Codificação e ordenamento brasileiro no século XIX: notas à história do esboço de Teixeira de Freitas

Rafael Issa Obeid[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Panorama legislativo em meados do século XIX; 3. Concepção e estrutura do Esboço; 4. A unificação do direito privado e o fim da empreitada; 5. Depois de quase um século; 6. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil. Código Comercial. Histórico. Direito privado.

1. Introdução

Concebida em meio a pretensões liberais, a Carta Constitucional, outorgada em 1824, depois reconhecida como Constituição do Império, determinava em seu artigo 179, XVIII, a organização, "*o quanto antes*", de um Código Civil e Criminal. Enquanto não implementado o mandamento constitucional e editado o Código Civil, foram aplicadas no país as leis, regimentos, alvarás e outras normas editadas pelos reis de Portugal até 1823, nos termos da Lei de 20 de outubro de 1821, aprovada pela então Assembleia Constituinte dias antes de sua dissolução.[2]

1 Procurador do Estado de São Paulo, Bacharel em História pela Universidade de São Paulo, Especialista em Processo Civil pela PUC-SP, Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

2 A Assembleia-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil iniciou seus trabalhos em 3 de maio de 1823, encarregada de elaborar um projeto de Constituição. O dissenso

Por força desta norma, a legislação de referência do Direito Civil então vigente correspondia ao Livro IV das Ordenações Filipinas de 1603, com inúmeras derrogações e acréscimos de diplomas legislativos esparsos. Eram comuns regras, em textos esparsos, específicas a respeito de questões imobiliárias e/ou ligadas ao direito de família, com influências, neste caso, do Direito Canônico.

Enquanto não editado o Código Civil, pensou-se até mesmo na adoção, com força de lei, do *Digesto Português, "obra meio-codificadora, meio-expositiva"* elaborada por José Homem Corrêa Telles em 1835, preparatória do Código Civil Português editado em 1867[3]. A proposta, apresentada por Euzébio de Queiros, ligado ao partido conservador e Ministro da Justiça em 1851, foi rejeitada pelo Instituto dos Advogados do Brasil. Os membros do Instituto pensavam que seria um retrocesso a adoção de uma obra portuguesa quando o que se esperava era a criação de um direito nacional necessário para regular as relações jurídicas do Estado em construção.

Alguns anos mais tarde, coube a Teixeira de Freitas, membro do Instituto, organizar e sistematizar o direito civil então vigente. O trabalho, contratado pelo Governo Imperial por influência de Nabuco de Araújo, foi iniciado em fevereiro de 1855 e culminou na aprovação, por Aviso Ministerial, com força de lei, de uma *Consolidação das Leis Civis* às vésperas do Natal de 1858. Na obra, o advogado baiano, após longa introdução em que expõe seu método, organiza a legislação reinol e nacional, comentando o articulado em várias notas, com nítida influência do sistema conceitual alemão.

---

entre os deputados das províncias foi um dos pretextos para o fechamento da Casa em 12 de novembro de 1823, culminando na outorga da Carta de 1824. A respeito da utilização do termo Carta ou Constituição, como acima referido, esclarecedora é a lição de Cecília Helena Salles de Oliveira no sentido de que "o instrumento jurídico de 1824, por ter sido outorgado pelo Imperador, chama-se 'Carta Constitucional' e assim foi tratado no primeiro reinado, particularmente pelas oposições parlamentares a D. Pedro. A partir, entretanto, das reformas de 1834 e 1840, discutidas e promulgadas pela Câmara e pelo Senado, tornou-se corrente o uso da expressão Constituição do Império". Neste trabalho, far-se-á referência ao documento político como Constituição do Império. "O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do século XIX". *Almanack Braziliense* nº 5, maio de 2007, pp. 46-53. Disponível em www.almanack.usp.br.

3 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.79.

Dois dias antes da aprovação da *Consolidação*, em 22 de dezembro de 1858, foi promulgado o Decreto 2.318, autorizando a contratação de um jurisconsulto para a confecção de Projeto de Código Civil do Império. O contratado, em 10 de janeiro de 1859, foi o autor da *Consolidação*.

Pretende-se com este trabalho fazer uma breve apresentação histórica do Projeto de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, sem um objetivo analítico definido de seus dispositivos. Pela importância da obra, que espraiou sua influência por toda a América Latina e foi inovadora em diversos temas reaparecidos somente décadas mais tarde com a edição do BGB. de 1896, o *Esboço*, como modestamente o Projeto foi chamado por seu autor, mereceria outras tantas linhas caso se pretendesse mais do que destacar alguns aspectos de sua importância na história da cultura jurídica do século XIX.

2. Panorama legislativo em meados do século XIX

Importante frisar que, até meados do século XIX, o Poder Legislativo e o Governo Imperial preocuparam-se com a organização do Estado e com a reformulação das instituições coloniais. Um passar de olhos no trabalho das primeiras legislaturas do Parlamento do Império dá exemplos representativos dessa finalidade organizacional. Primeiro, com o esvaziamento do poder das Câmaras de Vila; depois, com a organização do Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, criado pela Constituição para substituir os órgãos judiciais de cúpula da metrópole com jurisdição na colônia; pouco mais tarde, com a votação de uma Lei Orçamentária[4].

Também datam da primeira metade do século o Código Criminal, promulgado em 1830, e o Código de Processo Criminal, de 1832. Neste último diploma, as regras não eram exclusivamente de Direito Processual, disciplina que ainda não constituía um objeto autônomo de estudo. Isso porque, além de definir as regras destinadas a regular o exercício do direito de ação e o desenvolvimento válido de um processo, as regras

4 Em outubro de 1831 foi aprovada lei organizando o Tesouro Público Nacional e as Tesourarias na província, dando cumprimento ao artigo 170 da Constituição do Império, extinguindo o Erário Régio. Andréa Slemian, *Sob o Império das Leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 145-230.

processuais tratavam também da organização do Poder Judiciário[5], tema caro à elite política da época em razão da possibilidade de nomeação e ocupação dos cargos de juízes e serventuários, cuja forma de provimento era definida nas leis de processo.

Como se vê, na primeira metade do século, foi secundária a discussão sobre a legislação privada. A preocupação estava voltada para a criação do aparato burocrático estatal. A finalidade primeira era colocar o Estado de pé.

Todavia, em meados do século XIX, com o aporte de capitais liberados com o fim do tráfico de escravos, determinado pela Lei Eusébio de Queirós, de 4 de setembro de 1850, o foco da produção jurídica legislativa passou da organização da burocracia estatal para as relações privadas, com discussões parlamentares que culminaram com a edição do Código Comercial, da Lei de Terras e seu respectivo regulamento, e da Lei Hipotecária.

A atividade econômica do País tornara-se mais complexa, mais volumosa, e o emaranhado de leis já não dava conta de auxiliar o aplicador a resolver com tranquilidade as relações da sociedade civil. O fluxo imigratório, crescente desde a proibição do tráfico, mostrou que as leis civis vigentes eram obsoletas também no que diz respeito à regulação das relações de família, notadamente o casamento entre pessoas que não professavam a fé católica.

Em 1865, Perdigão Malheiros, presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, enviou ao Parlamento um projeto de organização da Ordem dos Advogados do Império, abordando questões com a finalidade de pôr ordem no foro. O pano de fundo de suas propostas e, principalmente, das reclamações que as acompanhavam, realçavam a ausência de um código de leis e do processo civil que garantissem unidade aos usos e interpretações do Direito no País.[6]

---

5 Paulo Macedo Garcia Neto. "A reforma judiciária de 1871" in Mota, Carlos Guilherme e Ferreira, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*. 1850-1930. São Paulo: Saraiva, 2010, 163-165.

6 Eduardo Spiller Pena. *Os pajens da casa imperial*. Campinas: Editora Unicamp, 2005, p. 47.

Neste panorama surgiram a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço*, escritos por Teixeira de Freitas, membro do Instituto dos Advogados do Brasil, a pedido do Governo Imperial. A elaboração de ambos, como se sabe, não garantiria a desejada padronização dos usos forenses e a unidade ao direito nacional, o que começaria a ocorrer somente na transição do Império para a República, com alterações no sistema processual, intensamente debatidas a partir da década de 1870[7]. Entretanto, a obra de Teixeira de Freitas deixou um enorme legado ao direito nacional e estrangeiro de sua época, perpetuando-se pela herança deixada aos codificadores da posteridade.

3. Concepção e estrutura do Esboço

O *Esboço* de Teixeira de Freitas foi apresentado ao público aos poucos, entre 1860 e 1865, com a publicação de fascículos. Em 1860 foi publicado o fascículo dedicado ao Título Preliminar, do Lugar e do Tempo, contendo regras de sobredireito, e a Parte Geral. Em 1861, publica-se o primeiro fascículo dedicado à Parte Especial, contendo apenas as duas primeiras seções do livro dedicado aos Direitos Pessoais, porque a terceira seção apareceria apenas entre os anos de 1864 e 1865, juntamente com o livro dedicado aos Direitos Reais.

Ao todo foram publicados 4.908 artigos, muitos deles desdobrados em diversos parágrafos. Além dos dispositivos publicados, havia

7 No que diz respeito ao processo civil, a partir de 1860, mesmo adversários políticos, como o liberal Nabuco de Araújo, de cuja pena foi originado o regulamento dos Tribunais do Comércio, e o conservador Cândido Mendes de Almeida, senador e jurista organizador de uma versão atualizada das Ordenações Filipinas, estavam de acordo quando o assunto era a instabilidade jurídica decorrente da ausência de jurisprudência causada pelo fato de poderem as Relações das províncias julgar de maneira contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Sobre esse tema, José Reinaldo de Lima Lopes lembra que: "Uma afirmação corrente entre alguns dos autores mais importantes do Segundo Reinado insistia na inexistência de uma jurisprudência nacional e, consequentemente, na existência de orientação dos Tribunais. Essa orientação chamava-se ainda normalmente de *doutrina,* visto que pela análise do caso concreto o tribunal ou autoridade fixava um entendimento da regra geral. Nabuco de Araújo e Candido Mendes de Almeida, durante os debates sobre a reforma judiciária de 1871, expressavam exatamente essa ideia de ausência de jurisprudência. O Supremo Tribunal de Justiça nos seus 43 anos de existência, diziam ambos de forma um pouco diferente, fora incapaz de fixar a doutrina nacional ou a jurisprudência orientadora" "Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira" *almanack brasiliense* nº 5, maio de 2007, p. 5. Disponível em www.almanack.usp.br.

mais 108 que chegaram à tipografia e se perderam, e outros 200 artigos manuscritos em aperfeiçoamento à parte final, dedicados à herança, ao concurso de credores e à prescrição, que não chegaram a ser publicados[8] nem mesmo nas edições comemorativas posteriores editadas pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, em 1952 e 1983.[9] Não se sabe o paradeiro desses 308 artigos, mas Teixeira de Freitas fez referência a eles em sua correspondência.

Talvez pela forma dispersa em que a obra foi publicada e à míngua de um texto sintético, natural em uma obra inacabada, o *Esboço* não ganhou a mesma profusão que a *Consolidação das Leis Civis*, não se firmando, ao contrário do que ocorreu com esse compêndio, como obra de formação dos juristas da segunda metade do século XIX, o que justifica a ausência de edições completas por mais de meio século, mas não retira a influência da obra que, pelo rigor científico e exaustão com que trata os temas, determinou os rumos da legislação civil posterior.

O *Esboço* adotou uma organização dicotômica das matérias e nisto inovou para a sua época. Na Parte Geral (Livro I) cuidou das pessoas (seção I), bens (seção II) e fatos (seção III). A Parte Especial ficou sistematizada em três partes, cada uma correspondente a um livro. Na ordem, o Livro II tratava dos *Direitos Pessoais*, cuidando *Dos direitos pessoais em geral* (seção I), *Dos direitos pessoais nas relações de família* (seção II) e dos *Direitos pessoais nas relações civis* (seção III); o Livro III dedicou-se aos *Direitos Reais*, dispondo sobre *Direitos Reais em Geral* (seção I), *Direitos Reais sobre coisa própria* (seção II) e *Direitos Reais sobre coisas alheias* (seção III)[10].

8 A respeito da configuração do *Esboço*, especialmente no que concerne à parte do texto que se perdeu, ver interessante nota escrita pelo Professor Ignácio M. Velasco Poveda em seu *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 122, nota 260.

9 As edições posteriores reuniram todos os fascículos em dois tomos. O curioso é que muito antes da edição brasileira de 1952, na Argentina, em razão de seu Código Civil ter clara inspiração no Código de Teixeira de Freitas, foram publicadas duas edições do Esboço até 1909. Haroldo Valladão. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p 145, nota 9.

10 Esta divisão leva em consideração a sistematização constante das edições do *Esboço* tal como veio a público. Todavia, enquanto eram publicados os fascículos, Teixeira de Freitas melhor sistematizou seu projeto, consolidando uma *"Tábua Sintética"*, que constituiria um índice definitivo da versão final dos trabalhos constantemente revistos por seu autor na medida em que meditava sobre seus estudos com o intuito de aperfeiçoá-los. Hoje se sabe, graças aos estudos

Como se vê, a parte geral do esboço dedicava atenção às pessoas e às coisas, seguindo o modelo da *Consolidação*, inovando, porém, ao se dedicar também aos fatos, por confessa influência dos escritores da escola germânica. Adotando o mesmo critério estabelecido na *Consolidação*, Teixeira de Freitas divide a parte especial conforme a eficácia – real ou pessoal – dos direitos subjetivos conferidos pelo sistema aos sujeitos de direito.

A grande inovação, todavia, ficaria a cargo de um Título Preliminar, no ponto em que, claramente inspirado pela obra de Savigny, adota o critério do domicílio destinado a regular os conflitos de lei no espaço e no tempo. É uma crítica ao Código Civil Francês que, com a mesma finalidade, adotava em seu título preliminar o critério da nacionalidade. Com a adoção de um *Título Preliminar*, o Código Napoleônico inaugura uma nova fase do direito, característica da modernidade, ao transferir do campo da doutrina ao da legislação a elaboração e o uso dos conceitos jurídicos.[11] Freitas compreende o papel da legislação em sua época sem, contudo, abdicar de seu olhar crítico e espírito de aperfeiçoamento. Prova disso é o aproveitamento da ideia desse Título, adequando-o aos critérios que lhe pareciam os melhores e que, ao final, prevaleceram.[12]

Curioso notar que Teixeira de Freitas dispensa uma grande atenção à fundamentação dos primeiros oitocentos artigos do *Esboço*. Nos demais

---

de Silvio Meira, que essa *Tábua*, encontrada entre os documentos do Conselheiro Nabuco de Araújo, arquivados no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, deve ser atribuída a Teixeira de Freitas. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império – vida e obra*, 2ª edição, Brasília, Cegraf, 1983. p.190.

11 José Reinaldo de Lima Lopes. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 22. O autor, fazendo menção a estudo de Bartolomé Clavero, observa que "é bem significativo da mudança das ideias mais gerais sobre o direito e sua definição o fato de que os códigos modernos e contemporâneos – ou a legislação positiva em geral – tenham incorporado, como normas positivas nas respectivas partes gerais e introdutórias, dispositivos definidores de fontes, validade e vigência das normas, definições de pessoas e negócios e assim por diante. Tais assuntos eram tratados anteriormente, sobretudo como matéria de doutrina e eventualmente colocados na legislação em pontos que não nos pareceriam "naturais". Ao longo da modernidade ganharam o estatuto "natural" de direito positivo."

12 A ideia desse *Título Preliminar* no Projeto de Código Civil não foi aceita com absoluta tranquilidade pelos juristas coevos. A comissão revisora do projeto chegou a advertir que nem do contrato assinado entre o Governo Imperial e o jurista, nem da *Consolidação das Leis Civis*, obra preparatória do Código, havia previsão de um título preliminar.

artigos, a partir do Livro dedicado à parte especial, não foi dispensada a mesma atenção na justificação do raciocínio, com a apresentação precisa das fontes, muito provavelmente em razão da escassez do tempo para a entrega do Projeto contratado com o Governo Imperial, uma vez que o prazo, previsto para 31 de dezembro de 1861, já havia sido prorrogado.

Os primeiros artigos remetem às leituras de Freitas para a elaboração do Projeto, algumas já conhecidas porque referidas em notas, repletas de referências bibliográficas, da *Consolidação das Leis Civis*. São encontradas citações de Domat, Demolombe, Zachariae, Troplong, Dalloz, Pothier, Thibaut, Ortolan e Savigny. Nesta época, na escassez de bibliotecas públicas, cabia aos próprios estudiosos encomendar, com os livreiros da Corte, obras oriundas da Europa. As edições francófonas eram as mais difundidas. Em seu texto, Freitas refere-se às traduções francesas de Savigny, feitas por F. d'Audelange e M. Ch. Guenoux, para a elaboração do seu trabalho[13].

Também são inúmeras as menções às fontes latinas, principalmente no que diz respeito aos direitos das obrigações, "*abeberando-se nos mananciais eternos dos clássicos romanos, através das institutas de Gaio, das de Justiniano e do Digesto"* sem, contudo, esclarecer de onde são retiradas, razão pela qual *"oferece ao investigador um emaranhado de citações, que para serem identificadas requerem consulta exaustiva"* das fontes.[14]

No que diz respeito ao Livro III, dedicado aos direitos reais, o autor do *Esboço* limita-se a redigir os artigos e parágrafos, sem apresentar

13 Na lição de Nelson Saldanha, "o impacto da obra de Savigny e dos seus companheiros de Escola, o desenvolvimento dos estudos de Direito romano, alimentados por descobertas históricas e por refinamentos filológicos, a conversão do generalizante racionalismo iluminista em pesquisa concreta de instituições e institutos, tudo isso, com as grandes linhas temáticas do saber jurídico europeu da primeira metade do século XIX, chega à América Latina como um legado positivo. Um legado altamente positivo que se acrescenta aos legados coloniais e aos fermentos doutrinários da época da independência, que ocorreu em marcos históricos mais ou menos correlatos na maioria dos países dos continentes. (...) Começa-se a ler Savigny (sobretudo as edições francesas do Direito Romano e do Tratado da Posse); retoma-se Pothier; estuda-se Ortolan, cuja *Explication Historique dês Instituts de l'Emperor Justinien,* aparecida em 1827, incluía a famosa "Generalisation du Droit Romain", que teve larga influência". "História e sistema em Teixeira de Freitas" *in* SCHIAPANI, Sandro (Org) *Augusto Teixeira de Freitas e Il diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1988, p. 57-58.

14 Sílvio Meira. Op. Cit., p. 230.

notas ou comentários de pé de página nem referir a fonte de onde foram inspirados os dispositivos. Impressiona a minúcia com que os temas são tratados, da qual se infere conhecimento profundo do autor com relação às fontes romanas e a influência destas em sua obra. Como exemplo, a extensa regulamentação das servidões, instituto ao qual foram dedicados quase duzentos artigos na seção destinada aos direitos reais sobre coisas alheias (artigo 4.731 *usque* 4.908). Alguns desses artigos foram desdobrados em até 12 parágrafos.

Deve ser notado que das edições do *Esboço* não constou o livro que seria destinado às disposições gerais aos direitos pessoais e reais, sistematizado, mas não desenvolvido por Teixeira de Freitas. Neste livro estariam as normas referentes à herança, ao concurso de credores e à prescrição. Entendeu o autor que seria melhor tratar desses temas em livro próprio em razão da peculiaridade dos institutos. A herança, tratada na *Consolidação* como um direito real, não poderia figurar mais neste livro específico, dada a sua peculiar natureza de universalidade de direitos, contendo, além dos reais, também direitos pessoais.

Ainda no que diz respeito aos direitos reais, deve ser destacada a posição de Freitas concernente à aquisição da propriedade, adotada desde a *Consolidação das Leis Civis*. O autor, neste ponto, não se curvando às influências do Código Napoleônico, entende necessária a tradição para a transmissão do domínio, realçando as diferenças entre os direitos reais e os pessoais. Apegando-se ao direito romano e ao direito português pré-liberal, tanto a *Consolidação* quanto o Esboço esposaram o entendimento de que o mero acordo de vontades gera somente efeitos obrigacionais, e não os reais como estabelecido pelo já citado *Digesto Português* de Correia Telles, influenciado pelo Código Civil Francês.

Quanto a este aspecto da obra de Teixeira de Freitas, interessante a posição de Estevan Lo Ré Posada, no sentido de que a Consolidação, neste ponto, "*consubstancia a conservação da tradição jurídica luso-brasileira: em uma sociedade em que a propriedade latifundiária apresentava grande importância em todo o conteúdo de sua obra se reflete a posi-*

ção central ocupada pela propriedade, principalmente a imobiliária"[15]. Mesmo sendo inovador em muitos aspectos, é aceitável que algumas práticas coloniais de origem portuguesa permanecessem na obra de Teixeira de Freitas, homem do século XIX.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, *"a transição de um direito colonial para um direito nacional é um misto bastante particular de ruptura e continuidade"*[16]. Freitas, por questões de ordem prática, manteve em alguns pontos a tradição herdada do direito lusitano; porém, o seu rigor científico, em comunhão com sua criatividade, permitiu que o seu projeto de Código Civil rompesse com modelos de seu tempo, deixando um legado àqueles que o sucederiam na difícil tarefa de codificação do direito privado.

4. A unificação do direito privado e o fim da empreitada

A consagração da *Consolidação das Leis Civis,* com a aprovação do Governo Imperial e seu difundido acolhimento no meio jurídico, não incentivou o autor a se acomodar. Ao contrário, seguiu em busca da perfeição científica; criava mais do que assimilava das suas leituras, olhando tudo com desconfiança, inclusive a própria obra.

Já no *Esboço* tem-se *"pela primeira vez na história das ideias jurídicas do Brasil, um corpo de normas comuns ao Direito Civil e ao Direito Comercial, precedida de uma parte geral introdutória"*.[17] Antes do autor, conforme observação de José Carlos Moreira Alves, encontravam-se críticas à dicotomia do direito privado em Montanelli, autor, em 1847, de *Introduzione Filosófica allo Diritto Commerciale positivo,* no qual combate a divisão do direito privado em dois códigos. Todavia, a obra *"não era conhecida por Teixeira de Freitas que à mesma posição chegara*

15 *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a "Introdução à Consolidação das Leis Civis"*. São Paulo: USP. Dissertação de Mestrado, 2006, p. 16.

16 "Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX". *in* Istvan Jancso (org.) *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Ijuí: Hucitec, 2003, p. 200.

17 Ignácio Maria Velasco Poveda, "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*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 36.

por força de meditação própria, e, deixando o terreno da pura abstração, se propunha a efetivá-la em projeto de código unificador".[18]

Após a entrega do *Esboço* para revisão da Comissão de Juristas constituídas pelo Governo Imperial[19], o autor, muito à frente de seu tempo, propõe, em ofício de 20 de setembro de 1867 enviado ao Ministro da Justiça Martin Francisco Ribeiro de Andrada, a unificação do direito privado. No texto do ofício, remetido à Seção de Justiça do Conselho do Estado, órgão auxiliar do poder moderador que concentrava grande parte da discussão jurídica nacional, Teixeira de Freitas propunha a criação de um Código Geral e de um Código Civil. Este deveria dar conta das matérias tratadas pelo Código Comercial de então, excluídas as regras de direito administrativo e de processo constantes do diploma.

Quanto ao Código Geral, esclarecedor conteúdo do ofício que integra o relatório da consulta do Conselho do Estado resolvida em 1º de julho de 1868:

> *O governo quer um projeto de Código Civil para reger como subsídio como complemento ao Código de Comércio; intenta conservar o Código comercial existente com a revisão que lhe destina: e hoje as minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de Leis Civis, não distinguem do todo dessas Leis algum ramo, que exija um Código de Comércio.*

---

18 "A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil". in. Azevedo, Antonio Junqueira; Tôrres, Heleno Taveira; Carbone, Paolo (Coord.) – *Princípios do Novo Código Civil e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008 p. 367. Ainda segundo Moreira Alves, em 1857, já havia entendimento, esposado por Pimenta Bueno, logo na introdução da sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, de que o Direito Comercial guardava identidade com o Direito Civil, contendo modificações em algumas relações para adequá-lo à empresa mercantil. Todavia, o trabalho não constituía uma crítica à dicotomia do direito privado nem propunha a unificação dos códigos.

19 A Comissão, já referida na nota nº 10, começou seus trabalhos em 20 de abril de 1865 e até meados de agosto só havia analisado 20 dos 4.908 artigos. Freitas respondia por escrito a todas as críticas de seus integrantes, presididos por Caetano Alberto Soares, protagonista da polêmica a respeito da liberdade de filho de escrava liberta em testamento com cláusula de servir os herdeiros do senhor. Por apego ao dogmatismo e orientado por seus estudos de Direito Romano, Freitas entendia que a prole deveria servir os herdeiros enquanto vivessem, arrancando críticas de Caetano Alberto Soares, entre outros, membro do Instituto dos Advogados do Brasil. Sílvio Meira, op. cit., p. 217-243.

(...)

O meio de sair de tais embaraços, de sanar todos os inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação só o acharemos na composição de dois Códigos(...)

O projetado Código Geral conterá todas as disposições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos Códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina. Conciliamos destarte o preceito com a necessidade. No Código Geral as Leis que ensinam, nos outros Códigos as Leis que mandam. O Código Geral para os homens da ciência, os outros Códigos para o povo. (...)

O Projetado Código Geral será muito mais que um Código de definições. Compreenderá todas as matérias do 1º Livro do nosso esboço do Código Civil sobre – pessoas – coisas – e fatos, elevando-as, porém, à sua derradeira altura.[20]

A Seção do Conselho, composta por José Thomaz Nabuco de Araújo, Francisco de Salles Torres Homem e pelo Visconde de Jequitinhonha, aprova a proposta de fusão dos Códigos nos seguintes termos:

A nova ideia é de difícil execução, mas não deve por isso ser repelida in limine, *quando quem se propõe a executá-la é o bacharel Teixeira de Freitas que tantos abonos tem dado de sua alta capacidade.(...)*

A Seção de Justiça é portanto de parecer que seja aceita a proposta, a qual importa somente a novação do método da codificação e a prorrogação do tempo

Vossa Majestade Imperial Decidirá o que for melhor.[21]

---

20 Caroatá, José Prospero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre as consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Rio de Janeiro: Garnier: 1884, v. 2, p. 1383-1384. Disponível em www.brasiliana.usp.br.

21 Idem. p. 1387.

O parecer favorável não chegou a ser submetido à resolução imperial. Em 1869, José de Alencar, na circunstância Ministro da Justiça, expôs os motivos para não levar a cabo a proposta. Em suma, entendeu que o contrato já estava rescindido porquanto o seu autor não havia apresentado o projeto no termo contratado e a revalidação acarretaria ônus para o governo. Em 07 de novembro de 1872, com a saúde mental abalada, Freitas é convidado pelo então Ministro da Justiça Duarte de Azevedo para uma conferência e ambos concordam quanto ao fato de estar rescindido o contrato para a elaboração do projeto. Menos de um mês depois, em 03 de dezembro de 1872, Nabuco de Araújo assinava contrato para elaboração de um novo projeto de Código Civil (Decreto 5.164, de 11 de dezembro de 1872)[22].

5. Depois de quase um século...

Quase cem anos e vários projetos se passaram entre o comando do Constituinte do Império para a edição de um Código Civil e a sua efetiva promulgação no século XX. Muitas críticas foram feitas a Freitas por seus contemporâneos que, embora realçassem o brilhantismo e o espírito inovador do *Esboço do Código Civil,* criticavam a sua falta de síntese e a demora do autor na apresentação de um projeto final.

Todavia, o escritor vive o seu tempo e Freitas, assim como todos os demais juristas empenhados na elaboração de um projeto de Código Civil, tinha à sua volta a cultura jurídica do século XIX, cujo alguns fatores, apontados pela historiografia recente, colaboraram no atraso na edição do Código ou, pelo menos, foram paliativos para a exigência de promulgação imediata.

Dentre esses fatores, pode-se destacar a questão abolicionista e a difícil classificação do elemento servil na ordem jurídica[23]; a existência

22 José Carlos de Matos Peixoto. "A Codificação de Teixeira de Freitas", *Revista Forense*, v. 77, 1939, pp. 15-28. Neste ensaio, o Catedrático de Direito Romano da Universidade do Brasil faz uma crítica severa a José de Alencar, dizendo que, com sua atitude, o Ministro, romancista e civilista "desce ao nível de um burocrata, miúdo e pontilhoso, a esquadrinhar no orçamento óbices insuperáveis às grandes realizações" O curioso é que a íntegra do parecer da Seção de Justiça do Conselho do Estado citado acima deixa claro que o proponente não pedia aumento de despesa.

23 Keila Grinberg. *O fiador dos brasileiros. Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

de um Código Comercial, que serviu em parte como direito privado comum enquanto não surgiu o Código Civil[24]; bem como as dificuldades para regular as relações de família em uma sociedade que adotava o catolicismo como religião oficial.[25]

Freitas compreendeu o seu tempo; isto o projetava à frente dele em muitos aspectos, mas não podia deixar de ser um homem do século XIX. A sua obra inovadora, sem descuidar da tradição nos pontos em que a razão prática indicava e o seu rigor científico permitia, representou para o Direito Privado, na segunda metade do século XIX, a formação da primeira geração de juristas nacionais.

6. Referências

ALVES, José Carlos Moreira. "A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil". *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – *Princípios do Novo Código Civil e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CAROATÁ, José Prospero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre as consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Rio de Janeiro: Garnier: 1884, V. 2. Disponível em: www.brasiliana.usp.br. Acesso em: 25 mai. 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.

_____, *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, 1983.

24 José Reinaldo de Lima Lopes. O Direito na História. São Paulo: Atlas. 3a edição, p. 271. No mesmo sentido o recente artigo de Paola D'Andretta Iglezias, "A legislação comercial e o movimento de Codificação Civil no Segundo Reinado" p. 169-186, in Mota, Carlos Guilherme e Ferreira, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

25 Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, "esta questão dos casamentos civis não se pode esquecer como fundamental nos obstáculos à edição do Código Civil". *O Oráculo de Delfos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

GRINBERG, Keila. *O fiador dos brasileiros. Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IGLÉZIAS, Paola D'Andretta. "A legislação comercial e o movimento de Codificação Civil no Segundo Reinado". *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. "Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira." *Almanack Brasiliense n. 5* (maio de 2007), p. 3-36, disponível em: www.almanack.usp.br. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. "Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX". *In*: JANCSO, Istvan (Org.) *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Ijuí: Hucitec, 2003.

_____. *O oráculo de Delfos*. São Paulo, Saraiva, 2010.

MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas:* o jurisconsulto do Império – *vida e obra*. 2. ed., Brasília, Cegraf, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GARCIA, Paulo Macedo Neto. "A reforma judiciária de 1871". *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Cecília Helena Salles de. "O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do século XIX". *Almanack Braziliense* nº 5, maio de 2007, p. 46-53, disponível em www.almanack.usp.br. Acesso em: 23 mar. 2009.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. "A Codificação de Teixeira de Freitas". *Revista Forense*, V. 77, 1939, p. 15-28.

PENA, Eduardo Spiller. Os pajens da casa imperial. Campinas: Editora Unicamp, 2005.

VALLADÃO, Haroldo. História do direito especialmente do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira:* Teixeira de Freitas e a "Introdução à Consolidação das Leis Civis". São Paulo: USP. Dissertação de Mestrado, 2006.

POVEDA, Ignácio M. Velasco. *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

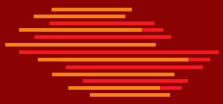
SALDANHA, Nelson. "História e sistema em Teixeira de Freitas". *In*: SCHIAPANI, Sandro (Org.) *Augusto Teixeira de Freitas e Il diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1988, p. 57-58.

SLEMIAN, Andréa. *Sob o Império das Leis*: constituição e unidade nacional na formação do Brasil. São Paulo: Hucitec, 2009.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO