

# O papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro

José Carlos Moreira Alves

Pouco depois da independência do Brasil em 1822, a lei de 20 de outubro de 1823 determinou que continuassem em vigor no país as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse novo Código, ou não fossem especialmente alterados.

Foi em virtude dessa lei que não se aplicaram ao Brasil as reformas que o liberalismo, a partir do começo da década de vinte, passou a introduzir em Portugal, movido, principalmente, pelos novos preceitos das legislações estrangeiras que começavam a multiplicar-se e que eram diversos da tradição romana do direito luso. De outra parte, a intensidade da influência das idéias que tinham seu nascedouro na Revolução Francesa era muito maior num país como Portugal, vizinho de suas fontes, do que no Brasil, apartado delas pela distância de um oceano, e absorvido pelos problemas graves da consolidação de sua independência.

A esse fator estático iria, em breve, adicionar-se um fato dinâmico: a atuação, no campo legislativo de TEIXEIRA DE FREITAS, com a elaboração, em 1857, da Consolidação das Leis Civis, e, posteriormente, com a redação, que ficou inacabada, do Esboço, que era o Projeto de Código Civil que o Governo Imperial lhe encomendara.

A Constituição Imperial de 1824, no artigo 179, XVIII, estabelecia:

“Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”

Em 1830, cumpriu-se parcialmente o preceituado nesse dispositivo: promulgou-se o Código Criminal do Império Brasileiro. Mas, quase um século precisaria decorrer para que se elaborasse o outro dos Códigos, o Código Civil.

O primeiro passo para a feitura do Código Civil foi a contratação (celebrada em 15.2.1855) de TEIXEIRA DE FREITAS para realizar, como obra preparatória, a Consolidação das Leis Civis. Anteriormente, EUSÉBIO DE QUEIROZ<sup>1</sup> sugerira que se adotasse como Código Civil o Digesto Português,

---

1 Isso ocorreu em 1851, quando EUSÉBIO DE QUEIROZ era Ministro da Justiça.

de autoria de CORRÊA TELLES<sup>2</sup>, sugestão que morreu no nascedouro, repudiada que foi pelo Instituto da Ordem dos Advogados.

Em três anos, concluía TEIXEIRA DE FREITAS essa Consolidação que, em 1897, seria traduzida, em resumo, para o francês, por RAUL DE LA GRASSERIE.<sup>3</sup>

A Consolidação das Leis Civis pôs ordem no caos dos princípios civis constantes das Ordenações Filipinas e das Leis extravagantes, permitindo saber as normas que vigoravam no território brasileiro. O ponto mais alto desse trabalho se situa nas duas centenas de páginas em que se desdobra a Introdução que o acompanha. Nela, distingue TEIXEIRA DE FREITAS, na execução a que se propôs. A parte prática da parte científica. Na parte prática, pela natureza mesma da obra - consolidar as regras de direito civil em vigor, reduzindo-as a preceitos tão concisos como possível -, o trabalho dependia de erudição, paciência e fidelidade, não dando azo a criações. Estas só encontrariam campo na parte teórica, na demarcação dos limites da Legislação Civil e no sistema de sua exposição. E na sistemática da Consolidação FREITAS revela, de mo inequívoco, seu espírito criador. O sistema que adota, após submeter a exaustiva crítica do das Institutas romanas - pessoas, coisas e ações - desde o de LEIBNIZ até o dos romanistas alemães representados por MA-CKELDEY, é assim exposto no ele:

“Sob as idéias fundamentais que temos desenvolvido, a Consolidação das Leis Civis apresenta em sua primeira divisão duas grandes categorias que formam a sua Parte Especial. A essa Parte Especial antecede uma Parte Geral que lhe serve de prolegômenos.

A Parte Geral trata em dois Títulos das “pessoas” e das “coisas”, que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e por tanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil.

A Parte Especial compõe-se de dois Livros, em correspondência com a fundamental divisão das duas categorias. O 1º Livro tem por objeto os “direitos pessoais”, o 2º Livro – os “direitos reais”.<sup>4</sup>

Pela primeira vez, em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã, utilizada nas obras dos pandectistas, da divisão em parte geral, onde se reuniam os elementos constitutivos do direito subjetivo, e em parte especial, onde se colo-

2 *Digesto Português*, 3 vols., nova edição, Livraria Clássica editor, Lisboa, 1909.

3 *Code Civil du Venezuela*. LOIS Civiles du Brésil, V. Giard & E. Briere, Paris, 1897.

4 *Consolidação das Leis Civis*, 1ª ed. Os. XCIX e C, Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1857.

cavam as regras referentes aos direitos subjetivo sem espécie. Mas, na subdivisão de ambas se afastava da orientação germânica: na parte geral, adstringia-se às pessoas e às coisas, excluindo os fatos jurídicos, por entender que só os fatos voluntários lícitos – os Atos jurídicos – é que precisavam de ser disciplinados, razão por que “a matéria dos fatos deixa de ser geral, e pertence quase toda às matérias especiais dos contratos e testamentos”<sup>5</sup> havendo muitos direitos “que nada têm com esses atos jurídicos, ao passo que sem pessoas e coisas, e ao menos sem pessoas, não há direito algum”<sup>6</sup>; e na parte especial se limitava a distinguir os direitos pessoais dos direitos reais, divisão que se lhe afigurava fundamental no tocante aos direitos subjetivos, considerando que a adotada por **MACKELDEY** – direito das coisas, direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões e concurso de credores – pecava por desnecessária abundância. Para enquadrar os diferentes direitos numa dessas duas categorias, caracterizava os direitos reais como “todos os direitos absolutos, que imediatamente recaem sobre as coisas, ou em unidade complexa, formando o direito de domínio ou propriedade material; ou em unidade elementar, e distribuídos por dois ou mais agentes”, e os direitos pessoais como “os que afetam uma ou mais pessoas individualmente obrigadas, e só por intermédio destas recaindo sobre as coisas”<sup>7</sup>. Por isso, no concernente aos direitos pessoais, dividia-os em direitos pessoais nas relações de família (que abarcavam o casamento, o pátrio poder, o parentesco, as tutelas e as curatelas) e direitos pessoais nas relações civis (que abrangiam as causas produtoras deles - os contratos e os delitos - e as causas de sua extinção); e, nos direitos reais, enquadrava o domínio, a servidão, a herança, a hipoteca e a prescrição aquisitiva (a usucapio). Reconhecia, porém, **TEIXEIRA DE FREITAS** que essa distribuição de matérias não era a que se lhe afigurava a melhor, admitindo seu aperfeiçoamento se se tratasse de codificação nova, onde pudesse “escolher materiais à vontade”<sup>8</sup>. E observava que a herança apresentava natureza comum às duas espécies de direitos subjetivos, devendo entrar em ambas; o mesmo acontecia com o concurso de credores e com a prescrição, o que conduzia à necessidade de um terceiro livro na parte especial, onde se contivessem as disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais, e que se dividiria em três títulos: o 1º, concernente à herança; o 2º, ao concurso de credores; e o 3º, à prescrição.

Se a preservação, em nosso direito, das antigas tradições jurídicas portuguesas, hauridas, precipuamente, nas fontes romanas, muito deve à Consolidação das Leis Civis, que foi o obstáculo maior à utilização de elemen-

---

5 Ibidem, CVII

6 Ibidem, CVII e CVIII.

7 Ibidem, C e CI.

8 Ibidem, CII.

tos estranhos para o preenchimento de lacunas muitas vezes inexistentes, e, portanto, à introdução de princípios alienígenas contrários à nossa formação jurídica, é no Esboço ao Código Civil que o espírito criador de **TEIXEIRA DE FREITAS** encontra terreno propício para evidenciar-se.

Em 1858, decreto de 22 de dezembro autorizou o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a contratar um juriconsulto de sua escolha para a elaboração do Projeto de Código Civil do Império brasileiro. E o escolhido foi **TEIXEIRA DE FREITAS**, que, em 11 de janeiro de 1859, se compromete, em contrato Firmado com o Governo, a entregar o projeto até 31 de dezembro de 1861. Posteriormente, dilatou-se esse prazo para 30 de junho de 1864.

Entendeu **TEIXEIRA DE FREITAS** que deveria elaborar, antes do Projeto definitivo, um esboço, e deste já estavam impressos 4.908 artigos, quando seu autor, convencendo-se de que se impunha a unificação do direito privado (reunindo-se, assim, as normas de direito civil e de direito comercial), se dirigiu ao então Ministro da Justiça, o Conselheiro **MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADE**, e propôs que se alterasse o plano da codificação, elaborando-se ao invés de um Código Civil, dois Códigos: o Código Geral (onde se trataria das causas jurídicas, das pessoas, dos bens, dos fatos e dos efeitos jurídicos) e o Código Civil (que abrangeria os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais).

No ofício, datado de 20 de setembro de 1867 – pouco mais de vinte e um anos antes da célebre aula inaugural que **CESARE VIVANTE** proferiu em Bolonha sobre a unificação do direito privado–, que **FREITAS** endereçou ao Conselheiro **MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADE**, lêem-se trechos como este:

“O Governo espera por um Projeto do Código Civil no sistema desse Esboço, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido, como estou de que a empresa quer diverso modo de execução.

O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina; e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis Civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio”<sup>9</sup>.

9 *Apud FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Vol. I (formação do Direito Escrito), nº 613, p. 267, Oficinas Gráficas do “Jornal do Brasil”, Rio de Janeiro de Janeiro, 1920.*

E, mais adiante:

“Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência.

Entretanto, a inércia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas, formou lentamente um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de exceção, e que de leis passaram a ser Códigos, com seus tribunais de jurisdição restrita e improrrogável. Eis a história do Direito Comercial! Eis falsificada a instrução jurídica, e aturridos espíritos com a frívola anatomia dos atos até extrair-lhes das entranhas o delicado critério”<sup>10</sup>.

Era a primeira vez que alguém não se limitava a criticar, de maneira vaga – como antes o fizeram, na Itália, **MONTANELLI**<sup>11</sup> e **PISANELLI**<sup>12</sup> e, no Brasil, **PIMENTA BUENO**<sup>13</sup> –, a dicotomia direito civil-direito comercial, mas defendia, propondo-se a efetivá-la em projeto de código, a tese da unificação do direito privado, por estar convencido de que não havia diferença substancial que justificasse a separação.

A proposta de **TEIXEIRA DE FREITAS** obteve parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, mas não mereceu aprovação do Governo Imperial, e, em 1872– depois da negativa formal de **TEIXEIRA DE FREITAS** de ultimar o Esboço de Projeto de Código Civil, por estar convencido da necessidade dos dois Códigos que propusera–, foi rescindido o contrato por ele firmado com o Governo. Mas, a idéia estava lançada, e, no futuro, iria alastrar-se.

O sistema adotado por **TEIXEIRA DE FREITAS** no Esboço se afasta do por ele seguido na Consolidação das Leis Civis.

Assim, na parte geral, acrescentou as pessoas e as coisas, os fatos e o justificou desta forma:

“Esta Seção 3<sup>a</sup>, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primitivo plano, como se pode ver

10 *Idem*, ob. cit., I, nº 613, p. 269.

11 *Introduzione Filosofica allo Studio del Diritto Commerciale Positivo*, caps. 13e 14.

12 *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. I, parte I, Della Competenza, nº 12, p. 23.

13 *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, nova edição, p. 11, Rio de Janeiro, 1958.

na Consolid. das Leis Civs. Introd., ps. 106, 107 e 108. Ali disse eu: “alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método”.

Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem esse método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção do da Prússia. Eles têm legislado sobre matéria de aplicação geral e quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fossem exclusivamente aplicáveis só aos contratos e testamentos; e com este sistema embarçam 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”<sup>14</sup>

Na parte especial, além de adicionar um terceiro livro – cujo conteúdo não chegou a elaborar –, referente às disposições comuns dos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores e prescrição), alterou a subdivisão do livro concernente aos “direitos pessoais”, iniciando pelos “direitos pessoais em geral” (onde disciplinou, genericamente, a obrigação), prosseguindo com os “direitos pessoais nas relações de família” (onde se ocupou do direito de família) e concluindo com os “direitos pessoais nas relações civis” (onde regulou as causas das obrigações); e, no livro dos direitos reais, tratou, primeiro, dos “direitos reais em geral”, em seguida, dos “direitos reais sobre as próprias coisas” (o domínio e o condomínio), e, por último, dos “direitos reais sobre as coisas alheias”(enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidões).

Precedendo à própria parte geral, colocou um título preliminar: do “lugar” e do “tempo”, no qual disciplinou os limites da aplicação espacial do Código Civil, e, após acentuar que, no tocante à sua aplicação no tempo, essa matéria seria objeto de lei especial transitória, estabeleceu normas sobre a contagem de prazos.

Mas não apenas na sistemática se afasta **TEIXEIRA DE FREITAS** dos Códigos então conhecidos, especialmente do Código Civil francês, modelo de tantos que se lhe seguiram. Aparta-se deles, também, em pontos fundamentais, na disciplinados diversos institutos jurídicos.

É especialmente na parte Geral do Esboço que ressalta seu espírito inovador.

Distingue a capacidade de direito da capacidade de fato, e, quanto àquela, faz observação que só em tempos muito mais recentes se vai tomando correntia:

---

14 *Código Civil – Esboço*, vol. I, p. 229, nota ao artigo 431, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952.

a de que a capacidade de direito não se traduz pela aptidão de adquirir direitos, mas pelo grau dessa aptidão, e isso porque” não há pessoas em capacidade de direito, por maior que fosse o número de proibições do Código”<sup>15</sup>. É com base nisso que os civilistas modernos diferenciam a personalidade jurídica da capacidade de direito: aquela é conceito absoluto – existe, ou não existe; esta, conceito relativo, existe em maior ou menor grau – é a medida da personalidade jurídica. Por outro lado, **FREITAS** divide as pessoas em pessoas de existência visível (o homem) e pessoas de existência ideal, que também denomina “pessoas jurídicas”. Quanto às primeiras, reconhece-lhes a aptidão de adquirir todos os direitos civis, independentemente da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política; atribui-lhe existência desde a concepção, distanciando-se dos textos romanos que afirmavam que, durante a gestação, o filho ainda não era criatura humana, e optando pela solução do Código da Prússia, que preceituava: “os direitos comuns à humanidade pertencem aos filhos que não são ainda nascidos, a contar do momento de sua concepção”<sup>16</sup>, no mesmo sentido, aliás, do direito das Ordenações Filipinas; para o nascimento, exige apenas a vida extra-uterina, deixando de lado a vitalidade, a semelhança do Código prussiano, e diferentemente do Código de **NAPOLEÃO**; a ausência vem disciplinada na parte geral, e não juntamente com o direito de família; e, no tocante à comoriência, aparta-se do direito anterior, que se ajustava aos princípios do *Corpus Iuris Ciuilis* e do Código Civil francês, e estabelece que “quando não se possa saber qual delas faleceu primeiro, dever-se-á presumir que faleceram todas ao mesmo tempo, sem que se possa alegar transmissão de direitos entre elas”<sup>17</sup>. No que diz respeito às pessoas de existência ideal (as pessoas jurídicas), apresenta o Esboço, pela primeira vez numa codificação, a disciplina, sob todos os aspectos, desse instituto, o que mereceu de **FREITAS** esta nota:

“Com algum receio apresento este Tít. 3º sobre as pessoas de existência ideal, não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, alias meramente exterior, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito, e sem a qual entretanto não se pode conhecer a teoria das pessoas, e toda a beleza e majestade do Direito Civil. Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais,

---

15 *Ibidem*, p. 24, nota ao artigo 21, onde se lê: “Grau de aptidão: não digo aptidão, porque não há pessoa sem capacidade de direito, por maior que fosse o número das proibições do Código. Desta maneira a capacidade de direito envolve sempre uma idéia relativa, mesmo em cda pessoa dada, visto que todas as pessoas são capazes de direito quanto ao que o Código não lhes proíbe, e ao mesmo tempo incapazes de direito quanto ao que se lhes proíbe”.

16 *Ibidem*, p. 135, nota ao artigo 221.

17 *Ibidem*, p. 146, artigo 243.

em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico em jurisprudência”<sup>18</sup>.

Em matéria de coisas, depois de acentuar, no artigo 317, que “todos os objetos materiais susceptíveis de uma medida de valor são coisas”, as restringe as corpóreas no artigo 319 (“Os objetos que, sendo susceptíveis de uma medida de valor não foram objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código”), orientação que vários anos após seria, também, a do B.G.B, ao estabelecer, no § 90: “Coisas no sentido da lei são somente os objetos corpóreas”<sup>19</sup>.

E se afasta do direito romano ao excluir da categoria das coisas as res communes omnium hominum, pela consideração de que “os objetos materiais comuns e inexauríveis não são elemento de direito”<sup>20</sup>.

É, porém, na disciplina dos fatos jurídicos como fontes produtoras de direitos subjetivos que há, em terreno particularmente difícil, antecipações que merecem destaque. Não escapou a **TEIXEIRA DE FREITAS** a distinção, a que aludira **SAVIGNY** sem aprofundá-la, entre os atos jurídicos, com base no modo pelo qual operava a vontade: se dirigida diretamente ao nascimento ou à extinção da relação jurídica, “declaração de vontade ou negócio jurídico”; se dirigida imediatamente a outros escopos, tendo o efeito jurídico posto secundário na consciência ou não sendo ele desejado, “atos jurídicos que não são negócios jurídicos”, categoria que permaneceu inominada na obra de **SAVIGNY**. Adotou-a **TEIXEIRA DE FREITAS**, no Esboço. Após acentuar, no artigo 435, que “os fatos voluntários, ou são atos lícitos, ou ilícitos” e que “são atos lícitos as ações voluntárias não proibidas por lei, de que possa resultar alguma aquisição, modificação, ou extinção de direito”, refere, no artigo 436, os atos lícitos que não têm por fim imediato a aquisição, modificação, ou extinção de direitos, mas que somente produzirão esses efeitos nos casos que na lei foram expressamente declarados, e, em seguida, alude, no artigo 437, aos negócios jurídicos a que dá a denominação de atos jurídicos: “Quando os atos lícitos tiverem por fim imediato alguma aquisição, modificação, ou extinção de direitos, serão designados pela denominação de atos jurídicos”. Em dois pontos se adiantava **FREITAS** a **SAVIGNY**: primeiro, porque este, ao aludir aos atos jurídicos que não eram negócios jurídicos, enquadrava neles atos lícitos e atos ilícitos; segundo, porque, enquanto **SAVIGNY** apenas fazia a distinção, **FREITAS** ressaltava claramente que os efeitos desses atos lícitos seriam somente os previstos na lei, o que só veio a ser evidenciado pela

18 *Ibidem*, p. 158, nota ao artigo 272.

19 § 90. *Sachen in Sinne des Gesetzes sind nur Körperliche Gegenstände*.

20 *Código Civil – Esboço*, vol. I, p. 193, nota ao artigo 318.

doutrina mais moderna, a partir do início do século XX, com **MANIGK**, ao basear a distinção entre “negócios jurídicos” e “participações de vontade” na diferença entre efeitos *ex uoluntate* e efeitos *ex lege*. É admirável, no plano estrito do legislador, a intuição de **FREITAS** em incluir no *Esboço* esse artigo 436. Só recentemente, em 1967, é que o novo Código Civil português veio a ocupar-se deles, preocupando-se, porém, apenas em alertar que a tais atos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as normas do negócio jurídico. E cabe, ainda, assinalar que, no terreno movediço do negócio jurídico, não escapou a **FREITAS** a existência do que a doutrina mais moderna denomina “negócio de atuação”, assim definido por **LORENZO CAMPAGNA**: são os negócios jurídicos em que “a vontade não é declarada, mas somente expressa mediante atuação”<sup>21</sup>. No artigo 446, já preceituava que os atos exteriores de manifestação de vontade podiam consistir “na execução de algum fato material, consumado ou começado”, e não apenas na expressão positiva ou tácita da vontade. Quanto aos contratos, que o artigo 438 refere como exemplo de atos jurídicos entre vivos, apressa-se **FREITAS** em advertir que não adota o conceito amplíssimo que lhe deu **SAVIGNY**, mas o restrito: o de contrato obrigatório<sup>22</sup>.

Na parte especial do *Esboço*, encontram-se anotações com alguma abundância na seção I (“Dos direitos pessoais em geral”) do livro segundo (“Dos direitos pessoais”), na qual se disciplina a parte geral das obrigações. Do exame dessas notas, porém, se verifica que, ao lado das em que **FREITAS** expressa opiniões críticas com relação ao direito romano e à legislação e à doutrina de seu tempo, há inúmeras em que, ou se adstringe a citar textos romanos sem indicação de fonte, ou os cita com observações complementares. Não é, porém, difícil localizar, nas fontes romanas, os textos que **FREITAS**, em apoio dos artigos que incluiu no *Esboço*, transcreve sem qualquer indicação. Tomou-os, em sua totalidade, das citações feitas por **MAYNZ**, e das que se encontram em **MOLITOR**<sup>23</sup>. As mais das orientações que acolhe são as romanas. Não poucas vezes, critica as soluções adotadas pelo Código Civil francês e que se contrapõem àquelas. Quando se afasta do direito romano, diz a razão de dele se haver apartado.

Já na seção II (“Direitos pessoais nas relações de família”) desse mesmo livro segundo, regulam-se os espousais e os pactos antenupciais, admitidos

21 *I “negozi di attuazione” e la manifestazione dell’ intento negoziale*, p. I, Dott. Giuffrè-Editore, Milano, 1958

22 *Código Civil – Esboço*, vol. I, p. 236, nota ao artigo 438.

23 Vide, a propósito, J. C. MOREIRA AL VES, *A Formação Romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano a cura de Sandro Schipani, p. 34, nota 51, Cedam, Padova, 1988.

também no direito anterior<sup>24</sup>. Disciplina-se a celebração do casamento em face da Igreja Católica, bem como os matrimônios mistos autorizados, ou não, por ela<sup>25</sup>. O regime legal de bens é o que vem do direito português: o da comunhão universal. Ao lado dele, regulam-se os regimes da separação e o dotal. O divórcio não é o romano, mas o canônico: a separação de pessoas e de bens, sem dissolução do vínculo matrimonial<sup>26</sup>. Permite se, porém, a dissolução do casamento celebrado sem autorização da Igreja Católica, se convertido o cônjuge não-cristão ou não-católico, este casar-se com outrem perante aquela Igreja<sup>27</sup>. Segue-se o princípio romano impeditivo da *turbatio sanguinis*, com a extensão que teve no período pós-clássico, uma vez que se exige, para passar-se ao segundo casamento, a observância do prazo mínimo de dez meses, qualquer que seja a causa da dissolução do primeiro matrimônio<sup>28</sup>. Aos filhos que tenham domicílio de origem no Brasil só se permite a legitimação pelo subsequente casamento<sup>29</sup>. Proíbe-se o reconhecimento dos filhos adúlteros, incestuosos e sacrílegos<sup>30</sup>. Disciplina-se a adoção, admitida, também, no direito anterior. Regula-se, por fim, largamente, a tutela e a curatela<sup>31</sup>.

Na última seção (a III, “Dos direitos pessoais nas relações civis”) do Livro segundo, encontram-se os preceitos sobre as obrigações derivadas dos contratos, dos atos lícitos que não são contratos, dos atos involuntários, dos fatos que não são atos e dos atos ilícitos. Merece destaque, nessa parte do *Esboço*, a sistematização das matérias, especialmente no tocante aos preceitos relativos ao contrato em geral e aos referentes às obrigações derivadas de atos ou fatos que não são contratos. Há, na disciplina de todas essas obrigações, principalmente quanto às de origem contratual, larga inspiração romana. Dela, porém, não raras vezes se aparta, mantendo princípios da tradição luso-brasileira, como sucede, por exemplo, no mandato, que implica necessariamente a representação convencional, como se vê do artigo 2.853: “Haverá mandato, como contrato (art. 1.830), quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil”.

No derradeiro livro do *Esboço* que chegou a elaborar – o referente aos direitos reais –, **FREITAS**, na disciplina desses direitos, segue, em geral, as di-

---

24 Arts. 1.237 a 1.253.

25 Arts. 1.254 a 1.298.

26 Art. 1.379.

27 Art. 1.420, nº2.

28 Art. 1.455.

29 Art. 1.554.

30 Art. 1.601.

31 Arts. 1.634 a 1.829.

retrizes do direito romano. Adota o sistema do numerus clausus<sup>32</sup>. Distingue os direitos reais sobre coisas próprias (o domínio e o condomínio) dos direitos reais sobre coisas alheias (enfitese, usufruto, uso, habitação, servidões). No art. 3.707, separa os direitos reais “verdadeiros” (que existem quando quem os exercer tiver a todos os respectivos direito de exercê-los, ou os tiver legitimado por prescrição) dos direitos reais “putativos” (que ocorrem quando, pelo fato de seu exercício ou da posse com justo título, ou só pelo fato de seu exercício ou da posse, se presumir com direito de exercê-los quem os exercer). Regula, em seguida, a posse, e, aí, é manifesta a influência de SAVIGNY e do Código da Prússia. Vários de seus artigos reproduzem parágrafos desse Código. Por vezes, a nomenclatura é análoga, mas o sentido diferente. É o que ocorre com a “simples detenção”, com a “posse perfeita” e com a “posse imperfeita”: a simples detenção, como disciplina no Esboço, abarca não apenas os casos de detenção do Código da Prússia, mas também alguns de posse imperfeita (unvollständiger Besitz); e a distinção entre “posse perfeita” e “posse imperfeita”, como estabelecida no Esboço, se assenta, principalmente, nos conceitos de “domínio perfeito” e de “domínio imperfeito” adotados por FREITAS, o que não sucede com o vollständiger und unvollständiger Besitz, sendo que, ainda, a “posse imperfeita” abarca, também, as hipóteses de exercício de direito real sobre coisa alheia “exercível” pela posse. E, à semelhança do que se verifica no Código Prussiano, a disciplina da detenção e da posse, no Esboço, é muito minuciosa. Quanto à aquisição de direitos reais, observa FREITAS a distinção romana entre o título e o modo de aquisição. Este, com relação às coisas móveis, é a tradição, ao passo que, no tocante aos imóveis - inovação digna de realce -, é a transcrição no Registro Conservativo<sup>33</sup>. No concernente ao domínio, distingue o perfeito (direito real perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa própria móvel ou imóvel com todos os direitos sobre sua substância e utilidade) do imperfeito (que é o direito real resolúvel, ou fiduciário, de uma só pessoa sobre uma coisa, que aliena somente seu domínio útil)<sup>34</sup>. Permite o usufruto de coisas fungíveis e o usufruto de créditos<sup>35</sup>. E a servidão de tirar água é o último instituto disciplina do pelo Esboço, na parte que chegou a ser publicada.

Embora não se tenha transformado no Código Civil, o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS é um marco fundamental na formação do direito privado brasileiro, e exerceu grande influência sobre o direito civil latino-americano, especialmente na elaboração do Código Civil argentino.

---

32 Art. 3.703.

33 Art. 3.809.

34 - Arts. 4.072 e 4.300.

35 - Arts. 4.652 a 4.662.