

A TÉCNICA JURÍDICA NA OBRA DE FREITAS A CRIAÇÃO DA DOGMÁTICA CIVIL BRASILEIRA

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO

SUMÁRIO: 1. Introdução. A técnica jurídica na obra de FREITAS. 2. O direito como sistema. 3. As influências pessoais: LEIBNIZ e SAVIGNY. 4. O sistema formal na obra de FREITAS: *A Consolidação das leis civis* e o *Esboço de Código Civil*. I. A Consolidação das Leis Civis. II. O Esboço de Código Civil. A Unificação do Direito Privado. A idéia de um Código Geral distinto do Código Civil. 5. O sistema material de FREITAS. As relações e os valores jurídicos. 6. Conclusões.

1. *Introdução. A técnica jurídica na obra de FREITAS*

As observações que me proponho a fazer à obra de TEIXEIRA DE FREITAS limitam-se a um dos aspetos mais importantes de sua notável criação no direito brasileiro e latino-americano, o modo como utilizou a técnica jurídica na *Consolidação das Leis Civis* e no *Esboço de Código Civil*, apreciando-lhe o método, compreendendo-lhe os princípios, e relacionando-a com a circunstância histórico-filosófica em que se processou.

Preliminarmente, vale precisar o sentido com que utilizo, neste ensaio, a expressão técnica jurídica.

Técnica é arte, conjunto de meios adequados para se alcançar determinado objetivo. No direito, consiste tanto na criação da dogmática jurídica, utilizando conceitos, categorias, construções, presunções, ficções, quanto nos processos de aplicação do direito, compreendendo a interpretação, a integração e a solução dos conflitos de leis.

O interesse com a técnica jurídica aparece nos meados do século passado com os estudos de metodologia jurídica.¹ Pode-se dizer que começou com SAVIGNY, com a famosa lição de Marburgo,

¹ J. DABIN, *La technique de élaboration du droit positif*, Bruxelles, 1935, 2. R. LIMONGI FRANÇA, *Formas e aplicação do direito*, SP, 1969, p. 15.

Juristische Methodenlehre (1802), em que demonstrava ser o direito uma ciência histórica, como produto da tradição cultural de um povo, e filosófica, no sentido de apresentar-se sob a forma de sistema coerente e unitário. Também as obras seguintes, *Vom Recht des Besitzes* (1803) e no *System des heutigen römischen Rechts*, desenvolviam essa concepção, diferenciando, no fenômeno jurídico, dois aspetos, um, material, que seria a vida e a cultura da nação, e outro formal, o sistema ou a dogmática jurídica. Antes dele, porém, já LEIBNIZ, em trabalho pioneiro, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artibus didacticis principiis*, havia defendido a sistematização científica do direito.² Nessa dicotomia, matéria e ciência, matéria e forma, baseou-se IHERING, que via a técnica jurídica como o elemento específico do direito, a distingui-lo dos demais aspetos da atividade humana. Para esses juristas combinavam-se, de modo sintético, a matéria social e o aspeto formal, o dado e o construído,³ em um processo de adaptação de meios ao fim proposto, que é a disciplina e a organização da vida social por meio de um conjunto institucionalizado de normas de comportamento, o chamado Direito.

Distinguem-se duas espécies de técnica jurídica, a que se realiza na formulação das normas de direito, e a que consiste no processo de sua aplicação, visando solucionar os conflitos de interesses ou a organizar as condições de vida social. A primeira, a chamada técnica legislativa, procura realizar objetivos de ordem geral, enquanto a segunda visa objetivos de ordem individual e concreta.

A primeira, a técnica de elaboração legislativa, com a qual se expõem, ordenada e coerentemente, as normas jurídicas, em determinada circunstância temporal e espacial, resulta na sistemática jurídica, ou jurisprudência técnica, dispondo as regras sob a forma de preceitos ou dogmas, donde o nome de dogmática jurídica. Produto da elaboração conceitual por meio de procedimentos lógicos,⁴ compreende ainda os princípios orientadores do sistema, o que permite, em uma visão crítica, a pesquisa e análise dos valores que lhe servem de fundamento. A segunda, a técnica da aplicação do direito, consiste na solução dos problemas jurídicos através da interpretação e integração das normas, e dos critérios a adotar no seu processo de escolha, no caso de conflitos intertemporais ou interesaciais. Objetivo deste ensaio é a apreciação crítico-descritiva da técnica jurídica no seu primeiro aspeto, isto é, de que

² K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, 1978, XV.

³ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, III, 18, 19.

⁴ E. PARESCE, "Dogmatica giuridica", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, XIII, 678.

modo e por que dela se utilizou FREITAS, o primeiro sistematizador e primeiro construtor da dogmática jurídica no Brasil.

2. *O direito como sistema*

Embora não desconsiderando os diversos ângulos de apreciação do fenômeno jurídico, o direito como norma, o direito como relação e o direito como instituição,⁵ realiza-se mais facilmente o objetivo deste artigo considerando-se o direito sob o ponto de vista sistemático, e aplicando-se tal enfoque na análise da obra de TEIXEIRA DE FREITAS, a *Consolidação* e o *Esboço do Código Civil*, que é onde mais claramente se manifestou seu gênio criador.

A idéia de sistema corresponde a um todo ordenado, unitário e coerente entre si. Sua matéria se articula segundo um princípio comum ordenador, e a totalidade resultante encarna a verdade científica. Somente o total será verdadeiro, e a *“realidade e a verdade de cada parte somente terão sentido em virtude de sua referência e inserção no todo”*.⁶ Quer se considere o sistema jurídico sob o ponto de vista externo, simples exposição do material jurídico, na forma de conceitos abstratos, quer se considere sob o ponto de vista interno, um conjunto de normas, princípios e relações jurídicas coerente e harmonicamente estruturado, o certo é que a idéia de sistema é histórica e relativa. Como tal, impõe-se seja o direito considerado na perspectiva temporal e na dimensão espacial, e também na relação que mantém com os demais sistemas sociais, principalmente o político e o econômico.

A utilização da idéia de sistema como método de análise ou de compreensão da obra de FREITAS, isto é, a abordagem sistemática de sua obra, pressupõe sejam consideradas várias questões, como a idéia de sistema em sua época, as influências que ele teria recebido de pessoas e de modelos legislativos e, principalmente, os elementos com que teria construído o seu sistema característico.

3. *As influências pessoais: LEIBNIZ e SAVIGNY*

Sob o ponto de vista externo ou extrínseco, a idéia de sistema é antiga. Embora em Roma *“a estrutura da matéria jurídica privada, e sua ordenação em um sistema inspirado em determinados princípios jurídicos, fosse desconhecida”*,⁷ há autores que se refe-

⁵ S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 1974, 41.

⁶ HEGEL, *Fenomenologia do espírito*, São Paulo, 1975, “prefácio”.

⁷ M. KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, 1968, 23.

rem tanto ao sistema muciano quanto ao sistema sabiniano,⁸ sendo que a obra do pós-clássico GAIO, as célebres *Institutiones*, orientada por princípios sociológicos e didáticos, e dividida em três partes distintas, pessoas, coisas e ações, pode considerar-se como verdadeiro sistema, aproveitado, aliás, por JUSTINIANO, pela sistemática medieval e, modernamente, pelos redatores do Código Civil francês.

Embora LEIBNIZ já distinguisse, no seu sistema, o aspeto formal do aspeto material, é com SAVIGNY que surge a concepção do sistema interno ou intrínseco, isto é, o direito como um sistema histórico, filosófico e dogmático,⁹ com seus institutos jurídicos orgânica e funcionalmente estruturados, com suas relações, normas e princípios jurídicos harmonicamente integrados.

Ora LEIBNIZ e SAVIGNY estão presentes nas elucubrações doutrinárias de FREITAS, que, todavia, mostra conhecer a obra de outros juristas em matéria de metodologia e de classificação do direito, como JEREMY BENTHAN, FRANZ HOTMANUS, JOHANNES ALTHUSSIUS, POTHIER, DOMAT, MALEVILLE, HUGO, MACKELDEY, CORRÊA TELLES, COELHO DA ROCHA, LOCRÉ, AHRENS, MAYNZ, ZACHARIAE, HEINECCIUS.

SAVIGNY é a grande referência. Representante da escola histórica, defende a idéia de que o direito é algo objetivo, externo, não decorrente de princípios jurídicos *a priori*, desligados da experiência humana. Adepto do princípio da causalidade, segundo o qual todos os fenômenos têm causa, e por isso o direito não se produz livremente, senão em virtude de uma necessidade (causa), considera o direito como um organismo, em constante processo de mutação, de acordo com as necessidades da vida.¹⁰ Contesta, desse modo, o direito natural.

A escola histórica, ao mesmo tempo que defende o rigor histórico, advoga a aplicação da lógica ao direito,¹¹ caminhando para uma concepção deste como ciência e como sistema. Valoriza, desse modo, o aspeto dogmático, a construção científica, com espírito unitário e coerente, do vasto material normativo que a vida oferece ao jurista. Sua base, ou seu tema preferido, era o direito romano, em cuja elaboração científica e aplicação prática via um instrumento de progresso para a ciência do direito. Essa escola surgia, desse modo, como “uma nova e mais profunda concepção da ciência do direito, como história e sistema ao mesmo tempo, em que a evolução lenta e verdadeiramente orgânica do direito e de cada

⁸ G. LAZZARO, “Sistema giuridico”, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, XVII, 460.

⁹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottingen, 1967, 421.

¹⁰ A. HERNANDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, 95.

¹¹ *Idem*, 104.

uma de suas partes, imparcialmente observada à luz da crítica histórica, sem preconceitos filosóficos, nem preocupações escolásticas, põe a base do sistema”,¹² desprezando a metafísica e usando a lógica jurídica. “O fim proposto era a verdade histórica, alcançável pelo caminho do mais coerente raciocínio”.¹³

A escola histórica vai desaguar no positivismo, e desenvolve a crença de que o direito de um povo é o que exprime o seu ordenamento jurídico. A ciência do direito transforma-se na dogmática jurídica, e o sistema o seu principal instrumento e construção formal. E os *dogmas* são os conceitos que se obtêm, por meio da generalização e abstração, da experiência jurídica.¹⁴ TEIXEIRA DE FREITAS não teve, porém, acesso ao processo de construção jurídica tão bem desenvolvido¹⁵ por IHERING, PUCHTA, WINDSCHEID, BINDING. Sendo a Consolidação das leis civis 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, CORRÊA 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 gênio e a prioridade de FREITAS na concepção e na obra de sistematização científica do direito. Revela-se, desse modo, o caráter inovador e criativo de FREITAS, visando sistematizar o direito de seu país sem copiar os modelos ou a construção alienígena. Pelo que se deduz do conjunto de sua obra, a *Consolidação*, o *Esboço* e a *Nova Apostila*,¹⁶ a influência de SAVIGNY, se houve, e assim o dizemos porque as citações do sábio alemão referem-se apenas ao *Tratado de Direito Romano*, estaria no pensamento anti-jusnaturalista de FREITAS, na idéia do valor da história e do método positivo para o direito, na concepção da pessoa como titular de direitos reais e pessoais, pedra angular de seu sistema jurídico, na

12 *Idem*, 121.

13 *Idem*, 125.

14 *Idem*, 130.

15 R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, 1887, III, 25.

16 T. FREITAS, *Nova apostila à censura do Senhor Alberto de Morais Carvalho sobre o projeto do código civil português*, Rio de Janeiro, 1859.

teoria da posse a que se refere na introdução à Consolidação, e, principalmente, no culto ao direito romano como fonte perene da cultura e da ciência jurídica.

FREITAS preocupou-se muito com o aspeto científico de sua obra. Entre seus objetivos figurava a classificação das leis como, inclusive, constava do contrato realizado com o governo imperial “para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil” em 1855. Esse trabalho foi interrompido pela elaboração do projeto do código civil, mas dele há referências na crítica que faz do projeto do código civil português de SEABRA. FREITAS mostra conhecer a classificação de BENTHAM,¹⁷ principal representante do utilitarismo, e para o qual a primeira lei da ética seria o princípio do interesse,¹⁸ e LEIBNIZ, para quem “não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos”.¹⁹ A identificação de FREITAS com esse reside na preocupação com o método, com a geometria e a harmonia, a continuidade e a universalidade, idéias centrais do pensamento de LEIBNIZ.²⁰ Tinham ambos a aspiração do equilíbrio e da conciliação da teoria com a prática, da consideração matemático-mecânica da natureza e da sua concepção orgânica, de ciência natural e histórica, da universalidade e individualidade, de fé e de saber.²¹

4. *O sistema formal na obra de FREITAS: A Consolidação das leis civis e o Esboço de Código Civil*

I. *A Consolidação das Leis Civis*

Proclamada a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, a Constituição Política de 23 de março de 1824 determinou a elaboração de um Código Civil e de um Criminal. Em 1830 foi promulgado o criminal. O Civil só viria a sê-lo em 1916, depois de sucessivas tentativas.

É de TEIXEIRA DE FREITAS o primeiro projeto de codificação civil no Brasil, pelo que se pode considerá-lo o criador da nossa dogmática privada. FREITAS foi contratado em 1855, para 1) classificar a legislação existente, portuguesa e brasileira, revogada ou vigente, por ordem cronológica e observada a divisão em pública e privada; e 2) consolidar a legislação civil brasileira, e, posteriormente, para elaborar projeto de um Código Civil.

¹⁷ T. FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, 1876, XXXVIII.

¹⁸ J. FERRATER MORA, *Diccionario de filosofia*, Buenos Aires, 1975, I, 196.

¹⁹ T. FREITAS, *Consolidação*, XLIX.

²⁰ J. FERRATER MORA, II, 26.

²¹ A. COLOMBO, “Leibniz”, in *Novissimo digesto italiano*, Torino.

Sua grande preocupação foi a de criar um sistema jurídico com o material legislativo de que dispunha, observando as regras da sistematização científica, indo do mais simples ao mais complexo, partindo das relações jurídicas, reunindo as respectivas normas jurídicas em institutos e estes em corpos legislativos. O material de que dispunha era caótico, compreendendo as normas das Ordenações Filipinas “que eram pobríssimas”, as regras de direito romano e as leis, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos, instruções, estilos e praxe, assentos da Casa de Suplicação, que formavam o direito português da época. Transformar isso em um todo uniforme e coerente foi a sua primeira grande tarefa. A segunda foi elaborar o projeto do código civil.

Na sua obra de sistematização adotou o seguinte método: primeiro, conhecer o direito vigente, consolidando-o, para depois codificá-lo. Surgiu, assim, em 1857, a *Consolidação das Leis Civis*, dando início, em 1859, ao projeto de código civil a que deu o nome de *Esboço*.

A *Consolidação das Leis Civis* está dividida em duas partes, a geral, com 75 artigos, e a especial, com 1.257 artigos. A parte geral compreende dois títulos, o primeiro, *das pessoas*, o segundo, *das coisas*. A parte especial divide-se em dois livros, o primeiro, *dos direitos pessoais*, o segundo, *dos direitos reais*. O primeiro livro ainda se subdivide em duas seções, uma, *dos direitos pessoais nas relações de família*, outra, *dos direitos pessoais nas relações civis*.

Manifesta-se, desse modo, a opção metodológica de FREITAS quanto à classificação dos direitos; tomando por base a pessoa dos titulares e a eficácia de que se revistam; os direitos dividem-se em pessoais e reais. Os primeiros só afetam certas e determinadas pessoas enquanto os segundos afetam a massa inteira das personalidades com as quais o agente de direito possa estar em contacto.²²

A parte geral reúne os princípios jurídicos comuns a todas as relações jurídicas de direito privado e aos seus elementos, as pessoas e os bens. Na parte especial, no Livro I, *dos direitos pessoais*, e na Seção I, *dos direitos pessoais nas relações de família*, FREITAS dispõe a matéria em cinco títulos, a saber: Título primeiro, *do matrimônio*; título segundo, *da paternidade, maternidade e filiação*; título terceiro, *dos filhos ilegítimos e dos adotivos*; título quarto, *dos parentes*; título quinto, *das tutelas e curatelas*. Na Seção II, *dos direitos pessoais nas relações civis*, temos quatro títulos: o primeiro, *dos contratos em geral*; o segundo, *dos contratos em parti-*

²² T. FREITAS, *Consolidação*, XLIV.

cular; o terceiro, do dano e esbulho; o quarto, da extinção de direitos pessoais.

No Livro II, dos direitos reais, cinco títulos: o primeiro, do domínio; o segundo, da servidão; o terceiro da herança; o quarto, da hipoteca; o quinto, da prescrição aquisitiva.

A apresentação formal do sistema de FREITAS é extremamente lógica e coerente. Partindo da dicotomia básica fundamental para ele, dos direitos pessoais e dos direitos reais, ele faz uma construção dogmática extremamente harmoniosa e racional, agrupando as relações jurídicas em institutos conforme o predomínio de tais direitos.

A exata compreensão do sistema formal criado por FREITAS exige, porém, análise atenta do capítulo introdutório que faz à Consolidação, no qual apresenta, com rigorosa fundamentação teórica, as razões que o levaram ao método usado na Consolidação.

Essa *Introdução* divide-se em seis partes: 1) Introdução propriamente dita; 2) o sistema do direito civil da época; 3) noções fundamentais; 4) aplicação de princípios; 5) importância prática e 6) a importância das relações econômicas.

Na *Introdução*, ele faz a análise dos sistemas de classificação das matérias de direito civil. Começando por afirmar que as Ordenações Filipinas, e as inúmeras leis extravagantes que com elas formavam um verdadeiro *imbroglio*, eram paupérrimas, o que levava seus aplicadores a reportarem-se ao direito romano, às glosas de ACÚRSIO e às opiniões de BÁRTOLO,²³ FREITAS apresentava, desde logo, seu método: “examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras; eis o laborioso processo que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação”. Valeu-se inicialmente da classificação de BENTHAM e depois do método de LEIBNIZ, como adiante se explicita. Seu propósito de sistematização buscava “a unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso”. Buscava, em síntese, realizar uma tarefa ainda não feita no campo do direito, pelo menos do seu conhecimento, uma correta classificação das normas jurídicas em um sistema harmônico, unitário e coerente. Recordar-se que a sistematização do direito, sob a influência do pensamento tedesco, só se apresenta no final do século XIX, tendo sido IHERING o primeiro a estabelecer os princípios a seguir em uma obra de sistematização científica.

²³ *Idem*, XXXII.

Depois dessa introdução, FREITAS analisa o “atual sistema do direito civil” reportando-se ao princípio de GAIO “*omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”,²⁴ que critica por não se prestar a uma boa classificação.²⁵

Repudiando os sistemas de DOMAT e de POTHIER, FREITAS prefere o método de LEIBNIZ que enuncia o princípio básico de uma classificação jurídica, a diferença entre os direitos e as obrigações. “Não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos.” E refere-se ao pensamento jurídico tedesco que elogia. Analisa os códigos da Baviera (1756), da Prússia (1794) e da França (1804), e neste reconhece ausência de método, pois tal código foi-se formando “a retalhos”, incorporando-se as trinta e seis leis que o formam. Critica também o projeto do código civil português, que considerava destituído de método, e o projeto do código civil espanhol, cópia servil do francês.

Passa, a seguir, às noções fundamentais de seu sistema, enunciando outro princípio fundamental, o de que as diferenças das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação. Tal enunciado (aliado à sua opção metodológica de partir da distinção básica entre os direitos reais e os direitos pessoais) demonstra sua opção pela relação jurídica como elemento básico de um sistema classificatório e, conseqüentemente, de uma concepção teórico-doutrinária. Era a concepção de SAVIGNY e de KANT.

Nessas noções fundamentais, FREITAS distingue os direitos absolutos, eficazes *erga omnes*, dos direitos relativos, incluindo nos primeiros a liberdade, a segurança e a propriedade. Concentra-se no direito da propriedade (que considera realização da personalidade relativamente aos objetos exteriores) estudando-lhe o conteúdo (direitos reais e a maior parte dos direitos pessoais, exceto alguns de família), o objeto (coisas, objetos corpóreos, móveis e imóveis), as espécies (*ius in re propria* e *ius in re aliena*, donde a propriedade plena e a propriedade limitada), refere-se ainda à propriedade afetada (hipoteca), à propriedade desmembrada (enfiteuse) e à propriedade gravada (servidão, superfície, usufruto, uso, habitação).

O método de FREITAS na sua classificação dos direitos parte do princípio lógico de que “a divisão dos direitos na compreensão e na expressão é feita por seus objetos”, pelo que “a divisão dos

²⁴ D. 1, 5, 1.

²⁵ “Renda-se homenagem à sagacidade dos juriconsultos romanos, mas não se diga que houve idéia normal de sistema nesse famoso texto, cuja importância se tem exagerado” (Consolidação, XLVII).

direitos em reais é feita em relação ao objeto dos direitos na sua máxima extensão".²⁶

Aplicando esses princípios, FREITAS divide a Consolidação em duas grandes partes, uma geral e outra especial. A geral reúne os princípios fundamentais das relações jurídicas de direito civil, reunidos em dois títulos distintos, referentes, um, às pessoas, outro, às coisas, como parte introdutória à disciplina das relações jurídicas da parte especial. No primeiro título dispõem-se, como já visto, as normas sobre as pessoas, distinguindo-as quanto à idade, família, alienação e ausência. Exclui o estado de escravidão e não distingue os nacionais dos estrangeiros quanto à aquisição e exercício dos direitos civis. Também não aceita a morte civil, o que lhe revela o espírito liberal. O segundo título dispõe sobre as coisas, considerando-as em si mesmas, quanto ao direito de propriedade e quanto aos outros direitos reais. Divide as coisas, quanto à titularidade, em coisas do domínio nacional e coisas do domínio particular. As primeiras subdivide-as em coisas do uso público, bens do Estado e bens da Coroa; as segundas, em bens alodiais e bens enfitêuticos; os bens do Estado ainda os dividem em bens gerais, provinciais e municipais.

Na parte especial disciplinam-se as relações jurídicas em dois livros. O primeiro, dos direitos pessoais, o segundo, dos direitos reais, divisão característica do sistema de FREITAS. O livro dos direitos pessoais divide-se em duas seções, a primeira, dos direitos pessoais nas relações de família (casamento, pátrio poder, parentesco, tutelas e curatelas); a segunda, dos direitos pessoais nas relações civis, compreendendo suas causas de nascimento (atos lícitos e ilícitos) e de extinção. O livro dos direitos reais contém quatro títulos, respectivamente, do domínio, da servidão, da herança e da hipoteca, com um título final sobre a prescrição aquisitiva (*usucapio*).

Passando à aplicação prática desses princípios, FREITAS estuda a proteção aos direitos dividindo, com base no direito romano, as ações em pessoais e reais, conforme o objeto de sua tutela (*actio in personam e actio in rem*). "Dissipem-se as idéias tradicionais, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, apliquem-se os princípios precedentemente fixados; e ver-se-á, abandonado como tem sido o processo formulário dos romanos, que não há outras ações possíveis, na esfera do direito civil propriamente dito, senão as ações reais e as ações pessoais, que precisamente correspondem às duas grandes categorias dos direitos reais e dos direitos pessoais. A ação nasce do direito, dele descende e nele se

²⁶ T. FREITAS, *Consolidação*, XCVII.

confunde. Em uma palavra, a ação é o direito posto em movimento".²⁷

FREITAS refere-se ainda, e isso lhe dá a marca do jurista atento à realidade do seu tempo e dotado de espírito inovador, à importância das relações econômicas no direito, ao fenômeno do crédito como impulsionador da revolução industrial. Vê, como grande problema do Brasil, a necessidade de se desenvolverem os grandes recursos naturais, com o aproveitamento do solo e a circulação do capital. Distingue o crédito pessoal do real, como projeção da teoria dos direitos pessoais e reais na economia, detendo-se no tema da aquisição da propriedade em que, refutando a eficácia translativa do contrato de compra e venda do Código Civil francês, exigia a manifestação de vontade como título de aquisição, e um fato material, a *tradição*, como *modo* de adquirir. No tocante ao crédito real, demonstra a importância da hipoteca no sistema de garantias do cumprimento das obrigações, e defende a transcrição, ato subsequente ao contrato, e meio de operar a transmissão dos imóveis e de lhe dar publicidade.

II. *O Esboço de Código Civil. A Unificação do Direito Privado. A idéia de um Código Geral distinto do Código Civil*

Demonstrada sua capacidade para a tarefa da codificação, FREITAS foi contratado em 10 de janeiro de 1859 pelo Governo Imperial do Brasil para elaborar um projeto de Código Civil, no que aproveita o plano da Consolidação, com pequenas mudanças feitas para adaptar sua obra às críticas e sugestões recebidas.

A versão final do *Esboço* apresenta o seguinte plano: Um *título preliminar*, estabelecendo os princípios referentes ao âmbito de aplicação das normas no espaço e no tempo, uma *parte geral*, contendo as disposições referentes aos elementos das relações jurídicas, *as pessoas e as coisas*, e *os fatos*, uma *parte especial*, contendo a disciplina específica das diversas relações jurídicas, a saber, os *direitos pessoais* e os *direitos reais*, e um título final com disposições comuns aos direitos reais e pessoais. Os direitos pessoais dividem-se em três seções, a *dos direitos pessoais em geral*, a *dos direitos pessoais nas relações de família* e a *dos direitos pessoais nas relações civis*. Os direitos reais dividem-se em três seções, a *dos direitos reais em geral*, a *dos direitos reais sobre as coisas próprias* e a *dos direitos reais sobre coisas alheias*.

A Seção I, *dos direitos pessoais em geral*, compreende quatro títulos: I) das obrigações, II) das obrigações em relação ao seu

²⁷ *Idem*, CLXIX.

objeto, III) das obrigações em relação às pessoas, IV) da extinção das obrigações.

A Seção II, *dos direitos pessoais nas relações de família*, compreende cinco títulos: I) do casamento, II) da paternidade, maternidade e filiação, III) dos direitos e obrigações dos parentes, IV) da adoção e V) da tutela e curatela.

A Seção III, *dos direitos pessoais nas relações civis*, compreende cinco títulos: I) das obrigações derivadas dos contratos, II) das obrigações derivadas de atos lícitos que não são contratos, III) das obrigações derivadas de atos voluntários, IV) das obrigações derivadas de fatos que não são atos, V) das obrigações derivadas de atos ilícitos.

A Seção I, *dos direitos reais em geral*, compreende quatro títulos: I) da natureza dos direitos reais, II) da aquisição dos direitos reais, III) dos efeitos da aquisição dos direitos reais, IV) da extinção dos direitos reais.

A Seção II, *dos direitos reais sobre as próprias coisas*, compreende dois títulos: I) do domínio e II) do condomínio.

A Seção III, *dos direitos reais sobre as coisas alheias*, compreende quatro títulos: I) da enfiteuse, II) do usufruto, III) do uso e da habitação, IV) das servidões.

O Livro IV, *das disposições comuns dos direitos reais e pessoais*, compreende a disciplina jurídica da herança, do concurso de credores e da prescrição, embora não tenha o autor chegado a elaborar-lhe a matéria.

Este esquema demonstra a evolução do pensamento de FREITAS quanto à Consolidação. Acrescentou na parte do *Esboço* os fatos jurídicos, como elemento ou fator determinante das relações jurídicas, e criou, na parte especial, um livro, o IV, dedicado à herança, ao concurso de credores e à prescrição.

O total dos artigos elaborados no *Esboço* foi de 5.016, embora somente 4.908 tenham sido publicados.²⁸

No *Esboço*, é manifesta a influência do direito romano através das *Institutas* de GAIO, de JUSTINIANO, e do *Digesto*. Na parte das obrigações, suas fontes foram os clássicos, ULPIANO, PAULO, POMPÔNIO, PAPINIANO, MODESTINO e GAIO.²⁹ Em termos de direito comparado, consultou os códigos da Prússia, da Austria, da França, da Lousiana, e o projeto SEABRA, de Portugal, e, principalmente, as Ordenações. Quanto a influências pessoais, SAVIGNY, ZACHARIAE, MOLITOR, ORTOLAN, MAYNZ, POTHIER, tudo em francês.

²⁸ S. MEIRA, Teixeira de Freitas, o jurista do Império, Rio de Janeiro, 1979, 218.

²⁹ *Idem*, 246.

Com o *Esboço* incompleto, e renunciando ao plano inicial, FREITAS parte em 1867 para uma solução que achava fundamental no seu sistema de direito civil: *a unidade do direito privado*. Antecipando-se a VIVANTE, que em 1892 apresentou a tese da “unidade do direito das obrigações”, FREITAS defendia essa idéia na carta que, em 20 de setembro de 1867, enviou ao Governo Imperial, repudiando a existência de dois códigos, um civil e outro comercial, e defendendo a elaboração de dois diplomas, um Código Geral com normas sobre a aplicação das leis e com as disposições elementares sobre as pessoas, os bens e os fatos, e um Código Civil com normas sobre as relações jurídicas específicas.

Analisando a matéria sob o ponto de vista metodológico e dogmático, FREITAS justifica, assim, a mudança do plano inicial expresso no *Esboço*:³⁰

“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 (...).

De um lado, matérias superiores a todos os ramos da legislação, forçoso foi incluí-las no Código Civil, como até agora se tem feito, já que delas carecia, e não havia outra parte da legislação em que delas se tratasse.

De outro lado, matérias privativas do Código Civil que, forçoso foi excluí-las ou parti-las como também até agora se tem feito, já que havia um Código do Comércio em que delas se tratava (...).

Não há tipo para essa arbitraria 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.

Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que em todo o decurso dos trabalhos de um Código Civil aparecem raros casos, em que seja de mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo de diversidade nos efeitos jurídicos (...).

O meio de sair de tais embaraços, de sanar tantos inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar os conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de estremar os verdadeiros limites da codificação civil só o acharemos na composição de dois códigos cujas divisões capitais vêm a ser:

³⁰ *Idem*, 374.

Livro 1.º — Das causas jurídicas Livro 1.º — Dos efeitos civis

Seção 1.ª — Das pessoas

Seção 2.ª — Dos bens

Livro 2.º — Dos direitos pessoais

Seção 3.ª — Dos fatos

Livro 2.º — Dos efeitos jurídicos Livro 3.º — Dos direitos reais.”

Verifica-se, assim, que a concepção formal do sistema de FREITAS parte de duas idéias fundamentais, a do método de classificação dos direitos, desenvolvida na *Consolidação* e no *Esboço*, e a da unidade do direito privado, expressa no Código Civil, único para as relações civis e comerciais, e precedido de um Código Geral sobre a aplicação de todos os ramos do direito.

5. *O sistema material de FREITAS. As relações e os valores jurídicos*

A concepção material ou intrínseca de sistema está diretamente ligada aos valores e aos princípios em que se fundamenta a construção sistemática.

TEIXEIRA DE FREITAS justificou o método utilizado na Consolidação na brilhante exposição de motivos que faz na *Introdução*. Ponto culminante do pensamento jurídico do séc. XIX, no dizer de SÍLVIO ROMERO³¹ esse capítulo introdutório patenteia as concepções fundamentais da metodologia de FREITAS. Partindo do pressuposto de que “o sistema inteiro de um código depende muitas vezes de uma só disposição”.³² FREITAS constrói todo o seu sistema de direito civil baseado na distinção dos direitos em pessoais e reais.

Seu ponto de partida foi a relação jurídica: “as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação”,³³ no que está de acordo com SAVIGNY, que também chegou a relação jurídica como conceito fundamental do sistema jurídico.³⁴ E o outro elemento fundamental de sua construção foram os valores, que nortearam o método jurídico utilizado na Consolidação e, principalmente, no *Esboço*. Que valores são esses? São basicamente os valores políticos e econômicos vigentes

³¹ *Idem*, 146.

³² T. FREITAS, *Consolidação*, LIX.

³³ *Idem*, LXII.

³⁴ F. AMARAL, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, 1977, 64/408.

na sua época, no vasto continente do Brasil, o individualismo, o liberalismo, a propriedade, a igualdade.

Já na parte final da *Introdução*, FREITAS revelava a importância que dava às relações econômicas, colocando no centro de todo o processo o fenômeno do crédito, crédito pessoal e real, correspondente às duas grandes classes de direito, as pessoais e as reais. O primeiro, fundamental para o comércio e a indústria, o segundo, para a agricultura. Reconhecia o Brasil como país agrícola, pelo que “o desenvolvimento de seus grandes recursos naturais, a mobilização de seu solo, a circulação dos valores que ele encerra são o mais importante problema a resolver”.³⁵

O fundamento axiológico da sua teoria dos direitos pessoais e dos direitos reais aparece, assim, como sendo de natureza político-econômica, claramente na concepção de que “as relações humanas mostram-se na ciência econômica como vínculos de produção, distribuição e consumo de riquezas, sem o que o homem não pode satisfazer suas necessidades nem desenvolver as aspirações de seu gênio”.³⁶ Isto em 1858, dez anos após o Manifesto Comunista de que, naturalmente, jamais teria ouvido falar, consideradas as circunstâncias de comunicação da época. Sua opção era manifestamente capitalista, em um país que saía de uma estrutura agrária, escravocrata e latifundiária para um capitalismo, embora incipiente. A partir de 1850, deslocava-se o pólo de influência econômica da classe escravidista para a burguesia capitalista, aumentando a importância da burguesia urbana e rural no sistema político, econômico e social e, conseqüentemente, nas estruturas de direito. Com a extinção do trabalho formava-se um Estado burguês capitalista³⁷ a exigir novas estruturas jurídicas.

A essa altura já existiam o Código Geral da Prússia (*Allgemeines Landrecht*, 1794), o Código Civil francês (Código de Napoleão, 1804), o Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, 1811), o Código Geral Alemão de Comércio (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, 1851) e, na América do Sul, o da Bolívia (1831), Costa Rica (1841), Peru (1851), de grande influência do Código francês, e os do Haiti (1826), e da República Dominicana (1845), que adotaram o francês. Em 1855 aparece o Código do Chile, do grande jurista ANDRÉS BELLO. Tais códigos refletiam o novo ideal, surgido com a Revolução Francesa, das nações unidas e indivisíveis, fundadas na liberdade e na igualdade dos cidadãos. Refletiam, assim, a história política e social

³⁵ T. FREITAS, *Consolidação*, CLXXIV.

³⁶ *Idem*, *ibidem*.

³⁷ M. M. ALBUQUERQUE, *Pequena história da formação social brasileira*, Rio de Janeiro, 1981, 291.

do século XIX,³⁸ e resultavam da luta pela unidade, pela liberdade e pela igualdade. O direito surgia como fator de integração nacional e de emancipação da sociedade burguesa relativamente aos antigos poderes feudais e absolutos e, no caso brasileiro, como fator de independência de uma ex-colônia em relação à ordem político-jurídica nela vigente, e ainda como garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos, com base nos princípios da liberdade, segurança individual e da propriedade. Esses os valores da sociedade burguesa, na nova ordem jurídica nacional, que competia a FREITAS elaborar.

Também no Esboço é manifesta a influência do direito romano, principalmente no campo das obrigações, onde avultam as lições de PAULO, ULPIANO, POMPÔNIO, MODESTINO, PAPINIANO e GAIO, sendo maior a presença destes dois últimos.³⁹ Isto lhe dá o caráter histórico-cultural de seu método, de que aliás se vangloria.⁴⁰ E esse pendor histórico revela também sua adesão à escola histórica de SAVIGNY, sem compartilhar, contudo, das reservas deste quanto à obra de codificação, e conservando, quanto a ele, uma autonomia de vistas que lhe possibilitam antecipar conclusões que ainda hoje são novidades no mundo jurídico.⁴¹

Se no campo do econômico os valores em FREITAS eram os do individualismo, liberalismo e do capitalismo, antecipando, em uma nação emergente do sistema agrário-escravista, concepções jurídicas que só depõem se encontrariam nos códigos europeus, como a unidade das obrigações, no campo filosófico a teoria de FREITAS coadunava-se com o pensamento kantiano, haurido talvez por meio de SAVIGNY.

FREITAS conhecia o pensamento kantiano, como demonstra ao citar freqüentemente o filósofo de Koenigsberg, na polêmica que manteve com o VISCONDE DE SEABRA, autor do projeto do Código Civil português de 1867.⁴² Além disso, sendo notável a influência de KANT em SAVIGNY, é perfeitamente compreensível que os valores kantianos, por meio deste, chegassem ao pensamento de FREITAS.

Em primeiro lugar, SAVIGNY, como KANT, era adversário do direito natural. Na *Crítica da Razão Prática* e nos *Fundamentos Metafísicos da Teoria do Direito* contraria-se a metafísica jurídica do jusnaturalismo,⁴³ e SAVIGNY adota a ética kantiana da auto-

38 F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, 132.

39 S. MEIRA, *op. cit.*, 246.

40 *Idem*, *ibidem*.

41 M. REALE, *A doutrina de Kant no Brasil*, São Paulo, 1949, 69.

42 S. MEIRA, *ob. cit.*, 187.

43 F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 402.

nomia moral da pessoa e da sua vontade ética, e baseia-se na concepção kantiana da ordem jurídica como a forma de possibilitar a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos. A ética de *Kant* está presente em SAVIGNY e, por via deste, em FREITAS, na preocupação em transformar o *usus modernus* em uma ciência autônoma do direito positivo,⁴⁴ em elevar a dogmática jurídica do *usus modernus* a uma ciência organizadora da totalidade do direito positivo em um sistema interno. Tanto na sua obra *Vom Recht des Besitzes* quanto no *system des heutigen romischen Rechts*, quanto na pioneira lição de Marburgo, *Juristische Methodenlehre*, estão as notas dominantes de SAVIGNY: “O conceito kantiano de direito e, como decorrência, a existência autônoma do direito, o programa de uma elaboração, histórico-filosófica da ciência jurídica, os traços fundamentais da teoria da interpretação, a ligação entre o direito, a cultura e a história.”⁴⁵

Com base na história e nas circunstâncias físicas e culturais do seu tempo, partia FREITAS para elaborar um sistema interno jurídico que não fosse meio agregado de normas jurídicas, mas que fosse harmônico e coerente. Ora essa preocupação metodológica entre a forma e a matéria é própria do modelo científico decorrente da influência da teoria do conhecimento de KANT.

No *System des heutigen romischen Rechts* SAVIGNY já se preocupava, além de uma ordenação puramente formal externa das normas jurídicas, com a “conexão orgânica das normas jurídicas nas instituições”, destas com a ordem jurídica global e da ordem jurídica com a maneira de ser do homem abrindo assim, o campo para uma construção dogmática criadora.

As definições de direito subjetivo, de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial de SAVIGNY correspondem à concepção kantiana da liberdade que pode coexistir com a liberdade dos outros.

Pode-se dizer que FREITAS, à semelhança de SAVIGNY, constrói uma teoria geral do direito que substitui o jusnaturalismo das Ordenações e constitui uma filosofia do direito positivo. A base dessa filosofia seria a teoria jurídica de KANT, a existência autônoma do direito, o direito subjetivo como espaço de liberdade que prova coexistir com a liberdade dos outros. É a ética da liberdade de KANT desenvolvida através de uma dogmática jurídica elevada à categoria de uma ciência filosófica.⁴⁶

⁴⁴ *Idem*, 403.

⁴⁵ *Idem*, 440.

⁴⁶ *Idem*, 650.

Podemos assim concluir que o sistema material de FREITAS identifica-se com a ética kantiana. A semelhança de SAVIGNY, FREITAS elaborou a dogmática civil brasileira orientada pelos valores da liberdade, da igualdade, da democracia e, politicamente, do nacionalismo.

Da liberdade e da igualdade, ao repudiar a escravidão⁴⁷ e a morte civil.⁴⁸

Da democracia, ao considerar todas as pessoas aptas para adquirirem direitos, independentemente da nacionalidade.⁴⁹

Do nacionalismo, ao erigir a lei do domicílio, como critério para a solução de conflitos de leis no espaço.⁵⁰

Como ele dizia na Consolidação,⁵¹ reportando-se a *Chassat*,⁵² “o que importa em legislação é consagrar princípios, lançar vistas largas, que dominem as opiniões no sentido dos interesses gerais”. E tais princípios ele os colocou na sua obra, como pioneiro da dogmática civil brasileira.

6. Conclusões

1) A compreensão do direito como sistema permite uma nova abordagem da obra de TEIXEIRA DE FREITAS, sob o ponto de vista formal e sob o ponto de vista material, de que sobressai a importância desse grande jurista na gênese da dogmática civil brasileira.

2) A concepção do sistema como um todo organizado, de modo unitário e coerente, com uma estrutura teórica e um método de realização prática, que lhe realiza os valores e consagra os princípios fundamentais, revela em FREITAS uma preocupação epistemológica com a metodologia jurídica, e traduz-se em uma portentosa obra de construção sistemática do direito.

3) FREITAS foi um precursor no trabalho de elaboração científica do direito civil, no Brasil e na América. Depois dele é que surgiram as notáveis contribuições de IHERING e dos pandectistas alemães aos problemas do método e da sistematização jurídica. Antes dele, e com certa influência sobre o seu espírito científico, as obras de LEIBNIZ e de SAVIGNY, cada um a seu modo contri-

47 T. FREITAS, *Consolidação*, XXXVII.

48 T. FREITAS, *Esboço*, art. 39.

49 *Idem*, art. 37.

50 *Idem*, art. 5.º.

51 T. FREITAS, *Consolidação*, CXLI.

52 *Idem*, CXL.

buindo para a formação do pensamento científico e da concepção metodológica do grande jurista brasileiro.

4) Sob o aspecto formal, a sistemática de FREITAS apresenta-se na *Consolidação das Leis Civis* e no *Esboço do Código Civil*. Em ambos, o ponto de partida foi a relação jurídica, onde distinguia os direitos em pessoais e reais, os primeiros afetando determinadas pessoas, e os segundos a totalidade das pessoas com que o agente pudesse contactar. Como contribuição inédita, já distinguia uma parte geral, reunindo os conceitos e os princípios comuns às relações jurídicas, e uma parte especial, com as regras destinadas a relações específicas, também divididas em duas categorias fundamentais, as de natureza pessoal e real. Antes de terminar o *Esboço*, refunde seu pensamento metodológico e defende a unidade do direito privado, com a adoção de um código geral sobre a aplicação das normas jurídicas, o que lhe revela a originalidade científica e premonitória no campo do direito.

5) Sob o ponto de vista material, FREITAS trabalhou com o direito romano e o direito reinícola, sob a égide dos valores fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade privada, identificando-se, sob o ponto de vista filosófico, com a ética de KANT. Não era adepto do jusnaturalismo, tendo construído uma teoria geral do direito e um sistema de direito positivo. Foi o criador, com originalidade e profundidade científica, da dogmática civil brasileira.