

ANDRÉS BELLO E TEIXEIRA DE FREITAS. UM PARALELO

SILVIO MEIRA

Professor Categrático de Direito Romano
Membro Titular da Academia

I — SISTEMATIZAÇÃO DAS MATÉRIAS NAS CODIFICAÇÕES

Discrepância entre Andrés BELLO e Teixeira de FREITAS, que se revela desde a Consolidação de 1858, concentra-se na privação dos direitos civis, que FREITAS não admite em caso algum, nem mesmo como resultado da privação de direitos políticos, ou por força de condenações judiciais. Pensamento generoso e liberal, sem dúvida, digno de louvor. A própria Comissão Ministerial, encarregada de emitir parecer sobre a Consolidação, integrada pelo Visconde do Uruguai, Nabuco de Araujo e Caetano Alberto Soares (três eminentes jurisconsultos), pôs em realce: "Talvez fora cabível assinalar neste título o estado religioso regular, o qual importa a privação de muitos direitos civis: o moderno Código Civil do Chile, e a Lei da Toscana, consideram esse estado como *morte civil*". (*In Consolidação das Leis Civis*, 3.^a ed., 1915, J. Ribeiro dos Santos, Rio, p. XVIII).

Um paralelo entre o plano ou sistema de BELLO e o de FREITAS deve levar em conta que este passou por etapas sucessivas: no "Esboço" (projeto de código civil), altera o plano da consolidação e propõe: TÍTULO PRELIMINAR (I — do lugar; II — do tempo. PARTE GERAL (I — das pessoas, dos bens e dos fatos). PARTE ESPECIAL (Dos direitos em geral, dos direitos pessoais, dos direitos reais).

Os planos de FREITAS contrariam toda a tradição. Não segue a metodologia do Código Napoleão, que condena, nem se filia às fontes romanas. A PARTE GERAL, mais tarde, surge no código civil

da Alemanha de 1890, como bem assinalam Raul de la GRASSÉRIE e René DAVID. Influência? (1)

Verifica-se, pelo exposto, embora de maneira sucinta, que BELLO e FREITAS, embora conhecendo as mesmas fontes de estudo, adotaram metodologias diferentes.

Código Civil Chileno e Código Napoleão:

A vinculação do código chileno ao napoleônico se nota em numerosos pontos, entre eles nos preceitos sobre servidões: “se ha seguido, se puede decir, paso a paso el código civil francés” (CCCH, Mensaje, Editorial Juridica de Chile, p. 17 (2)).

Em matéria de contratos e quasi-contratos se faz presente também a luz do código napoleônico (idem, p. 20): “hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislacion actual que es lo más, e en la autoridad de un código moderno, en especial el francés”. (Ibidem). Em outros dispositivos sobre convenções lícitas se faz patente a influência das Sete Partidas e do Código Francês, “*las dos lumbreras* que han tenido más constantemente a la vista.” (p. 22).

Está evidente que, sendo as “Sete Partidas” e o “Código Francês” os dois fanais que guiaram BELLO, as discrepâncias com a obra de FREITAS deveriam ser enormes, a não ser nos aspectos doutrinários especiais em que seus pensamentos se identifiquem.

Sendo BELLO mais antigo (1781-1865) do que FREITAS (1816-1883), em certa fase da vida foram contemporâneos, exatamente na mais fecunda. Em 1855 se promulgou o código chileno para entrar em vigor a 1 de janeiro de 1857; em 1858 se promulgou a Consolidação das Leis Civis no Brasil e a partir de 1860 a 1865 FREITAS se dedicou à tarefa de redigir o “Esboço”. Em 1867 elaborou sua célebre mensagem.

Por ser o “Esboço” a obra mais vasta, com repercussão decisiva no código argentino de 1867, e no paraguaio (que adotou aquele) e no do Uruguai, caberia um paralelo mais aprofundado entre essa obra maior do juriconsulto brasileiro e o projeto de BELLO. Teria havido alguma influência? FREITAS conheceu o código chileno no devido tempo? Tudo indica que, ao iniciar a redação da Consolidação, não o conhecia, tanto assim que na Nota n.º 46 escreveu: “Temos recentemente o Proj. do Cod. Civ. de Portugal, e do Chile,

que muito desejamos conhecer. Também ainda não vimos o Proj. do Cod. Civ. espanhol publicado em 1852.”

Logo a seguir revela que já conhece o projeto chileno, o que faz crer na ampliação da Nota 46 nas edições que se sucederam: “Agora por nós conhecidos esses projetos, eis nosso juízo... O código civil chileno é um belo trabalho, mas seu método está longe de agradar-nos. Depois de um Título Preliminar, à imitação do Cod. Nap., sobre as leis, sua promulgação, efeitos, interpretação, e derrogação, contém quatro livros. O 1.º trata das *pessoas*, o 2.º dos *bens* e de seu domínio, posse, uso e gozo; o 3.º da *sucessão causa mortis* e da *doação inter vivos* e o 4.º das *obrigações e dos contratos*. O projeto do código civil espanhol é uma cópia servil do Cod. Nap.” (Cons. cit. p. XLIII, n.º 46).⁽³⁾

II — NOVOS PONTOS DE ENCONTRO E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS PROJETOS DE BELLO E FREITAS.

Apesar de adotarem métodos diferentes e imprimirem a seus projetos cunhos pessoais, ao lado de concepções e doutrinas extraídas de outros códigos e autores estrangeiros, existem, aqui e ali, pontos de encontro. FREITAS, com muita probidade, cita as fontes e por diversas vezes refere o nome de BELLO, embora dele discorde.

Na “Consolidação das Leis Civis”, já foi indicado, FREITAS critica a adoção da morte civil no diploma chileno e no napoleônico. Uma única vez, portanto, o cita nesse diploma de 1858.

Já no “Esboço” se encontram cerca de 27 (vinte e sete) referências ao código do Chile, a saber:

Quanto à contagem do tempo (nota 11); domicílio civil (nota 15); religiosos professos (nota 39); surdos-mudos (nota 105); família (nota 126); parentesco (nota 127); idem (nota 128); filhos naturais (nota 153); existência legal da pessoa (nota 202); nascituros (nota 203); nascimento com vida (nota 203); falecimento presumido (nota 216); declaração de ausência (nota 217); pessoas jurídicas (nota 226); fundações (nota 234); idem (nota 234); corporações (nota 257); pessoas jurídicas (nota 264); pessoas jurídicas (nota 265); estatutos (nota 266); corporações (nota 267); fim da existência das corporações (nota 271); fim da existência das fundações (nota 272).

A partir daí, FREITAS não faz mais qualquer alusão ao código chileno. É de ressaltar que, nas notas indicadas, invoca às vezes outros códigos, como o do Peru (art. 94, 3.º e 4.º), o da Prússia, o da França e as Ordenações. Ora concorda, ora discorda de BELLO, ora simplesmente menciona, sem comentário. Não nega, porém, vez por outra, louvores a alguns dispositivos do código chileno.

1) Na nota 11 afirma que “até o presente, nenhum código, excetuando o do Chile, tem computado o *tempo* em toda a sua generalidade, e como matéria preliminar, para ter aplicação a todos os casos possíveis, em que ele influi; salvo o que for preciso excluir da regra, em casos especiais”. Invoca as Ordenações, o código Comercial Brasileiro de 1850, o código da Prússia e o da França. Invoça, mas não adota suas idéias.

2) Na nota 15, referente ao domicílio, discorda do código chileno ao escrever: “Domicílio civil — porque se distingue do *domicílio político* com referência ao exercício dos direitos políticos. No código do Chile, arts. 60 e 61, entende-se o *domicílio político* em outro sentido, e como relativo ao território do Estado em geral, ao passo que o domicílio civil é relativo às circunscrições territoriais. Provém isso de só se ter atribuído ao *domicílio civil* o efeito de determinar a competência das autoridades, não se lhe atribuindo o efeito de determinar a legislação civil aplicável, que aliás se atribui só à nacionalidade.”

3) Na nota 39, sobre morte civil, discorda do código chileno, como já o fizera do francês. Diz ele: “Houve nisto igual extravagância de invenção de *morte civil*, e que ainda recentemente aparece no código do Chile. A realidade da vida aí está, seus fatos ninguém nega; e por onipotência legislativa declara-se morto um ente humano, que vive, e também se o faz ressuscitar! Qual será a utilidade destas vãs ficções?” (Referia-se aos religiosos professos).

4) A nota 105 diz respeito à incapacidade dos surdos-mudos, os quais “serão havidos por absolutamente incapazes para os atos da vida civil, quando forem tais, que não possam dar-se a entender por escrito”. Diz ele: “O Esboço está nisto de acordo com o Cod. do Chile.” Discordava ele do Cod. Napoleão, das Ordenações e da opinião doutrinária de SACASE.

O dispositivo, ao agrado de FREITAS, parece vago, deixando margem a controvérsias futuras. Com os progressos científicos de nossa época a matéria merece critérios mais práticos, no meu entender.

5) Na nota 126 apenas refere o Cod. do Peru (art. 94) e o do Chile (art. 96) quanto à cessão da incapacidade dos religiosos. Cita apenas.

6 e 7) Nas notas 127 e 128 volta a referir os artigos 97 e 96, respectivamente, do cód. chileno sobre bens dos religiosos secularizados.

8) Na nota 129, sobre parentesco, escreve: “Excetuando o Cód. da Prússia, o da Áustria e o do Chile, que em geral tratam do *parentesco*, todos os mais sobre ele legislam por ocasião da sucessão *ab intestato*, como o Cód. Napoleão, arts. 371 e s. Esta matéria porém é tão geral, que a sua aplicação aparece na maior parte dos assuntos de legislação civil. Não se explica o acanhado ponto de vista de muitas matérias desta ordem, aplicáveis a tantas espécies de relações, senão pelos embaraços, que têm resultado dos maus sistemas.”

9) Na nota 153, sobre filiação natural, critica: “É singular que o Cód. do Chile, art. 36, applicasse a qualificação de *naturais*, para somente designar filhos ilegítimos reconhecidos por seu pai, ou por sua mãe, ou por ambos.”

10) Na nota 202, contrariando o cód. chileno, escreve a respeito dos nascituros: “Tal é a redação do código austríaco, art. 22, do Cód. da Luisiana, art. 29, e do Cód. do Peru, art. 3.º. O recente Cód. do Chile art. 74, em contrário ao nosso artigo diz: a existência legal de toda a pessoa principia ao nascer; e no art. 77 vem a cair na realidade, mas descrevendo-a do mesmo modo, como se fora uma ficção: “E se o nascimento (palavras desse art. 77) constitui um princípio de existência, entrará o recém-nascido no gozo dos ditos direitos, como se já existisse no tempo, em que tais direitos se deferiram.”

11) Na nota 203 volta ao assunto, quando alude aos direitos adquiridos dos nascituros: “*Irrevogavelmente adquiridos* — porque tanto importa supor-se, segundo SAVIGNY, que os nascituros não têm capacidade para adquirir, por não serem ainda pessoas, uma vez

que efetivamente a lei acautela o futuro; tanto importa dizer-se, a exemplo do cód. chileno, art. 77, que os direitos ficam suspensos, até que o nascimento se efetue, como adotar a redação do nosso artigo, que é consequência da disposição antecedente. Tenho o meu sistema por mais conforme à verdade, porque de fato os bens são adquiridos pelos nascituros, cujos representantes entram na posse deles. E que importa ficar dependendo essa aquisição da condição do nascimento com a vida, se o mesmo acontece com toda a aquisição de direitos resolúveis?"

12) Ainda na nota 203 trata da duração da vida e insiste na discordância com o cód. chileno: "Ainda que por instantes — seguiu o direito romano — *licet illico postquam in/terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit*. A duração da vida (SAVIGNY, tomo 2.º, p. 8) é coisa indiferente, e o filho tem a capacidade de direito, ainda que morra imediatamente. Concorde o Cód. chileno, art. 74. O art. 4.º do Cód. do Peru estabelece que os nascidos, para conservar, e transmitir direitos, vivam ao menos 24 horas. Depois de completamente separados de sua mãe — segundo a lei 3.ª Cód. *de poth — perfectae natus . . . ad orbem totem processit*.

13) Na nota 216, sobre falecimento presumido, vincula sua concepção à lei brasileira de 15 de novembro de 1827 e ao art. 720 do Código Comercial de 1850 e ainda ao Código do Chile: "Este caso é o da lei de 15 de novembro de 1827 e que foi contemplado nos arts. 35 e 334 da Consolidação. *Ou por tal reputado* — veja-se o art. 720 do Cód. de Com.; devo dizer que de todos os códigos o que melhor regulou este assunto do falecimento presumido é o Código do Chile, cujas idéias tenho adotado com algumas modificações."

14) Na nota 217 prossegue sobre o mesmo assunto, critica o código francês e conclui: "Tendo-se de marcar o *dia presuntivo* do falecimento, nada mais inverossível do que designar como tal ou o primeiro dia do tempo exigido pela lei, ou o último dia desse tempo. É menos inverossível adotar-se o meio-termo entre o princípio e o fim do tempo da ausência. É o que mui sensatamente tem seguido o Cód. chileno."

15) Na nota 226, trata das Pessoas Jurídicas, em cuja teoria "se encontra toda a beleza e majestade do direito civil". Depois de

citar os códigos francês, austríaco, o da Prússia e o da Luisiana, registra: “E só o código mais moderno, o do Chile, contém um Tit. sobre o assunto e com a inscrição mais geral das *personas jurídicas*, tratando não só das *corporações*, como também das *fundações de beneficência*.”

16) Ainda na nota 226 faz outra referência: “Desta última circunstância dimana a distinção do nosso artigo entre as *fundações de utilidade pública*, que alguns escritores (SAVIGNY) e legislações (cód. chileno) denominam assim, e as *corporações*. Essa distinção nem sempre é estreme, porque na observação prática dessas *personas jurídicas* acham-se algumas, como previne o art. 545 do Cód. chileno, que participam de um e outro caráter.”

17) Nessa mesma nota 226, mais adiante, referindo-se ao patrimônio das *personas jurídicas*, critica o código chileno: “*Contanto que tenham patrimônio seu* — eis outra condição essencial, para que *fundações* e *corporações* possam ser *personas jurídicas*, com existência própria. Quando essas *fundações* e *corporações* subsistem só a expensas do Estado, são partes componentes deste, não são *personas jurídicas* à parte, o que bem distinguiu o art. 547 do Cód. chileno. Mas este Cód. enganou-se visivelmente como que pondo fora do direito civil a *nação*, o *fisco*, as *municipalidades*, e também as *sociedades industriais*.”

Como se observa, as fontes, tanto de BELLO quanto de FREITAS eram savignyanas, mas FREITAS se rebelava, discordava e censurava o código chileno.

Em matéria de *personas jurídicas* nada assimilou de BELLO, embora o cite e comente.

18) Na nota 254 indica o Cód. chileno, art. 550, ao lado do Cód. da Luisiana, art. 435, e SAVIGNY (*Trat.* tomo 2, p. 317 a 349).

19 e 20) Nas notas 252 e 253, sobre estatutos das *corporações*, refere o Cód. chileno, arts. 552, 553 e 554, ao lado do Cód. da Luisiana, arts. 429, 430, 436.

21) Na nota 257, sobre bens de *corporações* e de seus integrantes, alude ao Cód. do Chile, art. 459, ao lado do da Luisiana, arts. 427 e 428, e invoca o aforismo — *si quid universitati debetur singulis non debetur*.

22, 23, 24 e 25) Nas notas 264, 265, 268 e 269, refere o Cód. chileno, nos arts. 546, 548, 562, 559 e 560, ao lado do Cód. da Luisiana, arts. 437 e 438.

26 e 27) Nas notas 271 e 272, sobre dissolução de corporações e fim das fundações, refere o Cód. chileno, arts. 561, 563 e 564.

São, ao todo, vinte e sete referências ao Código do Chile, algumas meramente exemplificativas ao lado dos códigos da Luisiana, da Prússia, da Áustria, do Peru, das Ordenações e de doutrinadores, especialmente SAVIGNY, que é fonte comum. Em várias notas discorda de BELLO, critica respeitosamente, porquanto em alguns passos manifesta sua admiração pelo “belo trabalho”, o que importa num delicado trocadilho, voluntário ou não. Uma vez apenas afirma ter aceito o pensamento de BELLO, embora com modificações e noutro passo diz haver coincidência entre a sua concepção e a do codificador chileno.

Espírito independente, FREITAS louva e critica SAVIGNY. Concorde e discorde, em vários passos. As referências que faz ao diploma chileno são por demais significativas, pois era, à época, o *mais moderno*, de 1855. FREITAS escreveu o “Esboço” pouco depois, de 1860 a 1865. Pena é que os dois sábios, nesse período (BELLO morreu em 1865), não houvessem trocado correspondência e impressões, como aconteceu entre Teixeira de FREITAS e VELEZ Sarsfield, da Argentina.

III — DOIS TEMAS E MELHOR CONFRONTO ENTRE BELLO E FREITAS. NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS.

Parecem dignas de melhor exame algumas afirmativas constantes do excelente estudo de autoria do eminente Prof. chileno Hugo HANISCH Espindola, intitulado *Augusto Teixeira de Freitas e Andrés Bello* (Ponência apresentada ao Congresso Internacional de Direito Romano, Universidade de Brasília, em 1983). Estudo profundo, em que seu autor — laureado analista da obra romanística de Andres BELLO — revela mais uma vez sua percuciência de pesquisador. Diz ele, às páginas 6: “Sin embargo hay dos temas en que se advierte la concepcion de Bello, a pesar de que no se hace ninguna referencia al Codigo Civil de Chile. La forma y conceptos del desarrollo se acercan profundamente al pensamiento del eminente venezolano. Ellas son la nullidad y el Registro Conservatorio de bienes raices, por lo

que es conveniente destacar la similitud del pensamiento de ambos autores y la semejanza entre los textos de O ESBOÇO y del Código Civil chileno.”

Vamos por partes.

NULIDADE — As fls. 35 e 36 de seu citado trabalho, o mestre chileno volta à crítica: “Otra materia en que FREITAS siguió las huellas del Código de BELLO es la nulidad.” E insiste: “El artículo 1.681 del Código Civil de Chile en su inciso 2.º expone: La nulidad puede ser absoluta y relativa, división que usa FREITAS en los artículos 805 y 810 de O ESBOÇO.” (36)

Para que tal afirmativa fosse válida seria necessário que BELLO, pela primeira vez, em todos os tempos, houvesse falado a respeito e criado essa classificação de nulidades absolutas e relativas.

Ela já constava da legislação imperial brasileira anterior ao código de BELLO, o Dec. 737 de 25 de novembro de 1850, obra-prima que teve vigência no Brasil durante quase um século. Baixado no Império, depois a República, em 1889 o mandou aplicar em todo o território nacional pelo Decreto n.º 763 de 19 de setembro de 1890 e vigorou, como código de processo civil e comercial, até 1940, quando entrou em vigor o novo código. Essa lei brasileira foi da lavra de eminentes juristas, como o foram algumas outras, também imperiais: a lei de 15 de novembro de 1827, o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Penal de 1832 e o Código Comercial de 1850. O Império não foi prolífico em leis, mas as poucas que elaborou, mostram-se de notável significação e de sólido conteúdo jurídico.

Chego assim a uma admirável revelação: Andrés BELLO, homem universal, conheceu, estudou e aproveitou algo da legislação imperial brasileira anterior a 1855. Nem poderia ser de outra forma. Um sábio que lia SAVIGNY, que compulsava códigos da Sardenha, da Luisiana, do Peru, da França, da Prússia, não deveria desconhecer a legislação imperial brasileira, justamente aquela que mais o interessava de perto. A língua não lhe era obstáculo. Estudara português na Inglaterra. Em vez de FREITAS ter seguido as “huellas” de BELLO, ambos seguiram, de mãos dadas, as “huellas” da legislação brasileira imperial, especialmente o Decreto n.º 737 de 25 de novembro de 1850 e o Código Comercial Brasileiro do mesmo ano.

Quereis a prova?

Código Chileno, art. 1.681: “Es *nulo* todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.”

Dec. n.º 737 de 25.11.1850 — Art. 687: “As nulidades também se dividem em nulidades *absolutas* e nulidades *relativas* para o efeito seguinte”: (Vem o texto).

Esse artigo está subordinado ao capítulo III — Das nulidades dos contratos comerciais. Seguem-se vários dispositivos em que esse diploma desenvolve com minúcias uma verdadeira teoria das nulidades (absolutas e relativas), isso cinco (5) anos antes da promulgação do código chileno e sete (7) da sua entrada em vigor.

O art. 686 declara que “só as nulidades dependentes de rescisão e as relativas, podem ser ratificadas”.

O título XX do código de BELLO se denomina: “De la nulidad y de la rescision.”

A matéria das nulidades, no código chileno, se desdobra em dezessete artigos de 1681 a 1697; na lei brasileira ela consta de onze artigos, do 682 ao 694.

No art. 686 a lei brasileira faz remissão ao código de comércio de 1850, art. 828, e que deveria ser também do conhecimento de BELLO.

O Código chileno, art. 1.681 acima citado nada mais é, por outras palavras do que o disposto no Dec. 737 de 1850:

“682 — A nulidade dos contratos só pode ser pronunciada: ... 2.º) quando for preterida alguma solenidade substancial do contrato ou fim da lei.” (arts. 129, 288, 468, 656, 677 do código).

“684 — São nulidades de pleno direito: ... aquelas que a lei formalmente pronuncia em razão da manifesta preterição de solenidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova literal.”

Código chileno, art. 1.683 — “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin peticion de parte, cuando aparece de manifiesto en el ato o contrato.”

Dec. 737 de 1850: Art. 689 — “Só podem ser pronunciadas ex officio as nulidades de pleno direito e absolutas.”

Código chileno: Art. 1.706 — “El instrumento publico o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa com lo dispositivo del acto o contrato.

Dec. 737 de 1850, art. 691: “O instrumento público nulo, se está assinado pela parte, vale como particular nos casos em que o código admite um ou outro e pode também constituir princípio de prova por escrito, quando o mesmo código não exige prova determinada.”

“Art. 692 — O instrumento nulo por falta de alguma solenidade, que o código exige para constituir algum contrato especial, valerá como título de dívida (arts. 634, 636 e 656, código).”

A palavra código, nesse decreto, deve entender-se como Código Comercial, que era o vigente em 1850.

Outras “huellas” poderão ser encontradas nesse Decreto 737 de 1850 em que a teoria de nulidade absoluta e relativa, a nulidade de pleno direito, a rescisão e a ratificação são expostas com tal lucidez, estando todos os dispositivos relacionados com o código comercial brasileiro, então vigente.

BELLO e FREITAS, portanto, beberam na mesma fonte: a lei imperial brasileira.

Aprofundando o estudo dessa matéria verifica-se que o legislador brasileiro de 1850 foi haurir ensinamentos na experiência francesa e na melhor doutrina, que remonta ao século XVII, com raízes no direito romano.

Os romanos não conheceram as denominações — nulidade absoluta e nulidade relativa. Eles utilizavam expressões que caracterizavam, todavia, as nulidades absolutas: *nullum ipso jure*; outras vezes chamavam *negotium rescinditur* aos atos passíveis de rescisão. A palavra *inutile* caracterizava atos juridicamente inexistentes, nulos, em suma.

Já Papiniano dizia: “*Quae facta laedunt pietatem, extimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiant nec facere nos posse credendum est.*” (D. 15, de cond. inet.) ⁽⁸⁾

Tudo o que fere a moral, o pudor, a reputação, os bons costumes não merece fé. E a constituição dos Imperadores Teodósio e Valentiniano abriu caminho para toda uma teoria das nulidades, ao

prescrever: "*Nullum enim pactum, nullam conventionem inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibent.*"

Pode haver nada mais claro? Não é a própria definição de nulidade absoluta, mais tarde sistematizada pelos franceses? Vide a respeito MERLIN, no seu "Cours de Droit civil français" (I, § 37). DOMAT, no "Traité des Lois" (XI 40), MOURLON, em "Répétitions sur le Code Napoléon" (I, p. 62), ZACHARIAE, no "Droit civil français" (3, p. 85), LAURENT (belga), no "Principes de droit civil français" (I, n. 42) e se se quiser ir mais longe, PLANIOL, DEMOLOMBE, POTHIER e retroceder no tempo e subir até CUIACIO.

Ainda na mesma constituição de Teodósio e Valentiniano prossegue o texto, que é longo: "Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus; ut legislatori quod fieri non vult, tantam prohibuisse sufficiat; coeteraque quae expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, ut es quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est."

Eis aí. A parte final é bem sugestiva: o que a lei veda, proíbe *si fuerint facta, non solum inutilis sed pro infectis etiam habeantur*. É como se não fosse praticado, não fosse realizado, nulo em suma. Papiniano, e os imperadores Teodósio e Valentiniano viveram muitos séculos antes de Andrés BELLO e FREITAS. O primeiro é do século III, foi contemporâneo de Paulo e Ulpiano, e morreu assassinado por ordem do imperador Caracala, por não emitir opinião jurídica aprovando um fratricídio. Os dois imperadores invocados, são do século V.

Dir-se-á que eles não falaram em nulidade *absoluta* e nulidade *relativa*. Ulpiano também escreveu que todo pacto proibido é nulo pelo simples motivo de ser proibido: "Et generaliter quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet. Si stipulatio sit interposita de his pro quibus pascisci non licet. servanda nos est sed, omni modo rescindenda." (D, 16, 7, de pactis.)

A terminologia, através dos tempos, tem variado. O código francês e as Ordenações aludem apenas a atos *nulos*. A doutrina portuguesa, consubstanciada no Código de Processo Civil Português —

como bem o salienta MARTINHO GARCEZ, utilizam a expressão nulidades *suprimíveis* e *insuprimíveis*.

Já no século passado um eminente jurista brasileiro, MARTINHO GARCEZ, em obra premiada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, desenvolvia o tema com maestria em “Nulidades dos Atos Jurídicos” (Liv. Cunha & Irmão, Rio, 1896) e dele extraio vários subsídios para esta exposição: “No intuito de distinguir os atos nulos *ipso jure* dos que o são mediante rescisão, Teixeira de Freitas, seguindo a lição dos escritores franceses, emprega na última edição da “Consolidação das Leis Civis”, a palavra NULO para os primeiros e ANULÁVEIS para os segundos.” (P. 30, nota 43.)

Aí, sim, parece ter havido criatividade vocabular, inovação na nomenclatura.

Entende ainda GARCEZ (op. cit. 21/22) que o preceito da constituição de Teodósio e Valentiniano acima reproduzido “parece ter sido a fonte de nossas Ordenações, que, embora menos peremptórias e categoricamente, estabelecem também como regra “que aquilo que se faz contra a proibição da lei é NULO” (Ord. do Liv. 1.º, tit. 66 § 29, tit. 78 § 14; Liv. 2.º, tit. 45 § 38; Liv. 3.º, tit. 75 pr.).

As expressões *ato anulável* e *ato nulo* estão presentes na doutrina francesa (Vd. MOURLON, “Repétitions sur le Code Civil”, vol. 2, p. 834).⁽⁵⁾

A distinção também entre *nulidades absolutas* e *nulidades relativas* usada por BELLO e FREITAS e constante da lei brasileira de 1850 (Dec. 737), remonta ao velho direito francês. Isso vem bem observado na obra de BOUHIER, “Observations sur la coutume de Bourgogne”, cap. 19, ns. 12 e 13 e também referido por GARCEZ, ob. cit. p. 43, nota 68.

LAURENT chama simplesmente de *inexistente* o contrato absolutamente nulo, isso porque considera sinônimas as expressões *contrato nulo* e *contrato anulável*. (D.C.F. cit., vol. XV, n.º 450).

MOURLON usa as palavras ABSOLUMENT e ABSOLU: “1.º Lorsque l’un des éléments essentiels à leur perfection manque ABSOLUMENT (o grifo é de MOURLON); e “Defaut ABSOLU de consentement...” (ob. cit., p. 834).

Aos pandectistas alemães a matéria não foi estranha. Basta citar DERNBURG, que distingue a nulidade da invalidade (Entkraeftbar-

keit). O BGB alemão, quanto à nulidade relativa, preferiu a expressão ANFECHTUNG, *impugnação*, que DERNBURG substitui por Entkraeftbarkeit, e Francesco CICALA traduz por *invalidabilitè* (PANDETTE, Dernburg, Torino, ed. Fratelli Bocca, 1906, vol. 1, p. 364, nota 2). DERNBURG distingue os contratos nulos de modo absoluto, juridicamente inexistentes, apenas com a aparência, mas sem a essência de um negócio jurídico, dos *relativamente nulos*. Diz expressamente (cito a versão italiana de CICALA): “La nullità è relativa: se può valere da ognuno ad essa interessato, e neanche in tutti casi.” (6)

Poderia alongar esta exposição com exemplos extraídos da abundante literatura alemã, francesa e italiana a respeito das nulidades *absolutas* e as *relativas*, toda ela devassada pelo gênio perquiridor de Teixeira de FREITAS e não menos conhecido de Andrés BELLO.

Dizer, portanto, que “se advierte la concepcion de Bello” no fragmento de FREITAS e, por isso, este seguiu as “huellas” daquele é subestimar a capacidade perquiridora do grande jurista do Império, conhecedor das codificações e doutrinas estrangeiras.

Tinha ele bem perto de si códigos e leis excelentes (o comercial de 1850 e o 737 do mesmo ano), fontes cristalinas, que devem ter servido também às lucubrações de BELLO.

FREITAS cita o codificador venezuelano-chileno onde deve fazê-lo, com toda lisura, com ele concorda em alguns pontos, noutros discorda, censura e ataca. Era de sua natureza independente e inovadora. Dele disse O. MAGNOSCO, na Argentina: “FREITAS es un innovador liberrimo.”

REGISTRO CONSERVATÓRIO — Outro ponto em que as coisas precisam ser colocadas nos seus devidos lugares é aquele em que o insigne Hugo HANISCH Espindola considera FREITAS seguidor de BELLO, quanto ao Registro Conservatório: “Conviene portanto indicar los casos en que Freitas se refiere a esta institucion, aunque non indique en estos casos la fuente de donde *tomó la idea*, pero que por las situaciones que plantea parece juicioso estimar que se basó en el Código Civil Chileno.” (Ponencia cit. p. 30.) Trata-se do Registro Conservador de Bienes Raices. Diz mais: “FREITAS toma el término y lo usa en ciertos casos pero no llega como BELLO a organizar una institución semejante ao Registro Conservador de Bienes Raices Chileno.” (Idem, p. 29.)

Tanto essas afirmativas, como as referentes às nulidades absolutas e relativas, dão a impressão de que o direito civil começou com Andrés BELLO, quando este mesmo afirma que montou seu projeto nos dois monumentos: Código Napoleão e Cód. das Sete Partidas.

Essas idéias e as instituições que elas engendram são velhas como a sé de Braga e já se achavam presentes no velho direito civil português e mesmo na legislação imperial brasileira da primeira metade do século XIX e que BELLO, sem dúvida, por ser um espírito universal, conhecia.

A palavra *conservador*, presente no castelhano e no português, de origem latina (*conservator*) já se encontrava em Cícero, no sentido de *defensor*, *conservador*, em suma.

CÍCERO, Att. 8, 9, post med. Alterum existimari conservatorem inimicorum, alterum desertorem amicorum. Id. Sext. Dii immortales custodes et conservatores hujus urbis. Id. Att. 9, 10, ante med. “Me, quem nonnulli conservatorem istius urbis, quem parentem esse dixerunt etc.” (Vd. Dic. Aegidius Forcellinus e Jacobus Facciolatus, verbete Conservator.)

Um dos primeiros conservadores do mundo ocidental foi JUPITER — o Deus pagão, conforme consta de velhas inscrições latinas SAEPE EST EPITHETON JOVIS. A divindade pagã era o *conservador*, o *guardador*, o *protetor*, o *defensor* da cidade romana JOVI OPT. MAX. servatori, conservatori ou ainda JOVI CONSERVATORI. Da mesma forma CONSERVATRIX era o epíteto da deusa Juno: JUNONI CONSERVATICE. Em Arnob. 4, 151: VIRGINES PERPETUI NUTRICES ET CONSERVATRICES IGNIS. (?)

Ora, se Júpiter era cognominado “conservador” do mundo romano, Juno a “conservadora” e as virgens vestais consideradas as permanentes “conservadoras” do fogo, como admitir que, no século XIX, o vocábulo tenha sido “criado” por BELLO no mesmo sentido romano e ser “tomado” por FREITAS, como o afirma o eminente romanista? FREITAS “tomó el término”?

EL TÉRMINO nasceu com a civilização romana, no sentido de guarda e proteção de patrimônios, materiais e morais.

Em Portugal o Conservador da Junta do Comércio foi instituído pelo alvará de 13 de novembro de 1756, § 13. Dele se trata também nos Estatutos a que se refere o alvará de 16.12.1756, cap. 4.

Havia vários tipos de Conservador: o da “Mesa do Bem Comum do Comércio”, com jurisdição privativa em todas as contrações que se fizessem às leis dela (Junta). O Conservador dos Assistentes da Aula do Comércio”, por alvará de 19.05.1659. Extintos mais tarde, esses Conservadores foram substituídos por alguns magistrados, entre eles o JUIZ CONSERVADOR DOS PRIVILEGIADOS, alvará de 16.12.1771, § 1 e ss.

Vinham de longe as Conservatorias em Portugal, tanto assim que por Dec. de 20 de abril de 1641 “se mandou consultar a extinção das CONSERVATORIAS, todas foram extintas, salvo a do Comércio, Dec. de 31 de outubro de 1652”.⁽⁸⁾

Dir-se-ia que se tratava de magistrados que guardavam privilégios e não se confundem com os Registros Conservatórios a que alude o código chileno.

Esse é outro aspecto. O Registro predial foi instituído em Portugal por decreto de 26 de outubro de 1836, e posto em execução por decreto de 3 de janeiro de 1837 (vinte anos antes de entrar em vigor o código do Chile). Desde 1801 a matéria vinha sendo cogitada, através do alvará de 9 de junho daquele ano. Criaram-se os cosmógrafos do reino, que organizaram a carta das suas comarcas e instituíram livros de registro geral, para inscrição dos títulos “de cada uma das propriedades, e onde os novos possuidores deviam registrar os seus títulos, sob pena de não lhes serem reconhecidos os direitos que tivessem a essas propriedades”.⁽⁹⁾

Verifica-se dessa forma que a legislação portuguesa, muito anterior ao código francês de 1804, já cuidava do assunto. FREITAS e BELLO sabiam disso. Por portaria de 3 de fevereiro de 1868 criaram-se as “Conservatorias do Ultramar”. Por decreto de 17 de outubro de 1865 aprovou-se o código do registro predial das Províncias Ultramarinas com Conservatorias. Firma Alves MOREIRA: “No Ultramar há também na sede de cada comarca uma Conservatoria do registro predial de toda a área da mesma comarca.”

No direito brasileiro imperial o registro predial se liga à publicidade das hipotecas. O Dec. n.º 482 de 14 de novembro de 1846 em seu art. 14 já prescrevia: “Depois da instalação do registro das hipotecas em qualquer comarca, os efeitos legais das hipotecas dos bens

nela situados, só começarão a existir da data do registro das mesmas hipotecas.”

A Lei n.º 1.237 de 24.09.1864 deu-lhe maior amplitude. Previu a prenotação, que já estava presente no código civil português de 1865, art. 966 e segs., sob o nome de registro provisório. O mesmo que a *Vormerkung* do direito alemão.

Muito antes, porém, a Lei n.º 317 de 21.10.1843, em seu art. 35 criou o Registro Geral: “35 — Fica creado um Registro Geral de Hipotecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus regulamentos.” Foi precisamente o Dec. n.º 482, acima citado, que aprovou o respectivo regulamento.

O Código Comercial Brasileiro, Lei n.º 556 de 25 de junho de 1850, em seus arts. 265 a 270 confirmou o registro hipotecário, enquanto as concessões de sesmarias e posses, por força da Lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850, se registravam perante os vigários, nas paróquias. A pouco e pouco foi se ampliando o registro, até que passou a denominar-se REGISTRO GERAL, por força da Lei n.º 1.237, de 24.09.1864, citada, objeto de regulamento pelo Dec. n.º 3.453, de 26.04.1865.⁽¹⁰⁾

O Dec. 482 de 14.11.1846 já falava no Registro Geral das hipotecas.

As palavras *Conservador* e *Conservatório*, presentes no velho direito português, tiveram logo acesso ao direito positivo brasileiro, sendo referidas por Teixeira de Freitas, em dispositivos do seu “Esboço” e nota respectiva, que apresentam por fonte o velho direito lusitano.

O Registro Geral de 1864 mandava proceder, não só à inscrição das hipotecas, como a *transmissão intre-vivos, por título oneroso ou gratuito*, dos bens suscetíveis de hipoteca; e a instituição e *direitos reais*, “que não operam seus efeitos a respeito de terceiros, senão também pela transcrição e desde a data desta. (Teixeira de Freitas, Vocabulário Jurídico, Ed. Saraiva, SP, pág. 290, 1983, verbete registro).

Freitas usava a expressão *registro conservatório* não apenas com relação aos imóveis, mas em sentido mais amplo, quando se referia, por exemplo, à incapacidade da mulher casada: “Esta incapacidade é tão pública pelo fato da coabitação dos casados, que não se faz

necessária a publicidade pelo *Registro Conservatório*. (Nota 120 ao Esboço.)

No que se refere à falência dizia: “Se eu não contasse com a publicidade do Registro Comercial, providenciaria para que a sentença de abertura da falência fosse transcrita no *Registro Conservatório*. (Nota 122, *idem*.)

Em outro passo escreve FREITAS: “O registro, que denomino Conservatório, e o que se tem chamado impropriamente Registros dos Direitos Reais e mais impropriamente ainda — Registro das Hipotecas.” (Nota 66, Esboço.)

E mais adiante: “Ora, a denominação Registro Conservatório é ampla, e abrange todos e quaisquer instrumentos, cuja transcrição pública o legislador julgue necessária.” (*Idem*.)

FREITAS dava caráter amplíssimo ao seu “Registro Conservatório”, que deveria abranger não apenas as transmissões imobiliárias, hipotecas e demais atos referentes a imóveis, como também quaisquer outros atos cuja *conservação* (no sentido de guarda) se fizesse necessária, como a da emancipação e nulidade de casamento, “se nesse mesmo dia foi transcrita no Registro Conservatório; ou, então, desde o dia da transcrição nesse Registro.”

Na nota 97, sobre cessação de incapacidade, volta ao assunto: “Não há o mesmo perigo, e a mesma razão, como no caso de pessoa capaz, que fica incapaz; mas é necessário reabilitar o incapaz, e além disto o Registro Conservatório deve estar em dia.”

Na nota 96: “Registro Conservatório — para segurança de todos, para haver confiança nas relações da vida civil; indispensável à maior publicidade, sempre que alguém perde o estado normal da capacidade, e passa a ser incapaz.”

Não creio que FREITAS defendesse a melhor doutrina com a amplitude que pretendia dar ao Registro Conservatório. Com os progressos mundiais, a industrialização, o gigantismo econômico, a experiência indicou que a melhor solução é a da especialização dos registros, não se confundindo as relações referentes a imóveis, com outras relações no campo do direito de família, da propriedade mobiliária, das sucessões, aluguéis que não se refiram a imóveis, especificamente.

A concepção de BELLO era mais limitada e a questão de nomenclatura, que tanto preocupou o eminente mestre HANISCH ESPINDOLA a ponto de julgar que “parece judicioso estimar que (FREITAS) se basó en el código Chileno” (ob. cit. p. 30), não tem o alcance pretendido.

Além da velhíssima tradição portuguesa das Conservatorias e dos Conservadores, a matéria está presente no direito de outras nações de línguas românicas com vocábulos semelhantes — a mesma origem etimológica latina. Júpiter e Juno foram os mais recuados conservadores da história romana. A legislação espanhola, irmã da lusitana, também aludia a *conservadores*, ou *registradores*. Ernest LEHR, professor da Academia de legislação comparada de Lausanne, Suíça, no seu “Elements de Droit Civil Espanhol”, ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1880, tomo I, p. 308, faz longo estudo sobre os conservadores (Des Conservateurs) e explica: “A chaque registre est preposé un conservateur” (p. 309).

Quando o Código chileno, em seu art. 686 firma que “Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raíces por la inscripcion del titulo en el Registro del Conservador” não diz nenhuma novidade, antes segue as “huellas” dos Códigos da Prússia e da Áustria. Esta particularidade é assinalada por LAFAYETTE Rodrigues Pereira, em seu Direito das Cousas, J. R. dos Santos, Rio, 2.^a edição, p. 106, nota 7 s. d.

FREITAS utilizou muito o Código da Prússia.

Também no direito italiano o vocábulo, que tanto impressionou o insigne exegeta chileno, está presente ao longo dos séculos e acabou por cristalizar-se nos arts. 2.673 e seguintes do Código Civil de 1942: “Capo II — Della pubblicità dei registri immobiliari e della responsabilità dei *conservatori*.” Art. 2.673 — Obblighi del *conservatore*; Art. 2.675 — Responsabilità del *Conservatore*; Art. 2.678 — Registro Generale; Art. 2.679 — Altri registri da tenersi del *conservatore*; Art. 2.682 — Sanzioni contro il *conservatore*.”⁽¹¹⁾

As atribuições do Conservatore, pelo código italiano, são tão amplas (Libro sexto — Della tutela dei diritti, art. 2.643 e seguintes) que nos faz pensar na concepção de Teixeira de FREITAS, quase um século mais velha, de um Registro Conservatório amplo, para tutela de direitos de qualquer natureza.

Na verdade, o que Freitas queria era a tutela geral dos direitos, de toda espécie, enquanto BELLO se limitava aos direitos imobiliários decorrentes da TRADITIO (Tit. VI do Livro II).

Conclui-se, do exposto, que Teixeira de FREITAS, no setor de Registro Imobiliário, ou Conservatório, ou das Hipotecas, ou outro nome que se lhe queira dar, nada aproveitou do Código Chileno de 1855. Tinha à sua mão os Códigos da Prússia e da Áustria e toda a vetusta legislação portuguesa, sua “lumbreira”.

Também quanto à teoria das *nulidades absolutas* e *nulidades relativas* nada extraiu de BELLO. A legislação brasileira anterior a 1850 já era clara a respeito e parece razoável admitir que BELLO a conhecesse (Dec. 737 de 1843).

Esta pesquisa serviu-me para abrir novos horizontes, antes não pesquisados, da atividade criadora de Teixeira de FREITAS. Quando ele concebeu um REGISTRO CONSERVATÓRIO de caráter geral, sem as especializações vigentes em muitos povos (hipotecas, imóveis, contratos, testamentos, falências, etc.), abriu uma larga porta para uma notável realização no campo do direito. Vejo, nela, um corolário de própria concepção — que depois divulgou — da *unificação do direito privado* em um só diploma. Na verdade, a *unificação dos registros conservatórios* constitui aspecto digno de melhor estudo, ao lado da *unificação do direito privado*, com tantos adeptos neste século e em vários países, especialmente na Itália, onde o Código Civil de 1942 realizou esse ideal.

Quero encerrar este trabalho lembrando as palavras de seu grande biógrafo AMUNÁTEGUI, que se no Chile, “los que no fueron discipulos de BELLO lo fueron de sus discipulos, y de los discipulos de sus discipulos”, também no Brasil, os juristas que não foram discípulos de Teixeira de FREITAS, o foram de seus discípulos ou dos discípulos de seus discípulos. Entre estes se enfileiram, historicamente: NABUCO de Araújo, sucessor na tarefa codificatória; Felício dos SANTOS, Coelho RODRIGUES (autores de projetos) e um número considerável de juristas deste século, entre os quais avulta Clóvis BEVILÁQUA, santa figura humana, que seguiu as “huellas” de FREITAS e BELLO.

NOTAS

- (1) Raoul de la Grassérie — Lois Civiles du Brésil. A. Durant et Pedone — Lauriel, Paris, 1894.
- (2) Cód. Civil cit., p. 17 e 22.
- (3) Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Cíveis, 5.^a edição, p. XLIII, n.º 46.
- (4) Digesto, in Corpus Juris Civilis, ed. Galisset, Paris.
- (5) Mourlon, Répétitions sur le code civil; vol. 2, p. 834.
- (6) Laurent, Droit Civil Français, Bruxelles — Paris, 1893. Dernburg, PANDETTE, trad. italiana de Cicala, Torino, ed. Fratelli Bocca, 1906.
- (7) Forcellinus (Aegidius) e Facciolatus (Jacobos), cíc. latino, Veneza, 1756. Edição antiga, nome do editor ilegível.
- (8) José Ferreira Borges, Dicionário Jurídico Comercial, Tip. de S. J. Pereira, Porto, 1856.
- (9) Alves Moreira (Guilherme) — Instituições de Direito Civil Português, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, vol. I, pág. 532 nota 1, e 534.
- (10) Código Comercial Brasileiro, de 1850. Dec. 737 de 25-11-1850.
- (11) Codice Civile, ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1964.