, como de la herencia, de los legados, de la cosa dada a las iglesias y lugares piadosos, o a las ciudades o por causa de alimentos, de los bienes de los cuales se contrajo sociedad universal” (*De jure belli ac pacis*, trad. esp. de Jaime Torrubiano Ripoll, *Del derecho de la guerra y de la paz* II, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 68 e 140-141).

Conforme destaca A. TEIXEIRA DE FREITAS, esse posicionamento *espiritualista* vai ser corroborado por outros autores da Escola Jusracionalista (dentre os quais se destaca S. PUFENDORF), os quais atribuirão ao *ius civile* a exigência da entrega efetiva da *res*: “todos esses Escriptôres reconhecem, que na sociedade civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo necessario além d'elle um acto sensível e positivo de entrega, como testemunho desse consentimento” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXCI-CXCII). Todavia, o próprio W. BELIME não descarta o emprego da publicidade quanto aos atos de alienação como instrumento de resguardo da segurança das relações jurídicas (*Philosophie* cit. (nota 316), p. 259).

e substituições de bens imóveis), o autor afirma que mesmo em território francês o *princípio do consenso* havia sido “applicado com restricções”³²³.

Além da referida violação perpetrada no próprio corpo do *Code Civil*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que o *princípio consensual* também fora atingido pela “força das cousas” quando, por meio da *Lei de 23 de Março de 1855*, foi implantada a reforma hipotecária; entretanto, ainda assim alguns juristas manifestaram resistência ao defender a subsistência (tão somente *inter partes*) do princípio da transferência da propriedade *solo consensu*. De sua parte, A. TEIXEIRA DE FREITAS considerou-o “mero apparatus de palavras” sem significado prático, uma vez que os interesses das partes já estavam garantidos por meio de *direitos pessoais*: tendo passado a posse da coisa ao comprador, por que dotá-lo de uma “inútil” *ação reivindicatória* quando mediante exceção poderia repelir o pleito eventualmente deduzido pelo vendedor³²⁴?

³²³ Como observaremos no capítulo seguinte, H. AHRENS distingue os elementos *individual* e *social* da propriedade, esclarecendo que ambos devem ser combinados, com o fito de que a *propriedade* adquira um caráter orgânico.

A. TEIXEIRA DE FREITAS observa “que durante muito tempo duvidou-se de que [o *Code Civil*] houvesse derogado o regimen da Lei de 11 *Brumaire* anno 7º”, referindo-se a trabalho de autoria de Athanase-Jean-Léger Jourdan publicado em *Themis* (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXCI).

A principal restrição quanto ao princípio consensual aplicado aos bens móveis encontra-se no artigo 2279 do *Code Civil* – por meio do qual se determina que “en fait de meubles possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient”–; tal regra é corroborada pelo artigo 1141, por meio do qual se estabelece que em se tratando de vendas sucessivas da mesma coisa (móvel), dá-se preferência ao seu possuidor (“art. 1141. si la chose qu’on s’est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en été mise em possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi”).

A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca que enquanto alguns juristas reconheceram a derrogação do princípio da transmissão da propriedade *solo consensu* (C. B. M. TOULLIER, C. E. DELVINCOURT e K. S. ZACHARIAE), restaram outros, todavia, que por meio de “uma razão insigne” (“prescrição instantânea”) o preservaram a todo custo (A. M. DEMANTE e V.-N. MARCADÉ) (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXCI, nota 357).

Por sua vez, as restrições ao *princípio consensual* relativas aos bens imóveis constam dos artigos 939 e 1069 do *Code Civil*, que dispõem sobre a eficácia perante terceiros das *doações* e *substituições* de bens suscetíveis de hipoteca. Eis os textos legais invocados – ambos revogados pela *Ordonnance n° 59-71* (de 07 de janeiro de 1959) –: “art. 939. Lorsqu’il y aura donation de biens susceptibles d’hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l’acceptation, ainsi que la notification de l’acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l’arrondissement desquels les biens sont situés”; “art. 1069. Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l’exécution, rendues publiques; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l’inscription sur les biens affectés au privilège”.

Cabe destacar que o influxo do *princípio consensual* especificamente quanto ao contrato de compra e venda será abordado no próximo capítulo deste estudo.

³²⁴ Destacando ser inevitável a vulneração do *princípio consensual*, A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta que “aquillo, que desde logo não se-havia conhecido pela fascinação de um principio bello na apparencia, porisso mesmo que fazia realçar o poder da vontade humana, veio-se á conhecer depois pelas exigencias economicas de um bom regimen hypothecario (...) era uma anomalia, e uma providencia inutil, manifestar ao publico o

A. TEIXEIRA DE FREITAS critica a própria falta de coerência do modelo francês: se a propriedade da coisa vendida fora transferida no momento da celebração do contrato, como admitir que a mesma *res* pudesse ser objeto de nova venda a diverso comprador? Segundo o autor tais contradições inexistem no sistema brasileiro, em que “reina o salutar principio da *tradição*” quanto à transferência da propriedade; por conseguinte, a implementação do sistema da *transcrição* (para a transmissão do *domínio* sobre bens imóveis) não enfrentaria maiores obstáculos³²⁵.

direito real da hypotheca, quando o primeiro direito real, fonte de todos os outros, não tinha a mesma publicidade, e nos casos mais frequentes” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXCVC-CXCVI).

O autor observa que feita a restrição quanto ao menos freqüente (alienações de imóveis a título gratuito), não se concebe fundamento racional para que tal providência não alcançasse a venda de imóveis; certamente haveria aí influência da disparidade de posições típica de trabalhos realizados em comissão: “o ecletismo é sempre pernicioso em legislação (...) sirva isto de advertencia (...) aos que entendem, que a organização do Cod. Civil póde ser obra de muitos” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXCVI).

Contrariamente à *publicidade* defendida pela doutrina, na *Sessão de 12 Pluviose ano XII* (2 de fevereiro de 1804), F. BIGOT-PRÉAMENEAU criticou a restrição à privacidade familiar decorrente da publicidade relacionada ao registro das garantias hipotecárias constituídas em favor dos credores: “ne devrait-on pas encore être arrêté par la crainte de dépouiller les familles de la faculté de garder le secret de leurs affaires? Ce secret a toujours été regardé comme un des principaux droits de la liberté individuelle. Il n’est presque aucune affaire, aucun événement de famille, qui ne soit l’occasion d’une hypothèque. Il faudrait, pour exiger de tous les citoyens une renonciation absolue à tout secret sur ce qu’ils ont de plus intime et de plus précieux (...) mais, lorsque je me soumetts à l’interdiction que vous prononcez, ne me dépouillez pas de mes droits de privilège ou d’hypothèque, parce que je ne vous aurai pas rendu, par une inscription, le compte public de toutes mes affaires; compte qui nuit à mes intérêts, qui n’est à mes yeux qu’une inquisition odieuse, et dont on peut abuser contre moi” (cf. J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français XVI*, Paris, Treuttel et Würtz, 1829, pp. 122-123 e P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil XV*, Paris, Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827, pp. 237-238). A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca ainda que antes do advento da reforma hipotecária na França, a *Lei de 16 de Dezembro de 1851* já havia introduzido na Bélgica os mesmos princípios da *Lei de 23 de Março de 1855*.

A. TEIXEIRA DE FREITAS critica a tese da subsistência do *princípio consensual* entre as partes contratantes, defendida por MARTOU e R. T. TROPLONG: “não é possível condescender com os admiradores dessa tão venerada theoria, e na actualidade felizmente seu valor acha-se reduzido á mero apparatus de palavras, que não tem significação pratica. Tendo-se reconhecido a necessidade de um facto externo como indicadôr legal da transmissão da propriedade, não descobrimos razão, pela qual em relação ás partes contractantes se-deva seguir o principio opposto da transferencia do dominio só por effeito do consentimento. Não vemos, que esse principio seja applicavel á qualquer caso, quando as relações entre as partes contractantes ficão perfeitamente acauteladas com o vinculo das obrigações” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXCVII).

Com effeito, o direito romano já estabelecera regra segundo a qual o vendedor e seus herdeiros não poderiam se utilizar da *ação de reivindicação* quando a posse (sem vício) da coisa vendida passasse ao comprador – mesmo sem que tivesse havido a tradição da *res* (D. 21, 3, 1, 5: “si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem” – “si alguno hubiere comprado una cosa, pero no le hubiere sido entregada, si no obstante hubiere adquirido sin la vicio la posesión, tiene contra el vendedor la excepción”).

³²⁵ O autor evidencia, pois, as duas principais incoerências da aplicação francesa do *princípio consensual*: a existência de um direito real sem eficácia *erga omnes* e a possibilidade de alienação de uma coisa que não mais pertence ao vendedor (na hipótese de vendas sucessivas da mesma coisa a compradores distintos): “como concebe-se, que o *direito real* só possa existir para com um individuo? (...) se o vendedor desde o momento do contracto tem perdido o dominio da cousa vendida, não se-concebe tambem, que elle validamente a possa vender segunda vez á outra pessoa, só porque o primeiro comprador não foi diligente em fazer transcrever seu titulo nos registros hypothecarios” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CXCVIII).

Superada a controvérsia relativa à transferência da propriedade imobiliária, persistia o desafio de debelar o sistema de hipotecas ocultas; neste panorama A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca a iniciativa do então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, consubstanciada em *Projeto* – constante de *Relatório apresentado ao Poder Legislativo em 25 de Julho de 1854* – cujo princípio fundamental consistia na *publicidade* das transmissões de *domínio* e de todas as constituições de *jura in re aliena*³²⁶.

A apreciação do Projeto por comissão especial da Câmara dos Deputados redundou não apenas no acolhimento de suas idéias cardeais, como inclusive na recomendação de que a *transcrição* (além de *modo*) fosse considerada *título aquisitivo*; A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a preocupação imediata dos legisladores estava em proporcionar a “certeza legal da propriedade”, com o fito de que entre nós fosse enfim fundado o *crédito real*. Antes de mais nada, porém, fazia-se necessária a *liquidação* do domínio territorial brasileiro – com base em modelos provenientes de destacados centros europeus³²⁷.

A despeito da afirmação de que no Brasil prevalecia o *princípio da tradição* para a transmissão da propriedade, especificamente quanto aos bens imóveis, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que o ato estava reduzido à cláusula *constituti* – na nota 393 o autor chega a observar que seria possível afirmar “que temos o systema espiritualista do Cod. Civ. da França” –; e ainda que a *insinuação* das doações, em vez do interesse de terceiros, tinha por objetivo fundamental coibir extorsões, de maneira que muitas das vezes as formalidades estabelecidas pela *Lei de 22 de Setembro de 1828* não eram efetivamente atendidas; tal observação é corroborada pelo preâmbulo da *Lei de 25 de Janeiro de 1775*. A respeito, assim se pronuncia M. de ALMEIDA E SOUSA: “não me atrevo a ser Censor da verdade dos factos historicos da necessidade da Insinuação, factos e vicissitudes de Legislações, que expoz o Proemio da Lei de 25 de Janeiro de 1775” (*Collecção cit.* (nota 13), p. 15).

Quanto à implantação no Brasil de um sistema de registro das transmissões e onerações da propriedade imobiliária, A. TEIXEIRA DE FREITAS prenuncia que não haveria “*innovação radical*, se a tradição dos immoveis fôr feita por modo uniforme, solemne, e bem notorio, qual o da inscrição, ou transcripção nos registros publicos” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXCIX).

³²⁶ O respeito de A. TEIXEIRA DE FREITAS pelo direito romano nunca foi incondicional: “com esta boa theoria o Direito Romano nos-legou o detestavel systema das hypothecas occultas, e o vicio deste systema (se tal nome se lhe-póde dar) foi o que primeiro desafiou nossa attenção” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXCIX). Evidente, pois, o *uso moderno* do direito romano praticado pelo autor quanto à matéria hipotecária, ao reconhecer a deficiência do “sistema” ostentado pelas fontes.

Com o fito de extirpar as hipotecas ocultas do sistema jurídico brasileiro foi providenciada uma desnecessária duplicidade de aparatos – representada pelo *Registro Geral de Hypothecas* instituído pela *Lei de 21 de Outubro de 1843* (e regulamentado pelo *Decreto de 14 de Novembro de 1846*) e pelo *Registro Publico do Commercio* criado pelo Código Comercial de 1850 – para cuja solução contribuiu afinal o *Decreto de 7 de Dezembro de 1853*.

Quanto à iniciativa do Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, cabe destacar que não tivemos acesso à edição do *Jornal do Commercio* em que fora discutida (de 26 de Julho de 1854); entretanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta que “o pensamento cardeal do seu Projecto, apresentado ao Corpo Legislativo na Sessão de 25 de Julho do mesmo anno [1854], foi a publicidade das hypothecas, e com ella a de todas as transmissões de immoveis por titulos entre vivos, e constituições de direitos reaes” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CXCIX).

³²⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que a Comissão Especial encarregada da análise do projeto de José Thomaz Nabuco de Araújo “abundou ns mesmas idéas, e até excedeu-as, opinando que a transcripção no

O autor receia que a euforia decorrente do êxito do *sistema cadastral* possa comprometer os resultados de uma análise sobre o regime hipotecário mais adequado à realidade brasileira de então; previamente comparados os modelos *francês* e *germânico*, caberia ao legislador estabelecer as *diretrizes* concernentes à *liquidação da propriedade territorial* – já precavido dos resultados a se esperar. Ou seja, A. TEIXEIRA DE FREITAS estabelece uma questão preliminar, de cuja resposta dependerá toda a sorte do *crédito real* nacional: deve prevalecer a *publicidade* (dos atos de transmissão e constituição de *direitos reais*) preconizada pelo paradigma francês ou a *certeza* (quanto ao conteúdo do *domínio*) priorizada pelo direito germânico³²⁸?

registro publico (...) devia ter um valor ainda maior” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CC). Com efeito, o autor nos informa que a comissão exarou manifestação nos seguintes termos: “parece de lógica rigorosa, e ao mesmo tempo conveniente, para afastar meios de fraude, que sempre a má fé procura, e consegue descobrir, que se lhe dê a importância de verdadeiro título”; ora, se o *Code Civil* reduziu o *modo de transferência da propriedade ao título* correspondente, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados pleiteava o caminho inverso (buscava reduzir o *título ao modo de transmissão*), a fim de liquidar a propriedade territorial brasileira: “no pensar de um dos Oradores daquela Câmara a medida da transcrição liquidaria a propriedade para o futuro, deixando-a porém no mesmo estado quanto ao presente e ao passado com todas as variadas causas de complicação e incerteza” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CC).

Embora A. TEIXEIRA DE FREITAS destaque que a transcrição não era obrigatória, parece incorrer em equívoco na nota 370, onde se lê: “só por ella [transcrição], e desde a sua data, os títulos translativos de domínio produzem efeitos em relação a terceiros” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CC). Ora, sob a perspectiva dos *direitos pessoais*, o título aquisitivo somente guardaria relação com a transcrição na medida em que o ato redundaria em adimplemento de uma das obrigações do alienante; todavia, no âmbito dos *direitos reais*, antes da transcrição, não existe produção de efeitos seja em relação a terceiros, seja em relação às próprias partes. Admitir o contrário seria reproduzir a tese da subsistência de efeitos reais tão somente *inter partes*, idéia que já havia sido expressamente repelida pelo autor.

Quanto à ordem de fatores que levou ao empenho pela reforma hipotecária, A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca o interesse pela fundação do *crédito real*: “não é estranho, que pelo empenho de fundar o crédito territorial os espíritos tanto propendão para a idéia da *certeza legal da propriedade*. Se a simples transcrição (...) fosse susceptível de tranquilizar perfeitamente o credor hypothecario, como não desejar que tal solemnidade importe a prova irrecusavel do estado da propriedade immovel?” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CCI). Além disso, como veremos logo a seguir, é de se fazer alusão ao intuito de liquidação da propriedade territorial.

³²⁸ O autor indaga: “será possível estabelecer entre nós o systema hypothecario do Direito Germanico, para que toda a propriedade immovel fique legitimada e consolidada (...)? Será possível ao menos liquida-la mais tarde, lenta, e gradualmente, ou depois de um tempo dado? Será possível purga-la ou remi-la occasionalmente do perigo das reivindicações e evicções imprevistas, como se costuma remi-la das hypothecas? Ou devemos limitar-nos á transcrição publica dos futuros titulos como um meio de tradição dos immoveis, e condição legal da transmissão de todos os direitos reaes?”. A resposta à questão implica a definição do perfil teleológico do sistema. *Publicidade* ou *certeza*: qual dos valores deve ser preferido pelo legislador? A. TEIXEIRA DE FREITAS recomenda prévia meditação a fim de que, tendo-se ciência das características dos sistemas *francês* e *germânico*, não se espere do escolhido resultados que este não poderia – *ab initio* – oferecer. O sucesso das legislações hipotecárias da Prússia, da Áustria e da maioria dos estados da Alemanha não poderia distrair os responsáveis pela reforma (cf. *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CCI-CCII).

Cabe destacar, pois, que o autor tem posição firme a respeito da questão, enunciada em nota ao artigo 905 da *Consolidação das Leis Civis*, em alusão ao registro estabelecido pelo *Regulamento n° 1318* de 30 de Janeiro de 1854: “com esse registro nada se-predispõe, como pensão alguns, para o cadastro da propriedade immovel, base do regime hypothecario germanico. Teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O systema cadastral é impossivel entre nós” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. 533-534). Mais

A atribuição da *transcrição* a oficiais públicos “passivos” (incompetentes para a investigação tanto do *título de adquirir* como da genealogia do *domínio* alienando) não acarretaria, diretamente, a purgação da propriedade territorial brasileira; mostrar-se-ia, em contrapartida, um meio eficiente de garantir a *publicidade* indispensável à *confiança* de terceiros. Uma vez adotado o sistema *francês*, A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que o registro paulatinamente liquidaria a propriedade imobiliária para o futuro – embora não a pacificasse quanto ao passado e ao presente – não se prestando, entretanto, à constituição de uma prova absoluta de *domínio*³²⁹.

Resultando de uma completa *liquidação* da propriedade territorial – e pressupondo constante vigilância quanto à circulação de direitos reais – A. TEIXEIRA DE

adiante teremos oportunidade de surpreender com maior clareza o influxo do ideário *liberal* sobre as idéias de A. TEIXEIRA DE FREITAS a respeito do sistema hipotecário.

³²⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS previne o leitor quanto ao quadro decorrente da adoção do sistema francês: “os registros publicos farão sempre conhecer as alienações que se-fôrem realizando, e os encargos consentidos por aquelle, que se reputa proprietario (...) como saber, se o vendedor do immovel é seu legítimo e verdadeiro proprietario? Investigando-se a genealogia da propriedade, sua filiação de título em título, pôde-se chegar á grande probabilidade, e raras vezes á certeza completa”; após aludir às possibilidades de invalidação do título em virtude de incapacidade civil, preterições de forma e vícios de consentimento, o autor destaca a eventual superveniência da prescrição aquisitiva ou mesmo a prevalência de ação publiciana intentada pelo adquirente da *propriedade putativa*.

Definido o panorama, expõe então a razão em virtude da qual repudiará nossa adesão – ao menos imediata – ao sistema germânico: “como se-póde dar á transcripção do registro hypothecario a importancia de verdadeiro titulo? (...) se essa transcripção de per si não tem, nem póde têr, força de verdadeiro titulo (...) tambem de per si nada predisporia para a liquidação e certeza dos dominios. Esse cadastro [a que alude o *Regulamento de 30 de Janeiro de 1854*] refere-se mais á cousa do que á pessoa, isto é, não designa nem assegura ao proprietario, á quem a cousa verdadeiramente pertence, todos os encargos, que a onerão; e, por conseguinte, não póde dar em resultado uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz” (*Consolidação cit.* (nota 04), pp. CCII-CCIV).

Alude-se no corpo do texto a duas idéias que parecem pouco exploradas por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*: em primeiro lugar, a principal vantagem do sistema germânico está na *prova absoluta* de domínio gerada pelo cadastro; com isso, as acima referidas hipóteses de vício de consentimento, preterições de forma, incapacidade das partes, superveniência de prescrição e tutela do proprietário putativo têm de ser descuradas, caso contrário a *certeza* do sistema restaria comprometida. Em segundo lugar, o autor assevera que o sistema francês liquidaria a propriedade para o futuro; observamos, pois, que a purgação da propriedade territorial não se daria de modo direto, mas por efeito da superveniência da prescrição aquisitiva: “a propriedade não se adquire somente pela transferencia feita por legitimos proprietarios. Ella tambem adquire-se por uma posse contínua, posse juridica (*civilis possessio*), com a adjuncção de certas circunstâncias (*justus titulus – bona fides*); e esse meio de adquirir pressuppõe a propriedade transferida por quem não era proprietario verdadeiro – *a non domino* –. Fallamos da – *prescrição* –, dessa filha do tempo, e da paz, – *patrona do genero humano* –, de que todas as legislações não têm podido prescindir” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. CCII). Cabe ressaltar, todavia, que tal tese da purgação indireta tem que ser analisada de acordo com os sistemas jurídicos em que se inserem: enquanto no direito francês a prescrição aquisitiva (trintenária) não pressuppõe *boa fé e justo título* (“art. 2262. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d’en rapporter un titre, ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”), o direito brasileiro em vigor à época de A. TEIXEIRA DE FREITAS estabelecia que o possuidor de má fé em nenhum momento poderia prescrever. Tal legado – proveniente das próprias *Ordenações Afonsinas* L. II, T. IX, 1 – decorria do direito canônico, que vedava ao possuidor de má fé a aquisição por prescrição. Além disso, a prescrição poderia ter sido suspensa ou interrompida, o que relativiza a abrangência dessa *purgação indireta* do domínio territorial. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação cit.* (nota 04), pp. CCV-CCVI).

FREITAS observa que o modelo *germânico* guarda “a prova official (...) e o titulo irrecusável” do proprietário. Contudo, a transposição de tal paradigma para a realidade brasileira implicaria “chamar ás contas um paiz inteiro” para que o Poder Judiciário atuasse a despeito da provocação dos interessados. Além disso, o autor ressalta que a adoção do *sistema cadastral* demandaria a intervenção de uma magistratura especializada (incumbida do exame individualizado dos títulos que lhe fossem apresentados)³³⁰.

A. TEIXEIRA DE FREITAS não entrevê maiores dificuldades quanto à implantação de um sistema de “expurgação facultativa” dos imóveis, mediante o qual os *adquirentes* e *credores* interessados pudessem se resguardar das *incertezas* que pairassem sobre os direitos *alienados* ou *confiados*. Contudo, o autor destaca ser necessário evitar o equívoco a que outrora fizera alusão o legislador do Cantão de Genebra: ao disciplinar as *subastações*, seu direito anterior resguardara tão somente o interesse do *adquirente* – sem que o mesmo cuidado tivesse sido dispensado aos proprietários de imóveis vizinhos³³¹.

³³⁰ Em nota anterior foi asseverado que A. TEIXEIRA DE FREITAS repudiara a adoção *imediata* do sistema germânico. De fato, tal sistema se mostrava adequado a um Estado em que “a propriedade acha-se completamente liquidada, sem o que não haveria a certeza, que elle offerece, ou que se lhe atribue”; entretanto “a introdução desse regimen portanto em um paiz, como o nosso, onde o dominio é incerto, e apenas presumido na mór parte dos casos, forçosamente depende de uma primeira operação, que vem á ser a liquidação de todos os immoveis, a consolidação da propriedade; e sua depuração de todos os direitos, e pretensões eventuaes, que a-fazem duvidosa” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CCIV-CCV). A purgação completa da propriedade territorial pressuporia não só que toda a sociedade fosse convocada a demandar (mesmo na ausência de litígio) como também que os órgãos jurisdicionais atuassem ainda que sem a provocação dos interessados; tal estado de coisas se tornaria ainda mais contrario aos princípios quando da manutenção do sistema já implementado “o registro das mutações futuras (...) deveria ser o effeito de um exame preliminar, e muito rigoroso, dos titulos que se apresentassem (...) as delicadas funções desse exame justificativo seriam confiadas á uma magistratura, á juizes que conhecessem da verdade dos actos e da sua fôrma; transformando-se d’est’arte sua jurisdição voluntaria em contenciosa e submettendo-se a vontade livre das partes contractantes á uma autoridade, que não reclamarão” (cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CCV).

³³¹ O expediente da *expurgação facultativa* encontraria correspondência histórica em regras contidas nas antigas Leis da Bélgica e na *appropriance* estabelecida pelos costumes da Província da Bretanha. Neste último caso há que se destacar que a *appropriance* implicava uma remissão completa do *domínio* – não apenas quanto às hipotecas (tal como se verificava nos *decretos voluntários* e nas *cartas de ratificação* do antigo direito francês). A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CCVII (nota 383).

O autor menciona ainda dois procedimentos vigentes no direito brasileiro para a *expurgação das hipotecas* (e que se prestariam a uma aplicação análoga aos demais direitos reais): as *remissões* em hasta pública e em vendas extrajudiciais precedidas de providências acautelatórias. Ambas estavam disciplinadas no art. 1296 da *Consolidação das Leis Civis* (combinado com seus arts. 522, 523 e 524).

Quanto ao defeito do Projeto de Lei do Cantão de Genebra, A. TEIXEIRA DE FREITAS transcreve trecho do Relatório em que é reprovado o excesso do direito anterior ao disciplinar a *subastações*: “aquelle, que fazia pôr em venda, podendo envolvêr predios do vizinho com os do alienadôr, esse vizinho que nada sabia, não obstante as formalidades da hasta publica, ficava privado da faculdade de reivindicar o que era incontestavelmente sua propriedade. Assim pois estava-se em segurança como adquirente, mas incessantemente exposto como proprietário” (*Exposição de motivos do projecto relativo á aquisição, conservação, e publicidade dos direitos reaes sobre immoveis do Cantão de Genebra apud Consolidação* cit. (nota 04), p. CCIX).

O autor conclui que o *sistema cadastral* será preferido por aqueles que derem as costas às peculiaridades que estremam sua origem da realidade da *propriedade fundiária* brasileira. Estando o modelo *germânico* fundado na intervenção compulsória da magistratura, embora possa coibir um sem número de abusos, em contrapartida compromete a *celeridade* e a possibilidade de *revisão* das decisões proferidas; A. TEIXEIRA DE FREITAS ressalta que em matérias civis deve prevalecer a liberdade individual que “repelle tantas formalidades, dispensa tanta vigilância e supremacia”. Neste diapasão, o paradigma da *transcrição* instaurado pela Lei de 11 *Brumaire* do ano 7º atendera ao intuito de *publicidade* à moda da *mancipatio*, da *in jure cessio* e da *traditio* romanas; se o autor manifestara sua preferência pelo sistema francês, restava incrementá-lo à custa da distinção entre os direitos *reais* e *pessoais*³³².

Evidenciada a relação entre o *sistema hipotecário* e o *crédito real*, o autor remata a exposição asseverando que a legislação concernente aos *direitos reais* deve estabelecer um rol *taxativo* de suas modalidades, sendo parcimoniosa em sua concessão e exigindo *publicidade* para toda e qualquer forma de sua circulação – a fim de resguardar os “variados interesses da sociedade”. A. TEIXEIRA DE FREITAS observa que as dificuldades inerentes ao *domínio exclusivo* (*real* ou *putativo*), às suas *limitações* (*enfiteuse*, demais *jura in re aliena* e *propriedade resolúvel*), à *propriedade comum* e às vicissitudes do título de aquisição (*propriedades rescisível, anulável e nula*) exigiriam um estudo cuidadoso; um

³³² Sobre a inadequação do modelo *germânico* ao sistema fundiário nacional, A. TEIXEIRA DE FREITAS destaca: “derivado das antiguidades feudais, medrando em países de longa mão preparados, onde a propriedade territorial consta de grandes domínios, não pôde convir á outros países de constituição diversa, cujo território tende progressivamente á retalhar-se por efeito das sucessões hereditárias”; não obstante, é necessário mencionar que a necessidade de circulação da propriedade territorial em determinadas regiões da própria Alemanha – nas quais a propriedade tinha “mais vida” – rechaçou a introdução do sistema cadastral (cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CCX).

O autor ressalta que cabe aos particulares desincumbirem-se da investigação de eventuais direitos de terceiros, vícios e qualidade dos títulos ostentados pelos alienantes: “pelo que respeita á direitos de terceiros em razão dos vícios, e qualidade, dos títulos anteriores; a lei não assegura nada, deixa á cada um o cuidado das investigações. Quando trata-se de interesses particulares, a vigilância individual será sempre mais profícua do que toda a protecção da autoridade” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CCXI). E assim acaba por manifestar predileção pelo *sistema da transcrição*, no qual *adquirentes* e *credores* estão seguros quanto á titularidade dos direitos *alienandos* (e oferecidos em *garantia*) em virtude da inexistência de averbações que indiquem o contrário; da mesma forma, utilizando-se dos expedientes de *publicidade*, poderiam se resguardar de eventuais investidas de terceiros contra seus bens – prevalecendo neste particular a regra da *prioridade de inscrição* (ou *transcrição*).

A influência *liberal* sobre o espírito do autor é indissociável. Contudo, o acolhimento do modelo francês se dá em função da nova feição emprestada a institutos que desempenharam a mesma função (*publicidade*) no direito romano (*mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*): daí a presença do *usus modernus pandectarum* também neste trecho da *Introdução*. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), p. CCX-CCXI.

feito tão grandioso que certamente haveria de “immortalisar a memoria de um MONARCHA illustrado”³³³.

Destacado o influxo do *iluminismo jurídico* na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, resta agora analisar de que modo A. TEIXEIRA DE FREITAS tornou possível a preservação da tradição jurídica luso-brasileira quanto a um dos principais aspectos do direito privado: a transferência da propriedade. Com base no confronto entre elementos *tradicionais* e *liberais* (ambos informadores da cultura jurídica portuguesa a partir da segunda metade do século XVIII), buscar-se-á demonstrar o papel de relevo desempenhado pelo autor legando ao direito brasileiro um *princípio da tradição* decisivamente comprometido em terras de além-mar.

³³³ A. TEIXEIRA DE FREITAS menciona três causas de dificuldades relacionadas à disciplina dos direitos reais: o *domínio*, a *hipoteca* e os demais *jura in re aliena*. Com base nelas diferenciará nove categorias de propriedades adquiridas por ato *inter vivos*: I – propriedade completa e verdadeira; II – propriedade completa e putativa; III – propriedade limitada pela enfiteuse; IV – propriedade comum; V – propriedade limitada pelos direitos reais; VI – propriedade revogável (ou resolúvel); VII – propriedade rescisível; VIII – propriedade anulável; e IX – propriedade nulamente adquirida. Por sua vez, duas serão as espécies de propriedades adquiridas *mortis causa*: I – por sucessão legal; e II – por sucessão testamentária. A respeito, cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit. (nota 04), pp. CCXII-CCXXI (especialmente nota 396, na qual esclarece considerar a *enfiteuse* separadamente (dos demais *jura in re aliena*) por constituir “uma especie vulgar de propriedade”).

O autor observa ainda que o maior bem que o soberano pode providenciar a seus súditos seria a dádiva de leis perfeitas e justas: “e que maior bem se-póde fazer á um povo, quando se-lhe-dá leis perfeitas, e justas? Tambem não há facto, mais glorioso, que possa immortalisar a memoria de um MONARCHA illustrado!” (*Consolidação* cit. (nota 04), p. CCXXI). Eis o último fundamento que se utiliza, neste capítulo, para evidenciar ter sido a *Introdução à Consolidação das Leis Civis* exemplo de aplicação do *usus modernus pandectarum* luso-brasileiro. A vinculação da frase que encerra o texto com o *despotismo esclarecido* parece evidente.

IV. A PRESERVAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA A PARTIR DE UM ASPECTO CONCRETO – O TRATAMENTO CONFERIDO À TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE NOS PELOS SISTEMAS LUSITANO E BRASILEIRO AO LONGO DOS SÉCULOS XIX E XX.

No capítulo anterior tivemos oportunidade de analisar, incidentalmente, a contraposição entre o *princípio da tradição* e o *princípio consensual* na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*; agora buscar-se-á evidenciar de que modo a atuação de seu autor esteve voltada à preservação daquele em um contexto particularmente decisivo: o panorama jurídico imediatamente posterior à Proclamação da Independência e ao advento de uma nova ordem constitucional estabelecida pela Carta de 1824.

Não é demais ressaltar que não se pretende empreender neste espaço um estudo exaustivo da transferência da propriedade em toda a evolução do direito luso-brasileiro. Todavia, na medida em que a exposição a seguir afirmará existir uma trajetória mais ou menos linear que une o direito visigótico à *Consolidação das Leis Civis*, resta necessário abordar, mesmo que superficialmente, as linhas gerais da disciplina relativa à matéria segundo as principais fontes do direito português; e diante do curto fôlego de tal empresa, é necessário esclarecer que nos ocuparemos tão somente de alguns dos textos legais relacionados à questão ora referida.

Em um primeiro momento nossa atenção estará voltada à transferência da propriedade no cenário anterior à promulgação das *Ordenações Afonsinas*: ter-se-á oportunidade de analisar o tratamento conferido ao tema pelo *Código Euriciano*, pela *Lex Romana Visigothorum* e pelo direito romano justinianeu renascido em Portugal a partir da metade do século XII. Serão abordados a *traditio per chartam* do antigo direito português e a eficácia puramente obrigacional decorrente do direito romano clássico.

Em seguida, já diante do direito português codificado, ter-se-á pela frente o estudo dos efeitos atribuídos ao contrato de compra e venda pelas *Ordenações do Reino de Portugal: Afonsinas* (Ord. Liv. IV, Tít. XLII), *Manuelinas* (Ord. Liv. IV, Tít. XXVIII) e *Filipinas* (Ord. Liv. IV, Tít. VII). A partir da eficácia puramente obrigacional estabelecida por tais diplomas é que se deverá estudar a ruptura mediatamente promovida a partir da *Lei da Boa Razão* e dos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772).

Identificaremos a obra de H. GRÓCIO com o principal exemplo de aplicação do “princípio espiritualista” ao contrato de compra e venda; a despeito de alguns fatores de

resistência oferecidos pela Segunda Escolástica na Espanha, observar-se-á de que forma o *princípio do consenso* acabou por triunfar não só no *Code Napoléon*, como também na legislação portuguesa promulgada a partir de 1867.

Dispostas tais premissas, será o momento de ressaltar os rumos distintos adotados pelos direitos civis português e brasileiro. Assim, dever-se-á evidenciar que a despeito da consagração do *princípio consensual* pelo Código Civil português de 1867 (após a instalação de um peculiar *usus modernus pandectarum* preconizado por J. H. CORREIA TELLES), a disciplina da transferência da propriedade estabelecida pela *parte prática* da *Consolidação das Leis Civis* preservou o *princípio da tradição* no sistema de direito civil nacional.

Poderemos então concluir pela consagração de um *usus modernus pandectarum* brasileiro na obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS; um “uso moderno” aparentemente mais fiel aos princípios estabelecidos pelas reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito que a versão portuguesa posterior ao advento do *individualismo crítico*. Contudo, a fim de legitimar tal conclusão, pretender-se-á observar o comportamento da civilística brasileira anterior à codificação de nosso direito civil: a disciplina definida pelos sucessivos projetos e a orientação afinal adotada pelo código civil brasileiro de 1916 servirão de elemento de comprovação da hipótese deste trabalho.

Tal corroboração da hipótese servirá ainda como instrumento de comprovação do caráter conservador de A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto à matéria de fundo da legislação civil; seu apego à orientação estabelecida ao longo da paulatina evolução da história do direito português destacará o influxo da mentalidade jurídica incutida pelas reformas do Marquês de Pombal quanto à aplicação e ao ensino do direito. E desta forma conseguiremos, enfim, situar a obra do autor em quadrantes metodológicos bem demarcados; passemos, pois, a desenvolver nosso trabalho tal qual acima projetado.

IV. 1. A eficácia do contrato de compra e venda nas fontes anteriores às Ordenações do Reino de Portugal.

A promulgação das *Ordenações Afonsinas* assinala a consagração no sistema jurídico português do *princípio da tradição* (quanto à eficácia do contrato de compra e venda); antes disso, contudo, o direito lusitano experimentou relevante influência desempenhada não apenas pelo direito visigótico como inclusive pelo direito romano justinianeu, renascido a partir da segunda metade do século XII.

Analisar-se-á a seguir algumas das disposições relacionadas à eficácia da compra e venda contidas no *Código Euriciano* (e posteriormente reproduzidas pelos principais diplomas do direito visigótico), a fim de que se possa perceber o papel neles desempenhado pela *traditio per chartam* e a duvidosa eficácia real defluente do *Bargeschäft* (negócio instantâneo) delineado em fragmentos específicos.

Em seguida, será necessário promover um estudo panorâmico da eficácia da *emptio venditio* de acordo com os principais textos coligidos pelo Imperador Justiniano quando da edição do *Corpus Iuris Civilis*. Destacaremos as sucessivas orientações adotadas ao longo dos períodos *clássico*, *pós-clássico* e *justinianeus*; desta forma, lograr-se-á explicar a disciplina adotada pelas *Ordenações Afonsinas* – ao mesmo tempo em que poderemos conjecturar a respeito de uma eventual justificativa histórica para o sistema visigótico previamente analisado.

IV. 1. 1. A *traditio per chartam* e o *Bargeschäft* segundo duas das fontes do direito visigótico: o Código Euriciano e a Lex Romana Visigothorum.

Em meio às principais fontes do direito visigótico (*Código de Eurico* – 476 d.C.; *Lex Romana Visigothorum* – 506 d.C.; *Código de Leovigildo* – 580 d.C.; e *Liber Iudiciorum* – 654 d.C.), já no *Código Euriciano* se podem encontrar as disposições relativas à eficácia do contrato de compra e venda de que nos utilizaremos para a obtenção de um perfil do tratamento da matéria nos primeiros tempos imeditamente subsequentes à queda do Império Romano do Ocidente.

Com efeito, o *Código de Eurico* apresenta cinco fragmentos de indiscutível importância para a compreensão do sistema visigótico de transferência da propriedade (em decorrência da prévia celebração de contrato de *compra e venda*): os capítulos 286, 292, 296 e 297, que versam especificamente sobre a *compra e venda*; e o capítulo 308, que (não obstante respeitar imediatamente à *doação*) informa a respeito da *traditio per chartam* no direito visigótico.

O capítulo 286 do *Código Euriciano* estabelece que a compra e venda formalizada pela *escritura* é de se considerar *perfeita*; na hipótese de não haver sido documentado o ato, a prova da entrega do preço por meio de testemunhas supre a inobservância da forma prescrita em lei. M. P. MERÊA destaca que a análise do fragmento revela não apenas a freqüente contraposição entre a forma escrita e a prova testemunhal, como também o perfil *instantâneo* deste *negócio* (daí *Bargeschäft*) – caracterizado, pois,

pela execução imediata das prestações respectivas, de modo que após sua conclusão já se esteja diante de “um negócio realizado, esgotado”³³⁴.

O fragmento 292 informa que a compra de um escravo na qual fosse dado como preço o seu próprio pecúlio era de se reputar sem efeito (uma vez que fora entregue ao vendedor coisa que já lhe pertencia). Ora, fossem os efeitos da compra e venda meramente obrigacionais e haveria de se reputar sem efeito o *pagamento* do preço, e não o contrato que dera origem à relação obrigacional; a comparação deste preceito com certa disposição de Diocleciano e Maximiano revela que em situação análoga o direito romano conferia ao *venditor* tão somente uma *actio in personam* para a obtenção de *pretium* autêntico³³⁵.

³³⁴ Eis o teor da primeira parte do cap. 286 do *Código Euriciano*: “venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem”. Na paráfrase de M. P. MERÊA “para que a venda se considere perfeita e irreformável, é necessário que se redija a costumada escritura, ou, se o acto não tiver sido documentado nos termos gerais da lei, que se possa provar por meio de testemunhas que o preço foi entregue ao vendedor” (*Sobre a compra e venda na legislação visigótica* in *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, p. 87). O autor observa ainda que o recurso à prova testemunhal como expediente contraposto à prova documental é de observação constante em diversas passagens da legislação visigótica.

Mas mais relevante do que isso parece ser a interpretação contextualizada (dos termos empregados no cap. 286 do Código de Eurico) reclamada por M. P. MERÊA: “estamos com efeito muito longe dos tempos clássicos para poder admitir que uma venda ‘plenamente firme’ não produza mais que obrigações, e, conquanto em uma obra daqueles tempos as palavras do cap. 286 pudessem ter esse alcance, elas têm de ser entendidas, não dentro do espírito de então, mas sim em harmonia com a mentalidade do século V (...) parece conceber-se a venda como um ‘acto instantâneo’, e não como um simples acto produtor de obrigações. Isto equivale a dizer que a *plena firmitas* de que fala o legislador envolve o reconhecimento da propriedade do comprador como efeito imediato da compra (...) a falta de precisão ds fontes visigóticas explica-se, segundo creio, pelo facto de ser coisa normal ter já sido entregue o preço quando se celebrava a escritura, ou ser entregue nesse mesmo momento, tanto assim que as cartas de venda sempre consignam essa circunstância, de harmonia com o formulário romano tradicional” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 87-90).

A despeito da inegável coerência da linha de raciocínio de M. P. MERÊA, admitir-se a eficácia real do contrato de compra e venda a partir (tão somente) do capítulo 286 do *Código Euriciano* parece ser precipitado. Contudo, a conjugação do preceito com o disposto nos capítulos 292 e 296 fornecerá uma maior quantidade de elementos que talvez possibilite extrair uma conclusão mais firme a respeito da questão. Pelo cap. 286 do *Código Euriciano* e pelos demais textos da legislação visigótica a seguir referidos, cf. K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historica – Legum Sectio I – Tomus I – Leges Visigothorum*, Hannoverae et Lipsiae, Impensis Bibliopolii Hahniani, 1902, pp. 11 e seguintes.

Cabe destacar que o *negócio instantâneo* não é figura desconhecida do próprio direito romano, sendo lícito entrevê-lo tanto na compra e venda real como nos contratos inominados de tipo *do ut des*. A respeito, cf. A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota 193), pp. 179 e 295.

³³⁵ Eis o teor do cap. 292 do *Código de Eurico*: “si servus de peculio suo fuerit emptus, et hoc dominus eius forte nescierit, de domini potestate non exeat; quia non praetium, sed res servi sui, dum ignorat, accepit”. Segundo a tradução de M. P. MERÊA, o cap. 292 “declara que, se o servo for comprado com o seu próprio pecúlio, ignorando o senhor e proveniência do preço, a venda ficará sem efeito, visto que o vendedor não recebeu um verdadeiro preço, mas sim um valor que lhe pertencia”.

O autor confronta a disposição visigótica com o preceito estabelecido pelo direito romano para situação análoga: “é significativo o confronto com uma lei de Diocleciano (*Cod. Just.* IV, 49, 7), na qual se determina, figurando a mesma hipótese, que o senhor tem acção para pedir o preço. O negócio, que pelos princípios do direito romano era válido, criando para o comprador do escravo a obrigação de pagar um preço verdadeiro, é na concepção post-clássica um negócio ineficaz por lhe faltar o elemento essencial da entrega do preço. Ora,

O capítulo 296 estabelece, por sua vez, hipótese similar àquela do fragmento 286; entretanto, aqui tão somente parte do preço é paga pelo comprador. A solução adotada pela legislação visigótica é clara: o vendedor tem apenas o direito de crédito contra o *emptor* quanto à parcela remanescente do *pretium* – a menos que tenha sido convencionada a restituição da coisa vendida (*lex commissoria*)³³⁶.

para significar que a venda não produz efeito, o legislador emprega as palavras ‘*servus ... de domini potestate non exeat*’” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 88-89).

Como observado em nota anterior, do exclusivo teor do capítulo 286 não é possível depreender uma *eficácia real* do contrato de compra e venda, mas tão somente um requisito legal de forma (*escritura*) suscetível de suprimimento diante da participação de testemunhas quando da entrega do preço; entretanto, a análise do fragmento 292 é extremamente rica: se o preço foi transferido, mas não era autêntico, bastaria tão somente reconhecer a ineficácia do pagamento realizado pelo comprador, não existindo qualquer impedimento à conclusão no sentido da plena eficácia da compra e venda. E ter-se-ia a consagração da solução romana; entretanto, houve por bem o legislador declarar sem efeito o contrato celebrado. Por qual razão? Não parece despontar outra além do fato de que *ordinariamente* a compra e venda realizada com observância do disposto no capítulo 286 implicava a transferência da propriedade sobre a coisa vendida. Se assim não o fosse, o negócio haveria de se considerar plenamente eficaz.

A propósito, a disposição de Diocleciano e Maximiano disposta no C. 4, 49, 7 tem o seguinte teor: “*si servos distraxisti, ac pretium de peculio eorum quod ad te pertinebat, nesciens unde solveretur, accepisti; consequens est, integram te habere actionem pretii: cum proprii venditoris nummi soluti non praestent emptori liberationem*” – “*si vendiste unos esclavos, y recibiste el precio del peculio de los mismos, que te pertenecia, ignorando de donde se pagaba, es consiguiente que tengas integra la acción del precio, porque el dinero pagado, que era próprio del vendedor, no le produce exención al comprador*”.

³³⁶ Assim dispõe o capítulo 296 do *Código de Eurico*: “*si pars praetii data est, pars promissa, ad non propter hoc venditio facta rumpatur; sed si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii reliquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformetur*”.

M. P. MERÊA observa que segundo o dispositivo: “a venda, ainda nessa hipótese, só produz efeitos desde que haja desembolso – neste caso, parcial – do preço, e o efeito principal e directo é a transferência da propriedade de um modo definitivo. Simplesmente, como o vendedor não teve satisfação completa, cabe-lhe um direito de crédito relativamente ao resto do preço. Apenas mediante expressa convenção pode o vendedor ficar com a faculdade de reclamar a coisa vendida se o comprador não pagar o resto dentro do prazo marcado. É a esta cláusula – a bem conhecida *lex commissoria* – que se refere a parte final da lei, na qual as palavras ‘*ut res vendita reformetur*’ devem traduzir-se assim: ‘que a coisa vendida seja restituída’. Quer dizer: em relação à parte do preço que ficou por pagar, tudo se passa segundo as regras tradicionais do direito romano. Poderia, é certo, conceber-se uma outra solução: fazer depender a transferência da propriedade do pagamento integral do preço, o que equivaleria a reconhecer ao vendedor a faculdade de reclamar em qualquer altura a coisa do poder do comprador. Mas esta solução devia ser contrária à jurisprudência da época post-clássica, pois há pelo menos um glossema das *Sententiae* que mostra ser o pagamento parcial equiparado ao integral. O legislador visigodo, dentro desta orientação, pôs termo a todas as dúvidas” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 93-94).

Daí a conclusão de que ao contrato de compra e venda no sistema do direito visigótico era atribuída uma *eficácia translativa de domínio*; não em decorrência tão somente do capítulo 286 – mas sim de sua combinação com os fragmentos 292 e 296.

No entanto, a ordinariiedade da compra e venda instantânea (*Bargeschäft*) noticiada por M. P. MERÊA sugere a seguinte dúvida: a transferência da propriedade decorreria somente do contrato ou também da entrega (ainda que freqüentemente imediata) da coisa vendida? Caso se reconheça a necessidade da entrega não como dever jurídico decorrente da celebração da *emptio venditio*, mas como pressuposto de aquisição da propriedade pelo comprador, a conclusão acima exposta deve ser relativizada. Aliás, de se destacar a observação de M. P. MERÊA no sentido de que “apesar de as fontes visigóticas se não referirem à entrega do objecto, parece que a devemos considerar pressuposta pelo legislador (...) era, de resto, um princípio comum aos direitos romano e germânico, que a propriedade se não transmitia sem a entrega da coisa” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 91-92). Assim, parece que se deve ter muita cautela ao admitir a *eficácia translativa de domínio* da compra e venda visigótica; parece lícito concluí-lo – desde que feitas as ressalvas necessárias.

O fragmento 297 concerne à entrega de arras pelo comprador: de acordo com sua segunda parte o vendedor é liberado pela mora daquele quanto ao pagamento do *pretium* integral. Segundo M. P. MÊREA pode o comprador “optar entre exigir o preço, conservando a arra (como pena da mora do comprador), ou desistir da venda, entregando a arra”³³⁷.

Desta forma, estes quatro preceitos estabelecidos pelo *Código de Eurico* a propósito da compra e venda sugerem a conclusão de que sua *eficácia real* era a regra (fragmentos 286 e 292), excetuadas as hipóteses previstas em lei – a de existência de *cláusula de restituição* expressa na *emptio venditio* com pagamento *parcial* do preço (*lex comissoria*, cap. 296) e a de *mora do comprador* quanto à entrega do *pretium* diante da prévia consignação de *arras* (cap. 297) – nas quais o comprador não teria o *domínio* sobre a *res* objeto do contrato³³⁸.

Como visto, o dispositivo central do qual se extrai tal conclusão é o estabelecido pelo capítulo 286 do *Código Euriciano*; os demais, muito embora importantes para tornar mais precisos os limites da eficácia da compra e venda visigótica, gravitam em redor do preceito estabelecido naquele específico fragmento. Tendo sido observada a relevância conferida à *escritura* (ainda que com o subsídio da prova testemunhal), cabe indagar: remanescendo essencial a entrega da coisa (mitigada todavia sua visibilidade pelo

³³⁷ Cf. *Sobre a compra* cit. (nota 334), p. 99. O teor do capítulo 297 é o seguinte: “qui arras pro quacumque acceperit re, praetium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat”. A interpretação proposta por M. P. MERÊA é a seguinte: “depois de tudo pesado, o que se me afigura mais provável é que o preceito euriciano nada tenha de germânico e não seja mais do que a expressão de um direito romano degenerado de sua pureza clássica (...) um jurisconsulto clássico teria dito pouco mais ou menos o seguinte: a arra é uma prova ou sinal confirmatório de que o contrato de venda se chegou a tornar perfeito, por outras palavras, de que se deu o mútuo consenso, portanto, se o comprador se apresentar a cumprir o contrato pagando o preço, o vendedor é obrigado a cumprir pelo seu lado. Ora é isto que se lê na primeira parte do frag. 297 do Código Euriciano, salvo que a arra parece figurar aí, não apenas como uma prova do mútuo consenso definitivo, mas como elemento formal do contrato. Esta diferença explica-se perfeitamente tendo em vista que no direito vulgar a questão da prova, de importância prática capital, não podia deixar de ir absorvendo em si a questão, doutrinariamente primacial, da existência jurídica do contracto” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 101-102).

³³⁸ A conclusão de M. P. MERÊA a respeito da eficácia do contrato de compra e venda no direito visigótico é a seguinte: “vê-se, pois, que ao lado da venda concebida como ‘acto sintético’, o direito visigótico admitia uma venda de efeitos puramente obrigacionais. Essa venda, derivada do contracto consensual romano, adquiria existência jurídica desde o momento em que o acordo das partes se concretizasse na entrega de uma arra ou (sem dúvida também) na redacção de uma escritura. Quanto à segunda parte do cap. 297, a minha opinião é que ela visa o caso de o comprador se não oferecer a pagar no dia aprazado. Em face dos puros princípios romanos o vendedor nem por isso deixaria de estar obrigado, visto não se admitir a chamada condição resolutiva tácita, mas o legislador visigodo, talvez sob a influência da prática da *lex comissoria*, optou pela solução contrária, que é de facto mais razoável. Desde que o comprador não cumpriu quando devia, não é justo que o vendedor fique indefinidamente vinculado, e deve antes reconhecer-se-lhe a faculdade de se considerar liberto, restando apenas ao comprador o direito de retomar a arra. As palavras ‘et res definita non valeat’ não significam que o comprador não esteja vinculado, mas sim que pela mora do comprador cessa o compromisso do vendedor” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), p. 102).

Bargeschäft), pode-se afirmar que no direito visigótico à *traditio chartae* sucedeu uma autêntica *traditio per chartam*³³⁹?

A resposta a esta indagação deflui do fragmento 308 do *Código Euriciano*, por meio do qual se considera transferida a propriedade da coisa pela simples entrega do instrumento de *doação*; diante disso, em lugar de uma simples *traditio chartae* é possível que se entreveja uma verdadeira *traditio per chartam*³⁴⁰.

O exame das fontes visigóticas subseqüentes nos revela a manutenção dos preceitos referidos: a *Lex Romana Visigothorum*, o *Código de Leovigildo* e o *Liber Iudiciorum* não alteraram de modo sensível a estrutura forjada já pelo *Código de Eurico*³⁴¹. Desta forma, surpreende-se uma *eficácia real* atribuída ao contrato de compra e venda – qualificado pela entrega da *escritura* em que se consubstanciara o *título* de alienação.

L. CABRAL DE MONCADA comprova que de variadas maneiras a *traditio per chartam* foi observada ainda durante os séculos XI e XII: o depósito das escrituras nos altares das igrejas; a declaração expressa de que o documento se entregava ao adquirente do bem; a promíscua utilização das expressões *carta venditionis* e *carta translationis*; a

³³⁹ A expressão *traditio chartae* se refere à entrega do instrumento por uma parte à outra e não se confunde com a transmissão da propriedade da coisa comprada pela entrega do instrumento de venda (imbricação do modo no título), em um fenômeno metonímico em que se confunde a coisa alienada com o título de alienação. A confusão é tão freqüente que M. P. MERÊA assinala em um de seus escritos que seu estudo não se confunde com obra de outro escritor em que se cuidara da *traditio cartae*: “nós [nos preocupamos] sobretudo com a *traditio per cartam* e, de um modo geral, com o papel da *carta* nas alienações gratuitas” (*A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico* in *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, p. 63). L. CABRAL DE MONCADA observa, a propósito de uma sucessão operada no direito visigótico, a distinção entre os conceitos referidos: “a entrega do título, que já antes tinha lugar, ter-se-ia convertido no símbolo da própria alienação, vindo a corresponder aos antigos símbolos da *traditio* germânica, como eram a *festuca* ou o *guante*, e convertendo-se assim o que apenas era uma *traditio chartae* numa verdadeira e própria *traditio per chartam*” (*A ‘traditio’ e a transferência da propriedade imobiliária no direito português (séculos XII-XV)* in *Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, pp. 8-9).

³⁴⁰ Eis o trecho de cuja análise depende a compreensão da extensão da *traditio* no direito visigótico: “quia tunc videtur vera esse traditio, quando iam aput illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta dinoscitur”. Com isso a *traditio chartae* converteu-se em *traditio per chartam*; e desta forma atingiu-se o limite extremo entre os princípios da *tradição* e *consensual* quanto à transferência da propriedade. Nas palavras de M. P. MERÊA: “chegada a este ponto, a chamada ‘espiritualização da *traditio*’ atingiu o seu limite extremo. Daqui não se pode passar sem cair na doutrina da transferência consensual da propriedade. Rigorosamente, temos mesmo de reconhecer que a *traditio* do Código Visigótico, quando realizada por meio de escritura, já não é uma verdadeira *traditio* senão no nome. Se o legislador fala em *traditio*, é, por um lado, em virtude da natural aproximação das duas formas de doar – *traditio corporalis* e escritura –, por outro lado, devido ao peso da tradição jurídica romana, à qual repugnava uma transferência da propriedade sem *traditio*” (*A doação* cit. (nota 339), p. 80).

³⁴¹ M. P. MERÊA observa que tais preceitos “não sofreram alteração sensível na revisão de Leovigildo nem no *Liber Iudiciorum*” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), p. 103). Com efeito, o fragmento do *Código Visigótico* V, 4, 3 corresponde ao capítulo 286 do *Código Euriciano*; o fragmento V, 4, 16, por sua vez, ao capítulo 292 acima referido; o fragmento V, 4, 5, de sua parte, reproduz em linhas gerais o capítulo 296 do *Código de Eurico*; o fragmento V, 4, 4 reflete o disposto no capítulo 297; por fim, o fragmento V, 2, 6 da *Lex Visigothorum Recesvindiana* corresponde ao capítulo 308 do *Código Euriciano*.

entrega dos títulos referentes às aquisições anteriores; a *roboratio* e a inscrição *tradidi* ao final dos textos; todos esses fatores evidenciam a existência de uma *traditio per chartam* em Portugal à época em que ali se deu o renascimento do direito romano. Se de acordo com tal sistema a entrega da *escritura* implicava a transferência da propriedade da coisa vendida, diversa foi a orientação assumida com o acolhimento da disciplina haurida do *Corpus Iuris Civilis* – ou ao menos dos direitos *clássico* e *justinianeu* ali contidos³⁴².

IV. 1. 2. O renascimento do direito romano justinianeu e o restabelecimento da eficácia puramente obrigacional da compra e venda.

O renascimento do direito romano na segunda metade do século XII assinala significativa alteração quanto à disciplina da *transferência de propriedade* em decorrência

³⁴² Diversas são as manifestações da utilização da *traditio per chartam* no direito português imediatamente anterior ao renascimento do direito justinianeu operado na segunda metade do século XII; L. CABRAL DE MONCADA observa, em primeiro lugar, “a prática, seguida nas alienações em favor das igrejas, que consistia em os fieis irem pessoalmente depositar por suas mãos sobre os altares as escrituras em que se continham as suas disposições de vontade (...) encontra-se esta espécie de verdadeira *traditio per chartam* em muitas escrituras dos séculos XI e XII, em que são vulgares expressões como as seguintes: ... – ‘*facta est carta testamenti et oblata super altare sanctae F. et in manu simul domi F.*’ ...; – ‘*manu mea roboratum et super altarem ejusdem ecclesiae traditum est*’ ...; – ‘*predicto altare adsigno*’ ... etc.” (A ‘*traditio*’ cit. (nota 339), p. 11). Pela freqüente utilização, cf. A. HERCULANO, *Portugaliae Monumenta Historica – Diplomae et Chartae I – fasc. I*, s. l., Olisiponi, 1868, documentos n° 743 (p. 443), 802 (pp. 475-476), 803 (p. 477), 815 (pp. 485-486), 816 (p. 486-487), 817 (p. 487), 824 (pp. 491-492), 825 (p. 492-493), 830 (p. 495-496) e 852 (p. 506). Além deste depósito sagrado, “outra espécie consistia em se declarar de um modo expresso, no fim do documento, que se fazia a entrega dele nas mãos do destinatário (...) e isto habitualmente pelas seguintes palavras: ‘*cartam istam vobis prona mente integroque concilio tradidi roboratam*’ – ‘*coram testibus manus meas ad roborandum tradidi*’ – ‘*hoc testamentum roboravimus et tibi adsignavimus*’ – ‘*pro precio et cartas do vobis quod in cartas resonat*’” (A ‘*traditio*’ cit. (nota 339), p. 12). Pelo emprego destas fórmulas, cf. A. HERCULANO, *Portugaliae* cit. (nota 344), documentos n° 835 (p. 498), 853 (pp. 506-507), 854 (pp. 507-508), 857 (p. 509), 893 (p. 530), 896 (p. 532), 913 (p. 541), 928 (p. 549), 936 (p. 534) e 937 (pp. 554-555).

A utilização promíscua das expressões *carta venditionis* e *carta translationis* é testemunhada pelo autor que ainda acrescenta a freqüente utilização do período “*ita des hodie die de nostre jure sedea abrassa et in vestro dominio sit tradita*” (A ‘*traditio*’ cit. (nota 339), p. 13). Pela comprovação da utilização, cf. A. HERCULANO, *Portugaliae* cit. (nota 344), documento n° 833 (p. 497).

Sobre a entrega dos títulos anteriores de alienação, a respeito da importância da *roboratio* como instrumento de confirmação e pela utilização da declaração de um *tradidi* ao final dos documentos medievais portugueses cf. L. CABRAL DE MONCADA, A ‘*traditio*’ cit. (nota 339), pp. 14-15. A respeito, ainda, cf. A. HERCULANO, *Portugaliae* cit. (nota 344), documentos n° 216 (p. 132) e 554 (p. 337).

Eis a conclusão de L. CABRAL DE MONCADA sobre a utilização da *traditio per chartam* no direito português imediatamente anterior ao renascimento do estudo do *Corpus Iuris Civilis*: “o que pois se depreende de todos estes factos e fórmulas sacramentais dos séculos XI e XII, e ainda da primeira metade do século seguinte, é, em resumo (...) [que] os transferentes da propriedade, ou fosse por doação ou venda, ou ainda por simples escambo ou troca, faziam sempre redigir por pessoa competente, que era geralmente um eclesiástico mas não notário público, um documento, feito em harmonia com os preceitos legais (os mesmos do código visigótico), em que ficava exarada a sua declaração de vontade. Feito isto – e praticadas as formalidades da *roboratio*, entre as quais se incluíam, certamente, além dos riscos e cruzeiros traçados pelo punho do escrivão, a imposição das mãos sobre a carta, representando a forma simbólica do juramento – seguia-se a entrega ou tradição que dele se fazia para as mãos da outra parte. Só então se consumava a alienação e a transferência da propriedade. E eis no que se resumia a *traditio* da velha jurisprudência romana nos documentos do mais antigo direito português, numa época em que o principal agente transmissor do romanismo entre nós era ainda apenas o código dos visigodos” (A ‘*traditio*’ cit. (nota 339), pp. 15-16).

da celebração de contrato de compra e venda: em lugar da “imbricação do modo no título” (característica do sistema da *traditio per chartam*), passa-se a observar a retomada da distinção justinianéia entre a *emptio venditio* e os atos de transmissão da propriedade³⁴³.

Primeiramente é necessário observar que a quase unanimidade da doutrina afirma que no sistema do direito romano a *emptio venditio* apresentava uma eficácia *simplesmente* obrigacional; entretanto, se tal assertiva parece absolutamente incontestável quanto aos períodos *clássico* e *justinianeus*, resta um tanto controversa no que toca ao período *pós-clássico*³⁴⁴.

³⁴³ A eficácia *obrigacional* do contrato de compra e venda está em plano diferente da eficácia *translativa de domínio*; destacando a imprescindibilidade de tal diferenciação, cf. P. BONFANTE: “se anche oggidi nel mondo dei giuriconsulti questo anomalo concetto non è chiaramente appreso e freddamente valutato, ciò deriva da più circostanze. Nel civilista odierno l’intelletto è turbato da un’altra differenza, che nasce dal linguaggio del nostro legislatore, il quale per voler render il passaggio del dominio indipendente dalla tradizione del possesso, invece di sancire che la compravendita può avere, se le parti vogliono, effetto immediato di trapasso del dominio, ha disposto che lo abbia sempre: e così l’obbligazione assunta di trasmettere la proprietà nel nostro linguaggio legislativo (il che non è del resto un gran vizio) non è più vendita, bensì promessa di vendere. Quando pertanto il civilista pone la differenza tra il diritto romano e il nostro diritto nei termini seguenti: ‘che nel nostro diritto la compravendita trasmette la proprietà, in omaggio alla dottrina del trapasso per mutuo consenso, mentre nel diritto romano la compravendita obbliga soltanto al così detto *habere licere*’ ragiona come chi dicesse che l’Italia ha una popolazione di circa trenta milioni di abitanti, mentre il Giappone ha tale e tale superficie: pone, vale a dire, due verità che non hanno rapporto, perchè i termini non si riscontrano; e, considerando le critiche che si muovano al principio della trasmissione della proprietà per mutuo consenso, può cullare nell’illusione che il regime della compravendita romana, il quale con quel principio relativo alla trasmissione del dominio, non ha nulla che vedere, sia la più gran bella istituzione” (*Diritto* cit. (nota 319), pp. 383-384).

³⁴⁴ A maioria absoluta (quase a unanimidade) da doutrina define o contrato de compra e venda romano como acordo provido de eficácia puramente obrigacional, não aludindo a eventuais distorções experimentadas ao longo da evolução interna do sistema de direito romano. Como se observará mais à frente, muito embora próximas, a eficácia do contrato de compra e venda no direito *justinianeus* difere em certo aspecto daquela evidenciada pelas fontes do direito *clássico* contidas no Digesto (quanto à exigibilidade da entrega do preço para a eficácia do ato sucessivo de transferência do domínio); certamente bastante distintas (ambas) daquela eficácia real pretendida por determinados setores da doutrina ao aludirem ao período intermédio do direito romano *pós-clássico*.

Por um tratamento uniformizador da eficácia da compra e venda ao longo de todo o desenvolvimento do direito romano, cf. G. PACCHIONI: “si possono validamente vendere anche le cose altrui (purchè in buona fede): è questa una logica conseguenza dell’essere la vendita romana un contratto obbligatorio e non reale: un contratto cioè che fa semplicemente sorgere nel venditore l’obbligazione di consegnare al compratore il pacifico possesso della cosa venduta. Nulla infatti osta, in principio, all’ammettere che il venditore possa legittimamente procurarsi la cosa altrui che egli ha venduta; e, d’altra parte, il compratore resta, in ogni evento, sufficientemente tutelato, potendo chiedere, in caso di inadempimento, l’*id quod ei interest*” (*Corso di diritto romano III*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1922, pp. 225-226); A. D’ORS: “la obligación del vendedor no es de dar la propiedad (*dare*), sino de entregar (*tradere*) la posesión libre e indiscutida (‘pacífica posesión’) de la cosa vendida, la ‘vacua possessio’ cuando se trata de inmuebles. Debe, pues, hacer la *traditio* de ella al comprador o a persona habilitada por el comprador para recibir la posesión (...) aunque la obligación del vendedor sea de *tradere* y no de *dare*, sin embargo, la adquisición de la propiedad es el fin natural de la compra” (*Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1975, pp. 247-248); G. LE POINTE: “la vente produit essentiellement des obligations. Elle n’est pas un mode de transfert de la propriété” (*Les obligations en droit romain*, Paris, Editions Domat Montchrestien, 1955, p. 88); E. VOLTERRA: “según los principios romanos que ya expusimos anteriormente, la simples manifestación de voluntad, o el simple acuerdo, no son suficientes para transmitir la propiedad de una cosa, se comprende, pues, que la *conventio* entre comprador y vendedor, encaminada a

De fato, o *período clássico* conheceu uma compra e venda puramente obrigacional, por meio da qual o vendedor não se obrigava a transferir a propriedade da coisa vendida, mas tão somente a entregá-la ao comprador, assegurando-lhe a posse pacífica (*habere licere*) que de todo modo serviria à aquisição do *domínio* por meio da *usucapião* (*vacuum possessionem tradere*). Tal assertiva encontra fundamento em diversas passagens do Digesto (D. 19, 1, 11, 8; D. 19, 1, 30, 1; D. 19, 4, 1 pr.; e D. 18, 1, 25, 1) em meio às quais se ressalta que a eficácia do *ato de transmissão* do *domínio* dependia não só da efetiva titularidade do direito de propriedade por parte do alienante (D. 41, 1, 20; D. 50, 17, 54) como também da existência de uma *iusta causa* que àquele precedesse³⁴⁵.

obtener la adquisición de la cosa y del precio, respectivamente, puede tener sólo la eficacia de constituir entre las partes las obligaciones recíprocas de transferir, con actos sucesivos, la posesión de la cosa al comprador y la propiedad del precio al vendedor” (, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, Editorial Civitas, 1986, p. 459); A. GUARINO: “compravendita (*emptio-venditio*), è bene avvertire che essa non aveva nulla a che fare con la *macipatio* (e con la cd. vendita ad effetti reali dei diritti moderni), perché il suo scopo non era quello di trasferire la proprietà di una cosa o di attuare una qualunque altra *datio rei*, ma era quello di creare le condizioni affinché l’acquisto della proprietà successivamente (al limite, per effetto di usucapione) si operasse in testa al compratore” (*Profilo del diritto privato romano*, 5ª ed., Napoli, Jovene Editore, 1976, p. 170); P. VOCI: “obbligazioni del venditore sono: a) di assicurare al compratore il pacifico possesso (*habere licere*) della cosa vendita. Un obbligo di trasferire la proprietà della cosa non esiste per il diritto romano: il compratore non ha, pertanto, azione contro il venditore se non sai divenuto proprietario della cosa, ma solo se sai turbato da terzi nello *habere licere* della cosa. Si può per patto aggiunto alla vendita stabilire l’obbligo del venditore di porre in essere il negozio traslativo di proprietà (cioè, in particolare, *mancipatio* o *in iure cessio*, per le *res Mancipi*: non la *traditio*, che è sempre necessario presupposto dell’*habere* de parte del compratore); ma non mai statuire l’obbligo del trasferimento di proprietà: un simile patto escluderebbe l’esistenza della vendita” (*Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1954, p. 389); B. BIONDI: “la vendita romana differisce profondamente dalla vendita moderna. Nelle moderne legislazioni, amesso il principio generale circa il passaggio del dominio col semplice consenso, il compratore acquista il dominio della cosa comprata per effetto stesso della vendita. La vendita romana invece ha soltanto carattere e contenuto obbligatorio, nel senso che da essa non può derivare alcun diritto reale a favore dell’acquirente, ma bensì soltanto delle obbligazioni reciproche fra i contraenti; e precisamente il compratore non acquista il dominio sulla cosa ma solo un diritto di credito ad ottenere la consegna di questa” (*Corso di istituzioni di diritto romano II*, Catania, Editoriale Siciliana Tipografica, 1930, p. 264); S. DI MARZO: “giova subito rilevare, che la compravendita romana non trasferiva senz’altro la proprietà dell’oggetto al compratore, come la compra-vendita moderna, ma creava soltanto l’obbligo del venditore di consegnarlo (...) come vedremmo meglio in seguito, il venditore non era tenuto a trasferire la proprietà dell’oggetto al compratore, ma unicamente ad assicurargliene il possesso” (*Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1936, p. 364); G. FERRARI: “[o vendedor] deve mettere il compratore in condizione di poter esercitare il diritto di proprietà senza essere molestata da pretese di terzi. Ma non appare l’obbligo di trasmettere subito la proprietà stessa con la *mancipatio*” (*Corso di diritto romano – Le obbligazioni*, Padova, Casa Editrice Dottore Antonio Milani, 1931, p. 197).

³⁴⁵ A. A. VIEIRA CURA assim conclui a respeito das eficácias da compra e venda e do ato de transmissão do domínio no direito romano clássico: “a obrigação fundamental do vendedor era a de entregar a *res* vendida ao comprador, proporcionando-lha a posse pacífica da mesma (*‘habere licere’*), que servia de fundamento à usucapião (*‘vacuum possessionem tradere’*) (...) o vendedor não ficava, pois, obrigado, por força do contrato, a realizar o acto de transferência da propriedade da coisa para o *emptor* (...) [o que] não equivale a negar que a aquisição do domínio represente o ‘fim natural’ do contrato (...) da *emptio venditio* não resultava, pois, na época clássica, a transferência da propriedade da coisa para o comprador. Para que essa transmissão se verificasse era necessário um outro negócio, diferente consoante se tratasse de *res Mancipi* ou de *res nec Mancipi* (...) importa, no entanto, sublinhar que, tratando-se de *res Mancipi*, a realização do negócio solene de transferência da propriedade (*maxime*, a *mancipatio*) apenas produzia o seu efeito translativo se o *dans* fosse proprietário da *res Mancipi* (...) tratando-se de *res nec Mancipi*, a simples entrega (*traditio*) da coisa (...) não

operava, só por si, a transferência da propriedade: essa transmissão apenas se verificava se a *traditio* fosse precedida de uma *iusta causa*” (*O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português* in *Jornadas Romanísticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 64-78).

Com efeito, a conclusão de que a compra e venda clássica implicava a simples entrega (sem a necessária transferência de propriedade), observem-se os textos contidos em D. 19, 1, 11, 8 (“idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, *furtis, noxisque, solutum* praestare debere, ab omnibus receptum ait, et ex empto actionem esse, *ut habere licere* emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio” – “dice el mismo Neracio, que aunque hubieres vendido un esclavo ajeno, está admitido por todos, que debes responder de que está libre de haber cometido hurto y causado daño, y que hay la acción de que le sea lícito al comprador tenerlo, y también para que se le entregue la posesión”); D. 19, 1, 30, 1 (“si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam, priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit” – “si á sabiendas me hubieres vendido una cosa ajena ignorándolo yo, opinó, que antes que sea reivindicada, también ejercitaré yo la acción útil de compra por cuanto me importe que se hubiese hecho mía; porque aunque por otra parte sea verdad, que le vendedor solamente se obliga á que le sea lícito al comprador tener la cosa, no también á hacerla de él, como, sin embargo, debe responder de estar exento de dolo malo, se obliga el que sabiendo que era ajena, la vendió al que ignoraba que no era suya. Y lo mismo es singularmente, si la hubiere vendido al que había de manumitir, ó de dar en prenda”); D. 19, 4, 1 pr. (“sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx: at in permutatione discerni non potest uter emptor, vel uter venditor sit. Multumque differunt praestationes: emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet; si merx, neutrius; sed cum debeat et res, et pretium esse, non potest inveneri, quid eorum merx, et quid pretium sit: nec ratio patitur, ut una, eademque res et veneat, et pretium sit emptionis” – “así como una cosa es vender, y otra comprar, y uno el vendedor, y otro el comprador, así una cosa es el precio, y otra lo que se vende; mas en la permuta no puede discernirse cuál sea el comprador, y cuál el vendedor, y difieren mucho las prestaciones. Porque el comprador, si no hubiere hecho del que lo recibe el dinero, se obliga por la acción de venta, y al vendedor le basta obligarse por razón de evicción á entregar la posesión, y á justificarse de dolo malo; y así, si la cosa no hubiera sido reivindicada, nada debe. Pero en la permuta, si por ambas partes hay precio, la cosa debe hacerse de una y de otra, y si mercancia, de ninguna de las dos; pero debiendo haber así cosa, como precio, no puede conocerse cuál de ellos sea mercancia, y cuál precio, ni consiente la razón que una y la misma cosa sea vendida, y sea precio de la compra”); e D. 18, 1, 25, 1 (“qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: ut cogitur, qui fundum stipulanti spondit” – “el que lo vendió, no tiene necesidad de hacer del comprador el fundo, como está obligado el que prometió el fundo al que estipula”).

Sob a perspectiva do comprador, o fim natural da compra e venda consistia na aquisição da propriedade, como resulta evidente de texto de Labeão contido em D. 18, 1, 80, 3 (“nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut alius genus contractus” – “no puede considerarse que alguien vendió aquella cosa respecto de cuyo dominio se trata que no pase al comprador; sino que esto es ó una locación, ú otro género de contrato”).

Quanto à necessária titularidade do alienante para a eficácia do ato de transmissão do domínio, observe-se o disposto em D. 41, 1, 20 pr. (“*traditio* nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, is tradendo transfert: si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert” – “la entrega no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe”) e em D. 50, 17, 54 (“nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet” – “nadie puede transferir á outro más derecho que el que él mismo tenga”).

Por fim, sobre a necessidade de uma *iusta causa* precedente, na qual se funde o ato de transmissão da titularidade do domínio, cf. G. 2, 20 (“itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradideris ex venditionis causa sive ex donationis sive quae alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim” – “por conseguinte, se eu te fizer tradição de um vestido, de ouro ou de prata, quer por venda, doação ou por outra causa, torna-se tua a coisa, imediatamente, contanto lhe seja eu o dono”) e D. 41, 1, 31 pr. (“nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur” – “la nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, ó alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”).

Corroborando essa orientação, eis o sentido da compra e venda clássica segundo P. BONFANTE: “la *compra-vendita* obbligatoria è un contratto consensuale bilaterale, per cui uno dei contraenti (il venditore) promette

Como assinalado anteriormente, a questão parece controvertida quando se tem em conta o período *pós-clássico*. Se nos tempos de Diocleciano as investidas contra o modelo clássico da compra e venda ainda não alcançavam maiores resultados (e sob tal aspecto é significativo o preceito estabelecido em C. 2, 3, 20), com a ascensão de Constantino, em contrapartida, assinalar-se-ia o início de uma fase na qual o direito romano *pós-clássico* teria passado a reconhecer a transferência *ex contractu* do direito de propriedade (C. 5, 16, 24 pr.; C. Th. 11, 3, 2; C. 8, 36, 2; C. 5, 27, 1, 1; C. 7, 38, 2; e C. 11, 71, 5, 4) – ao mesmo tempo em que se passou a exigir o pagamento do *pretium* como fator de eficácia da alienação³⁴⁶.

all'altro (il compratore) di cedergli per sempre il possesso di una cosa (*merx*, almeno trattandosi di cosa mobile) e prestar la garanzia del possesso stesso, ovvero trasmettergli qualunque diritto dietro promessa di ricevere un corrispettivo in *denaro* (*pretium*). La compra-vendita in sé è causa generica e può anche senz'altro fornire la giustificazione dell'immediato acquisto del dominio e di altro diritto, quando all'atto stesso esso venga trasferito nelle debite forme: così avviene della compra-vendita, che è *iusta causa traditionis*, all'infuori di qualunque obbligazione precedente. In questa parte ci occupiamo della sola compra-vendita obbligatoria, la quale ha in diritto romano una costruzione specialissima. Giova premettere che la compra-vendita obbligatoria romana non corrisponde propriamente alla nostra compra-vendita, bensì alla promessa reciproca di comprare e vendere, giacché la compra-vendita odierna, quando abbia per oggetto cose determinate, à immediatamente un contratto traslativo di diritti, non costitutivo di obbligazioni. Ma inoltre la compra-vendita romana, considerando il modo speciale ond'è ordinato l'obbligo del venditore nella vendita di cose, differisce profondamente anche dalla nostra promessa di vendere" (*Istituzioni di diritto romano*, 7ª ed., Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1921, pp. 465-466). No mesmo sentido, cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Napoli, Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1949, p. 337.

B. BIONDI observa que a compra e venda romana do período clássico, *diferentemente dos modelos grego e moderno*, possuía eficácia simplesmente obrigacional: "la vendita romana, a differenze del diritto greco e moderno, ha soltanto effetti obbligatori: da essa non deriva alcun diritto reale a favore dell'acquirente, ma soltanto obbligazioni reciproche fra i contraenti: il compratore non acquista il dominio sulla cosa ma solo diritti di credito che solo verso il venditore possono farsi valere" (*Istituzioni di diritto romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1946, p. 363).

³⁴⁶ A. A. VIEIRA CURA observa que a separação entre o contrato de compra e venda e o negócio translativo "subsistiu ainda na época pós-clássica, até o tempo de Constantino (ou seja até o limiar do séc. IV), altura em que se deu a fusão da venda e da transferência da propriedade num único negócio. A partir daí a compra e venda transformou-se, todavia, num negócio apto a produzir, só por si, a alteração do domínio sobre a coisa, passando a ser o próprio contrato a operar, de imediato, a transferência da propriedade" (*O fundamento cit.* (nota 345), p. 81). Com efeito, este autor atribui a alteração do sistema não a uma "iniciativa autónoma" do Imperador, mas à praxe provincial que discrepava em larga medida do modelo estabelecido pelo *ius civile*. Para sustentar sua conclusão, este autor ressalta a existência no Codex de rescritos imperiais (principalmente de Diocleciano) nos quais foram reafirmadas a eficácia simplesmente obrigatória da compra e venda, a ausência de qualquer comprometimento da eficácia do ato translativo de domínio pela ausência de pagamento e a falta de efeito translativo da escritura (*traditio per chartam*) (*O fundamento cit.* (nota 345), pp. 83-85). A respeito, cf. C. 2, 3, 20 ("traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" – "el dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos").

Quanto ao rumo diferente adotado pelo direito romano pós-clássico, assim se posicionam A. BURDESE e A. SANTOS JUSTO: "quanto al trasferimento della proprietà dalla cosa dal venditore al compratore, esso si raccolga, in diritto classico, al compimento dell'apposito traslativo (*macipatio, in iure cessio, traditio*), considerato quale negozio di adempimento degli obblighi assunti dal venditore con la compravendita (...) in età postclassica si-afferma a partire di Costantino il principio, derivato della prassi, per cui, con riferimento alle vendite immobiliari, *emptio dominium transferuntur*, cioè il trasferimento di proprietà della cosa à collegato direttamente alla vendita senza bisogno di apposita *traditio*, con obliterazione pertanto della distinzione concettuale classica tra contratto obbligatorio di compravendita ed atto traslativo della proprietà" (A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1964, pp.

530-531); “o velho princípio romano, que exigia a realização de um acto típico e idóneo para transferir a propriedade, nunca foi revogado; mas foi gradualmente desrespeitado, substituído por diferentes meios práticos que possibilitaram, sempre mais, a transferência da propriedade com base, apenas, num contrato. Esses meios prepararam o princípio que passou pelo direito medieval e triunfou no direito moderno: o de que a propriedade se transfere por mero acordo contratual” (A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III – Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 105-106).

M. P. MERÊA destaca ser “cada vez mais acentuada desde Constantino a tendência para conceber e tratar a compra e venda, não já como um contracto à maneira clássica, isto é, gerador de meras obrigações e *causa* dum acto translativo de propriedade (*macipatio, traditio*), mas sim como um acto de que imediatamente resultava um efeito translativo” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 83-84).

Com efeito, a paulatina admissão de uma compra e venda dotada de eficácia real pode ser respectivamente observada em: C. 5, 16, 24 pr. = C. Th. 9, 42, 1 pr. (“res uxoris, quae vel successionem qualibet, vel emptione, vel largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato illibatas esse praecipio, nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem: cum paternis maternisque, ac propriis bonis frui eam integro legum statuto religiosum sit” – “mando que los bienes de la mujer, que, ó por sucesión cualquiera, ó por compra, ó aun por liberalidad del marido habían ido en derecho á poder de ella antes del delito, condenado y muerto en virtud de la pena el marido, ó reducido á condición vil por la calidad de la pena, queden intactos, y que la mujer no sea gravada con el infortunio de un crimen ajeno, porque es religioso que ella disfrute en el estado íntegro de las leyes de los bienes paternos ó maternos, y de los suyos propios”), quanto aos bens que “passaram a ser juridicamente seus por compra”; C. Th. 11, 3, 2 (“mancipia adscripta censibus intra provinciae terminus distrahantur et qui emptione dominium nanci fuerint, inspiciendum sibi esse cognoscant”), quanto às coisas “que tenham sido adquiridas em propriedade com a compra”; C. 8, 37, 2 = C. Th. 4, 5, 1 (“lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam, vel extraneam donationibus, vel emptionibus, vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat: tanquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda” – “estando pendiente el litigio, no sea de ninguna manera lícito que por el mismo actor se transfieran á la persona de un pariente, ó de un extraño, por donaciones ó compras ú otros cualesquiera contratos las acciones que fueron deducidas en juicio, ó las cosas respecto de las que, por estar detentadas por el demandado, sostiene el actor su demanda, debiéndose, sin embargo, seguir el litigio, como si nada hubiera hecho”), por meio do qual se proíbe que determinadas coisas sejam “transferidas por compra”; C. 5, 27, 1, 1 = C. Th. 4, 6, 3 (“sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, si quid quaeritur vel commendatum dicitur, quod his reddendum est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis subiici iubemus” – “pero también mandamos que, revocado, sea restituído aún lo que de cualquier modo se le hubiere dado ó por venta conferido á tal mujer; ya mandamos además que las mismas, con cuyos venenos se inficionan los ánimos de los extraviados, sean sometidas al tormento, si se buscasse ó se dijese encomendado algo de lo que se les ha de restituir á quienes hemos mandado, ó á nuestro fisco”), do qual se pode depreender disciplina referente aos bens que “tenham sido atribuídos por venda”; C. 7, 38, 2 (“universas terras, quae a colonis, sive emphyteuticariis dominici iuris, Reipublicae vel iuris sacrorum templorum in qualibet provincia venditae, vel ullo alio pacto alienatae sunt, ab his qui perperam atque contra leges eas detinent, nulla longi temporis praescriptione officiente iubemus restitui: ita ut nec pretium quidem iniquis comparatoribus reposcere liceat” – “mandamos que todas las tierras que por los colonos ó enfiteutas imperiales, ó de pertenencia de la república, ó de la de los templos fueron vendidas ó por algún outro pacto enajenadas en cualquier provincia, sean restituídas por los que malamente y contra las leyes las detentan, sin que obste ninguna prescripción de largo tiempo de tal suerte, que ciertamente á los ilegítimos compradores no les sea lícito pedir el precio”), em que se alude a terras “vendidas ou por algum outro pacto alienadas em qualquer província”; e C. 11, 71, 5, 4 (“iure igitur perpetuo publici contractus firmitate perpetuarius securus sit et intellegat neque a se neque a posteris suis vel his, ad quos ea res vel successionem vel donatione sive venditione vel quolibet titulo pervenit sive aliquando pervenerit, esse retrahendam” – “así, pues, esté seguro con derecho perpétuo el perpetuario con la validez del contrato público, y entienda que no há de ser retraída ni de él ni de sus descendientes, ó de aquellos á quienes ó por sucesión, ó por donación, ó por venta, ó por otro cualquier título fué ó llegare alguna vez aquella cosa”), por meio do qual se protegem os bens adquiridos, inclusive, “por venda”.

Note-se que A. A. VIEIRA CURA observa a adoção do princípio consensual em obras doutrinárias atribuídas ao período *pós-clássico*, que de certo modo ao “distorcer” o sentido original das fontes, implementaram neste âmbito, o influxo já experimentado pela legislação – é o caso do confronto, respectivamente, entre G. 2, 86-87 e G. Ep. 2, 1, 7; e entre P. S. 1, 13a, 4 e Int. P. S. 1, 13a, 4 (*O fundamento* cit. (nota 345), pp. 86-90).

Mais adiante ter-se-á oportunidade de sugerir hipótese relativa à superação da eficácia simplesmente obrigacional da compra e venda clássica (na Península Ibérica) exatamente em decorrência das influências derivadas do Código Teodosiano, da Epítome de Gaio e da Interpretação das Sentenças de Paulo.

Por sua vez o direito *justinianeu* consagrou a distinção entre o contrato de compra e venda (dotado de efeitos *simplesmente* obrigacionais) e o *ato de transmissão* de domínio (*traditio*), dispondo-os de forma independente mas *funcionalmente* coordenada (J. 2, 1, 40 e J. 2, 1, 41); além disso, consolidou a subordinação da eficácia da alienação ao pagamento do preço devido³⁴⁷.

Pela vinculação da influência helênica à praxe desenvolvida nas províncias, cf. V. ARANGIO-RUIZ: “nella definizione che abbiamo data sono segnate le due caratteristiche più spiccate della compravendita romana. La prima è la *mera obligatorietà*, cioè la distinzione netta fra il contratto e la sua esecuzione: la compravendita classica non trasmette nè la merce nè il prezzo, ma crea soltanto obbligazioni, in adempimento delle quali saranno trasmessi l’una e l’altro. Da questo punto di vista, la compravendita romana è un istituto veramente singolare nella storia del diritto: comme più le nostre conoscenze si estendono nel campo del diritto antico comparato, meglio si rivela la diffusione dell’oposta concezione, per cui la vendita è, almeno *ex parte venditoris*, un negozio giuridico reale, che immediatamente trasmette la proprietà della merce; e la stessa concezione domina le legislazione moderne, anche quelle che – come la nostra – derivano dalla tradizione romanistica. In Roma stessa, del resto, il contratto consensuale non è originario: sappiamo già che la prima compravendita riconosciuta dal diritto civile fu la *mancipatio*, sacambio immediato di cosa contro prezzo; ed anche prima ch’essa sorgesse dovette essere nell’uso del mercato lo scambio puro e semplice (naturale e monetario), fondato sulla consegna manuale. Come il principio della mera obligatorietà si sia imposto, non sappiamo: l’origine dal *ius gentium*, che ci spiega perfettamente quell’assoluta mancanza di formalità che i giuristi le riconnettono esplicitamente, non dà invece la ragione dell’avvenuta separazione fra l’obbligo di trasmettere la cosa e la trasmissione medesima; tanto più in quanto il diritto dei paesi ellenistici, al quale verrebbe fatto di pensare come al modello cui più facilmente potevano attenersi le contrattazioni fra romani e stranieri, è anch’esso tutto dominato dalla compravendita reale” (*Corso di istituzioni di diritto romano (diritti reali e di obbligazione)*, Napoli, Nicola Jovene E. C. – Editori, 1921, pp. 225-226). Por uma análise igualmente valiosa, cf. A. CECCHINI, *Trasferimento della proprietà e costituzione della servitù nel diritto romano post-classico* in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Padova, Casa editrice Dottore Antonio Milani, 1958, pp. 287-339.

³⁴⁷ Observe-se que segundo o direito justinianeu, para que o contrato de compra e venda (seguido da indispensável *traditio*) surtisse a eficácia de transferência do domínio, fazia-se necessário, todavia, o pagamento do respectivo preço (como séculos depois poder-se-á vislumbrar no capítulo 286 do *Código de Eurico*). Neste sentido, as observações de G. RONGA: “malgrado che il contratto sia perfetto, la proprietà della cosa, posto che appartenga al venditore, non passa nel compratore che sotto due condizioni, che consistono: 1° Nella tradizione della cosa, essendo per il Diritto romano il solo consenso manifestato per atto fra vivi, inetto a trasferire la proprietà; 2° Nel pagamento del prezzo, eccettochè il venditore abbia venduto sotto fede di prezzo os abbia accettato delle garanzie” (*Corso di istituzioni di diritto romano II*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1899, pp. 91-92); em sentido equivalente F. SERAFINI: “la proprietà della cosa venduta, ammesso che questa appartenga al venditore, non passa al compratore pel solo effetto della vendita. Perchè la proprietà sai trasferita, è necessario che il venditore abbia pagato il prezzo convenuto, a meno che non abbia comprato a credito” (*Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio II*, 7ª ed., Modena, Archivio Giuridico, 1899, p. 135); cf. ainda, E. HÖLDER: “la compra vendita obbliga il venditore: 1) alla consegna del valore patrimoniale venduto, unitamente a tutti i vantaggi prodotti da esso dopo la vendita (*commodum rei*): il compratore non diventa proprietario che dopo il pagamento del prezzo o il consentimento alla dilazione di tal pagamento” (*Institutionen des römischen Rechtes*, trad. it. *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1887, p. 238).

Eis os textos justinianeus referidos no corpo do texto: “per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo cuicumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur” – “mediante a tradição adquirimos as cousas por direito natural, pois nada é mais consentâneo com a equidade natural como ter por válida a vontade do dono que quer transferir a outrem um bem seu. Por isso, as coisas corpóreas de todo género podem ser objeto de tradição e o dono as aliena, uma vez ela realizada” (J. 2, 1, 40); “sed si quidem ex causa donationis aut dotis qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato” – “e assim, uma vez transferidos por causa de doação, dote ou por qualquer outra causa, ficam sem dúvida transferidos. Mas as cousas vendidas e

Como veremos no próximo item, a eficácia da compra e venda determinada pelas *Ordenações Afonsinas* corresponde, exatamente, ao modelo estabelecido nas *Institutas* de Justiniano. Entretanto, cabe destacar que a composição da *Lex Romana Visigothorum* revela a influência que o direito romano *pós-clássico* desempenhou sobre o direito visigótico: a transferência da propriedade por meio de um sistema que se muito se aproximava do princípio consensual (a *traditio per chartam*), bem como a exigência do pagamento para a eficácia da alienação promovida, evidenciam, portanto, que o influxo helênico experimentado pelo direito romano de Constantino se reiterou na legislação visigótica que precedeu a promulgação da primeira das versões das *Ordenações do Reino de Portugal*³⁴⁸.

transferidas por tradição só as adquire o comprador se este pagar o preço ao vendedor ou lhe satisfizer de outro modo, p. ex., dando um fiador ou um penhor” (J. 2, 1, 41).

Segundo V. ARANGIO-RUIZ a regra que subordina a eficácia da alienação ao pagamento é de origem helênica: “la regola affermata nelle prime battute di Inst. 2, 1, 41, secondo la quale la proprietà della cosa tradita *ex causa venditionis* passa nel compratore solo se questo ne ha pagato il prezzo o ha dato in proposito garanzie personali o reali, non è classica, ma appartiene al diritto volgare postclassico, influenzato in Oriente da concezioni ellenistiche ma sorto anche in Occidente dal sentimento giuridico popolare, che sempre e dovunque tende a rappresentarsi la compravendita come scambio immediato di cosa contro prezzo. Vari testi della giurisprudenza antica furono in questo senso manipolati in età postclassica, approfittando (forse con consapevole falsificazione, fors’anche per interpretazione errata) dell’antica norma delle XII Tavole per cui la garanzia per evizione, nella forma dell’*auctoritas*, nasceva dalla *mancipatio* soltanto ove questa fosse stata fatta per un prezzo effettivamente pagato o comunque garantito. In questo senso fu modificato anche l’insegnamento delle Istituzioni di Gaio in quella parafrasi postclassica che portò il nome di *Res cottidianae*. Rifiutando la nuova tendenza, i compilatori delle Istituzioni giustinianee trascrissero il passo della *Res cott.*, ma lo neutralizzarono asserendo che la proprietà passa in ogni modo quando il venditore abbia avuto fede nel compratore, e nello stesso senso corressero anche il passo di Pomponio riprodotto in D. 18, 1, 19: trascurando di correggere altri testi egualmente glossati, parecchi altri ne inclusero tuttavia nel Digesto che, intatti da precedenti manipolazioni, ignoravano la regola, e – meglio ancora – accolsero nel Codice rescritti imperiali che esplicitamente la condannavano” (*La compravendita in diritto romano II*, Napoli, Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1954, pp. 307-308).

³⁴⁸ Pela origem da *traditio per chartam* a partir do influxo helênico sobre o direito romano *pós-clássico*, eis a opinião de V. ARANGIO-RUIZ: “non potendo apertamente contraporre le proprie concezioni al diritto imperiale, il notai delle province ellenistiche cercarono di farle passare sotto l’intonaco di uma falsa romanità. Approfitando del fatto, già rilevato, che anche i romani usavano stendere un ricordo scritto dell’avvenuta stipulazione o macipazione o tradizione, al solo scopo di facilitarne la prova, quei notai continuarono a redigere i loro documenti secondo l’uso locale, ma vi aggiunsero in coda delle clausole che accennavano ad un presunto adempimento delle formalità romane. Si prese così l’abitudine di riprodurre dovunque la clausola stipulatoria, *et stipulatus spopondit* (χαί επερωτηθειζ ωμολογησεν): nelle scritture romane essa accennava alla domanda e alla risposta solenni effettivamente scambiate fra le parti: ma nell’uso delle province, invece, parti e notai sapevano che la formalità verbale non era stata adempiuta, e la clausola relativa aveva il solo scopo di un finto ossequio al diritto imperiale. Egualmente avveniva per la *mancipatio*: anzi si riuscì a stabilire una falsa equazione fra quell’antichissimo istituto romano e la χαταγραφη ellenistica, documento notarile di compravendita con trasmissione contestuale della proprietà. Quanto alla consegna materiale della cosa, in cui consisteva la tradizione, si cercò di trasformarla nella consegna del documento relativo alla trasmissione della proprietà: si ebbe così la *traditio per chartam*, παραδοσιζ δ’ εγγραφου” (*Corso di storia del diritto romano*, Napoli, Eduardo Stolfi Editore, 1931, p. 275). Por oportuno, cabe recordar a influência da *Int. S. P. 2, 18, 10* sobre o fragmento 286 do *Código Euriciano* – fato que não passou despercebido a M. P. MERÊA, que conclui: “uma tal construção pode dizer-se que estava como que em estado virtual no direito romano post-clássico, do qual o Código Euriciano não é senão uma expressão mais acabada e orgânica. A influência germânica pode, quando muito, ter secundado a evolução neste ou

IV. 2. A eficácia do contrato de compra e venda de acordo com as *Ordenações do Reino de Portugal*.

As *Ordenações do Reino de Portugal* adotaram a eficácia puramente obrigacional da *emptio venditio* já estabelecida pelo direito romano justinianeu; de fato, a *entrega* da coisa vendida e o *pagamento do preço* são considerados elementos indispensáveis ao efeito translativo da *emptio venditio* – tanto segundo as *Ordenações Afonsinas*, como de acordo com as posteriores *Manuelinas* e *Filipinas*.

O elo entre o direito justinianeu e o direito português (consubstanciado nas *Ordenações do Reino*) pode ser entrevisto em alguns preceitos específicos das *Siete Partidas* de D. Afonso X (o Sábio): da Partida V, 5, 8 pode-se depreender a natureza *consensual* do contrato de compra e venda, admitindo-se inclusive sua celebração “entre ausentes”; a parte inicial da Partida V, 5, 28 estabelece as obrigações daqueles que celebram a *emptio venditio*, prescrevendo-se que ao vendedor incumbe *entregar* a coisa vendida; tal regra deve ser coordenada com aquela constante da Partida III, 28, 46, por meio da qual se vislumbra a transmissão da propriedade mediante a apreensão física da coisa (“apoderasse”) – desde que precedida de uma *justa causa* que justifique a atribuição (“derecha razon”)³⁴⁹.

naquele aspecto secundário, por exemplo, na decadência do princípio consensual, mas não alterou essencialmente o direito da compra e venda, nem substituiu por novas categorias as categorias romanas tradicionais” (*Sobre a compra* cit. (nota 334), pp. 87 e 104).

³⁴⁹ Como dito acima, a natureza consensual do contrato de compra e venda definido nas *Siete Partidas* pode ser depreendida da Partida V, 5, 8 (*Como la vendita puede ser fecha, maguer el comprador, e el vendedor, no sean en la tierra quando la fizieron*): “Stando delante el comprador e el vendedor pueden fazer la vendita, e a un podria ser fecha, maguer el uno estouiesse en un lugar, e el outro, en outro, por cartas, o por mandaderos, consiendiendo ambos ados, en uno, en la vendita, e pagandose el comprador de la cosa, e el vededor del precio. E a un dezimos que se podria fazer la vendita: maguer nõ este la cosa delante del comprador, e del vededor, consiendiendo ambos en ella segund que es sobre dicho”.

Por sua vez, as obrigações das partes contratantes são estabelecidas pela Partida V, 5, 28 (*Que cosas, e que pleytos son aqllos que deuen fazer e guardar los que venden e compran*), dentre as quais o dever de entrega da coisa vendida por parte do vendedor: “Pagar deue el comprador al vededor el precio quel prometio e aquel que fizo la vendita, deue al outro entregar en aquella cosa quel vendio, con todas las cosas q pertenezca a ella o le son ayudadas. Onde dezimos que si un ome vende a outro alguna casa que non se entiende que levande la casa tan solamente: mas aun los pozos, e las canales, e los canos, e los aguaduchos, e todas las otras cosas, que solia ser acostubradas para seruicio de aqla casa, quer sean detro enella, o de fuera. Otrosi dezimos que los ladrillos, e los cantos, e la teja, e la madera q estuuiesse mouidos, o puestos en la casa vendida, sifueren de aquella casa misma, non los puede lleuar el vendedor. Mas si el vendedor ouiesse comprado cal, o ladrillos, o teja, o madera, o outra cosa semjante, o lo ouiesse tomado emprestado: o gelo ouiesse dado maguer lo ouiesse y aducho, con entencion delo meter en lauor, de aquella casa co todo esso, llevar no puede el vededor, aquello que assi ouiesse aducho: e que non ouiere metido en la lauor”.

Finalmente, a leitura apressada da Partida III, 28, 46 (*Como non passa el Señorío dela cosa vendida, o dada a aquel que apoderan enella, fasta que aya pagado el precio*) pode induzir não apenas ao equívoco de aí entrever uma eficácia real do contrato de compra e venda, como ainda uma depreciação do vínculo funcional estabelecido entre a *traditio* e a *iusta causa* que a precedia: “apoderan unos omes a otros en sus cosas

As *Ordenações Afonsinas* disciplinam a matéria por seu Livro IV, Título XLII, que dispõe sobre a venda de um mesmo bem a compradores distintos (*do que vendeo huã cousa duas vezes a pessoas desvairadas*); tal regra enuncia os dois requisitos para a eficácia da transferência da propriedade: a transmissão da posse da coisa por meio da entrega (*traditio*) e o pagamento do preço – admitindo-se dispensa quanto a este último quando o vendedor se desse desde logo por pago (e a despeito de, efetivamente, não o ter sido). Ou seja, entregues preço e *res*, considerava-se transferido o domínio sobre a coisa comprada; *a contrario sensu*, não tendo sido preenchidos os requisitos estabelecidos (quanto à primeira *emptio venditio*), a venda posterior (sucédida da entrega e pagamento) prevalecia sobre o ajuste pretérito, restando ao primeiro comprador tão somente a ação pelo ressarcimento do preço desembolsado a pretexto do adimplemento contratual³⁵⁰.

Por sua vez, as *Ordenações Manuelinas* mantiveram a exigência da entrega da coisa (“posse da cousa”) e do pagamento do preço (“paga do preço”) para a eficácia translativa do domínio da coisa vendida; assim como estabelecido na versão *Afonsina*, a regra contida no Livro IV, Título XXVIII das novas *Ordenações* determinava que a ausência de qualquer dos requisitos implicava a prevalência da *emptio venditio* celebrada

vediendo gelas, o dando gelas en dote, o en outra manera, o cambiando las, o por alguna outra derecha razon. E porede dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a outro de su cosa, o que lo faga outro alguno por su mandado, que passa el Señorío dela cosa a aquel a quien apoderasse della. Empero si el que ouiesse vendido su cosa a otri le apoderasse della, si el comprador non ouiesse vendido su cosa a otri le apoderasse della, si el comprador non ouiesse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este, non passaria el señorío de la cosa hasta que el precio se pagasse. Mas si fiador, o peños ouiesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse en el comprador del precio: estonce passaria el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non ouiesse pagado. Empero tenudo seria de lo pagar”.

No mesmo sentido das considerações desenvolvidas acima, A. A. VIEIRA CURA conclui que as *Siete Partidas* “concebiam a compra e venda como contrato que apenas produzia obrigações e que exigiam a entrega da coisa para a transferência da propriedade” (*O fundamento cit.* (nota 345), p. 104).

³⁵⁰ “Título XXXXII. *Do que vendeo huã cousa duas vezes a pessoas desvairadas*.

Se algum homem senhor d’algũa cousa a vendesse duas vezes a desvairadas pessoas, aquelle que primeiramente ouve a posse della seria feito verdadeiro possuidor della, se della pagou o preço, por que lhe foi vendida, ou se se ouve por pago o dito vendedor; ca estas duas cousas assy concorrentes ácerca da dita venda, a saber, a posse da dita cousa, e a paga do dito preço, o fazem seer senhor da dita cousa comprada.

1. E se per ventura o senhor da cousa a vendesse a hum certo preço, e logo lha entregasse sem delle receber preço algum, e despois cobrasse o dito vendedor a posse della, e a vendesse a outro, e entregasse-lha, recebendo delle o preço, este segundo comprador sera feito compridamente senhor della.

2. E se o senhor da cousa a vendesse a hum, e recebesse delle o preço sem lha entregar, e despois a vendesse a outro, e lha entregasse logo, recebendo delle o preço, ou avendo-se delle por pago, este segundo comprador seria feito verdadeiro senhorio della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou pela compra da dita cousa, com seu interesse, pois que o delle recebeo por compra da dita cousa, e nom lha entregou, vendendo-a a outrem, que della fez senhor, pola entrega que lhe della fez.

3. E achamos per Direito que aquelle, que vende uma cousa a dous em desvairados tempos, merece pena de falso; a qual pena queremos que fique em alvidro do Julgador, segundo a culpa em que for achado o dito vendedor, e a teençom que ouve em vender huã cousa a dous”.

em momento posterior – desde que acompanhada dos elementos legalmente reputados indispensáveis³⁵¹.

As *Ordenações Filipinas* não destoaram das compilações precedentes quanto à referida questão, desta vez articulada no Livro IV, Título VII. Entretanto, cabe destacar a transição experimentada ao longo dos três diplomas ora trabalhados: enquanto as *Ordenações Afonsinas* exigiam a transferência da “posse” (por meio da tradição) para que o *comprador* da coisa se tornasse seu “verdadeiro possuidor”, as *Ordenações Manuelinas* reputavam aquela indispensável para que este fosse considerado seu autêntico “senhor”; de sua parte, as *Ordenações Filipinas*, em lugar da referência à posse da coisa vendida, passaram a exigir sua simples “entrega”³⁵².

Com isso podemos observar a retomada da distinção romana (clássica) entre *dare* e *tradere*: embora segundo o direito português estabelecido pelas *Ordenações Filipinas* da compra e venda redundasse autêntica alienação (mediante *tradição* ao adquirente), a disposição estabelecida no § 3 do Título LVIII admitia a transferência da

³⁵¹ “Título XXVIII – *Do que vende alguma coisa duas vezes a pessoas desvairadas*.

Se alguma pessoa que for senhor de alguma coisa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, aquelle que primeiramente ouuer posse della, será della feito verdadeiro senhor, se della pagou o preço porque lhe foi vendida, ou se ouue o vendedor por pago dello; porque estas duas cousas assi concorrentes acerca da dita venda, conuem a saber, a posse da coisa, e a paga do preço, o fazem seer senhor da dita coisa.

1. E se por ventura o senhor da coisa a vendesse a alguu por preço certo, e lha entregasse logo sem delle receber preço alguu, e depois o dito vendedor recobrasse a posse della, e a vendesse a outro, e entregasse-lha, recebendo delle o preço, este segundo comprador será feito cumpridamente senhor della.

2. E se o senhor da coisa a vendesse a alguu, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outro, e lha entregasse, e recebendo delle o preço, ou avendo-se delle por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhorio della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou por a compra da dita coisa com seu interesse, pois lhe nom entregou a coisa que lhe vendeo, de que recebo o dinheiro, e a vendeo a outrem, e o fez della senhor pola entrega que lhe della fez. E por assi vender hua coisa a dous em tempos desvairados, auerá a pena que Diremos no quinto Liuro no Título *Dos bulhões, e inliçadores*”.

³⁵² “Título VII. *Do que vende huma mesma coisa duas vezes a diversas pessoas*.

Se o que fôr senhor de alguma coisa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega della será della feito verdadeiro senhor, se della pagou o preço por que lhe foi vendida, ou se se houve o vendedor por pago della, porque concorrendo assi na dita venda entrega da coisa e paga do preço, o fazem ser senhor della.

1. E se o senhor da coisa a vendesse a alguem por preço certo, e lha entregasse logo sem delle receber preço algum e depois o vendedor recobrasse a posse della, e a vendesse a outro, e lha entregasse recebendo delle o preço, este segundo comprador será feito cumpridamente senhor della.

2. E se o senhor da coisa a vendesse a alguem, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem, e lha entregasse, recebendo delle o preço, ou havendo-se delle por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou por a compra da dita coisa com seu interesse, pois lhe não entregou a coisa, que lhe vendeu, de que recebeu o dinheiro, e a vendeu a outrem, e o fez della senhor pela entrega, que lhe della fez. E por assi vender huma coisa a dous em tempos desvairados, haverá a pena que diremos no quinto Livro, Título 65: *Dos bulhões e inliçadores*”.

posse sem entrega – com a conseqüente tutela interdital outorgada ao comprador (em exceção à regra estabelecida no Título VII do mesmo diploma legal)³⁵³.

³⁵³ “Título LVIII. *Dos que tomam forçosamente a posse da coisa, que outrem possue.*

Se alguma pessoa forçar, ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou herdade, ou de outra possessão, não sendo primeiro citado e ouvido com sua sua Justiça, o forçador perca o direito, que tiver na coisa forçada, de que esbulhou o possuidor, o qual direito será adquirido e applicado ao esbulhado, e lhe seja logo restituída a posse della. E se o forçador não tiver direito na coisa, em que fez a força, pagará ao forçado outro tanto, quanto a coisa valer, e mais todas as perdas e danos, que na força, ou por causa della em qualquer modo receber. E posto que allegue, que he senhor da coisa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido restituil-a ao que a possuía e perca todo o direito que nella tinha, pelo fazer por sua propria força, e sem auctoridade de Justiça.

1. E esta pena de o forçador perder o direito, que na coisa tinha, haverá logar na força verdadeira; porque, se fosse quase força, assi como se algum occupasse a posse da coisa vaga, que não fosse per ordem corporalmente possuida, a qual o forçador cuidava ser alhêa, e depois achou, que era sua, será o forçador recebido a provar summariamente como a coisa he sua; e se o provar até quatro dias peremptorios por scriptura publica, ou por testemunhas nos casos, em que por nossas Ordenações podem ser recebidas, será relevado da dita pena, e de qualquer outra, que no caso couber. Porém sem embargo de o assi provar, será o esbulhado restituído a sua posse. E sendo restituído, poderão litigar ordinariamente sobre a propriedade. E não provando dentro nos quatro dias como era sua, perderá de todo o direito, que na coisa tinha, sem lhe ser dado nunca mais tempo para provar como era sua.

2. Outrosi, não incorrerão nas ditas penas as pessoas, a que por direito he outrogado, que possam commetter força; assi como se hum for forçado da posse de alguma coisa, e a quizer logo por força recobrar, podel-o-ha fazer. E quanto tempo se entenderá este *logo*, poderá em arbitrio do Julgador, que sempre considerará a qualidade da coisa, e o logar, onde stá, e das pessoas do forçador e do forçado. Porque, sendo a força feita por homem de pequena condição a outro tal, entender-se-ha esta palavra *logo*, antes que o forçador se occupe em outro acto separado, e diverso da força.

E sendo a força feita por Fidalgo, Cavaleiro, ou outra pessoa poderosa em coisa de grande substancia em lugar onde o forçado não possa tão asinha, ajuntar gente, com que possa recobrar a coisa, forçada, deve-se entender a palavra *logo*, que tenha o forçado espaço, em que convenientemente possa chamar seus parentes e amigos para cobrar a dita coisa.

Assi que tudo isto ficará no arbitrio do Julgador: por quanto poderá isto acontecer entre taes pessoas, e sobre tal coisa, em que bastará para o que dito lhe, dous ou trez dias, ou em que não bastarão dous mezes.

3. E se alguém comprar alguma coisa, ou a houver por via do escaimbo, ou doação, ou por outro titulo semelhante, e na scriptura do contracto lhe foi dado poder por aquelle de quem houve a dita coisa, para tomar e haver a posse della, dimittindo de si e desamparando a dita posse, em taes casos, e cada hum delles, o que houve a coisa, poderá haver e cobrar a posse della, não achando quem lha contradiga.

E os Tabeliães, sem outro mandado de Justiça, lhe poderão dar instrumentos publicos de como tomarão a posse, vendo primeiro as Cartas das compras e escaimbos, ou doações, feitas sobre as ditas cousas aos que quizerem tomarem posse dellas; e não vendo elles as Cartas, ou algum justo titulo, por que a coisa lhes pertença, não lhes dêem instrumentos de taes posses, que assi quizerem tomar, sem special mandado e auctoridade de Justiça.

E fazendo-o em outro modo pagarão á parte, a que pertencer, a perda e dano, que sobre isso se lhe recrescer, e Nós lho estranharemos, como áquelles, que passam nossos mandados.

4. E sendo mostrado aos Tabelliães titulo justo, assi como testamento, codicillo, ou Carta de aforamento feita pelo senhorio da coisa, per que se mostre pertencer a coisa á pessoa, que della quer tomar posse; posto que na scriptura não lhe seja dado poder para a tomar, não deixarão porém de dar instrumento de tal posse, ainda que se tome sem auctoridade de Justiça”.

Há que se ressaltar que a transmissão da posse não se fazia por meio do próprio contrato de compra e venda, mas mediante pacto adjeto (*acordo de transmissão*). Neste sentido, M. A. COELHO DA ROCHA “a nossa *Ord. L. 4, tit. 7, pr.*, seguiu explicitamente a disposição do direito romano, a qual se acha também modernamente sancionada no *Alv. de 4 de Set. de 1810*: e n’este sentido nós deixamos expendida esta doutrina no §. Entretanto é necessário reconhecer que na praxe as mais das vezes ella não se poderá applicar: porque em taes contractos entre nós, quando são feitos por escripto, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o vendedor transfere desde logo todo o dominio, etc.; e até muitas vezes a *posse por meio da tradição ficta*. Esta clausula não é uma simples redundância tabelliôa; tem o effeito importante de não deixar o dominio para a tradição, o qual se deve attender e respeitar” (*Instituições cit.* (nota 16), p. 431).

Quanto à venda a crédito, as *Ordenações Filipinas* estabeleciam em seu Livro IV, Título V (§ 2º) a retomada do *domínio* pelo vendedor em decorrência do inadimplemento do comprador; as deficiências decorrentes da ausência de um sistema de separação rígida entre as eficácias *obrigacional* e *real* dos atos jurídicos sugeriu a promulgação do Alvará de 4 de Setembro de 1810, por meio do qual o Príncipe Regente revogou o referido dispositivo legal, conferindo ao vendedor tão somente uma *actio in personam* contra o *emptor* inadimplente³⁵⁴.

De qualquer modo, a mitigação do princípio da tradição em decorrência da corriqueira inserção dos acordos de transmissão no bojo dos instrumentos contratuais não escapou às considerações de A. TEIXEIRA DE FREITAS: “em relação aos imóveis, pôde-se dizer, que a tradição entre nós está reduzida á cláusula – *constituti* –, que quase sempre é inserida nas escripturas (...) pode-se dizêr, que a *tradição*, no actual estado da nossa legislação, só apparece naturalmente no traspasso de cousas moveis com valôr por si. A *transcrição* da cit. Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 8º, e do seu Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Arts. 256 á 281, é hoje o *modo da tradição* das cousas imóveis” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. CXCVIII e 538). Pela diferenciação entre os conceitos de *dare* e *tradere*, cf. A. A. VIEIRA CURA, *O fundamento* cit. (nota 345), pp. 67-70.

³⁵⁴ “Título V. *Do comprador, que não pagou o preço ao tempo, que devia, por a coisa não ser do vendedor.*

Se o comprador fôr entregue da coisa que comprou, e antes de pagar o preço ao vendedor, lhe fôr dito, que a coisa não he do vendedor, não será obrigado a lhe pagar o preço; e se lhe já tiver pago parte delle, não será obrigado a lho acabar de pagar, até que o vendedor lhe dê bons fiadores leigos e abonados, que sendo-lhe a coisa vencida, lhe componham o vencimento della.

Porém, se o vendedor tiver tantos bens de raiz desembargados, que bastem para inteiramente cumprir o vencimento da coisa, sendo vencida, não será obrigado dar fiança, pois tem bens, per que componha o vencimento della.

1. E por quanto, tanto que a compra e venda fôr acabada per cousentimento das partes, deve o vendedor entregar primeiro a coisa vendida ao comprador, e depois o comprador lhe deve logo pagar o preço, se o vendedor recuzar entregar primeiro a coisa vendida ao comprador, receando de não poder delle haver o preço, e o comprador não confiar do vendedor, duvidando haver delle a coisa comprada, sem lhe primeiro pagar o preço.

Mandamos, que a coisa vendida e o preço sejam entregues em mão de homem fiel, o qual tanto que de tudo fôr entregue, faça as partes contentes, dando ao vendedor o preço, e ao comprador a coisa; e tanto que o comprador fôr entregue da coisa comprada, e pagar o preço ao vendedor, ou offerecer, logo he feito della senhor; e não pagando, nem offerecendo logo o comprador o preço ao vendedor, poderá o vendedor cobrar delle a coisa, quando quizer, como sua; salvo se ao tempo do contracto entre elles feito, ou ao tempo da entrega da coisa vendida, o vendedor se houve por pago do preço, porque então será o comprador feito senhor della, como se o tivesse pago, ou offerecido ao vendedor.

2. E se o vendedor ao tempo do contracto deu espaço ao comprador para lhe pagar o preço, se lh’o elle não pagar ao tempo, que lhe foi outorgado, poderá o vendedor logo cobrar a coisa do comprador, se a tiver em seu poder, ou de qualquer outra pessoa, em cujo poder a achar.

E não se poderá escusar de lha tornar, posto que lhe ofereça o preço, pois lho não pagou, nem offereceu ao tempo, que se obrigou.

Porém, se o vendedor quizer antes haver o preço, que a coisa vendida, podel-o-há demandar e haver, quando lhe aprover.

3. E vendendo algum homem alguma coisa movel, ou de raiz sob condição, que se lhe o comprador não pagar o preço della ao dia por elle assinado, a venda seja nenhuma, se o comprador até o dito dia não pagar, a venda será nenhuma, conforme a condição della. Mas, se passado o dia da paga o vendedor requerer ao comprador, que pague o preço da coisa comprada, que lhe houvera de pagar no dia já passado, não poderá já desfazer a venda contra vontade do comprador, porque deixou o direito, que tinha; pois poderá desfazer a venda por bem da condição, por lhe não ser feita a paga, e pediu e demandou o pagamento, sendo passado o dito dia”.

Com efeito, a possibilidade do desfazimento dos efeitos reais decorrentes da tradição – subsequente à celebração da compra e venda – tal qual admitido pelo § 2º do referido dispositivo legal redundaria no

IV. 3. O jusracionalismo e a transferência de domínio decorrente da compra e venda.

O advento das doutrinas jusracionalistas assinala as primeiras manifestações doutrinárias em favor da eficácia *real* do contrato de compra e venda; dentre seus vários

comprometimento da segurança necessária ao tráfico jurídico (e à criação do *crédito real* brasileiro). Por tal razão o Príncipe Regente editou o *Alvará de 4 de Setembro de 1810*, por meio do qual foi revogado o aludido dispositivo:

“Eu o Príncipe Regente. Faço saber aos que o presente Alvará com força de Lei virem: Que devendo ser toda a Legislação uniforme em systema, e coherente em seus principios, e mui ajustada aos de Direito natural, fonte da Justiça universal, para que as suas decisões assentadas nos dictames da Razão, e do justo sejam respeitadas, e observadas como convem, e sem contradicções, e difficuldades: e sendo sem controversia estabelecido pelos Direitos Natural, Romano, e Patrio, e pelo das Nações cultas, e civilisadas, que no contracto de compra, e venda, ajustado o preço, e entregue ao comprador a coisa vendida, e ao vendedor o preço, o fiando-o elle, não só fica o contracto aperfeiçoado, mas completo de todo; que por meio da tradição passa o dominio para o comprador, ainda quando o ajuste foi feito *habita fide de praetio*; que deste contracto nascem as acções pessoais *ex empto et vendito*, para se haver por meio dellas a coisa vendida, e o preço; e que a acção de reivindicação he real, e tem origem immediata no dominio.

He incoherente com estas regras justificadas do mais depurado Direito a Ordenação do Livro IV tit. V § II, que determina, que fiando o vendedor o preço com prazo certo, e não se lhe pagando dentro delle pôde ou pedi-lo, ou ir haver a coisa vendida do poder do comprador, ou de qualquer possuidor: decidindo-se desta maneira que lhe he licito usar da acção pessoal *ex vendito*, ou da real de reivindicação, quando o dominio, de que ella se deriva immediatamente devia estar no comprador, para quem de sua livre vontade, e pelo facto da venda transferio o vendedor sem convenção alguma espêcial: não merecendo consideração o argumento de que em tal caso fica o dominio revogavel, sobre ser argucia, e subtileza dos Comentadores, destituídos dos principios solidos de Direito, não pôde sustentar-se sem offensa da certeza de dominio, e que muito convem attender em materia de Legislação á cerca do Direito de propriedade.

E não sendo a Decisão da referida Ordenação conforme com os principios geraes até da mesma Legislação patria; e sendo contraria ao bem commum, e utilidade do Publico, que muito interessa na estabilidade, e firmeza dos contractos, pelos embarços, que na sua execução resultão nas transacções da vida civil, e commercial, vendo qual quer que se reputa Senhor de alguma coisa porque a houve de quem se julgava legitimo dono, virem reivindicar-lha, e nascendo questões, e litigios de evicções, e authorias sempre embaraçados, e muitas vezes inuteis, por ter já decaído de bens aquelle de quem se deve ultimamente haver o preço da compra.

E querendo evitar estes pleitos, e demandas porfiosas, e prejudiciaes á tranquillidade, e felicidade dos meus fieis Vassallos, e livrar o commercio de semelhantes difficuldades, que retardão, e empecem o seu giro, que importa seja mui facil, e livre, maiormente devendo considerar-se o contracto da compra, e venda o mais geral, e necessario para a sua prosperidade, por lhe servir pela maior parte de base, e fundamento; e sendo além disto mui conforme á sciencia da Legislação ajuntar nas decisões legaes a justiça com publica utilidade. Tendo ouvido o parecer de pessoa doudas, e zelosas do meu Real serviço, e da prosperidade geral: Hei por bem revogar a sobredita Ordenação do liv. IV tit. V § II, e determinar que fiando o vendedor o preço seja, ou não por prazo certo, tenha somente a acção pessoal para pedi-lo, e não possa haver a coisa vendida, por que lhe não fosse paga no tempo aprazado, devendo entender-se, que a concessão do espaço para o pagamento sem outra convenção, não importa mais do que não poder pedir-se o preço antes de findar-se.

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio do Rio de Janeiro, em 04 de Setembro de 1810. – PRÍNCIPE, com guarda” (*apud* C. M. de ALMEIDA, *Código Phillipino* cit. (nota 54), p. 1019).

Há que se ter em consideração a menção à necessidade de coordenação das disposições aplicáveis à compra e venda em um sistema coerente, adequado aos preceitos estabelecidos pelo Direito Natural e fundado em decisões pautadas nos ditames da razão e do justo. É inegável a inspiração jusracionalista do período; cabe observar, todavia, que o acatamento aos princípios jusracionalistas não implicava, ainda, a adoção do princípio consensual em solo português.

A razão de ser do referido diploma é a de evitar a inserção de uma condição na tradição. A respeito de tal inadmissibilidade, cf. C. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 319), p. 64.

expoentes, voltaremos nossa atenção a dois dos principais responsáveis pela defesa do *princípio consensual*: H. GRÓCIO e S. PUFENDORF.

H. GRÓCIO defende que no direito romano a exigência da *tradição* para a transferência da propriedade correspondia a um imperativo decorrente do *ius civile* (e não do direito das gentes) – que sofria mitigações oriundas do próprio sistema. Desta forma, a transferência da propriedade em decorrência do simples acordo entre as partes (o mesmo *consenso* que corresponde a um dos elementos da *emptio venditio*) se coadunava com as exigências da razão natural, princípio basilar do sistema *jusracionalista* inaugurado em Portugal na segunda metade do século XVIII³⁵⁵.

³⁵⁵ H. GRÓCIO defende a que a tradição é uma exigência derivada da lei civil, e não da razão natural: “cap. VI, 1, I. Por adquisición derivativa hácese nuestra alguna cosa por hecho del hombre o de la ley. Los hombres dueños de cosas, es de derecho natural que pueden traspasar su dominio o en todo o en parte, después de introducido el dominio, pues es esto anejo a la misma naturaleza del dominio, es decir, del pleno. Y así, Aristóteles: *Hay derecho de propiedad cuando tenemos derecho de enajenar*. Sin embargo, hanse de notar dos cosas: una, en el que da, y otra, en aquel a quien se da. En el que da no basta el acto interno de la voluntad, sino que juntamente se requieren palabras u otras señales externas, porque el acto interno, como dijimos en outro lugar, no es conforme a la naturaleza de la sociedad humana. 2. Pero, que se requiera también entrega procede de la ley civil, la cual, porque es recibida por muchas gentes, dicese impropriamente derecho de gentes. Así vemos usado en algunas partes que se requiere manifestación delante del pueblo o del magistrado e inscripción en registros; lo qual todo es certíssimo que es por derecho civil. Mas el acto de la voluntad, que se expresa por alguna señal, debe entenderse de la voluntad racional” (*De jure* (nota 322), pp. 67-68). Em trecho específico o autor observa que os modos derivados de aquisição de propriedade que os romanos reputavam derivados do direito natural não eram uma manifestação do *ius gentium*, mas do *ius civile* (*De jure* (nota 322), pp. 120-121).

H. GRÓCIO observa que a exigência da tradição para a transferência da propriedade sofria mitigações dentro do próprio sistema do direito romano: “cap. VIII, 25: el último modo de adquirir que se dice del derecho de gentes es por entrega. Mas dijimos arriba que para el traspaso del dominio no se requiere naturalmente la entrega; lo cual reconocen también los jurisconsultos en algunos casos, como en la cosa dada, retenido el usufructo, o conferida a aquel que la posea o la guarde prestada, como en los proyectiles arrojados; y aun también antes de tomada posesión en algunos casos pasa también ahora el dominio, como de la herencia, de los legados, de la cosa dada a las iglesias y lugares piadosos, o a las ciudades o por causa de alimentos, de los bienes de los cuales se contrajo sociedad universal” (*De jure* (nota 322), pp. 140-141).

Extrapolando os limites da *tradição* enquanto modo derivado de aquisição da propriedade, o autor é explícito ao defender a eficácia real do contrato de compra e venda – de acordo com os ditames da razão natural –: “cap. XII, 15: hase de notar asimismo que en la venta y la compra puede trasladarse el dominio sin la entrega en el mismo instante del contrato, y esto es sencillísimo; así, para Séneca, la venta es ‘la enajenación y el traspaso a outro, ya de la cosa suya, ya de su derecho’; pues también se hace eso en la permuta. Y si se ha convenido en que no se traspase en seguida el dominio, se obligará el vendedor a dar el dominio, y entre tanto la cosa será del provecho y riesgo del vendedor. Por lo cual, que la venta y la compra se termina con la entrega de modo que pueda tener evicción; asimismo que la cosa está a riesgo del comprador, y que le pertenecen a él los frutos antes de traspasarse el dominio, son invenciones del Derecho civil, que no se observan en todas as partes; antes al contrario, que opinaron los más de los legisladores, que hasta la entrega la cosa estuviese al provecho y riesgo del vendedor, lo notó Teofrasto en el pasaje que se halla em Estobeo, donde encontrarás además otras muchas determinaciones sobre la formalidad de la venta, las arras, el arrepentimiento, muy disconformes del derecho romano; como notó Dión de Prusa en la ley Rodiaca, que los rodios acostumbraban dar por concluída la venta y algunos otros contratos con la inscripción en el registro. También ha de saberse que si la cosa ha sido vendida dos veces, de las dos ventas valdrá la que contenga en sí la traslación actual del dominio, ya por la entrega, ya de outro modo. Pues por ésta falta al vendedor el poder moral sobre la cosa, lo cual no se hace por la sola promesa” (*De jure* (nota 322), pp. 208-209).

Por sua vez, S. PUFENDORF vai estribar sua linha argumentativa na relação entre a propriedade e a posse; admitindo-se um *domínio* que corresponde a uma simples prerrogativa moral (desprovida da vinculação à *posse* defendida pelos juristas romanos), ao mesmo tempo em que declina a idéia de *poder físico*, sobreleva o simples consenso pretérito como *título* e *modo* de alienação. Contudo, há que se destacar que o autor vai privilegiar o *emptor* a quem tenha sido realizada a efetiva entrega na hipótese de venda da mesma *res* a dois compradores distintos³⁵⁶.

C. do COUTO E SILVA vai defender que o consenso quanto à transmissão da propriedade é o mesmo que já se manifestara por ocasião da celebração do contrato de compra e venda: “em sistema de separação relativa, a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio obrigacional antecedente. É que na vontade de criar obrigações, insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora, assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige. Daí, porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, nesse preciso momento, vontade de adimplir o prometido” (*A obrigação* cit. (nota 319), pp. 56-57).

³⁵⁶ “Liv. IV, Cap. IX, 5: V. Mais la principale question que l’on agite ici, c’est si par le Droit naturel la *Délivrance de la chose* est nécessaire pour accomplir l’Aliénation ou le transport de Propriété? Je dis, *pour accomplir l’Aliénation*: car d’autres ont déjà remarqué, qu’on met mal-à-propos la *Délivrance* au nombre des différentes manières d’acquérir la Propriété, puisque ce n’est autre chose qu’un acte qui intervient dans l’Aliénation des biens. GROTIUS soutient, que selon le Droit Naturel, les Conventions toutes seules suffisent pour transférer la Propriété, & que la *Délivrance de la chose* n’est nécessaire qu’en vertu d’un Droit Civil purement Positif, qui étant reçu de plusieurs Nations, s’appelle pour cette raison *Droit des Gens*, dans un sens impropre. Les Interprètes du Droit Romain prétendent, au contraire, que la *Délivrance* est absolument nécessaire, & que sans cela les Conventions les plus expresses ne font pas changer de maître à une chose. La raison en est, selon eux, que la Propriété ayant commencé par une possession naturelle ou corporelle, on ne sauroit transporter ce droit sans un acte qui mette celui à qui on le cède en état de s’approprier de la même manière la chose dont on se défait en sa faveur (...) disent-ils, la *Délivrance* & la prise de possession sont la manière dont la Propriété se transfère, ou plutôt les actes qui interviennent dans ce transport: mais la Donation, par exemple, ou le Contract de Vente, &c. sont les titres en vertu desquels la Propriété passe d’une personne à l’autre (...) Liv. IV, Cap. IX, 6: pour moi, il me semble qu’il est aisé de décider clairement la question, en distinguant deux différentes manières d’envisager la Propriété, ou comme une qualité purement Morale, en vertu de laquelle une chose appartient à quelqu’un, qui par conséquent a droit d’en disposer; ou comme accompagnée d’un pouvoir Physique, qui met le Propriétaire en état de disposer actuellement de la chose, selon qu’il le juge à propos. Ou ce qui revient à la même chose, on considère la Propriété ou en faisant abstraction de la Possession, qui en est l’entier accomplissement, & qui la rend capable de produire pleinement & actuellement ses effets directs; ou comme jointe avec elle. Mais avant que d’appliquer cette distinction au sujet dont il s’agit, il ne sera pas hors de propos de dire quelque chose en général de la nature de la Possession (...) Liv. IV, Cap. IX, 8: cela posé, il est clair que les Conventions toutes seules suffisent pour faire passer d’une à l’autre la Propriété considérée purement & simplement comme une qualité Morale détachée de la Possession. Mais lorsque l’idée de la Propriété renferme de plus un pouvoir physique, qui met en état de faire actuellement usage de ce droit, il faut, outre l’accord mutuel, que la chose même soit délivrée; c’est une suite des maximes naturelles de la Raison, & non pas des seuls réglemens du Droit Positif (...) la *Délivrance* même n’est pas, à parler exactement, le dernier acte de Propriété; mais un simple dessaisissement & un abandonnement corporel de la chose aliénée” (S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo* trad. fr. de Jean Barbeyrac, *Le droit de la nature et des gens, ou systema general des principes le plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique II*, Londres, Jean Nours, 1740, pp. 324-328). Sobre a posição do autor a respeito da venda sucessiva da mesma coisa a dois compradores distintos, observe-se a seguinte explicação: Liv. V, Cap. V, 5: “le vendeur de son côté, doit délivrer au tems marqué la chose achetée, avec toutes les qualitez requises ou par la nature même du Contract, ou en vertu d’une Convention particuliere des Contractans (...) que si une même chose a été vendue à deux personnes, le premier avec qui le marché a été conclu, doit sans contredit être préféré lorsque la chose n’a encore été délivrée ni à l’un ni à l’autre; & à plus forte raison, lorsqu’il en a été déjà mis en possession: sauf au dernier Acheteur d’exiger du Vendeur un dédommagement de ce qu’il perd pour avoir compté sur un Contract

Como aludido em oportunidade anterior, o ingresso do *jusracionalismo* em Portugal se dá por meio da *Lei de 18 de agosto de 1769* e dos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*; sob tal aspecto, tais diplomas representarão a porta de acesso à posição defendida por alguns dos representantes do *usus modernus pandectarum* e pelas legislações que consagraram o *princípio consensual* quanto à transferência da propriedade – dentre as quais merece particular destaque o *Code Napoléon*, objeto de nossa análise no tópico seguinte³⁵⁷.

IV. 4. O princípio do consenso e o sistema do *Code Napoléon*.

Ao ensejo da análise da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* foi estudada a disciplina estabelecida pelo *Code Napoléon* com relação à transferência da propriedade em geral – tendo sido abordadas as disposições definidas em seus artigos 711, 712, 1138 e 2279. Resta agora observar, em caráter exclusivo, o preceito decorrente do artigo 1583, por meio do qual se determina que “elle [a venda] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé”.

A despeito das exceções preceituadas pelo próprio *Code Civil* (arts. 1584, 1585, 1587, 1588), a regra geral relativa à eficácia da compra e venda é a de que a

illusoire. Mais si la chose a été délivrée au dernier Acheteur, il est clair, selon les principes du Droit Civil, qu’il doit être préféré au premier en datte, parcequ’il a reçu la chose du maître, & cela à juste titre: desorte que le premier Acheteur n’a contre l’autre, ni action réelle, puisqu’il n’étoit point encore Maître de la chose; ni action personnelle, puisqu’ils n’ont point traité ensemble sur cette affaire” (S. PUFENDORF, *Le droit cit.* (nota 356), pp. 464-465).

Sobre a posição de C. WOLFF, cabe mencionar que infelizmente não tivemos acesso à sua *Institutiones juris naturae et gentium*; todavia, A. A. VIEIRA CURA assim sintetiza a posição do autor: “nessa conformidade considera a compra e venda como contrato translativo da propriedade (porquanto a define como ‘*contrato oneroso pelo qual uma coisa é dada por um e outro dá por ela um preço*’ – noção onde o verbo ‘dar’ significa, com rigor, ‘transferir a propriedade’, como o A. refere expressamente num outro parágrafo da sua obra – e diz que a coisa vendida passa a pertencer ao adquirente ‘*embora ainda não entregue*’, o que torna nula a venda sucessiva da mesma coisa a outra pessoa), razão pela qual apenas o *dominus* pode vender a coisa, sendo nula a venda de coisa alheia” (*O fundamento cit.* (nota 345), p. 56).

³⁵⁷ Como observamos no segundo capítulo deste estudo, um dos principais expoentes do *usus modernus pandectarum* adotados em Portugal foi J. G. HEINECCIO – o qual assim se posicionara a respeito da questão: “quum itaque ex dominio pleno oriatur haec actio; sequitur titulum nemini tribuere jus vindicandi; sed tantum actionem in personam L. 3. pr. de Obl. & Act. adeoque emptorem non vindicare rem sibi venditam, necdum traditam rem duobus venditam, non vindicare eum, qui prior emit, sed cui priori tradita est L. 72. ff. L. 15. C. h. t. 4) rem in singularibus non succedere in locum pretii L. 8. C. Si quis alt. vel sibi sub alt. nom. adeoque nec eum, cujus pecunia emptum, rem emptam vindicare, exceptis pupillo, minore, Milite L. 8 C. h. t. L. 2 ff. Quando ex fact. tut. & uxore, si maritus pecunia non dotali, sed ab ea donata, rem compararit L. 55 ff. de Donat. Int. vir. & ux. Junct. L. 12 C. de Jur. dot. His enim rei vindicatio utilis conceditur L. 8 C. h. t.” (*Elementa juris civilis secundum ordinem pandectarum II*, Olisipone, Typographia Regia, 1772, pp. 40-41).

Sobre a influência das obras de H. GRÓCIO e S. PUFENDORF sobre a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS a propósito da eficácia do contrato de compra e venda, cf. R. KNÜTEL, *Augusto Teixeira de Freitas e il periculum nella compravendita* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 493-494.

propriedade sobre a coisa vendida se transmite desde o momento em que o contrato se aperfeiçoa – com a constatação da presença de seus elementos essenciais (*coisa, preço e consenso*) –; porém, a eficácia *real* aí entrevista há de ser *relativizada*, seja em virtude da restrição promovida pela própria parte primeira do dispositivo (“ante o vendedor”), seja em virtude de preceitos outros igualmente aplicáveis à matéria³⁵⁸.

De qualquer forma, não há como se negar a importância do papel desempenhado pelo Código Civil Francês ao implantar pela primeira vez em sede legislativa uma idéia até então adotada tão somente em âmbito doutrinário (pelos adeptos do *jusracionalismo*). Principalmente porque, como veremos logo adiante, tal orientação foi adotada pelo legislador português quando da promulgação do Código Civil de 1867³⁵⁹.

³⁵⁸ Como já referido em momento anterior (nota 250), a adoção do princípio do consenso pelo *Code Civil* sofreu certas restrições, derivadas não apenas da regra *em fait de meubles possession vaut titre* (contida no próprio código – art. 2279), como também da progressiva adaptação do sistema ao mecanismo de registros estendido pela *Lei de 23 de Fevereiro de 1855* a todos os atos *inter vivos* que versassem sobre direitos imobiliários.

³⁵⁹ No sentido da admissão de um novo princípio a disciplinar a eficácia da compra e venda, observe-se a opinião de C. E. DELVINCOURT: “en effet, par suite du nouveau principe établi au Titre *des Contrats en général*, lorsque la vente est pure et simple, la propriété de la chose vendue par le propriétaire lui-même, est acquise de droit à l’acheteur, du moment qu’on est convenu de la chose et du prix, quoiqu’il n’y ait encore eu ni livraison ni paiement” (*Cours III* cit. (nota 268), p. 64); no mesmo sentido A. DURANTON: “une autre différence du Droit actuel d’avec l’ancien, bien plus importante encore, parce qu’elle ne s’applique pas seulement aux ventes, mais à toute obligation de donner un corps certain et déterminé, c’est que, aujourd’hui, et en supposant le vendeur propriétaire de la chose vendue, l’acheteur en devient lui-même propriétaire par le fait seul du contrat de vente, sans qu’il y ait besoin d’aucune tradition, et quoique le prix ne soit pas encore payé (art. 1583)” (*Cours* cit. (nota 22), pp. 18-19).

T. HUC destaca que tal solução teve por fito revogar expressamente princípio estabelecido pelo próprio direito romano: “le consentement valablement donné, d’après les précisions qui précèdent, sur un objet licite et un prix régulier, suffit donc, d’une manière générale, à la perfection du contrat *quand même la chose n’aurait pas encore été livrée ni le prix payé*. Cette précision de l’art. 1583 a uniquement pour but d’abroger une solution contraire donnée par le droit romain. Mais nous avons déjà vu que les parties peuvent retarder jusqu’au paiement du prix le transfert de la propriété” (*Commentaire théorique & pratique du Code Civil X*, Paris, Librairie Cottillon, 1897, p. 23). No mesmo sentido, cf. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente* cit. (nota 321), pp. 1-2; bem como C. DEMOLOMBE, *Traité des successions I*, 3ª ed., Paris, Auguste Durand, 1866, pp. 13-17.

A. M. DEMANTE corrobora a vinculação entre o dispositivo estabelecido pelo art. 1583 e as disposições relacionadas aos riscos referentes à coisa vendida: “l’article 1583 contient deux propositions: la vente est parfaite par le seul consentement; la propriété est transférée par le seul consentement. La première décision n’est pas une nouveauté, c’était déjà la règle en droit romain; elle signifie que les obligations respectives des deux parties naissent de la convention; c’est la règle générale du droit français. De la naissance de ces obligations respectives, il résulte en outre que l’acheteur, quand l’objet vendu est un corps certain, court les risques de la chose si elle périt par cas fortuit; c’est-à-dire qu’il doit le prix, quoiqu’il ne reçoive pas la chose. Le droit romain admettait également cette doctrine” (*Cours analytique de Code Civil VII*, Paris, Plon, 1887, p. 6).

O autor vai ainda mais longe ao explicar as razões históricas que justificavam os peculiares efeitos reais *inter partes* que A. TEIXEIRA DE FREITAS considerou uma contradição: “Le Code civil va plus loin: suivant le principe consacré par l’article 1138, il déclare la propriété acquise à l’acheteur. Et toutefois, comme il n’était pas encore décidé, lors de la rédaction de ce titre, si l’on ne maintiendrait pas le système de la loi du 11 brumaire an VII, qui exigeait la transcription pour transférer, à l’égard des tiers, la propriété des biens susceptibles d’hypothèques, c’est seulement à l’égard du vendeur que la propriété est ici déclarée acquise par l’effet du consentement; V. art. 1583; v. à ce sujet art. 711, 1138, 1140, 2181, 2182; et Cod. Pr., art. 834; v.

IV. 5. *Usus modernus pandectarum* concreto: a recepção portuguesa do princípio consensual e sua consagração legislativa pelo Código Civil de 1867.

Como tivemos oportunidade de observar em momento próprio, as reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito estabeleceram um critério prático para a aferição da conformidade dos preceitos romanos com a *recta ratio*: o *usus modernus pandectarum*; é exatamente a partir deste ponto que os direitos civis português e brasileiro vão trilhar caminhos distintos em sua evolução – ao menos no que concerne à eficácia do contrato de compra e venda³⁶⁰.

A *Lei de 18 de Agosto de 1769* prescrevia que na hipótese de *omissão* da legislação pátria, haveria de ser aplicado o direito subsidiário tal qual estabelecido pelas *Ordenações Filipinas* (Liv. III, Tít. LXIV) – observando-se (quanto ao direito romano aplicável em matéria temporal) o *usus modernus pandectarum* praticado pelas civilizadas nações cristãs da Europa³⁶¹.

No que concerne à eficácia da compra e venda há que se notar que não havia qualquer *omissão*, mas sim disposição expressa do direito pátrio em favor do *princípio da tradição* (outorgando-se à *emptio venditio* efeitos puramente obrigacionais). Aliás, a doutrina portuguesa em nenhum momento pôs em dúvida o pleno vigor do sistema da separação entre o *título* e o *modo* de aquisição da propriedade; embora relativa, a dissociação entre os planos de criação e de adimplemento da *obligatio dandi* foi aceita sem maiores obstáculos em virtude da clareza das *Ordenações Filipinas* (Liv. IV, Tít. VII)³⁶².

aussi art. 1141 et loi du 23 mars 1855” (*Cours analytique de Code Civil VII*, Paris, Plon, 1887, p. 6). Pela menção de A. TEIXEIRA DE FREITAS à contradição inerente ao sistema do *Code Civil*, cf. nota 327. Observe-se que a ausência de cuidado de A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto a tais desdobramentos históricos foi objeto de crítica por P. VILLARD (*La tradition* cit. (nota 243), p. 276).

Sobre a repercussão do princípio consensual adotado pelo *Code Civil* sobre a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, cf. R. KNÜTEL, *Augusto Teixeira de Freitas e il periculum* cit. (nota 357), pp. 495-496.

³⁶⁰ Pela correlação entre o *iluminismo jurídico* português e o *usus modernus pandectarum*, cf. item II.4.3 do presente estudo.

³⁶¹ *Lei de 18 de Agosto de 1769*, § 9º. Em verdade, como já observado em outra ocasião (item II.4.3), o *usus modernus poandectarum* enquanto critério prático de aferição da conformidade do direito romano com a boa razão decorre diretamente dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772, e não da própria *Lei da Boa Razão* (que precevia tão somente a observância da aplicação daquele pelas nações cristãs da Europa).

³⁶² Pelo acatamento da doutrina tradicional à vigência do *princípio da tradição* em decorrência das disposições das *Ordenações Filipinas*, eis a manifestação de P. J. de MELLO FREIRE dos Reis: “não são da essência deste contrato nem a tradição da coisa, nem o pagamento do preço, nem a escritura, nem as arras (o sinal), porquanto a venda é perfeita e a obrigação nasce para ambos os contraentes, logo que eles acordam em vender certa coisa por certo preço, Ord. liv. 4, tit. 2. Porém, o vendedor, embora seja obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, retém, todavia, o domínio dela até a tradição, Ord. liv. 4, tit. 7, no princípio, Man. 28, Afons. 42, e não se faz dono dela logo após a entrega, se não pagar ou garantir o preço, Ord. tit. 5 e 7, § I, e§ *Venditae* 41 do tit. *De rerum divisione* das Institutas (...) se o vendedor, uma vez que é senhor da coisa até à sua tradição, a vender a dois, tem a preferência aquele a quem ela foi entregue, Ord. cit. tit. 7, § I e 2”

No entanto, o influxo das doutrinas *jusracionalistas* preconizadas por H. GRÓCIO e seus seguidores não se fez tardar; J. H. CORREIA TELLES (em obra destinada a servir de subsídio ao código civil promulgado pouco tempo depois) passou a defender a eficácia real do contrato de compra e venda, propugnando a transferência da propriedade por efeito da própria convenção, em acatamento promovido à sombra da *boa razão* favorecida pela legislação pombalina há pouco referida³⁶³.

(*Institutiones* cit. (nota 12), p. 66); em outros termos (mas com a similar extensão) a posição de M. BORGES CARNEIRO: “o direito real não se adquire só pelo título da aquisição, mas é necessário acceder entrega da coisa, ou exercício daquelle direito. *Hei. II. § 83. Portug. Don. Lv. 1 cp. 3, n. 9, v. abaixo t. da aquisição do dominio*” (*Direito Civil* cit. (nota 14), p. 34).

Em momento ulterior, mas com o mesmo sentido, M. A. COELHO DA ROCHA: “na venda pura a propriedade da coisa vendida sómente passa para o comprador desde a entrega, *Ord. L. 4, tit. 7, pr.*; e portanto: 1º se o mesmo vendedor a vendeu a outro prefere aquelle que primeiro a recebeu, pagando o preço, *Cit. Ord.*, §§ 1, e 3. 2º Mas o primeiro comprador tem contra o vendedor acção de perdas e interesses, e póde accusal-o de burlão. *Cit. Ord. §2, e L. 5, tit. 65*” (*Instituições* cit. (nota 16), p. 322).

E mesmo o responsável pela introdução dos estudos de direito comparado em Portugal (M. de ALMEIDA E SOUSA) é bastante cauteloso quanto ao ponto, lembrando a existência de disposição expressa nas *Ordenações Filipinas*: “pelo systema de Grocio e Puffendorf, que aqui segue Mello, basta a nua vontade para se transferir o dominio, sem outra tradição real ou ficta, que foi invento do direito civil. O mesmo systema seguiu Heineccio e outros (...) porém esse systema é nervosa e fundamentalmente confutado por Samuel de Coccey (...) *Quidquid sit*, temos lei (*Ord.*, L. 4, T. 7) que, seguindo o direito romano, não há por transferido o dominio só pelas mutuas vontades sem tradição real ou ficta, bem que em direito civil há cinquenta e tres casos em que o dominio se transfere e adquire sem real tradição (...) entre elles os mais notaveis são os bens dotados, que sem tradição real o adquirem (...) os doados ou vendidos á igreja, á redempção de captivos e causas pias” (*Notas de uso* cit. (nota 13), p. 125).

A separação relativa entre os planos de criação e adimplemento das obrigações de dar foi explorada com a necessária acuidade por C. do COUTO E SILVA, que observa: “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 propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. Tal divisão em planos, quando absoluta, significa abstracção 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” (*A obrigação* cit. (nota 319), pp. 44-45).

³⁶³ 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” (*Digesto* cit. (nota 15), p. 56).

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 dominio: legislação contraria ás 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*” (*Digesto Portuguez III*, Lisboa, Livraria Clássica, 1909, p. 56). 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” (*Digesto* cit. (nota 15), p. 56).

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” (*Consolidação* cit. (nota 04), pp. LX-LXI).

A despeito da exposição das razões que justificavam a manutenção do *princípio da tradição*, a doutrina passou a questionar se o *princípio consensual* não seria o mais adequado aos ditames da razão natural e às exigências liberais que despontavam a partir da década de 1820; com efeito, M. A. COELHO DA ROCHA vai destacar que a nova concepção se mostrava de acordo com as idéias dos escritores de “direito natural” (as quais ganhavam progressiva consagração legislativa na proporção em que se expandia a zona de influência do *Code Civil*)³⁶⁴.

O resultado de tal investida não poderia ter sido outro: com a promulgação do Código Civil em 1867 foi legislativamente implementado o *princípio consensual* no sistema jurídico português, que passou a caminhar lado a lado com o *Code Napoléon*; a ponto de ter sido prescrita, inclusive, uma eficácia real *inter partes* à compra e venda – alvo de críticas por parte de A. TEIXEIRA DE FREITAS³⁶⁵.

³⁶⁴ A exposição das razões que justificavam a manutenção do *princípio da tradição* foi promovida, inclusive, por M. de ALMEIDA E SOUSA: “devemos pois assentar, que a L. 15, Cod. de reivind. E a nossa Ord. é fundada toda em razões civís, e não em razões do Direito Natural: resta pois indagar a fundo quaes foram essas razões civís, que nem uma nem outra Lei expressou? Domat (...) discorre que (...) ‘é mesmo do interesse público, que não se possa perturbar o possuidor por vendas secretas, e antedatadas. Sobre estes principios é que alguns costumes tem expressamente regulado, que um segundo adquirente de um herdade, que primeiro se introduz na posse, é preferido áquelle, que primeiro havia comprado’ (...) coincide Heynec. ad Grot. de J. B. et P. liv. 2, cap. 8, ad § 25, onde diz, que isto ‘ideo inventum ut Lites evitentur’” (*Dissertação III – Analyse e exposição completa da Ord. L. 4, T. 7 (Illustram-se com razões, apuram-se, cesuram-se com justa critica as ampliações e limitações com que Silva commentou a dita Ordenação. Accrescentam-se sete especies, que Silva omittiu, e não são susceptíveis de disputas sobre serem, ou não comprehendidas na mesma Ordenação)* in *Dissertações Juridico-Praticas II*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1849, p. 57).

Assim observara M. A. COELHO DA ROCHA sobre o tratamento da questão pelos códigos modernos: “O *Cod. da Pr.* P. 1, tit. 9, art. 3, e tit. 10, art. 1, o da *Austr.* Art. 425 e 1053, e geralmente todos os outros códigos allemães, adoptaram as disposições do direito romano. Porém o *Cod. Civ. Fr.* art. 1583, e os outros, que o tomaram por modelo, estabeleceram que a propriedade passava para o comprador em virtude do contracto, independente da entrega. Esta é tambem geralmente a opinião dos escriptores do direito natural. Nós não negamos que a obrigação de entregar n’este contracto comprehende a obrigação de transferir o dominio: ainda que nos parece que então em rigor literal se deveria alterar a definição, dizendo que n’este contracto, o vendedor cede, ou transfere uma cousa por certo preço. É claro que por esta theoria o dominio se considera separado da posse, e que a aquisição d’esta unicamente fica reservada para a tradição” (*Instituições* cit. (nota 16), pp. 430-431).

³⁶⁵ A transferência da propriedade *inter partes* (por efeito do contrato de compra e venda) apresenta-se regulada de modo distinto de acordo com a natureza da coisa vendida (móvel ou imóvel). Quanto aos bens móveis, aplica-se o disposto no artigo 715º do Código Civil: “Art. 715º. Nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferência da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo entre as partes em contrario”.

Em se tratando de bens imóveis, a matéria está disciplinada pelos artigos 949º e 951º do Código Civil. O artigo 949º estabelece que: “estão sujeitos ao registo: (...) 4º As transmissões da propriedade immovel, por titulo gratuito ou oneroso”.

Por sua vez, o artigo 951º preceitua que “a falta de registo dos titulos, e direitos a elle sujeitos, não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes, ou seus herdeiros ou representantes; mas, para com terceiros, os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registo. § único. Exceptua-se do que fica disposto na ultima parte d’este artigo a transmissão da propriedade immovel, quando esta fôr indeterminada”.

IV. 6. A eficácia do contrato de compra e venda de acordo com a *parte prática da Consolidação das Leis Civis*.

Ao ser contratado para redigir a *Consolidação das Leis Civis*, A. TEIXEIRA DE FREITAS foi incumbido da elaboração de um extrato fiel do estado da legislação até então em vigor no Brasil; diante da existência (e do teor) das disposições das *Ordenações Filipinas* acerca da eficácia da compra e venda (bem como do caráter *conservador* da tarefa que lhe foi confiada), sua obra necessariamente haveria de refletir o *princípio da tradição* enquanto regra basilar atinente à transferência da propriedade.

De fato, o artigo 908 da *Consolidação das Leis Civis* estabelece que a *tradição* é elemento indispensável à efetiva transmissão da propriedade; no que concerne especificamente à compra e venda, cinco dispositivos revelam a eficácia puramente obrigacional do contrato: referimo-nos aos artigos 511, 518, 528, 534 e 535³⁶⁶.

A despeito de versar principalmente sobre a natureza *consensual* da *emptio venditio*, o artigo 511 estabelece que a constatação dos elementos essenciais torna o contrato perfeito “para as *obrigações* que delle nascem”; não há como ignorar que A. TEIXEIRA DE FREITAS buscou, aqui, afastar a eficácia *real* da convenção. Tal constatação encontra confirmação explícita em nota de rodapé acrescentada ao texto do aludido dispositivo legal³⁶⁷.

À semelhança do que já determinavam as *Ordenações Filipinas*, o artigo 528 enuncia os dois elementos que devem concorrer para a transferência da propriedade da

Pode-se observar que, à semelhança do que ocorria no sistema francês, o legislador português optou por uma compra e venda com eficácia real *restrita* – tão somente às partes contratantes.

³⁶⁶ Dispõem, respectivamente, os referidos preceitos invocados:

“Art. 511 – Quando a venda é pura, o contracto fica perfeito para as obrigações que delle nascem, logo que o comprador e o vendedor prestão seu consentimento reciproco sobre a cousa, e sobre o preço.

Art. 518. Offerecido o preço pelo comprador, está o vendedor obrigado á entregar-lhe a cousa vendida; e não a-entregando, responderá pelas perdas e interesses.

Art. 528. Se o preço não fôr pago, o dominio não se-transfere para o comprador, ainda que a cousa lhe-tenha sido entregue; o vendedor pôde reivindic-la como sua propriedade, ou demandar o preço com os juros respectivos.

Art. 534. Vendida a mesma cousa á duas diferentes pessoas, prefere o comprador, á quem primeiro se-fêz a entrega; se á esta accedeu o pagamento do preço, ou o vendedor se-deu por pago.

Art. 535. O primeiro comprador, que chegou á pagar o preço ao vendedor, e que é preferido pelo segundo comprador, á quem a cousa foi entregue; tem direito para demandar a restituição do preço pago e seus juros, e para accusar o vendedor por estellionato” (*Consolidação cit.* (nota 04), *passim*).

³⁶⁷ O autor ressalva em nota de rodapé que “o contracto só dá *direitos pessoas*, é simplesmente um – *titulo justo* – para aquisição do dominio; mas não o-transfere, sem que acceda a *tradição* (...) a inovação do Cod. Civ. Franc. (Art. 1583) ficou sem valor depois da recente Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. O mesmo aconteceu na Belgica por effeito de sua Lei de hypothecas de 16 de Dezembro de 1841. As idéas dessas Leis hypothecarias sobre a transmissão dos immoveis são as mesmas da nossa Lei novissima de hypothecas n. 1237 de 24 de Setembro de 1864” (*Consolidação cit.* (nota 04), p. 343).

coisa vendida: sua *entrega* acompanhada do *pagamento do preço*. De maneira que, não efetuado pagamento do preço (nem se dando o vendedor por satisfeito), a entrega não produz a alienação do domínio; é a preservação da solução definida pelo direito romano justinianeu – e adotada pelo sistema português com as *Ordenações Afonsinas*³⁶⁸.

De acordo com o artigo 518 da *Consolidação das Leis Civis*, uma vez pago o preço pelo comprador, cabe ao vendedor entregar a coisa para que então seja transferida a sua propriedade. Caso contrário, este último – que estava tão somente *obrigado* a entregar a *res* – deverá reparar as perdas e danos experimentados pelo primeiro³⁶⁹.

Os artigos 534 e 535 da *Consolidação das Leis Civis* versam a respeito da venda sucessiva da mesma coisa a compradores distintos; em lugar da anterioridade do negócio (solução natural de acordo com o *sistema consensual*), era de se privilegiar o comprador a quem havia sido feita a entrega da coisa vendida (o qual se tornava seu respectivo senhor); de sua parte, o comprador que houvesse pago o preço sem receber a *res* teria direito à restituição do *quantum* despendido – além da faculdade de “accusar o vendedor por estellionato”³⁷⁰.

³⁶⁸ A respeito das nuances que diferenciam as orientações adotadas nas fases que integram a evolução interna do sistema do direito romano (*período clássico, período pós-clássico e período justinianeu*), cf. item IV.1.2 deste estudo.

Observe-se que o vendedor poderia se dar por pago, liberando o comprador da entrega imediata do preço para o efeito da transferência da propriedade (artigo 529); reminiscência, pois, da disciplina já estabelecida pelo direito romano justinianeu.

³⁶⁹ A previsão da responsabilidade por perdas e danos na hipótese da ausência de entrega da coisa vendida é o elemento mais eloquente a evidenciar o caminho que o direito brasileiro trilhou a partir da segunda metade do século XIX. A distância que separa o artigo 518 da *Consolidação das Leis Civis* do artigo 715º do Código Civil português simboliza mais do que uma simples “oposição de filosofias” tal qual preconizado por O. de CARVALHO (*Teixeira de Freitas* cit. (nota 184), p. 110); em verdade, ela denuncia a preservação da tradição lusitana em solo brasileiro, ao tempo em que Portugal – entusiasmado com as idéias liberais – preferiu seguir o caminho desbravado pelo *Code Civil*, permitindo que “a sua história jurídica se fizesse mais nossa do que dêle” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 30), p. XXII).

³⁷⁰ Observe-se, portanto, que a solução adotada por A. TEIXEIRA DE FREITAS se coaduna com a disciplina estabelecida pelo texto expresso das *Ordenações Filipinas* (Liv. IV, Tít. VII); as luzes das doutrinas jusracionalistas e dos códigos liberais não foram suficientes para lhe ofuscar os olhos atentos aos limites estabelecidos pela *Lei de 18 de Agosto de 1769* quanto à aplicação do *usus modernus pandectarum*.

O. de CARVALHO dá relevo à repulsa de Augusto Teixeira de Freitas pelo sistema de título admitido ao longo da história do direito português e consagrado pelo Código Civil dos franceses, considerando-o contrário à boa razão: “[na *Consolidação*] se critica, na produção de efeitos reais, o facto de o *Code Napoléon* ter abandonado o sistema do título e modo, ou da dupla dependência, herdado do direito romano, ou seja, a dependência da produção desses efeitos – *maxime*, da transmissão da propriedade – não apenas de uma *iusta causa* de atribuição, mas igualmente de um específico ato translativo em que se sensibiliza e se executa a intenção estabelecida naquela: acto que, superado o primitivo ritualismo, passou a ser em Roma, geralmente, a *traditio* (...) pressupondo o sistema de título e modo que, tratando-se de atribuições estabelecidas em contrato, este contrato, que é o título, só tem efeitos obrigacionais, porque os efeitos reais exigem o *modus adquirendi*, o Código francês exclui esta dicotomia, convertendo os contratos obrigacionais em contratos reais *quoad effectum*. Opta, em resumo, pelo sistema de título, que, através dele, se expandirá por muitas

IV. 7. A eficácia do contrato de compra e venda segundo o Código Civil Brasileiro de 1916 e seus respectivos projetos.

A doutrina nacional já demonstrava predileção pelo *princípio da tradição* antes mesmo do advento do Código Civil de 1916; a despeito da inquestionável influência desempenhada pela experiência codificadora lusitana, nossos juristas manifestavam-se pela imprescindibilidade da *tradição* para a transferência da propriedade mobiliária – o mesmo se aplicando à *transcrição* quanto aos bens imóveis³⁷¹.

outras legislações. Esta a doutrina dos art. 711 e 1138 e que Freitas considera ‘inesperada’, ‘perigosa’ e ‘oposta à boa razão’” (Teixeira de Freitas cit. (nota 184), pp. 109-110).

Contudo, O. de CARVALHO bem observa os frutos que uma adequada compreensão histórica podem render ao estudioso da história do direito; de fato, a história do direito romano (como visto) denuncia a mitigação das solenidades inerentes ao próprio instituto da *traditio*, através do concurso de modalidades de tradição expressa indireta (*traditio longa manu*), tradição ficta (*traditio brevi manu* e *constitutum possessorium*) e tradição simbólica (*traditio clavium*). Além do fato de que o direito justinianeu já reconhecia um *sistema de imbricação do modo no título* como nos destaca o autor. Para além da história interna da transferência da propriedade na evolução do direito romano, cabe reiterar que muito antes da recepção do direito romano justinianeu em Portugal em meados do século XIII, já se reconhecia a possibilidade de transmissão de propriedade mediante a aplicação da chamada *traditio per chartam*. Exímio conhecedor que era da história do direito romano e do direito português, não descurava Augusto Teixeira de Freitas de tais dados. Nas palavras do próprio O. de CARVALHO: “como bom romanista que era, não desconhecia as formas de tradição implícita que se utilizaram em Roma (os ulteriormente designados *constitutum possessorium* e *traditio brevi manu*), além das formas de tradição explícita indirecta (*traditio longa manu*) ou de tradição simbólica (*traditio clavium*), assim como o indiscutível crepúsculo que o sistema da dupla dependência sofreu na fase pré-justinianeia, em benefício, se não de um sistema de título, pelo menos de um sistema de imbricação do modo no título (tal como hoje ocorre com os direitos suíço e austríaco, opostamente ao sistema de modo, que é o do direito alemão) (...) por outro lado, não desconhecia também, não só que, ao longo da Idade Média, o uso da tradição ficta viera a ter, juntamente com a tradição implícita e simbólica (*traditio per chartam* incluída), um larguíssimo curso, mas ainda que, nos últimos anos do *Ancien Régime*, a *dessaisine-saisine* se convertera numa cláusula de estilo que, quando omitida no acordo, se subentendia no mesmo. Por isso, a remissão ao *nudus consensus* da aquisição do *ius in re*, por parte da Escola do direito natural (com Grócio e, principalmente, Pufendorf), não veio senão a contribuir para que a prática se libertasse de artifícios inúteis. E se a civilística francesa pré-codificatória (sobretudo Domat e Pothier) resistiu a esse voluntarismo, o primeiro projecto de Cambacérès e, em definitivo, o articulado do *Code*, o que fizeram, no fim das contas, foi ‘interpretar’ autenticamente já um *fait accompli*” (Teixeira de Freitas cit. (nota 184), p. 110).

³⁷¹ Reputando imprescindível a tradição para a efetiva transferência da propriedade, assim se expressava L. TRIGO DE LOUREIRO: “se attendermos somente á simplicidade natural, devemos dizer, que para traslação do dominio é bastante a simples palavra, o qualquer outro acto externo significativo da vontade transferente, e do acceitante; por Direito Romano porém a tradição da cousa, cujo dominio se quer transferir, acompanhada, ou precedida de titulo habil para esse mesmo fim é de necessidade indeclinavel: L. 20 Cod. *de pact.*. O mesmo acontece por Direito Patrio; Ord. liv. 4, tit. 7, e Alvará de 4 de Setembro de 1810 (...) não são pois da essência deste contracto para sua perfeição, e validade nem a tradição da cousa, nem a do preço; Ord. liv. 4, tit. 2, pr.. Todavia, aindaque assim seja, e aindaque consequentemente o vendedor seja obrigado a entregar ao comprador a causa vendida, por effeito do simples mutuo consenso, elle retém o dominio da cousa até o momento da tradição della; cit. Ord. tit. 7, in princ. Man. Tit. 28, e Affons. Tit. 42; e por isso mesmo não cabe ao comprador contra o vendedor, que não lhe entregou a causa, a acção de reivindicação; e só lhe cabe a acção *ex empto*, para que lh’a entregue, se ainda estiver no seu dominio, e posse” (*Instituições de Direito Civil Brasileiro I*, 4ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1872, pp. 253-254; tomo II, p. 250).

No mesmo sentido, M. GARCEZ: “em nosso direito vigente, mantido no projecto de codigo, o contracto produz tão sómente um direito pessoal, isto é: para o alienante a obrigação de fazer a entrega da coisa, para o adquirente o direito de exigir a tradição ou entrega. Antes de cumprida a obrigação, não há dominio transferido; o alienante retem a propriedade do objecto alienado e pôde validamente dispôr d'elle, o adquirente é um méro credor, com acção pessoal para forçar o alienante, ou a entregar a coisa, ou a restituir o

Quanto aos projetos de Código Civil, à exceção daquele elaborado por J. FELÍCIO DOS SANTOS, todos acompanharam a tradição jurídica brasileira, estabelecendo que a transferência do *domínio* somente se daria com a *tradição* da coisa móvel vendida ou a *transcrição* do título no Registro Conservatório (quanto aos imóveis) ³⁷².

preço no caso de ter sido pago (Alv. de 4 de Setembro de 1810). Só a tradição é que tem a força de deslocar o domínio da pessoa do alienante para a do adquirente” (*Do Direito das Coisas segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1915, p. 233).

L. R. PEREIRA observa que a exigência da tradição está vinculada aos relevantes interesses relacionados à circulação da propriedade: “a deslocação do domínio de uma pessoa para outra carece de uma manifestação visível, de um signal exterior que atteste e affirme aquelle acto diante da sociedade. Exige-o a natureza do domínio. Direito absoluto (*erga omnes*), o domínio obriga a todos, póde ser opposto a todos; importa, pois, que todos conheçam as suas evoluções. Esta publicidade, ainda mais energicamente a reclama a segurança dos interesses ligados á propriedade; – é ella necessaria para prevenir as fraudes que a má fê de uns, protegida pela clandestinidade, pudera preparar em prejuizo da boa fê de outros. No estado actual do Direito Civil a *Tradição* e a *Transcrição* são os dois factos externos de que a lei faz, em geral, depender a transmissão do domínio” (*Direito das Cousas I*, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922, p. 99) – note-se que a primeira edição desta obra é datada de 1877 (tendo sido então publicada na cidade do Rio de Janeiro, pela editora B. L. Garnier). Com efeito, a posição de L. R. PEREIRA é bastante similar à explanação de M. de ALMEIDA E SOUSA transcrita à nota 364.

³⁷² I- Com a contratação de A. TEIXEIRA DE FREITAS para a elaboração do Projeto de Código Civil em 1859, logo no ano seguinte foi dado início à publicação de seus primeiros fascículos. Modestamente intitulado *Esboço*, em sua versão última a obra contava com 4.098 artigos, tendo sido de grande proveito para o legislador civil argentino (cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, São Paulo, Tese de Concurso à Cadeira de História do Direito, 2003, pp. 126-128). Com efeito, o *Esboço* de Código Civil de A. TEIXEIRA DE FREITAS disciplinava a transferência da propriedade imóvel (por ato jurídico *inter vivos*) por meio dos artigos 3735, 3809 e 4075:

“Art.3735 – Os direitos reais sobre *imóveis* (arts. 395 a 405), transmitidos e constituídos por *atos entre vivos* (arts. 3731, nº 1; e 3732, nº 1) adquirem-se unicamente pela *transcrição no Registro Conservatório* dos respectivos instrumentos públicos (arts. 1929, nº 1; 2019 e 3068, nº 2);

Art. 3809 – A tradição de imóveis (arts. 395 a 402), para o effeito de transmitir direitos reais sobre eles, ou de constituir-los e transmiti-los (art. 3745), julgar-se-á feita pela *transcrição no Registro Conservatório* dos respectivos instrumentos públicos, ainda que o transmitente não tenha feito ao adquirente *tradição efetiva* dos imóveis.

Art. 4075 – Adquire-se o domínio perfeito de coisas imóveis (arts. 395 a 405):

1º Pela *transcrição no Registro Conservatório* dos respectivos instrumentos públicos, quando transmitido por *ato entre vivos* (art. 3735), ou cedido o direito de reivindicar (art. 3868, nº 8).

2º Pela *inscrição no Registro Conservatório* dos mandados e precatórios de posse, e das cartas de arrematação e adjudicação; quando transmitido, ou transmitido o direito de reivindicar, em virtude de *atos judiciais* (art. 3742)”.

Quanto à aquisição do domínio sobre as coisas móveis em decorrência da celebração de compra e venda, a questão estava disciplinada pelos artigos 3734 e 4074 do *Esboço*:

“Art. 3734 – Os direitos reais sobre *coisas móveis* (arts. 387 e 394), transmitidos e constituídos por *atos entre vivos* (arts. 3731, nº 1; e 3732, nº 1), adquirem-se unicamente pela *tradição* (arts. 901, 902, 2026, 2209, 3097 e 3156).

Art. 4074 – Adquire-se o domínio perfeito das coisas móveis (art. 387 a 394):

1º Pela *apropriação*.

2º Pela *achada* por outrem de tesouros ocultos em terreno próprio.

3º Pela *percepção de frutos*.

4º Pela *transformação*.

5º Pela *tradição*, quando transmitido por *atos entre vivos* (art. 3734).

6º Pela *cessão* do direito de reivindicar (art. 3868, nº 8).

7º Pela *aquisição da posse*, quando transmitido em virtude de *atos judiciais* (art. 3741).

8º Pela arrematação ou adjudicação do direito de reivindicar” (*Esboço* cit. (nota 28), *passim*).

Note-se que se A. TEIXEIRA DE FREITAS estava jungido à preservação do *princípio da tradição* na *Consolidação das Leis Civis* em virtude dos limites estabelecidos no contrato de 15 de fevereiro de 1855, tal

óbice não existia por ocasião da elaboração do *Esboço* do Código Civil. Razão pela qual parece lícito concluir pelo caráter espontâneo de sua atuação no sentido da preservação de tal princípio no Brasil.

II- O projeto de autoria de J. T. NABUCO DE ARAÚJO não contemplou a matéria, uma vez que (bruscamente interrompida a tarefa em virtude da morte do autor) foram publicados apenas os seus trezentos primeiros artigos, relativos ao *Título Preliminar* sobre a “publicação, efeito e applicação das Leis do Imperio do Brasil” e à *Parte Geral* do Código Civil (cf. *Projecto do Código Civil*, São Paulo, Editora Livraria Magalhães, 1912 – republicado em edição fac-similar inserida na *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 2 (1977), pp. 309-334). Por um breve panorama sobre o referido projeto, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais* cit. (nota 372), p. 132.

III- O projeto de J. FELÍCIO DOS SANTOS foi o único que intentou adotar o *princípio consensual* entre nós:

“Art. 2.025 – Quando a compra e venda é pura, o contrato produz todos os seus efeitos, em relação aos contratantes, logo que as partes prestam o seu consentimento, e desde esse momento a coisa vendida fica pertencendo ao comprador, embora não tenha havido entrega da mesma e pagamento do preço”;

Quanto à transferência da propriedade imóvel, entre as partes contratantes, a eficácia se operaria em virtude do próprio contrato. Com relação a terceiros, haveria a necessidade da transcrição do título aquisitivo, de conformidade com o estabelecido no artigo 2668:

“Art. 2668 – Não opera seus efeitos em relação a terceiros senão pela transcrição e desde a sua data, a transmissão entre vivos da propriedade imóvel, e a instituição entre vivos dos onus reais, de que trata o art. 2671” (*Projecto do Código Civil Brasileiro e Commentario*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1884, *passim*). Sobre a breve trajetória do Projeto de Felício dos Santos, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais* cit. (nota 372), p. 133.

IV – Primeiro projeto produzido após a Proclamação da República, o projeto de A. COELHO RODRIGUES determinava que a transferência da propriedade imobiliária dependeria da *transcrição* do título aquisitivo:

“Art. 1381 – A propriedade imóvel transmite-se:

§ 1º Entre vivos, pela transcrição do acto ou contracto habil para transferir-a na conformidade deste código, assim como por alluvião, accessão, ou prescrição.

§ 2º Depois da morte do titular, pelo direito hereditário dos seus sucessores legítimos ou testamentários.

Art. 1387. Para que a propriedade imóvel se transmita pela transcrição do respectivo acto jurídico requer-se:

§ 1º Que o transmitente seja o proprio dono do imóvel, segundo o respectivo registro, ou esteja autorizado a dispor d'elle.

§ 2º Que goze do pleno exercício de sua capacidade civil.

§ 3º Que a transmissão repouse sobre um acto habil para operá-la.

§ 4º Que o instrumento desse acto seja transcripto no respectivo registro”.

Especificamente no que concerne ao contrato de compra e venda e sua respectiva eficácia, o projeto de A. COELHO RODRIGUES preservava as diretrizes do *princípio da tradição*, por meio dos artigos 586, 591, 602 e 616:

“Art. 586 – Pelo contrato de compra e venda um dos contrahentes se obriga a entregar uma coisa determinada ao outro e este a pagar-lhe por ella um certo preço certo em dinheiro, ou signal que o represente.

Art. 591 – A venda se considera perfeita entre as partes e obrigatoria para ambas, desde que ellas se acordam sobre o objecto do contrato e o preço, ainda que um dos dous ou ambos não sejam entregues no mesmo acto.

Art. 602 – O vendedor fica obrigado não só a entregar a coisa vendida ao comprador, como a garantir o o estado em que a declarou e a integridade do dominio que lhe transfere, salvo as restricções expressas no respectivo titulo.

Art. 616 – Si uma mesma coisa móvel for vendida a diversas pessoas, a sua propriedade competirá ao comprador, que de boa fé a houver recebido. Si, porém, a coisa for imóvel, competirá ao comprador de boa fé que primeiro fizer registrar o seu titulo. Si ainda não estiver feito o registro, preferirá aos outros o comprador, que primeiro houver obtido de boa fé a posse da coisa vendida a diversos” (*Projecto do Código Civil - precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897, *passim*). Sobre o panorama histórico que o circundou e as circunstâncias de sua edição, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais* cit. (nota 372), pp. 135-136.

V- Pelo histórico completo da promulgação do Projeto de C. BEVILÁQUA, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Os Esponsais* cit. (nota 372), pp. 138-139. Com efeito, o projeto de C. BEVILÁQUA determinava (por seus artigos 605, 609 e 1001) o regime de transferência da propriedade imobiliária mediante *transcrição*:

“Art. 605 – Adquire-se a propriedade imóvel, entre vivos:

a. pela inscrição, no registro predial, do titulo habil para transferir-a;

b. pela accessão;

c. pela usucapião.

O Código Civil brasileiro promulgado pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, acabou por consolidar o *princípio da tradição* quanto à transferência da propriedade em decorrência do contrato de compra e venda. De acordo com o disposto nos artigos 530, 531, 533 e 860, para a transmissão da propriedade imobiliária se fazia necessária a *transcrição* do título aquisitivo no Registro de Imóveis competente (e até que tal fato se desse, o vendedor haveria de ser tido como proprietário do bem vendido)³⁷³.

Art. 609 – Estão sujeitos á inscrição, no registro predial, os actos habeis para transferir a propriedade immovel, entre vivos, sejam gratuitos ou onerosos”;

Art. 1001 – Até a inscrição do titulo de transmissão, o alienante é considerado proprietario do immovel, que fica sujeito á solução de suas obrigações”.

Quanto à transferência da propriedade mobiliária, prevalecia o princípio da tradição:

“Art. 689 – A translação, entre vivos, da propriedade movel resulta da manifestação da vontade do proprietario seguida da tradição da coisa ao adquirente. Si o adquirente já estiver na posse da coisa, a declaração da vontade é bastante.

Art. 693 – Feita por quem não é proprietario, a tradição não opera a transferencia do dominio; mas, si o alienante adquire depois a propriedade da coisa, entende-se que a translação do dominio se realizou, desde o momento da tradição.

Art. 694 – Tambem não opera a transferencia do dominio a tradição, quando é nullo o acto que lhe serve de causa” (*Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900, *passim*).

VI- O projeto *revisto* de C. BEVILÁQUA disciplinava a transmissão da propriedade imóvel por seus artigos 619, 623 e 1005:

“Art. 619 – Adquire-se a propriedade immovel:

- a. pela inscrição, no registro predial, do titulo de transferencia;
- b. pela accessão;
- c. pela usucapião.

Parágrafo único. A inscrição de que tracta a letra *a* não induz prova de dominio, que fica salvo a quem de direito.

“Art. 623 – Estão sujeitos á inscrição, no registro predial, os titulos translativos da propriedade immovel, por acto *inter vivos* ou *mortis causa*”;

“Art. 1005 – Si o teôr do registro predial não exprimir a verdade, póde o prejudicado reclamar sua rectificação.

Paragrapho unico. Até á inscrição do titulo de transmissão, o alienante é considerado dono do immovel, e responde pelos respectivos encargos”.

Quanto à propriedade mobiliária, sua transferência restou regulada pelos artigos 718 e 720:

“Art. 718 – O dominio das cousas não se tranfere por declaração de vontade sinão acompanhada da tradição; esta, porém, se subentende quando o transmittente fica possuindo a coisa com a clausula *constituti*”;

“Art. 720 – Feita por quem não é proprietario, a tradição não opera a transferencia do dominio; mas, si o adquirente estiver de boa fé e o alienante adquirir depois a propriedade da coisa, revalida-se a transferencia, que retrotrahe seus effeitos ao momento da tradição.

Não opera tambem a transferencia do dominio a tradição, quando é nullo o acto que lhe serve de titulo” (Brasil. Ministério da Justiça e dos Negocios Interiores, *Actas dos trabalhos da comissão revisora do projecto de código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1901, *passim*).

³⁷³ “Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

- I. pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel;
- II. pela accessão;
- III. pelo usucapião;
- IV. pelo direito hereditário.

Art. 531. Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.

Art. 533. Os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único).

Art. 860. (...) Parágrafo único. Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos”.

Já no que concerne às coisas móveis, o princípio da separação relativa (entre os planos do *direito das obrigações* e do *direito das coisas*) foi consagrado pelo Código Civil brasileiro de 1916, reconhecendo-se a transmissão da propriedade como consequência da tradição precedida por uma *iusta causa* – passível de ser representada, inclusive, pela compra e venda; com isso, pode-se afirmar que o *princípio da tradição* restou preservado na ordem jurídica brasileira também no que concerne à transferência da propriedade mobiliária³⁷⁴.

Resta concluirmos, pois, explicitando a orientação adotada pelo Código Civil brasileiro promulgado em 2002, para destacar, enfim, o papel desempenhado por A. TEIXEIRA DE FREITAS no sentido da preservação do *princípio da tradição* em nosso sistema jurídico privado, e a remota influência de sua posição em nossa atual disciplina relativa à matéria.

³⁷⁴ “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 Código Civil, acha-se admittido na Allemanha, Código Civil, arts. 929 e 930; na Austria, Código Civil, arts. 423 e 426; na Suissa, Código Civil, arts. 714 e 717; na Argentina, Código Civil, arts. 577, 2601 a 2603; no Uruguay, Código Civil, arts. 758 e segs.; no Chile, Código Civil, arts. 670 e seguintes” (*Direito das Coisas I – Posse, Propriedade, Direitos Autoraes, Direitos Reaes de Gozo sobre Coisas Alheias*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, 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” (*Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Gazeta Judiciária Editora S.A., 1953, pp. 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” (*Fontes cit.* (nota 79), 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 dominio 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” (*Direito das Coisas* in LACERDA, Paulo de, *Manual do Codigo Civil Brasileiro VIII*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 384).

IV. 8. Augusto Teixeira de Freitas e o *princípio da tradição*: um exemplo de preservação da tradição jurídica brasileira.

Os principais dispositivos do novo Código Civil – promulgado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – referentes à transferência da propriedade encontram-se nos seus artigos 1245 e 1267, os quais consagraram o *princípio da tradição* para a transferência da propriedade das coisas imóveis e móveis³⁷⁵.

Como tivemos oportunidade de analisar, a *Consolidação das Leis Civis* representa um marco decisivo no quadro evolutivo do *princípio da tradição* no sistema jurídico brasileiro. Com efeito, mais do que o simples distanciamento entre as orientações portuguesa e brasileira a respeito da eficácia do contrato de compra e venda, a controvérsia apontada simboliza o intuito de preservação da tradição jurídica luso-brasileira que aflorou em nosso país – encontrando em A. TEIXEIRA DE FREITAS um entusiasmado defensor³⁷⁶.

³⁷⁵ “Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico”.

³⁷⁶ A defesa encampada por A. TEIXEIRA DE FREITAS quanto ao *princípio da tradição* foi objeto de análise no capítulo anterior. Por ocasião da tramitação do projeto de Código Civil de sua autoria, C. BEVILÁQUA assim se pronunciou: “o pensamento que presidiu ao preparo deste capítulo foi estabelecer um systema mais cabal para a transmissão de bens immobiliarios por actos entre vivos.

Já se havia precedentemente declarado (art. 609) que todos os actos entre vivos translativos da propriedade immovel, estão sujeitos á inscripção, e mais (art. 612) que todos os actos sujeitos á inscripção sómente depois della operam a translação do dominio. Agora, dando ao pensamento manifestado nessas disposições o seu natural complemento, se estatue que as averbações do registro predial fazem, até prova em contrario, presumir o dominio em favor de quem ellas o declaram. Feita judicialmente a prova de que as declarações do registro são erroneas, serão ellas rectificadas.

A lei actual diz: ‘a transcripção não induz a prova do dominio, que fica salvo a quem fôr’ (Dec. de 19 de janeiro de 1890, art. 8º, § 4º). Em justificação do systema actualmente em vigor, pondera o Conselheiro LAFAYETTE que a transcripção ‘não é sinão uma tradição solemne’ e como tal ‘não pode transferir direito que não tem o alienante: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*’. Sob o ponto de vista do systema francez, essa é certamente a verdade, mas a questão fundamental neste assumpto é a de saber si é sufficiente, para um bom systema de propriedade immobiliaria e de garantia hypothecaria fazer da transcripção um simples meio de publicidade dos actos de translação do dominio, sejam validos ou não. A maior parte dos modernos escriptores francezes, BESSON, RAOUL DE LA GRASSERIE, PLANIOL, entre outros, condemnam, por deficiente, o systema francez. DIDIMO DA VEIGA, entre nós, considera esse mecanismo de effeito negativo, porque ‘apenas offerece aos terceiros uma indicação illusoria’?

Os receios formulados por alguns juristas patrios, sobre serem infundados, não teriam aplicação cabal ao regimen acceito pelo Projecto, porque não se propõe uma dessas reformas radicaes que subvertem, nos seus fundamentos, um systema preexistente, mas um simples reforçamento, no intuito de obter-se mais firme consolidação da propriedade immovel, como aliás já o reconheciam alguns juristas brasileiros que estudaram o assunto por ocasião de se discutir a reforma hypothecaria, em 1864” (*Projecto do Codigo Civil Brasileiro*

Devemos repetir que nosso intuito não foi o de elaborar um estudo exaustivo a respeito da questão; ao contrário, buscávamos antes de mais nada uma *comprovação*³⁷⁷.

Foi nosso objetivo comprovar que a *Lei da Boa Razão* e os *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra* foram submetidos a diferentes leituras em Portugal e no Brasil. Interpretações mais ou menos apaixonadas que permitiram, pois, que a tradição jurídica lusitana se tornasse mais brasileira a cada momento; com efeito, por meio de uma curiosa renúncia promovida pelo legislador português em 1867 – ao consolidar uma iniciativa que já datava da primeira metade do século XIX – não teria sido necessário grande esforço para que nossos recém-criados Cursos Jurídicos (e nossos primeiros privatistas do Império) acompanhassem as orientações adotadas pelos mestres da Universidade de Coimbra.

Seja a grandeza da missão confiada, seja mesmo o trabalho duro que salta aos olhos do observador mais desavisado, o fato é que a *Consolidação das Leis Civis* representa – quanto à disciplina da eficácia do contrato de compra e venda – um dos momentos de ruptura do Estado brasileiro recém-independente com relação à metrópole. Um distanciamento que nos reservou, à custa da tenacidade e do espírito escrupuloso de A. TEIXEIRA DE FREITAS, uma aplicação *críteriosa* das disposições articuladas na *Lei da Boa Razão* e nos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra*; por meio da qual nos tornamos titulares exclusivos de quase dois milênios de uma tradição que Portugal houve por bem abandonar³⁷⁸.

– *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados I (Projectos primitivo e revisto)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 36-37).

Observe-se que P. VILLARD destaca a importância da crítica de A. TEIXEIRA DE FREITAS ao princípio consensual quanto à transferência da propriedade (*La tradition* cit. (nota 243), p. 274).

³⁷⁷ Por tal razão pode-se considerar excessiva a observação de P. MERCADANTE no sentido de que “o espírito nacional (...) bafejava de idéias novas toda a área que não se ligava estreitamente à escravidão” (*A consciência* cit. (nota 200), p. 200). Como visto ao longo deste capítulo, o influxo liberal – quanto à eficácia translativa do contrato de compra e venda – foi refreado por A. TEIXEIRA DE FREITAS.

Sobre o papel decisivo de A. TEIXEIRA DE FREITAS na defesa do *princípio da tradição* quanto à transferência da propriedade em decorrência da celebração de contrato de compra e venda, cf. R. KNÜTEL, *Augusto Teixeira de Freitas e o periculum* cit. (nota 357), p. 506.

³⁷⁸ Assim, o *Relatório da Comissão incumbida de revêr a Consolidação das Leis Civis* destacou a *fidelidade* das disposições articuladas na parte prática do trabalho, que regeneravam o direito brasileiro dos “erros e abusos da praxe” – “abusi che sarebbero stati da integrazioni del diritto patrio in casi non necessari e in contrasto com esso” (S. SCHIPANI, *Il ‘méthodo didáctico’* cit. (nota 47), p. 533).

Destacando a importância da obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS como fator de resistência diante da propagação da zona de influência do *Code Civil*, S. A. de B. MEIRA observa que “nesse ponto se acha, em nosso entender, o grande papel histórico desempenhado pelo jurista brasileiro. Àquela época, todas as nações tomavam o Código Francês de 1804 como modelo de suas renovadas codificações, não apenas quanto ao método e, principalmente, quanto à essência doutrinária. Ele mesmo salientava que as divisões gerais do diploma francês eram as mesmas dos Códigos da Sardenha, Das-Sicílias, Luisiana e outras nações,

formando aquilo que chama ‘Grupos’ de códigos e que Wieacker, mais recentemente, denomina ‘famílias’ de codificações. Insurgindo-se contra o código napoleônico, Freitas encabeça um outro ‘grupo’ ou ‘família’ de códigos, que lhe seguem a esteira, em maior ou menor escala. São essas as duas grandes vertentes de codificações do século XIX: o Código Napoleão de 1804 e o *Esboço* de Teixeira de Freitas, de 1860 (...) a doutrina lusa que se espraia em todas as suas obras posteriores à *Consolidação*, especialmente os ensinamentos de Almeida e Sousa (Lobão), Melo Freire, Gouveia Pinto, Pereira e Souza, Correa Teles, Coelho da Rocha e muitos outros. Suas divergências doutrinárias com o monumento francês de 1804 levaram-no a combater aqueles que o tomaram como modelo, entre eles o projeto de António Luiz de Seabra (mais tarde Visconde de Seabra), para Portugal. Este é um aspecto assinalável desta contenda, consubstanciada em vários escritos, especialmente na *Nova Apostilla*, em que ataca frontalmente o projeto lusitano. Esse é um debate do qual participaram Alberto de Moraes Carvalho, António Luiz de Seabra, Teixeira de Freitas e outros, chamados à liça, como Vicente Ferrer, revisor do projeto. Na verdade, o Código Civil português de 1867 (assim como o espanhol de 1889, e o italiano de 1865) seguiu o Código Napoleão e dessa forma, afastou-se das velhas tradições lusiadas. Estas se acham presentes, até o século XX, na legislação brasileira, graças ao veículo que as transmitiu ao Novo Mundo: a *Consolidação das Leis Civis* de Freitas. Numerosos institutos lusitanos do passado se transferiram para o Brasil, enquanto eram abolidos em Portugal” (*O jurisconsulto brasileiro* cit. (nota 06), pp. 76-78). No mesmo sentido, J. C. MOREIRA ALVES, *A formação* cit. (nota 121), pp. 22-23 e 36.

Sobre a repercussão da própria *Consolidação das Leis Civis* na Europa, além da tradução promovida por R. de LA GRASSERIE (*Code Civil du Vénézuéla: Lois Civiles du Brésil*, Paris, V. Giard, 1897), cf. a menção de M. Léon de Montluc (advogado da *Cour d’appel* de Paris) in *Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée contenant la traduction des principales lois votées dans les pays étrangers en 1875*, Paris, A. Coutillon et C^e, Éditeurs, Libraires du Conseil d’État, p. 887; bem como o relatório publicado no mesmo periódico pelo Visconde de Ourém (J. C. de A. ARÊAS, *Brésil* in *Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée contenant la traduction des principales lois votées dans les pays étrangers en 1877*, Paris, A. Coutillon et C^e, Éditeurs, Libraires du Conseil d’État, pp. 848-851); e ainda as análises de P. CATALANO, *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano* in *Direito e Integração*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 24.

V. CONCLUSÃO – SOBRE A “GENIALIDADE” DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

Após empreendermos uma contextualização histórica da *Consolidação das Leis Civis* no panorama de evolução das fontes do direito civil luso-brasileiro, bem como analisarmos as principais formas de influxo do *iluminismo jurídico* português – em particular do *usus modernus pandectarum* – sobre a *Introdução* à referida obra, fez-se ainda necessário considerar um dos aspectos concretos da disciplina estabelecida na *consolidação* propriamente dita, vale dizer, a eficácia do contrato de compra e venda na tradição jurídica luso-brasileira.

Como pudemos observar ao longo do esforço preliminar de contextualização histórica, as reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito não constituíram um fim em si mesmas; ainda que tivessem em mira viabilizar a implementação de um *despotismo esclarecido* em Portugal, não nos coube discutir aspectos outros senão seus reflexos exclusivamente jurídicos, cristalizados na *Lei de 18 de Agosto de 1769* e nos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*.

Novos instrumentos, novas ferramentas de trabalho foram oferecidas aos juristas luso-brasileiros a partir de então: foi legislativamente determinada a substituição dos textos de direito romano pela interpretação que sobre estes fosse produzida pelos principais expoentes do *usus modernus pandectarum*. Uma nova metodologia é determinada (com a superação do método analítico desenvolvido pela escolástica bartolista), dando-se preferência ao sistema sintético-compendiário; nesse panorama, a figura de Johann Gottlieb Heineccius desponta como paradigma eleito por um dos principais responsáveis pela implementação da *reforma* no ensino das Leis: Paschoal José de Mello Freire dos Reis.

Nas seis partes integrantes da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* podem ser entrevistados influxos do *iluminismo jurídico* luso-brasileiro. Não nos cabe aqui reiterá-los, uma vez que abordados em sede própria; mas é oportuno destacar que o *usus modernus pandectarum* praticado por Augusto Teixeira de Freitas apresenta nuances que o tornam particular. Ao mesmo tempo em que rejeita preceitos romanos considerados inaplicáveis à sociedade de então, vai buscar na distinção entre as ações formulada por Gaio a dicotomia fundamental de seu sistema de direito civil.

Era preciso fundar o crédito real brasileiro, sem o qual a economia agrícola estaria fadada a incontornáveis constrangimentos – decorrentes da estagnação de uma capacidade produtiva já latente em *capitais fixos* acumulados na propriedade imobiliária –: com o fito de transformá-los em *capitais rolantes*, era necessário implementar mais do que uma simples reforma hipotecária – despontava oportuna uma reformulação de todo o *sistema* de direito civil.

Para isso não hesitou o autor em lançar mão da leitura dos romanos e dos glosadores; não teve dúvidas em rejeitar o sistema do *Code Civil*; analisou boa parte dos códigos civis promulgados a partir da segunda metade do século XVIII; contrapôs os sistemas hipotecários preconizados pela Lei de 11 *Brumaire* do ano 7º e pelo *sistema cadastral* germânico. Todo esse esforço para concluir que a “verdade” já estava anunciada em G. 4, 1-5.

Certamente aqueles que não confrontaram a *Introdução à Consolidação das Leis Civis* com o parágrafo nono da *Lei da Boa Razão* vão reputar Augusto Teixeira de Freitas um pandectista; ao contrário, jamais poderíamos concordar com tal enquadramento. A consideração de Augusto Teixeira de Freitas imerso em seu particular contexto histórico jurídico nos evidencia um franco adepto do espírito iluminista preconizado pelo Marquês de Pombal³⁷⁹.

³⁷⁹ E para tanto socorremo-nos da autoridade de S. SCHIPANI: “in sostanza, nella *Introdução* alla *Consolidação* di Teixeira de Freitas, l’eredità della Scuola Culta, dell’*Usus Modernus Pandectarum*, della Scuola del Diritto Naturale, che l’Università di Coimbra aveva filtrato e proiettato sulla cultura giuridica del Brasile, prosegue sulla stessa linea di dichiarata tendenziale razionalizzazione del diritto esistente, approfondendone le implicazioni e facendone scattare dall’interno, con quella coerenza che aveva caratterizzato piuttosto il discorso di Leibniz, la forza innovativa (...) essa (...) alimenta uno sforzo di effettiva considerazione dei diversi risultati e di comparazione non relativistica o storicizzante di essi, su una linea che si configura come una nuova forme di possibile elaborazione comune del diritto nel sistema romanista, di fronte all’articolazione della legislazione negli Stati territoriali moderni” (*Il ‘méthodo didáctico’* cit. (nota 47), p. 546).

Contra a aproximação entre a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS e a pandectística em senso estrito, cf. J. L. DE LOS MOZOS: “de todos modos, probablemente, el más importante es el criterio sistemático, lo que pone de relieve agudamente en su insuperable estudio S. A. Meira. Pero cuando se habla de sistema no hay que olvidar que le entiende en un sentido totalmente distinto a sua manera de concebirle por el Pandectismo moderno y, en especial, a partir de G. F. Puchta. Cuando nuestro autor habla de systema y toma este criterio como punto de referencia para clasificar las instituciones jurídicas está pensando en su fundamento último, como fundamento racional, lo mismo que había querido la pedagogía del Humanismo, el iusnaturalismo que va a completar la obra de la recepción y, de forma un tanto peculiar, el propio Leibniz. Es lo mismo cuando se califica de romanista, pues, aunque conocedor de las aportaciones más importantes de la generación precedente y sólo parcialmente de los resultados de la Escuela histórica, eso únicamente tiene sentido, como calificativo exacto, si lo referimos al último período del Derecho común, al *usus modernus Pandectarum*, donde encaja plenamente, como un americano de pensamiento europeo que, por el natural aislamiento y la distancia, no puede hallarse al corriente de la últimas transformaciones que se están llevando a cabo contemporáneamente en Europa. Fenómeno de ‘provincilización’ que ha sido una constante permanente, a través de los siglos, en la historia de la recepción” (*Aproximación* cit. (nota 304), pp. 470).

Sempre deve prevalecer o direito pátrio, quaisquer que sejam as suas origens remotas; se a verdade das proposições romanas suportar a incidência direta da luz da razão, deverá ser acolhida, deverá ser preferida em lugar de soluções *modernas* cuja aplicação possa comprometer os destinos de uma nação. Reiteramos que não nos coube discutir as conseqüências do acolhimento do *princípio consensual* em Portugal; nosso trabalho pretendeu menos, e ao mesmo tempo muito mais.

Pretendeu demonstrar a personalidade multifacetada de um autor forjado em um ambiente iluminista: de um visionário que acreditava na possibilidade de acrescentar “seu pequeno tijolinho” no edifício da ciência jurídica; e que desconhecia, portanto, quaisquer limites e autoridades quando estivesse em questão a primazia da razão: “se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos”; eis a síntese de seu arrojamento formal que vai redundar em suas dicotomias – *direitos absolutos e direitos relativos; direitos pessoais e direitos reais* – em seus *realismos* (das *pessoas* e das *coisas*), *nominalismos* (das *inações*, das *sucessões* e dos *concursos de credores*) e *conceitualismos*³⁸⁰.

Uma síntese reveladora de um espírito em ebulição, em permanente descontentamento com relação às suas idéias ainda imperfeitas: eis a chave para bem compreendermos o fio condutor que perpassa a *Introdução à Consolidação das Leis Cíveis*, o *Esboço* de Código Civil e a *Carta* encaminhada ao Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada, de 20 de setembro de 1867. Sem o estudo

A mesma conclusão pode ser extraída da leitura do estudo de F. dos S. AMARAL NETO: “sendo a Consolidação das leis cíveis contratada em 1855 e entregue em 1858, somente de Savigny pode ter tido o grande jurista brasileiro algum conhecimento, pelo que se depreende das citações que faz na *Introdução à Consolidação*, juntamente com Bentham, Ortolan, Maynez, Correia Telles, Blondeau, Ahrens, Marezoll, Zachariae, Marton, Molitor, Toullier, Troplong, Mackeldey, ao referir-se ao Tratado de direito romano, tradução de Gueneux, de 1850. Se qualquer influência se manifestasse em Freitas, quanto à idéia do direito como sistema, seria apenas Savigny, pois os demais sistematizadores alemães apareceram mais tarde e quanto aos franceses, eram da escola da exegese. E como sabemos, Savigny foi o grande arauto da escola histórica nos seus primórdios, quando ainda não se traduzira na construção sistemática que Ihering e outros vieram depois a realizar donde se conclui o seu gênio e a prioridade de Freitas na concepção científica do direito” (*A técnica jurídica* cit. (nota 195), pp. 158-159).

³⁸⁰ S. A de B. MEIRA põe em destaque a inclinação de A. TEIXEIRA DE FREITAS à especulação científica, que o afastava dia após dia da vida política do Império: “os juristas muitas vezes preferiam as glórias efêmeras da vida política e as atrações demoníacas do poder, em vez da atividade de monge do civilista, engolfado em seus textos, segregado do mundo, servindo ao mundo e por ele esquecido (...) Teixeira de Freitas (...) se isolava de tudo e de todos para meditar. Preferia o silêncio do gabinete à vida trepidante dos parlamentos e das dependências palacianas” (*Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda – a audácia do pensamento* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 16 (1981), p. 156). No mesmo sentido, cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Três Vultos da Cultura Jurídica Brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua* in BITTAR, Eduardo C. B., *História do Direito Brasileiro – Leituras da Ordem Jurídica Nacional*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 35-36.

prévio de cada uma dessas noções, em vão tentará alguém compreender as necessidades simultâneas de uma *Parte Geral* e de um livro especificamente dedicado às disposições comuns aos direitos *reais* e *pessoais* – tal qual preconizado pelo *vanguardista* Augusto Teixeira de Freitas *sistematizador*.

Uma personalidade multifacetada que ao mesmo tempo concentrava um espírito profundamente *conservador* quanto ao regramento de fundo; formulada em 1867 a proposta de elaboração de dois códigos, poderemos situar o espírito progressista de Augusto Teixeira de Freitas nas idéias e matérias concernentes ao *Código Geral* – enquanto seu perfil tradicional vai buscar guarida no *Código Civil* propriamente dito. As “leis que ensinam”, voltadas aos juristas, poderiam (e deveriam) ser constantemente lapidadas na solidão dos gabinetes; destinadas diretamente ao povo, as “leis que mandam” deveriam ser o produto e retrato fiel da realidade e das necessidades sociais, do *Volksgeist* – e daí a clara influência de Friedrich Karl von Savigny em sua obra.

Eis as características de Augusto Teixeira de Freitas que fazem com que proclamemos sua *genialidade*: *inovação* quanto ao *sistema*, *conservação* quanto ao *conteúdo* português; parecendo lícito considerá-lo o espírito que com maior fidelidade observou os preceitos estabelecidos na *Lei da Boa Razão* e nos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra*³⁸¹.

³⁸¹ Destaque-se que ao encerrar o Simpósio “Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano” (realizado na Universidade de Roma em 1983), S. SCHIPANI ressaltara que “noi abbiamo approfondito nell’opera di Freitas la saldatura stretta fra ‘*inovação*’ (...) e *Consolidação*, tanto centrale per il diritto brasiliano quale ‘obstáculo à utilização de elementos estranhos para o preenchimento de lacunas muitas vezes inexistentes’ e stimolo alla utilizzazione degli ‘elementos romanos de tradição lusitana’” (*Chiusura dei lavori* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 525). No mesmo sentido, cf. J. G. B. CÂMARA, *Teixeira de Freitas – o Máximo Jurista do Hemisfério Ocidental* in *Estudos Jurídicos e de História*, Rio de Janeiro, Barrister’s, 1987, p. 127.

J. C. MOREIRA ALVES põe em relevo a confluência destes aspectos tão distintos na obra do autor, que “distingue, na execução a que se propôs, a parte prática da parte científica. Aquela seria encarada diversamente pelos práticos e pelos juristas (...) esta – a parte científica –, que dizia respeito aos limites do Direito Civil e à norma de exposição das matérias que lhe pertenciam, além de exigir processo diverso de elaboração (...) demandava justificações, até porque nela se fixavam elementos que se destinavam à finalidade última da *Consolidação* – a elaboração do Código Civil brasileiro (...) é, pois, na sistemática da *Consolidação* que Freitas vai revelar, de modo inequívoco, seu espírito criador. E o manifesta com a demonstração de que não é apenas um jurista afeito à originalidade pelo desejo de ser original. É, em verdade, um temperamento inovador, que se alicerça no conhecimento profundo do direito, para remeditá-lo pela crítica construía das posições existentes, no anseio de afastar os seus erros, não pelo mero prazer de destruir, mas pela necessidade honesta de reconstruir sobre bases mais sólidas” (*A formação* cit. (nota 121), pp. 25-28). No mesmo sentido, cf. M. REALE, *Humanismo* cit. (nota 235), pp. 43.

VI. BIBLIOGRAFIA.

ACÚRSIO DAS NEVES, José, *História Geral da Invasão dos Franceses em Portugal e da Restauração deste Reino II*, Lisboa, Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1810-1811;

AHRENS, Henri, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 7ª ed., Leipzig, F. A. Brockhaus, 1875;

ALBUQUERQUE, Martim de, *Bartolo e bartolomismo na História do Direito Português* in *Boletim do Ministério de Justiça* 304 (1981);

_____, *Para a História da Legislação e Jurisprudência em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982);

ALMEIDA, Cândido Mendes de, *Código Philippino ou Ordenações e Leis no Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870;

ALMEIDA, Fortunato de, *História de Portugal*, Coimbra, Editor Fortunato de Almeida, 1927;

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Debate Jurídico e Solução Pombalina* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982);

_____, *Enquadramento Histórico do Código Civil Português* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33 (1957);

_____, *Estatutos Municipais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968);

_____, *Forais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968);

_____, *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro* in CAETANO, Marcello, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 103-125;

_____, *História do Direito Português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2003;

_____, *La présence d'Accurse dans L'Histoire du Droit Portugais* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 41 (1965);

_____, *Leis, Cânones, Direito* in *Dicionário de História de Portugal II*;

_____, *Melo Freire, Pascoal José de* in *Dicionário de História de Portugal IV*

_____, *Nota de apresentação* in *Ordenações Afonsinas - Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984;

_____, *Nota de apresentação* in *Ordenações Manuelinas – Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984;

_____, *Nota de apresentação* in *Ordenações Filipinas – Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984;

_____, *Ordenações* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968);

_____, *Para a História da Cultura Jurídica Medieval em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 35 (1959);

_____, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 36 (1960);

ALMEIDA E SOUSA, Manuel de, *Colecção de dissertações jurídico praticas em suplemento às notas ao livro terceiro das instituições do dr. Pascoal José de Mello Freire*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884;

_____, *Dissertações Juridico-Praticas II*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1849;

_____, *Notas de uso pratico e criticas adições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1863;

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *A Técnica Jurídica na Obra de Teixeira de Freitas. A Criação da Dogmática Civil Brasileira* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

AMEAL, João, *História de Portugal*, Porto, Livraria Tavares Martins, 1940;

ANDRADE, António Alberto de, *Bibliografia da Polémica Verneiana (livros Portugueses e Espanhóis)* in *Brotéria* 49 (1949);

_____, *Inéditos da Polémica Verneiana* in *Brotéria* 50 (1950);

_____, *Vernei e a Filosofia Portuguesa*, Braga, Cruz, 1846;

- ANDRADE, Manuel de, *Teoria da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1997;
- ANTUNES, Bernardo, *Apontamentos para a cadeira de História do Direito Português*, Coimbra, Livraria Neves Editora, s.d.;
- ANTUNES, José, *Notas sobre o Sentido ideológico da reforma Pombalina – a propósito de alguns Documentos da Imprensa da Universidade de Coimbra* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I;
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Corso di storia del diritto romano*, Napoli, Eduardo Stolfi Editore, 1931;
- _____, *Corso di istituzioni di diritto romano (diritti reali e di obbligazione)*, Napoli, Nicola Jovene E. C. – Editori, 1921;
- _____, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Napoli, Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1949;
- _____, *La compravendita in diritto romano II*, Napoli, Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1954;
- ARÊAS, José Carlos de Almeida, *Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée contenant la traduction des principales lois votées dans les pays étrangers en 1877*, Paris, A. Coutillon et C^e, Éditeurs, Libraires du Conseil d'État, 1877;
- AZEVEDO, Luiz Carlos de, CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001;
- _____, *O Reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 95(2000);
- BARBOSA, Ruy, *Posse de direitos pessoais*, s.e., São Paulo, Saraiva, 1986;
- BELIME, William, *Philosophie du droit ou cours d'introduction a la science du droit* II, 2ª ed., Paris, A. Durand, 1856;
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado I*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1931;

_____, *Direito das Coisas I – Posse, Propriedade, Direitos Autoraes, Direitos Reaes de Gozo sobre Coisas Alheias*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1941;

_____, *Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900;

BIONDI, Biondo, *Corso di istituzioni di diritto romano II*, Catania, Editoriale Siciliana Tipografica, 1930;

_____, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1946;

BLONDEAU, M., *Instituts de l'empereur Justinien*, Paris, Librairie de Jurisprudence de Videcoq, 1839;

BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 1996;

BONFANTE, Pietro, *Diritto romano*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1900;

_____, *Istituzioni di diritto romano*, 7ª ed., Milano, Dottor Francesco vallardi, 1921;

BORGES CARNEIRO, Manuel, *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, Typographia António José da Rocha, 1837;

BRAGA, Teóphilo, *História da Universidade de Coimbra nas suas Relações com a Instrução Pública Portuguesa*, Lisboa, Academia Real de Sciencias, 1892-1902;

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno – 1ª parte*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981;

_____, *La Formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (2ª parte)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981;

_____, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno – 2ª parte*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981;

BRANDÃO, Mário, LOPES D'ALMEIDA, Manuel, *A Universidade de Coimbra: Esboço da sua História*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1937;

BRASIL, Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, *Actas dos trabalhos da comissão revisora do projecto de código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1901;

BRITO, Alejandro Guzmán, *Codificación y Consolidación: una Comparación entre el Pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Mos latinoamericanus iura legendi* in *Roma e America – Diritto romano comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996);

BURDESE, Alberto, *La distinzione tra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1964;

BUZAID, Alfredo, *Da Uniformização de Jurisprudência* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982);

CABRAL DE MONCADA, Luís, *A <<posse de ano e dia>> nos Costumes municipais portugueses* in *Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948;

_____, *A 'traditio' e a transferência da propriedade imobiliária no direito português (séculos XII-XV)* in *Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948;

_____, *Conceito e Função da Jurisprudencia segundo Verney* in *Boletim do Ministério da Justiça* 14 (1949);

_____, *Itália e Portogallo nel Settecento* in *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950;

_____, *Mística e Racionalismo em Portugal no Século XVIII* in *Estudos Filosóficos e Históricos (Artigos, Discursos, Conferências e Rescensões Críticas)* II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1959;

_____, *O Iluminismo Ítalo-Austriaco in Estudos Filosóficos e Históricos (Artigos, Discursos, Conferências e Rescensões Críticas) II*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1959;

_____, *Origens do Moderno Direito Português in Estudos de História do Direito II*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1949;

_____, *O Século XVIII na Legislação de Pombal in Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948;

_____, <<Tempo>> e o <<Trastempo>> nos Costumes municipais portugueses in *Estudos de História do Direito II*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1949;

_____, *Um “iluminista” português do século XVIII: Luís António Verney in Estudos de História do Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950;

CAEIRO, Francisco da Gama, *Para uma História do Iluminismo no Brasil – Notas acerca da Presença de Verney na Cultura Brasileira in Revista da Faculdade de Educação* 5 (1979);

CAETANO, Marcello, *As sesmarias no direito luso-brasileiro in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980;

_____, *História do Direito Português (sécs. XII – XVI) seguida de Subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI*, 4ª ed., Lisboa, Verbo, 2000;

CAETANO DO AMARAL, António, *Memórias para a Historia da Legislação, e Costumes de Portugal: sobre o Estado Civil da Lusitânia desde a entrada dos Póvos do Norte até á dos Arabes in Memorias da Litteratura Portugueza VI*, Lisboa, Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1796;

_____, *Sobre a Fórma de Governo, e Costumes dos Póvos que habitaraõ o terreno Lusitano, desde os primeiros tempos conhecidos, até ao estabelecimento da Monarquia Portugueza in Memorias da Litteratura Portugueza I*, Lisboa, Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1792;

CALMON, Pedro, *A Reforma da Universidade e os dois Brasileiros que a Planejaram* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), II;

CÂMARA, José Gomes Bezerra, *Código Filipino ou Ordenações do Reino* in *Estudos Jurídicos e de História*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Barrister's, 1987;

_____, *Direito Público e Privado no Segundo Reinado* in *Estudos Jurídicos e de História*, Rio de Janeiro, Barrister's, 1987;

_____, *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editora, 1966;

_____, *Teixeira de Freitas – o Máximo Jurista do Hemisfério Ocidental* in *Estudos Jurídicos e de História*, Rio de Janeiro, Barrister's, 1987;

CARVALHO, Orlando de, *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

CARVALHO, Rômulo de, *O Recurso a Pessoal Estrangeiro no Tempo de Pombal* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I;

CARVALHO E MELLO, Luís José de, *Estatutos do Visconde da Cachoeira* in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 6 (1978);

CARVALHO E MELO, Sebastião José de, *Memórias Secretíssimas do Marquês de Pombal e Outros Escritos*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1984;

CASTANHEIRA NEVES, António, *Assento* in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

_____, *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983;

_____, *O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994;

CASTELO BRANCO, Camilo, *Perfil do Marquês de Pombal*, 2ª ed., Porto, Lopes & C., 1900;

CATALANO, Pierangelo, *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano* in *Direito e Integração*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981;

CECCHINI, Aldo, *Trasferimento della proprietà e costituzione della servitù nel diritto romano post-classico* in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Padova, Casa editrice Dottore Antonio Milani, 1958;

CIESZKOWSKI, Auguste, *Du crédit et de la circulation*, 2ª ed., Paris, Guillaumin, 1847;

COELHO, António Borges, *Clérigos, mercadores, "judeus" e fidalgos*, Lisboa, Caminho, 1994;

COELHO DA ROCHA, Manuel António, *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 4ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861;

_____, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886;

COELHO RODRIGUES, Antônio, *Projecto do Código Civil - precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897;

COQUELIN, Charles, *Le crédit et les banques*, 3ª ed., Paris, Librairie de Guillaumin, 1876;

CORREIA TELLES, José Hommem, *Comentário Crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769* (reprodução fac-similar) in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 3 (1978);

_____, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accomodado às Leis e Costumes da Nação Portugueza; para servir de subsídio ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1853;

_____, *Doutrina das Acções accommodada ao Fôro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnieir, 1880;

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os Artigos do Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955;

CORREIA DA SILVA, Luís Joaquim, *Prefação in Ordenações Afonsinas I*, Coimbra, Fundação Calosute Gulbenkian, 1984;

COUTO E SILVA, Clóvis, *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976;

DE LOS MOZOS, José Luís, *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, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Codificaciones Latinoamericanas, Tradicion Jurídica y Principios Generales del Derecho in Roma e America – Diritto romano comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996);

DEMANTE, Antoine Marie, *Cours analytique de Code Civil VII*, Paris, Plon, 1887;

DI MARZO, Salvatore, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1936;

DELVINCOURT, Claude Étienne, *Cours de code civil III*, Paris, Dijon, 1834;

DEMOLOMBE, Jean Charles Florent, *Cours de code Napoléon IX – Traité de la distinction des biens I*, Paris, A. Lahure, 1881;

_____, *Traité des successions I*, 3ª ed., Paris, Auguste Durand, 1866;

DOMAT, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*, Paris, Savoye, 1756;

D'ORS, Alvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1975;

DU CAURROY, A. M., *Institutes de Justinien*, 8ª ed., Paris, Gustave-Thorel, Libraire-Editeur, 1851;

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le code civil XVII*, Paris, Alex-Gobelet, 1834;

DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Le droit civil français suivant l'ordre du code XVIII*, Paris, Jules Renouard, 1836;

ESPINOLA, Eduardo, *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Gazeta Judiciária Editora S.A., 1953;

FALCON, Francisco José Calazans, *A Época Pombalina (Política Econômica e Monarquia Ilustrada)*, São Paulo, Ática, 1982;

FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim, *Projecto do Código Civil Brasileiro e Commentario*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1884;

FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil XV*, Paris, Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827;

FERRARI, Giannino, *Corso di diritto romano – Le obbligazioni*, Padova, Casa Editrice Dottore Antonio Milani, 1931;

FIGUEIREDO, José Anastácio de, *Sobre qual foi a Epoca certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de autoridade, que entre nós adquirio. Por cuja ocasião se tracta toda a importante matéria das Ord. Liv. III, tít. 64 in Memórias de Litteratura Portuguesa I*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, 1792;

GALGANO, Francesco, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980;

GAMA BARROS, Henrique da, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV I*, 2ª ed., Lisboa, s.e., 1945;

GARCEZ, Martinho, *Do Direito das Coisas segundo o Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1915;

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889;

GARNIER, Joseph, *Éléments de l'économie politique exposé des notions fondamentales de cette science*, Paris, Guillaumin, 1848;

GILISSEN, John, *Introduction Historique au Droit*, 1979, trad. port. de António Manuel Botelho Hespanha, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988;

GOMES, Orlando, *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983;

_____, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2003;

GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa, *Algumas Notas sobre a Edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513* in *Scientia Juridica* 148-149 (1977);

_____, *Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1521* in *Scientia Juridica* 30 (1981);

_____, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000;

_____, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas* in *Scientia Juridica* 29 (1980);

GORDO, Joaquim José Ferreira, *Fontes próximas da compilação filippina ou índice das Ordenações e Extravagantes*, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1792;

GOYTISOLO, Juan Vallet de, *El Derecho Romano como Buena Razon em Cataluña* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982);

GRAU, Eros Roberto, *Teixeira de Freitas* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais –UFMG* 42 (2003);

GRÓCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis*, trad. esp. de Jaime Torrubiano Ripoll, *Del derecho de la guerra y de la paz II*, Madrid, Editorial Reus, 1925

GUARINO, Antonio, *Profilo del diritto privato romano*, 5ª ed., Napoli, Jovene Editore, 1976;

HEINNECIUS, Johann Gottlieb, *Elementa juris civilis secundum ordinem pandectarum II*, Olisipone, Typographia Regia, 1772;

HERCULANO, Alexandre, *História de Portugal desde o começo da Monarchia até o fim do Reinado de Afonso III*, 4ª ed., Lisboa, Livraria Bertrand, 1875;

_____, *Portugaliae Monumenta Historica – Leges e Consuetudines I – fasc. II*, s. I., Olisiponi, 1868;

_____, *Portugaliae Monumenta Historica – Diplomae et Chartae I – fasc. I*, s. I., Olisiponi, 1868;

HESPANHA, Antonio Manuel, *História das Instituições – Épocas Medieval e Moderna*, Coimbra, Almedina, 1982;

HINESTROSA, Fernando, *Codici, università, scienza giuridica: una strategia per l'unificazione del diritto in América Latina* in *Roma e America – Diritto romano comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 1 (1996);

HÖLDER, Edoardo, *Institutionen des römischen Rechtes*, trad. it. *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1887;

HUC, Théophile, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil X*, Paris, Librairie Cottillon, 1897;

IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 1999;

KARAM, Munir, *O Processo de Codificação do Direito Civil Brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao Projeto Beviláqua* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

KNÜTEL, Rolf, *Augusto Teixeira de Freitas e il periculum nella compravendita* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

LA GRASSERIE, Raoul de, *Code Civil du Vénézuéla: Lois Civiles du Brésil*, Paris, V. Giard, 1897;

LANGHANS, Franz-Paul de Almeida, *Antologia do Pensamento Jurídico Português – Pascoal José de Melo Freire dos Reis* in *Boletim do Ministério da Justiça* 49 (1955);

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. port. de José Lamago, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm Freiherr von, *Methodi Novae discendae docendaeque iurisprudentiae – Pars II - Specialis* in *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis – opuscula, et institutiones I*, Neapoli, Typographia Mutiana, 1754;

LE POINTE, Gabriel, *Les obligations en droit romain*, Paris, Editions Domat Montchrestien, 1955;

LEVAGGI, Abelardo, *Influencia de Teixeira de Freitas sobre el Proyecto de Código Civil Argentino en Matéria de Relaciones de familia. Las Fuentes Utilizadas por Vélez*

Sarsfield in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

LIZ TEIXEIRA, António Ribeiro de, *Commentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845;

LOCRE, Jean Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français XVI*, Paris, Treuttel et Würtz, 1829;

LOPES, José Reinaldo de Lima, *O Direito na História – Lições Introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000;

LOPES PRAÇA, José Joaquim, *História da Philosophia em Portugal nas suas Relações com o Movimento Geral da Philosophia*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1868;

LÚCIO DE AZEVEDO, João, *O Marquês de Pombal e a sua Época*, 2ª ed., Lisboa, Clássica, 1990;

LUIG, Klaus, *La pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell'ottocento* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

MACEDO, Jorge Borges de, “*Estrangeirados*”, *um conceito a rever* in *Bracara Augusta* 28 (1974);

MACHADO, João Baptista, *Pombal, Marquês de* in *Dicionário de História de Portugal V*, Porto, Livraria Figueirinhas, s.d.;

MACKELDEY, Ferdinand, *Manuel de Droit Romain*, 3ª ed., Bruxelles, Société Typographique Belge, 1846;

MALEVILLE, Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, Paris, Garnier, 1807;

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita, *Guia de Metodologia Científica (Teses, Monografias e Artigos)*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2002;

MAREZOLL, Theodore, *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des romains*, Paris, G. Thorel, 1840;

MARKY, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995;

MARNOCO E SOUZA, José Ferreira, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910;

MARQUES, Mário Reis, *Elementos para uma Aproximação do Estudo do usus modernus pandectarum em Portugal* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 58 (1982);

_____, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal – Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1987;

MARTIN, Alfred, *Le Code civil dans le canton de Genève – son influence dans le reste de la Suisse Romande* in *Le Code civil (1804-1904) Livre du centenaire II*, Paris, Arthur Rousseau, 1904;

MARTINS, António Coimbra, *Vernei, Luís Antonio* in *Dicionário de História de Portugal VI*, Porto, Livraria Figueirinhas, s.d.;

MASI, Antonio, *La legittimazione passiva all'azione di reintegrazione nella Consolidação e nell'Esboço de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

MATTOS, Francisco Xavier de Oliveira, *Prefação* in *Ordenações Manuelinas Livro I*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984;

MAXWELL, Kenneth, *Marquês de Pombal – Paradoxo do Iluminismo*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996;

MAYNZ, Charles, *Elements de droit romain*, Bruxelles, Librairie Polytechnique, 1856;

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos, *O Jurisconsulto Brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em Face do Direito Universal* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Teixeira de Freitas: o Jurisconsulto do Império – vida e obra*, 2ª ed., Brasília, Cegraf, 1983;

_____, *Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda – a audácia do pensamento* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 16 (1981);

MELLO FREIRE dos Reis, Pascoal José, *Historiae Juris civilis lusitani liber singularis*, trad. port. de Miguel Pinto de Menezes, *História do Direito Civil Português* in *Boletim do Ministério da Justiça* 174 (1968);

_____, *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*, trad. port. de Miguel Pinto de Menezes, *Instituições de Direito Civil Português* in *Boletim do Ministério da Justiça* 173/175;

MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, Buenos Aires, Emecé, 1945;

MERCADANTE, Paulo, *A consciência conservadora no Brasil – contribuição ao estudo da formação brasileira*, Rio de Janeiro, Saga, 1965;

MERÊA, Manuel Paulo, *Direito romano, direito comum e boa razão* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 16 (1939-1940);

_____, *Flores do Direito* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 6 (1917);

_____, *Lance de Olhos sobre o Ensino do Direito (Cânones e Leis) desde 1772 até 1804* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33 (1957);

_____, *Resumo das Lições de História do Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1925;

_____, *Rol de Lentes Catedráticos e Substitutos das Faculdades de Cânones e Leis desde 1772 (Reforma Pombalina)* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33 (1957);

_____, *Sobre a compra e venda na legislação visigótica* in *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948;

_____, *A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico* in *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948;

_____, *A versão portuguesa das “Flores de las leyes”* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 5 (1916);

MERLIN de Douai, Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^a ed., Paris, J.-P. Roret Éditeur, 1827;

MOLITOR, Jean P., *Les obligations en droit romain I*, 2^a ed., Gand, H. Hoste, 1866;

MONTLUC, Léon de, *Brésil* in *Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée contenant la traduction des principales lois votées dans les pays étrangers en 1875*, Paris, A. Couillon et C^e, Éditeurs, Libraires du Conseil d'État, 1875;

MOREIRA ALVES, José Carlos, *A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro* in Caetano, Marcello, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980;

_____, *A Formação Romanística de Teixeira de Freitas e seu Espírito Inovador* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Aspectos do Ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 86 (1991);

_____, *Direito Romano*, 6^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001;

_____, *Panorama do Direito Civil Brasileiro: das Origens aos Dias Atuais* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 88 (1993);

_____, *Universidade, Cultura e Direito Romano* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 87 (1992);

MOREIRA DE SÁ, Artur, *A <<Carta de Bruges>> do Infante D. Pedro* in *Biblos* XXVIII (1952);

NABUCO DE ARAÚJO, José Thomaz, *Projecto do Código Civil*, Rio de Janeiro, Editora Livraria Magalhães, 1912;

NOGUEIRA, Ricardo Raimundo, *Prelecções de direito pátrio* in *O Instituto* 12 (1865);

_____, *Prelecções de direito público interno de Portugal* in *O Instituto* 7-8 (1859-1860);

NORONHA, Tito de, *Ordenações do Reino – Edições do Século XVI*, Porto, Livraria Internacional, 1871;

OCTÁVIO, Rodrigo, *Teixeira de Freitas e a Unidade. do Direito Privado* in *Archivo Judiciário* 35 (1933);

OLIVEIRA, Antônio Resende de, *Poder e Sociedade. A Legislação Pombalina e a Antiga Sociedade Portuguesa* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I;

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, *A Teoria das Pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

OLIVEIRA MARQUES, António Henrique de, *História de Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1991;

ORTOLAN, Joseph Louis Elzear, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, Paris, Henri Plon, 1857;

_____, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et généralisation du droit romain I*, 2^a ed., Paris, Plon, 1884;

PACCHIONI, Giovanni, *Corso di diritto romano III*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1922;

PASSOS, Carlos de, *Luiz Antonio Verney – Secretário Régio em Roma* in *Revista de História* 10 (1921);

_____, *Verney e o Método de Estudar* in *O Instituto* 69 (1922);

PECORELLA, Corrado, *Consolidazione e Codificazione in una Esperienza Brasiliana* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques, *Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional nos juízos de primeira instancia*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1859;

PEREIRA, Aloysio Ferraz, *O Uso Brasileiro do Direito Romano no Século XIX. Papel de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direitos de Família*, Rio de Janeiro, Garnier, 1869;

_____, *Direito das Causas I*, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922;

PEREIRA, Miguel Baptista, *Iluminismo e Secularização* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*) II;

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil accommodadas ao Fôro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Livreiro-Editor H. Garnier, 1907;

PERES, Damião, *História de Portugal*, Barcelos, Portucalense Editora, 1934;

PESET, José Luis, *La influencia del Barbadiño en los saperes filosóficos españoles* in *Bracara Augusta* 28 (1974);

PIMENTA BUENO, José Antônio, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, s. ed., s.l., Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981;

_____, *Tratado de Direito Privado – introdução, pessoas físicas, pessoas jurídicas I*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954;

POTHIER, Robert Joséph, *Introduction générale aux coutumes* in *Oeuvres de Pothier annotées et mises em corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle I*, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890;

_____, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, Paris, Dondey-Dupré, 1818;

_____, *Traité de la prescription qui résulte de la possession* in *Oeuvres de Pothier annotées et mises em corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle IX*, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890;

_____, *Traité des obligations* in *Oeuvres de Pothier annotées et mises em corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle II*, 2ª ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1861;

_____, *Traité du contrat de vente* in *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle III*, 3^a ed., Paris, Marchal et Billard & E. Plon, 1890;

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria, *Ordenações do Reino de Portugal* in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 69 (1994);

_____, *Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro*, São Paulo, Tese de Concurso à Cadeira de História do Direito, 2003;

_____, *Três Vultos da Cultura Jurídica Brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua* in BITTAR, Eduardo C. B., *História do Direito Brasileiro – Leituras da Ordem Jurídica Nacional*, São Paulo, Atlas, 2003;

PROUDHON, Pierre Joseph, *Traité des droits d’usufruit, d’usage, d’habitation, et de superficie I*, Paris, Dijon, 1824;

PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium libri octo* trad. fr. de Jean Barbeyrac, *Le droit de la nature et des gens, ou systema general des principes le plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique II*, Londres, Jean Nours, 1740;

REALE, Miguel, *Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

RÊGO, Raul, *O Marquês de Pombal, os Cristãos-Novos e a Inquisição* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984;

RESCIGNO, Pietro, *La “parte generale” del codice civile nell’Esboço di Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988.

RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia Universal Laemmert, 1865;

RIBEIRO, João Pedro, *Sobre as Fontes do Código Filippino* in *Memórias da Litteratura Portuguesa II*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, 1792;

RODRIGUES, Manuel Augusto, *Alguns Aspectos da Reforma Pombalina da Universidade de Coimbra - 1772* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984;

_____, *Pombal e D. Miguel da Anunciação, Bispo de Coimbra* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*) I;

RONGA, Giovanni, *Corso di istituzioni di diritto romano II*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1899;

ROVIRA, Maria del Carmen, *Eclecticos del siglo XVIII y algunas de sus influencias em América*, Cidade do México, Colégio de México, 1958;

SÁ PEREIRA, Virgílio de, *Direito das Coisas* in LACERDA, Paulo de, *Manual do Código Civil Brasileiro VIII*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924;

SÁ VIANNA, Manoel Alvaro de Souza, *Augusto Teixeira de Freitas: traços biográficos*, Rio de Janeiro, Typographia Hildebrandt, 1905;

SAINT-JOSEPH, Antoine de, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1852;

SALDANHA, Nelson, *História e Sistema em Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

SANTARÉM, Visconde de, *Memórias para a História, e Theoria das Cortes Geraes que em Portugal se celebrarão pelos Tres Estados do Reino*, Lisboa, Impressão Régia, 1827;

SANTOS, Candido dos, *Antônio Pereira de Figueiredo, Pombal e a Aufklärung – Ensaio sobre o Regalismo e o Jansenismo em Portugal na Segunda Metade do Século XVIII* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*) I;

SANTOS, Maria Helena Carvalho dos, *Ribeiro Sanches e a Questão dos Judeus* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*) I;

SANTOS JUSTO, António, *Direito Privado Romano III – Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;

_____, *O Direito Brasileiro: Raízes Históricas* in *Revista Brasileira de Direito Comparado* s/ref.;

SARAIVA, António José, *A Inquisição e os Cristãos Novos*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1985;

SARAIVA, José Hermano, *História Concisa de Portugal*, 18ª ed., Mira-Sintra Publicações Europa-América, 1996;

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. De Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Roma, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1886-1898;

_____, *Das Recht des Besitzes* trad. fr. de Adolfus Fridericus Rudorff e Henri Staedtler, *Traité de la possession en droit romain*, 4ª ed., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893;

_____, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, trad. esp. de José Diaz Garcia, *De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1970;

SCHIPANI, Sandro, *Chiusura dei lavori* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Il “méthodo didáctico” di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

_____, *Sistemas Jurídicos e Direito Romano. As Codificações do Direito e a Unidade do Sistema Jurídico Latino-Americano* in *Direito e Integração*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981;

SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos Sécs. XVI a XVIII* in *Scientia Iuridica* 142-143 (1976);

SCIASCIA, Gaetano, *Regras de Ulpiano*, São Paulo, s.e., 1952;

SERAFINI, Filippo, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio II*, 7ª ed., Modena, Archivio Giuridico, 1899;

SERRÃO, Joel, *Repensar Pombal in Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal II*, Lisboa, Estampa, 1984;

SILVA, Maria Beatriz Nizza, *A Legislação Pombalina e a Estrutura da família no Antigo Regime Português in Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984;

SOARES, Teixeira, *O Marquês de Pombal*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, s.d.;

SURGIK, Aloísio, *O Pensamento Codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da Escravidão no Brasil in SCHIPANI, Sandro, Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

TARELLO, Giovanni, *Codificazione in Digesto delle Discipline privatistiche (Sezione Civile) II* (1988);

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Carta de Teixeira de Freitas, de 20 de setembro de 1867 in Revista de Direito Civil, imobiliário, Agrário e Empresarial* 1(1977);

_____, *Código Civil – Esboço*, Brasília, Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional (co-edição com a Universidade de Brasília), 1983;

_____, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876;

_____, *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859;

THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland*, trad. esp. de José Diaz Garcia, *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, Madrid, Aguilar, 1970;

TINOCO, Antônio Luiz Ferreira, *Código Criminal do Imperio do Brazil anotado*, Rio de Janeiro, Imprensa Industrial, 1886;

TORGAL, Luís Reis, *Acerca do Significado do Pombalismo* in *Revista de História das Idéias* 1982-1983 (número especial intitulado *O Marquês de Pombal e o seu Tempo*), I;

_____, *Pombal perante as ideologias tradicionalistas e católicas* in *Pombal Revisitado – Comunicações ao Colóquio Internacional Organizado pela Comissão de Comemoração do 2º centenário da Morte do Marquês de Pombal I*, Lisboa, Estampa, 1984;

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du code II*, 6ª ed., Paris, F. Cotillon, s.d.;

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço, *Instituições de Direito Civil Brasileiro I*, 4ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1872;

TROPLONG, Raimond Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code – De l'échange et du louage II*, 3ª ed., Paris, Charles Hingray, 1859;

_____, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code – De la vente I*, 5ª ed., Paris, Charles Hingray, 1856;

_____, *Droit civil expliqué. Privilèges et Hypothèques. Commentaire de la Loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, 2ª ed., Paris, Henri Plon, 1864;

VALLADÃO, Haroldo, *História do Direito, especialmente do direito brasileiro II – Direito brasileiro imperial e republicano*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1973;

VERNEY, Luís António, *Verdadeiro Método de Estudar*, 3ª ed., Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1948-1950;

_____, *Cartas a Eccellenza* in CABRAL DE MONCADA, Luís, *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950;

_____, *Cartas a Muratori* in CABRAL DE MONCADA, Luís, *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950;

_____, *Carta ao Padre Joaquim de Foyos* in CABRAL DE MONCADA, Luís, *Estudos de História do Direito III*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1950;

VIEIRA CURA, António Alberto, *Direito Romano e História do Direito Português: Casos Práticos Resolvidos e Textos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

_____, *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Cíveis Espanhol e Português* in *Jornadas Romanísticas*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003;

VILLAÇA DE AZEVEDO, Álvaro, *Os assentos no direito processual civil* in *Justitia* 74 (1971);

VILLANOVA PORTUGAL, Thomaz António de, *Memoria ao Programma, Qual seja a Epocha fixa de introdução do Direito Romano em Portugal; e o gráo de authoridade que ele teve nos diversos tempos* in *Memórias de Litteratura Portuguesa V*, Lisboa, Officina da Academia Real de Sciencias, s.d.;

VILLARD, Pierre, *La Tradition Juridique Française dans L'Oeuvre de Teixeira de Freitas* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

VILLELA, João Baptista, *Da Consolidação das Leis Cíveis à Teoria das Consolidações: Problemas Histórico-Dogmáticos* in SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988;

VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1954;

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, Editorial Civitas, 1986;

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der neuzeit*, trad. port. de António Manuel Botelho Hespanha, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993;

WOLOWSKI, Michel Raymond, *Du crédit foncier* in *Revue de législation et de jurisprudence* 1 (1852);

ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Karl Salomo, *Handbuch des Franzoesischen Civilrechts*, trad. fr. de G. Massé e Ch. Vergé, *Le Droit Civil Français II*, Paris, Libraire-Editeur Auguste Durand, 1854-1860;

ZEUMER, Karl, *Monumenta Germaniae Historica – Legum Sectio I – Tomus I – Leges Visigothorum*, Hannoverae et Lipsiae, Impensis Bibliopolii Hahniani, 1902.

VII. RESUMO.

O presente estudo tem por escopo analisar o papel desempenhado por Augusto Teixeira de Freitas na preservação da tradição jurídica luso-brasileira, em um ambiente conturbado pela ascensão de novos modelos jurídicos de fundo liberal.

Tendo por objeto principal a abordagem da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, o trabalho tem seu desenvolvimento fundado em uma prévia contextualização histórica por meio da qual se busca demonstrar a inspiração *jusracionalista* das idéias sistematizadoras do autor.

Como resultado das principais modificações implementadas pelas reformas pombalinas da aplicação e do ensino do direito – viabilizadas pela *Lei da Boa Razão* e pelos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772) – a mentalidade jurídica de Augusto Teixeira de Freitas evidencia aspectos de vanguarda quanto à estrutura dogmática empregada; em contrapartida, os estreitos limites oferecidos pelo sistema do direito subsidiário (aos quais se deve acrescentar a influência de Friedrich Karl von Savigny) representavam um fator de refreamento quanto às alterações relativas ao fundo do sistema jurídico privado.

Neste panorama dois aspectos metodológicos justificaram a escolha do tema abordado em nosso estudo: em primeiro lugar os limites ao poder de criação de Augusto Teixeira de Freitas, ao ensejo da redação da *Consolidação das Leis Civis* – lembremo-nos que ao elaborar o *Esboço de Código Civil* o autor contava com maior liberdade para manusear materiais à vontade; em segundo lugar, o diferente emprego do *usus modernus pandectarum* em Portugal e no Brasil (no que concerne à eficácia do contrato de compra e venda) a partir do segundo quartel do século XIX.

Neste passo procura-se analisar de que modo a convergência das feições *conservadora* (quanto às leis que mandam) e *inovadora* (quanto às leis que ensinam) de Augusto Teixeira de Freitas vai explicar a proposta (de promulgação paralela) de um *Código Geral* e de um *Código Civil* articulada na Carta dirigida ao Ministro Martim Francisco Ribeiro de Andrada em 20 de setembro de 1867 – ao mesmo tempo em que parece justificar a “genialidade” que lhe é freqüentemente atribuída.

VIII. RIASSUNTO.

Il presente studio ha lo scopo di analizzare il ruolo svolto da Augusto Teixeira de Freitas nella preservazione della tradizione giuridica luso-brasiliana, in un ambiente turbato dall'ascensione di nuovi modelli giuridici di fondo liberale.

Avendo come oggetto principale l'approccio alla “*Introdução à Consolidação das Leis Civis*” (*Introduzione alla Consolidazione delle Legge Civili*), questo saggio ha il suo svolgimento basato in una previa contestualizzazione storica per mezzo della quale s'intende dimostrare l'ispirazione *giusrazionalista* delle idee di sistematizzazione dell'autore.

Come risultato delle principali modifiche implementate dalle riforme di Pombal nell'applicazione e insegnamento del diritto – propiziate dalla “*Lei da Boa Razão*” (Legge della Buona Ragione) e dai “*Novos Estatutos da Universidade de Coimbra*” (Nuovi Statuti dell'Università di Coimbra) (1772) – il pensiero giuridico di Augusto Teixeira de Freitas evidenzia aspetti di avanguardia rispetto alla struttura dogmatica impiegata; d'altra parte, gli stretti limiti presentati dal sistema del diritto sussidiario (ai quali si deve aggiungere l'influenza di Friedrich Karl von Savigny) rappresentavano un fattore frenatore rispetto alle alterazioni relative al fondo del sistema giuridico privato.

In questo panorama due aspetti metodologici giustificano la scelta del tema trattato nel nostro studio: anzitutto, i limiti al potere di creazione di Augusto Teixeira de Freitas, all'ispirazione della redazione della *Consolidação das Leis Civis* (*Consolidazione delle Legge Civili*), – ricordiamoci che nell'elaborazione del “*Esboço de Código Civil*” (*Progetto di Codice Civile*) l'autore aveva più libertà per manipolare materiali liberamente; in secondo posto, il diverso impiego del *usus modernus pandectarum* in Portogallo ed in Brasile (rispetto all'efficacia del contratto di compra vendita) a partire dal secondo quarto del secolo XIX.

In questi termini si tratta di analizzare in che modo la convergenza degli aspetti *conservatore* (rispetto alle leggi che ordinano) e *innovatore* (rispetto alle leggi che insegnano) di Augusto Teixeira de Freitas spiegherà la proposta (di promulgazione parallela) di un *Código Geral* (*Codice Generale*) e di un *Código Civil* (*Codice Civile*) articolata nella lettera inviata al Ministro Martim Francisco Ribeiro de Andrada il 20 settembre 1867 – allo stesso tempo che sembra giustificare il “genio” che gli è spesso attribuito.