A OBRA DE TEIXEIRA DE FREITAS E O DIREITO LATINO-AMERICANO

ARNOLDO WALD

"El Dr. Vélez Sársfield era un admirador de Savigny y de él y del discipulo de éste el jurisconsulto brasileño Freitas tomó el plan para el Código que proyectaba y los principios fundamentales sobre personas, domicilio, actos juridicos y obligaciones; así como también la teoria sobre la posesión y el dominio.

Eduardo R. Elguera

("Influencia del Derecho Romano en el Código Civil Argentino" in Studi in Onore di V. Arangio-Ruiz, ed. Jovene, Napoli, vol. II, p. 405 e segs.)

Sumário: I. A importância de Teixeira de Freitas no Direito Latino-Americano. II. A consolidação das leis civis. III. O esbôço. IV. A originalidade do direito Latino-Americano. V. A modernidade de Teixeira de Freitas. VI. A unificação do Direito Privado. VII. Influência exercida sobre os códigos modernos. VIII. O direito obrigacional do Mercosul.

I. A importância de Teixeira de Freitas no direito latino-americano

1. Teixeira de Freitas é certamente, com Vélez Sarsfield e Andrés Bello, membro do triunvirato dos mais importantes juristas sulamericanos do século XIX, que maior influência exerceram no direito do nosso continente, na sua época.

2. Analisaremos rapidamente a vida e obra de Teixeira de Freitas, para nos determos, em seguida, nos seguintes aspectos:

a) a sua metodologia,

b) a originalidade de sua obra,
c) a unificação do direito privado,
d) a sua influência sobre o direito contemporâneo, e
e) a aproximação do direito entre os nossos dois países.

3. Nascido em 1816, formado em direito em 1837 e falecido em 1883, Augusto Teixeira de Freitas marcou o direito civil brasileiro do mesmo modo que Ruy Barbosa renovou, ou até criou, o nosso direito constitucional. Advogado, magistrado e professor de direito romano, é o autor da *Consolidação das Leis Civis* de 1858 e do *Esbôço de Código Civil* publicado parceladamente em 1860 e 1865.

II. A consolidação das leis civis

4. A *Consolidação* abrange uma introdução de 187 páginas, considerada pela doutrina como sendo um dos trabalhos mais rigorosos e profundos do direito privado brasileiro (Matos Peixoto).[1]

5. Contém 1333 artigos e numerosas notas, algumas muito extensas, que lhe dão uma extraordinária consistência e constituem verdadeira obra didática.

6. Uma comissão de três membros aprovou o texto da *Consolidação*, só lamentando que não tratasse da escravidão, mas louvou "a clareza e fidelidade do texto" esclarecendo que o autor prestava "um serviço importante ao foro".

7. Acrescentou-se que ficava, assim, superada a incerteza dominante no direito da época, ensejadora do arbítrio que se tentava justificar pelas lacunas da lei e pela ambigüidade dos textos legislativos então vigentes.

8. A *Consolidação* vigorou no Brasil, como diploma legal, até 1.1.1917, quando entrou em vigor o nosso Código Civil de 1916, substituído, em janeiro de 2003, pelo Código Civil de 2002.

9. Em meados do século XIX, a legislação brasileira era realmente caótica, vigorando as *Ordenações Filipinas* de 1603, cuja vigência foi mantida por ocasião da independência, assim como numerosas leis extravagantes e a Lei da Boa Razão, além de usos e costumes cuja aplicação era reconhecida pelos tribunais.

10. As *Ordenações* ainda faziam referência ao direito romano e canônico que, em muitas matérias, a complementavam e tinham mais de dois séculos e meio de vida, tendo sido concebidas em relação ao Portugal do século XVIII, muito diferente do Brasil de duzentos anos depois.

11. Acresce que, com a Independência, proclamada em 1822, e a Constituição Imperial, outorgada em 1824, numerosas disposições das *Ordenações Filipinas* se tornaram obsoletas ou contrárias à ordem pública, criando um clima de confusão completa.

12. Por outro lado, poucas eram, na primeira metade do século XIX, as obras doutrinárias nacionais relevantes, sendo os autores citados pelos tribunais os juristas portugueses que tinham comentado as *Ordenações Filipinas* num contexto e numa época totalmente diferentes.

13. A primeira qualidade da *Consolidação* foi a de colocar em ordem sistemática, de modo claro e inequívoco, as normas aplicáveis ao direito civil em todo o território nacional, excluindo tão-somente as normas de direito internacional privado e de direito intertemporal, ou seja, os conflitos de lei no espaço e no tempo.

14. A originalidade da *Consolidação*, que iríamos reencontrar no *Esbôço*, decorre em grande parte do seu planejamento científico e do seu modo de tratar os diversos assuntos, reagindo no particular, em parte, contra o plano adotado pelo Código de Napoleão, que, na época, se aplicava, com pequenas modificações, na maioria dos países latino-americanos.

15. Retomando e desenvolvendo as idéias de autores que inspiraram o Código austríaco de 1811, Teixeira de Freitas baseou-se na divisão entre direitos absolutos e direitos relativos, ou seja entre os direitos reais e pessoais.

16. Considerava Teixeira de Freitas que os direitos da personalidade, embora absolutos, deviam ter a sua proteção fora do direito privado, ou seja, no direito público, como se entendia na época.

17. Essa distinção já se encontrava em vários outros autores da época, como Ortolan, mas coube a Teixeira de Freitas aplicá-la pela primeira vez no campo legislativo, na América Latina, fazendo a distinção entre a parte geral e a parte especial da *Consolidação*, e antecipando-se, assim, em quarenta anos, às soluções que iriam ser adotadas pelo BGB, que entrou em vigor em 1.1.1900.

18. Na parte geral, trata das pessoas e das coisas, enquanto a parte especial contém dois livros: o primeiro referente aos direitos pessoais, abrangendo tanto o direito de família como o das obrigações; e o segundo sobre os direitos reais, incluindo também o direito das sucessões.

19. A *Consolidação das Leis Civis* chegou a ser divulgada em francês e comentada por Raul de la Grasserie, o que não costumava acontecer, naquela época, com leis brasileiras.[2]

III. O esbôço

20. O plano da *Consolidação* foi, a grosso modo, mantido, com algumas alterações, no *Esbôço* de Teixeira de Freitas, assim como nos dois Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002.

21. No *Esbôço* foi, todavia, ampliada a parte geral para incluir os fatos jurídicos e, na parte especial, desmembraram-se o direito de família e o das sucessões para considerá-los como livros independentes.

22. Essa ordem não é, aliás, muito diferente da do Código Argentino de 1869, com os seus 4 livros (pessoas, direitos pessoais, direitos reais, disposições comuns a ambos), e do próprio BGB (parte geral — pessoas, bens e atos e fatos jurídicos, e especial — direitos pessoais, direitos reais, família e sucessões).

23. Aprovada a *Consolidação*, Teixeira de Freitas foi contratado, em 1958, para elaborar um anteprojeto de Código Civil.

24. Passa, pois, a trabalhar no seu *Esbôço*, que apresenta, de 1860 a 1865, em três partes, sob a forma de anteprojeto com 4908 artigos.

25. Faltaram uma parte final dos direitos reais e o regime dos direitos das sucessões, tendo deixado de ser impressas mais algumas centenas de artigos, de tal modo que o *Esbôço* completo deveria ter cerca de 5.300 artigos, tornando-se um dos mais longos do mundo.

26. A primeira parte, que é geral, contém 866 artigos e trata das pessoas e coisas, mas também dos atos e fatos jurídicos.

27. Na parte especial, encontramos dois livros: o primeiro referente ao regime dos direitos pessoais e de família e o segundo aos direitos reais.

28. Trata-se, especialmente na primeira parte, de uma obra didática e científica, que se explica pela falta de bibliografia jurídica nacional na época.

29. Há nela, como na *Consolidação*, grande preocupação com a exatidão e com o uso de uma terminologia científica, assim como com o exame detalhado da doutrina e da legislação estrangeiras.

30. Embora relativamente incompleto, com relação a uma parte do regime das servidões, hipotecas, penhor e anticreses, o *Esbôço* constitui, certamente, um dos mais importantes diplomas legais latino-americanos do século XIX, tanto do ponto de vista legislativo como do doutrinário.

31. Posteriormente, em 1867, Teixeira de Freitas propõe ao governo a unificação do direito civil e comercial, querendo transformar o seu *Esbôço* num verdadeiro Código de Direito Privado.

32. Já se disse que a obra de Teixeira Freitas é a pedra angular do direito brasileiro e da doutrina do nosso país.

33. René David comparou Teixeira de Freitas a Acursio, Bartolo, Domat e Pothier, Bracton e Blackstone, cuja autoridade foi tal que implantaram novas diretrizes e quadros ao direito do seu país, constituindo um verdadeiro divisor de águas entre o direito anterior e posterior aos seus trabalhos.[3]

34. Depois de uma legislação caótica — e até de um enorme vazio legislativo —, coube a Teixeira de Freitas construir o que Clóvis Beviláqua denominou "um edifício de grandes proporções e de extraordinária solidez esculpido no rochedo dos bons princípios péla mão vigorosa de um artista superior".[4]

35. E acrescentou:

"Mas se o Esbôço *não poude ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria como a sua producção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias."* [5]

36. A sua obra teve a maior importância, tanto no campo legislativo quanto no científico, e caracteriza-se pela sua reação construtiva aos Códigos anteriores e pela sua originalidade.

37. Constitui, no continente sul-americano, a primeira crítica construtiva ao Código Civil Francês, considerando que o mesmo merecia ser completado e aperfeiçoado, numa época na qual ele ainda era adotado quase integralmente em muitos países da Europa e da América Latina.

38. Assim, entre outros exemplos, nele podemos encontrar as seguintes inovações:

a) trata das pessoas jurídicas;

b) diverge do conceito de propriedade imobiliária do Código francês, que Teixeira de Freitas considerava estar em desacordo com a estrutura econômica existente nos meados do século XIX;

c) defende o universalismo do direito, enquanto a legislação francesa demonstrava uma certa desconfiança em relação aos estrangeiros;

d) considera a tradição essencial para a transferência da propriedade que, no seu entender, não pode decorrer do simples contrato, devendo ser protegida a boa-fé dos terceiros e a aparência.

39. Sintetizando o trabalho realizado por Teixeira de Freitas, René David escreveu que:

"Teixeira de Freitas est sans doute dans le monde entier, le premier qui ait soumis le Code Napoléon à une critique constructive, et reposant sur des préoccupations véritablement scientifiques, ses prédécesseurs s'étant bornés à détruire ou ayant été inspirés avant tout par des considérations d'ordre politique. Sa critique est constructive car, s'il note les défauts du Code Napoléon, ce n'est pas pour faire l'apologie d'une réaction condamnée à l'avance: c'est pour s'ingénier à y remédier, en proposant des solutions nouvelles, et, dans cette partie de sa tâche, il faut reconnaître et louer l' esprit réaliste de Teixeira de Freitas, lequel a commencé sa carrière, il ne faut pas l'oublier, en réalisant la tâche immense, éminement pratique, de la Con-

solidation, fondée sur une connaissance parfaite de l' histoire et de la réalité brésiliennes."[6]

40. Para o direito comparado e o direito latino-americano, a sua obra rompe com a adesão irrestrita ao Código francês para discutir, na América Latina, as idéias do pensamento jurídico alemão, o mais moderno da época, e dar relevância às tradições locais.

41. Assim, seu trabalho pode ser comparado ao realizado por Savigny na Alemanha, embora sem a mesma emocionalidade. Há, aliás, entre ambos, uma certa semelhança pelas idéias novas que estão trazendo, casando a teoria tradicional do direito romano com a realidade histórica social e econômica dos seus respectivos países.[7]

IV. A originalidade do direito latino-americano

42. Na realidade, coube tanto a Teixeira de Freitas como a Andrés Bello, a Vélez Sarsfield e a Eduardo Acevedo, respectivamente, no Brasil, no Chile e na Argentina, conciliar as tradições locais com as lições do direito comparado e as necessidades específicas dos seus países, ensejando a criação de leis e projetos que, na palavra do Professor Salerno, responderam a uma nova concepção do direito.[8]

43. Nela já se enfatiza a importância da dignidade humana, que as Constituições só garantiriam cerca de um século depois e que reflete os ideais das novas nações independentes da América.

44. Assim, podemos vislumbrar, com as obras desses juristas, o início da originalidade do direito latino-americano, decorrente tanto de sua modernidade como da influência norte-americana no direito constitucional.

45. O nosso sistema jurídico continuou, pois, a pertencer à família do direito francês, mas adotou algumas tradições locais e várias técnicas e fórmulas mais vinculadas ao direito alemão e italiano, além de outras, especialmente na área constitucional, que se inspiram no direito anglo-americano.

46. Essa originalidade do direito latino-americano não tem sido percebida pela maioria dos comparatistas europeus, que, sem reconhecer as peculiaridades do direito latino-americano, limitaram-se a enquadrá-lo na família do direito francês ou no sistema romanista.[9]

47. Ressalta-se, todavia, a posição de autores como René David, que viveu no Brasil algum tempo, no fim da década de 1940, e assinala a evolução construtiva que ocorreu em nosso direito, e Phanor J. Eder, que foi um profundo conhecedor do direito latino-americano.

48. Afirmou o eminente professor francês que, durante muito tempo, no século XIX, imperou o racionalismo, de acordo com o qual era possível transpor para a América Latina, mediante simples tradução, os códigos europeus e a constituição norte-americana, pensando-se resolver, assim, todos os problemas locais.

49. Essa tentativa de transplante jurídico baseou-se mais na razão do que na tradição, mas pretendeu aplicar o direito europeu em países que ainda não tinham alcançado o mesmo grau de desenvolvimento. Assim, a maioria dos códigos inspirados pela legislação francesa da época representou, em geral, o ideal de uma elite: um direito que se esperava ver adotado e adaptado progressivamente a todo o país, em virtude do progresso cultural e econômico.[10]

50. Haveria, até, um certo "quixotismo" em defender os conceitos e a escala de valores da Europa em países que tinham, na época, uma formação e um nível de civilização totalmente diferentes.[11]

51. Foi, todavia, com o trabalho pioneiro de mestres como Teixeira de Freitas, ainda no século XIX, mas de um modo mais geral a partir do século XX, que se formou, na América Latina, um direito próprio, menos teórico e mais adaptado à realidade local, passando a constituir um verdadeiro sub-sistema próprio na família romano-germânica.

52. É ainda René David que explica que, do mesmo modo que se distingue o direito alemão do francês, cabe dar uma posição própria ao direito latino-americano, cuja originalidade reconhece, embora a ela não se tenha referido a maioria dos comparatistas europeus.[12]

53. Essa originalidade, que foi defendida por David, mas também por Clóvis Beviláqua[13] e Martinez Paz[14], decorre tanto das tradições locais e da convivência com o direito norte-americano — no plano constitucional — como das construções jurisprudenciais e doutrinárias que corresponderam a necessidades peculiares econômicas, sociais ou políticas.[15]

54. Cabe, pois, salientar que a originalidade da legislação na América Latina se iniciou com Teixeira de Freitas e permitiu a elaboração de leis e códigos cada vez mais adaptados ao nosso meio ambiente, às nossas tradições e, por outro lado, em certos caso, até mais adiantados do que os seus antigos modelos do Velho Mundo.

55. Conclui René David que:

"*Les droits des pays latins d'Amérique, faits pour s'appliquer dans un milieu différent du milieu américain, se distinguent des droits de l'Europe continentale et constituent, au sein du groupe du droit français, une catégorie originale, dont les traits spécifiques apparaissent de plus en plus clairement*

au fur et à mesure que le divorce s'atténue entre des textes jadis théoriques et les réalités de la vie".[16]

56. Por sua vez, Phanor J. Eder, já há meio século atrás, louva a originalidade do direito latino-americano afirmando que:

"*And I am convinced that, the Mother Country and the British Dominions apart, it is in Latin America and no longer in Europe that we shall find the best source and stimulus for new currents of revivifying ideas. The Spanish language will be better known, and easier for our youth, than the other languages of Europe. The scepter of Legal Science has crossed the Atlantic. Latin-American law, like our own, is ecleetic. Its atmosphere is progressive, not decadent. It draws its inspiration from the same ideals of human freedom and dignity as ours*".[17]

57. Aliás, há no particular uma evolução construtiva no direito comparado, não só no sentido de redescobrir as peculiaridades da América Latina, mas também no de admitir uma maior flexibilidade no enquadramento das famílias dos sistemas jurídicos.

58. Admite-se, pois, que, como no direito de família nacional, tenhamos agora, no campo do direito comparado, além das famílias tradicionais, "as famílias mistas, desintegradas e recompostas, as monoparentais etc.".[18]

59. Considerando-se as influências que exerceram, em nossos países, sucessiva ou simultaneamente, de um lado, os diversos direitos do continente europeu — o francês, o alemão e o italiano, além do espanhol e do português — e, de outro, o norte-americano, poderemos afirmar que, já agora, pertencemos a ambas as famílias.

60. Somos, pois, o fruto do casamento do direito dos sistemas europeus com a influência do direito anglo-saxão, sendo que a autonomia e a originalidade das nossas legislações são devidas, em grande parte, aos grandes juristas do século XIX como Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield, no direito privado, e Juan Bautista Alberdi e Ruy Barbosa no direito público.

V. A modernidade de Teixeira de Freitas

61. A modernidade de Teixeira de Freitas se faz sentir também na importância que dá às relações econômicas e na sua tese da unificação do direito privado.

62. Já na sua Introdução à *Consolidação* Teixeira de Freitas escreve:

"*A civilização moderna, que tanto se distingue por seus admiráveis progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama imperiosamente o movimento constante de*

toda a sorte de valores. E quais os phenomenos que manifestam-se na realização desse destino providencial?

As transações distribuem os instrumentos da producção por todos os ramos de actividade, os capitaes approximam-se a todas as necessidades, para que tenham uma direcção mais fecunda; e o poderoso motor desa rotação contínua é o crédito. Com seu impulso, os capitaes fixos transformam-se em capitaes rolantes, e o commércio e industria reproduzem quotidianamente suas forças.

Crédito pessoal, credito real, são as duas potencias parallelas às duas grandes classes de direito, que constituem toda a riqueza nacional".[19]

63. É interessante salientar que, contrariamente aos escritores europeus que só viam no direito civil o direito dos bens imobiliários e da agricultura, enquanto o comercial tratava dos móveis, do comércio e da indústria, Teixeira de Freitas teve a intuição de dar forma jurídica à mobilização do solo pelo crédito. Previu, assim, a existência do direito bancário, quiçá dos fundos imobiliários e da securitização, que surgiriam no Brasil no fim do século XX, desenvolvendo-se no início do século XXI.

VI. A unificação do direito privado

64. Por outro lado, uma vez terminado o seu *Esbôço*, Teixeira de Freitas sustenta, com ampla argumentação, que está superada a dicotomia entre o Código Civil e o Código Comercial. E defende, em 1867, a elaboração de um verdadeiro Código Geral de Direito Privado.

65. Na carta que então encaminha ao Ministro da Justiça, Teixeira de Freitas salienta a necessidade de se restaurar a unidade do direito privado.

66. Esclarece que:

"*Não há tipo para essa arbitrária separação de leis a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os actos da vida jurídica, exceptuados os benéficos, podendo 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 para tal selecção 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, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos*".[20]

67. Assim, tudo que não for possível incluir na parte geral que se refira ao direito comercial deve completar o direito das obrigações nos seus lugares próprios, ou seja:

"*... os contratos em geral, o mandato, a compra e venda, a troca, a locação, o mútuo, a fiança, a hipoteca, o penhor, o depósito, as sociedades, os pagamentos, a novação, a compensação, a prescrição e os seguros, voltarão a seus respectivos grémios no Código Civil, onde as inscrições são as mesmas. O mandato completar-se-á com as disposições sobre correctores, agentes de leilões e comissários. A locação de serviços com as relativas a feitores, guarda-livros, caixeiros, comissários de transportes, capitães de navios, pilotos, contramestres e gente da tripulação. O depósito com as concernentes a trapicheiros e administradores de armazéns. A troca com o contrato de câmbio e as letras de câmbio. A locação de bens com os fretamentos. O mútuo com as contas-correntes, letras de terra, notas promissórias e empréstimos a risco. A indemnização do dano completar-se-á com as avarias*".[21]

68. Ora, é somente no fim do século XIX que, com alguma timidez, assistimos à unificação do regime legal do direito das obrigações no resto do mundo, inicialmente na Suíça e, posteriormente, em outros países.

69. Finalmente, somente nos meados do século XX é que se consolida na Europa a unidade do direito privado no Código Civil italiano, cujo modelo foi adotado, em parte, no Código Civil Brasileiro de 2002 e no Projeto argentino de 1998.

70. Aliás, o excelente Projeto argentino do Código Civil de 1998 reconheceu o papel de Teixeira de Freitas, no tocante à unificação do direito, ao afirmar:

"*En la región, Augusto Teixeira de Freitas propició la unificación al aludir a 'esa calamitosa duplicación de leyes civiles' y a la inexistencia de ' razon alguna que exija un Código de Comercio'*."[22]

71. Também o Código Brasileiro de 2002 faz referências a Teixeira de Freitas.

72. Efetivamente na Exposição de Motivos do Código Civil Brasileiro de 2002, o Professor Miguel Reale salienta que:

"*Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito de Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglez de Sousa até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.*

.....

Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei

de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de Teixeira de Freitas, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um 'Código de Direito Privado'.

.....

Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos jurisconsultos, Teixeira de Freitas, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a Consolidação das Leis Civis, de autoria daquele ínclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da Consolidação, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malogrado Esbôço de Código Civil, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional".[23]

VII. Influência exercida sobre os códigos modernos

73. Não há, pois, dúvida que, escrevendo há mais de século e meio, Teixeira de Freitas foi um jurista que teve, ao mesmo tempo, a coragem de romper com as tendências dominantes na sua época e a ousadia de começar a construir o direito do futuro.

74. As suas idéias de transparência em relação aos direitos reais que deveriam decorrer de explicitação formal na lei, de acordo com a teoria do *numerus clausus*, aliás também adotado pelo direito argentino, revelam uma das preocupações do direito contemporâneo quanto à segurança jurídica.

75. Do mesmo modo, Teixeira de Freitas defendeu a possibilidade de mutação do regime de bens a requerimento da mulher, diante da insolvência do marido (art. 1403 do *Esbôço*), que sustentamos há longo tempo[24] e que acabou sendo consagrada no Código Civil brasileiro de 2002 (art. 1639 § 2º), depois de constar em numerosas outras legislações, que abandonaram o caráter absoluto da imutabilidade do regime matrimonial de bens.

76. Do mesmo modo, admitiu que a arbitragem não necessitaria de homologação judicial, o que no direito brasileiro só acabou acontecendo com a promulgação da Lei nº 9.307 de 23.09.1996.

77. Assim, reconhece-se nele, na expressão de Lafayette, "um mestre pela audácia do pensamento" ou, como afirma Orlando Gomes:

"*O certo é que se adiantou ao seu tempo, pagou pela audácia de ter sido original e autêntico ao passar à frente do seu tempo, e, por isso, não foi esquecido. Nem será.*"[25]

78. É, pois, o fundador, na América Latina, da dogmática jurídica que começou a se desenvolver na Alemanha, com a escola histórica liderada por Savigny, em reação à escola francesa da exegese. Esta última, no início com Bugnet, limitava-se a comentar o Código de Napoleão, em vez de expor o direito civil vigente, abrangendo aspectos que não estavam no texto da lei então em vigor.

79. Aliás, existem paradoxos nas relações entre Teixeira de Freitas e Savigny.

80. Efetivamente, o autor brasileiro cita Savigny e o acompanha quando se pretende conciliar a tradição romana com o direito moderno, mantendo as idéias construtivas do direito antigo e abandonando o que nele há de obsoleto.

81. Mas Teixeira de Freitas, embora considere que a codificação não deva ser arbitrária a considera útil e necessária, enquanto, ao contrário, Savigny se rebelava contra a estratificação do direito, em nome do espírito popular, Voksgeist, que queria fazer prevalecer sobre a vontade do legislador.

82. O mesmo aparente paradoxo de entusiasmo e crítica se pode assinalar, apreciando as numerosas citações que Teixeira de Freitas faz do Código de Napoleão e dos autores franceses que procederam a sua elaboração, embora muitas vezes discorde das soluções do direito gaulês.

83. Essa reação se explica por três motivos. Em primeiro lugar, embora reconhecendo a grande contribuição que o Código de Napoleão deu à codificação moderna, Teixeira de Freitas se insurgia contra o resquício de colonialismo que eventualmente poderia representar.

84. Não obstante Napoleão reconhecesse que, mais do que as suas vitórias militares, o Código seria o seu legado para o mundo[26], o jurista brasileiro se rebelava contra um diploma legal que considerava excelente e pioneiro, mas que reconhecia ter sido imposto pelo Imperador pela força das armas, não só à maioria dos países da Europa, mas também indiretamente a várias nações latino-americanas.

85. Por outro lado, considerando as particularidades do contexto brasileiro, entendia o autor da Consolidação que era preciso adaptar a lei às condições do meio-ambiente, recorrendo para tanto, em muitos casos, ao direito romano e aos trabalhos dos juristas que antecederam o Código de Napoleão. Essa prioridade que Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield deram à realidade local se explica tanto pela sua formação intelectual[27] como pelo conhecimento que tinham do que Tullio Ascarelli veio a chamar de as premissas implícitas de um determinado sistema jurídico.[28]

86. Finalmente, decorrido meio século da sua promulgação, o Código de Napoleão já tinha envelhecido na época em que foi elaborada a Consolidação

e alguns dos seus aspectos já estavam sendo corrigidos, na própria França, não havendo motivo para manter no Brasil soluções que se tinham tornado obsoletas.[29]

87. Chegamos agora ao ponto que mais nos interessa, ou seja, a influência do trabalho de Teixeira de Freitas nos códigos civis argentino e brasileiro.

88. Em primeiro lugar, não há dúvida que a Consolidação e o Esbôço exerceram importante influência sobre o Código Civil argentino sancionado pela Lei nº 340, de 25.9.1869, que entrou em vigor em 1.1.1871. Na realidade, Vélez Sarsfield teve conhecimento dos trabalhos de Teixeira de Freitas, tendo com ele se correspondido e considerando-o como um luminar do direito. Reconhece a importância da influência que sobre ele exerceram os grandes juristas estrangeiros e cita, além de Freitas, Savigny, Rau e outros.[30]

89. Na sua excelente biografia de Teixeira de Freitas, o Professor Silvio Meira cita vários trabalhos que tentaram quantificar o número de artigos do Código Argentino que se inspiraram no Esbôço, concluindo que chegaram a mais de mil, contra 300 inspirados no Código Chileno e no projeto Espanhol, e, conforme os autores, algumas centenas, podendo alcançar até 1000, reproduzindo textos da doutrina francesa e do Código de Napoleão.[31]

90. No Código Civil Brasileiro de 1916, fez-se o mesmo trabalho, localizando-se cerca de 500 artigos inspirados no antigo direito português, 400 decorrentes dos projetos anteriores liderados por Teixeira de Freitas, cerca de duzentos oriundos do Código Napoleão e uma centena do BGB.[32]

91. Por outro lado, é preciso reconhecer que, na realidade, a própria obra de Freitas não deixa de revelar as suas fontes romanas, ibéricas e doutrinárias francesas e germânicas, de modo que estamos no mundo do direito comparado, com relevantes analogias entre as fontes do Código Argentino de 1869 e o Brasileiro de 1916.

VIII. O direito obrigacional do Mercosul

92. O que há de importante é a aproximação entre a ciência jurídica e o direito legislado dos dois países, Brasil e Argentina, com influências recíprocas, que se fizeram sentir nos meados do século XIX, preparando o desenvolvimento de uma união econômica, que só se realizaria mais de cem anos depois com o Mercosul.

93. Atualmente, no início do terceiro milênio, também estamos encontrando as mesmas soluções, na Argentina, no Projeto de Código Civil elaborado em 1998, pela Comissão nomeada pelo Decreto 685/95 e no Brasil, no Código Civil de 2002, tendo ambos, em parte, se inspirado nas lições de

Teixeira de Freitas quanto à unificação e à metodologia. O Projeto argentino elaborado pelos Professores Hector Alegría, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini e outros, tem seis partes, pois a primeira delas corresponde à nossa Lei de Introdução, mas, em relação às demais, há uma completa simetria com o nosso Código Civil.

94. E talvez, hoje, a nossa legislação possa até estar à frente de algumas das normas européias.

95. Assim, em recente colóquio, sobre a nova crise do contrato, o Professor Jestaz admitiu que gostaria que se pudesse sonhar, na França, com uma revisão da parte do direito das obrigações do Código Napoleão, na qual se incluísse uma concepção comutativa do contrato.[33] Ora este Código, com o qual os franceses ainda sonham, já existe.

96. É o Projeto Argentino de 1998, com os seus 2532 artigos, é o Código brasileiro de 2002, com os seus 2045 artigos, ambos alinhados numa nova concepção do direito, na qual sempre deve prevalecer a boa-fé e se reconhece a função não só econômica, mas também social do contrato.

97. Assim, nos reencontramos, brasileiros e argentinos, com a mesma visão moderna e original do direito, como há mais de século e meio atrás.

98. Como diz o Professor Marcelo Urbano Salerno, parafraseando Roque Saenz Peña, "em matéria civil, entre a Argentina e o Brasil, tudo nos une, nada nos separa".[34]

99. E talvez a melhor e a mais eficiente das homenagens que poderíamos prestar a Teixeira de Freitas e a Vélez Sarsfield, presentes hoje entre nós, pela sua imortalidade subjetiva, consistiria, não só em reverenciar a sua memória, mas em planejar o futuro, de acordo com o espírito do trabalho que ambos realizaram.

NOTAS

1. José Carlos de Matos Peixoto, *A codificação de Teixeira de Freitas, in Revista Forense*, nº LXXVII, 19329, p. 6.

2. Raul de La Grasserie, *Lois Civiles du Brésil*, Paris, V. Giard & Briére, 1987.

3. René David, *Cours de Droit Civil Comparé*, (1948-1949), Paris, Les cours de Droit, p. 268.

4. Clovis Bevilaqua, *Em defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1906, p. 23.

5. Loc. cit., na nota anterior.

6. Obra citada, p. 273.

7. Clovis Ramalhete, *Compreensão de Teixeira de Freitas e Savigny*, discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros em 19.11.1980, Gráfica Olimpica Editora, Rio de Janeiro, p. 20; e Arnoldo Wald, *Savigny O Homem e a obra, in A Época*, n. 190, abril 1950, p. 25.

8. O Professor Marcelo Urbano Salermo escreve a respeito de Teixeira de Freitas, Vélez Sarsfield, Andrés Bello e Eduardo Acevedo que:

"De cualquier manera, esos cuatro codificadores están ubicados en una sola línea inspirados en similares ideales y acuciados por fines comunes, lo cual indica que pertenecen a similar corriente jurídica, aunque su actuación y obra haya sido en distintos países y períodos. Responden a una nueva concepción del derecho, porque la humanidad há ido haciendo avances en la búsqueda de soluciones justas para afianzar la dignidad del hombre." (*Derecho civil profundizado*, Buenos Aires, Ciudad Argentina Editora, 1998, p. 132)

9. Konrad Zweigert e Hein Kötz, na tradução inglesa da sua obra originalmente escrita em alemão, esclarecem que:

"The civil codes of the Latin American states are consequently heavily influenced by the Code civil, though to different degrees. It is true that French influence has declined in the twentieth century, rather more in commercial than in private law, since legislators have increasingly drawn on other sources, especially Italian, German, and Swiss law, and even, in some cases, the Common Law, as by introducing the Anglo-American trust. Even so, there can be no doubt today that as regards private law the states of Central and South America belong to the Romanistic legal family". (*Introduction to Comparative Law*, Third Revised Edition, Oxford, Clarendon Press, p. 114).

10. René David, *Traité*, cit., p. 267.

11. René David, *L'originalité des droits de l'Amerique Latine*, Paris, Centre de la documentation universitaire, Paris, p. 18.

12. É ainda David que, no mesmo estudo, salienta que:

"Quel que soit le titre, dapparence très générale, qu'ils ont donné à leurs travaux, divers comparatistes n' ont en effet voulu étudier, dans leurs 'Introduction au droit comparé', que les différences entre droits de lEurope continentale et common law; s'ils ont à l'occasion mentionné las droits ou certains droits de lAmérique latine, il n'apparait pas qu'ils aient envisagé dans son ensemble le problème de la classification de ces droits.

Ce problème toutefois a été envisagé par certains auteurs, qui l'ont résolu en niant l'autonomie des droits de lAmérique latine et en rangeant ces droits, sans réserve, dans la famille du droit continental. Telle est notamment de façon non équivoque, parmi les auteurs d'ouvrages récents, la position de WIGMORE (A panorama of the worlds legal system, 1932-1936), de SCHNITZER (Vergleichende Rechtslehre, 1945), dARMINJON, NOLDE et WOLFF (Traité de droit comparé, 1950-52). Moins nette, mais orientée dans le même sens, parait avoir été l'opinion de GUTTERIDGE (Le droit comparé, 1949-1953), de SARFATTI (Introduzione allo studie del diritto com-

parato, 1933) de SAUSER-MALL (Fonction et méthode du droit comparé, 1913), de IONESCO (Introducere la dreptul civil comparat, 1925)" René David, *L'originalité des droits de l'Amerique Latine*, citado na nota anterior, p. 6)

13. Clóvis Beviláqua, *Lições de Direito Comparado*, 1897.

14. Enrique Martinez Paz, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Buenos Aires, 1934.

15. No mesmo sentido, David, *L' originalité*, p. 16 e 17.

16. René David, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1950, p. 267.

17. Phanor J. Eder, *A comparative survey of Anglo-American and Latin-American Law*, p. 142-143.

18. Jacqueline Flauss-Diem, "Quèrelle de famille chez les comparatistes" *in Mélanges Jean Pierre Sortais*, Bruxelas, Bruylant, 2002, p. 203.

19. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, Typographia Universal ede Laemmert, 1865, p. CXXXVII.

20. Ap. Orlando de Carvalho, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, Coimbra, 1985, p. 40.

21. Ap. ob. cit. na nota anterior, p. 41.

22. Proyecto de Código Civil elaborado pela Comisión creada por Decreto 685/95, Exposição de Motivos, p. 3 e, também, citando Teixeira de Freitas da divisibilidade das obrigações nº 143 dos Fundamentos do Projeto, p. 41.

23. Exposição de Motivos do Código Civil Brasileiro de 2002, *in Novo Código Civil Brasileiro*, Publicação do Senado Federal, 2002, ps. 32, 33 e 34.

24. Arnoldo Wald, *A família e a técnica no direito brasileiro*, relatório apresentado nas Primeiras Jornadas de Direito Latino-Americano, realizadas em Buenos Aires, em 1960, que foi publicado inicialmente na *Revista Forense*, vol. 194, p. 50, e republicado em nosso *O Novo Direito de Família*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 676.

25. Orlando Gomes, *Ensaios de direito civil e de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, AIDE Editora, 1986, p. 147.

26. Afirmação feita por Napoleão a Monthalan em Santa Helena:

"Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon Code civil."

27. O Professor Carlos Raúl Sanz escreve a este respeito que:

"ni Vélez, ni Bello, ni Freitas, ni los peruanos, granadios y altoperuanos que redactaron los primeros códigos de esta región fueron educados, ni formaron su alfabeto jurídico en las cercanías de la Place du Pantheon". ("La Codificación en Hispanoamérica", in *El Derecho*, diário publicado em Buenos Aires, de 15.8.2003, nº 10818, p. 1)

28. Escreve o saudoso mestre Tullio Ascarelli a este respeito que:

"Não é difícil notar que, com freqüência, os hábitos peculiares dos vários povos, os seus diversos característicos, a sua história, sua constituição econômica e social influem na maneira de considerar determinados problemas jurídicos, às vêzes, até mais do que a solução prática definitiva dada a determinados conflitos de interêsses.

O estudo do direito comparado deve, em substância, indicar qual é, efetivamente, a solução jurídica, o seu alcance, servindo-se para êsse fim de todos os elementos que concorrem para essa determinação.

.....

É por isso que, através do estudo do direito comparado, somos freqüentemente levados a investigar o que chamarei de 'premissas implícitas' (econômicas, sociais, doutrinárias, etc.) nos diversos direitos, premissas às vêzes não formuladas e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito". (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 9).

29. Pierre Villard, "La tradition juridique française dans l'oeuvre de Teixeira de Freitas", *in* Revista *do Instituto de Advogados Brasileiros*, n. 66, 1° semestre de 1986, p. 1.

30. Respondendo a críticas de Alberdi, escreveu Vélez Sarsfield:

"Yo ya había estudiado con los primeros jurisconsultos los grandes capítulos del derecho que se encuentran en mi proyecto y no creía hallar un luminar superior a Savigny, Freitas, Marcadé, Rau y ótros." Ap. Silvio Meira, *Teixeira de Freitas, O jurisconsulto do Império, Rio de Janeiro*, José Olimpio Editora, 1978, p. 297.

31. Silvio Meira, citando Lisandro Segovia: *"El Código Civil de la Republica Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por el Dr. D. Lisandro Segovia"*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Doni, Editor, 1881) na biografia referida na nota anterior, p. 318.

32. A matéria é examinada minuciosamente por Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & Cia. (editor), 1928, p. 497 à 507.

33. Nas conclusões do Colóquio realizado em Lille, pelo Centro René Demogue, em 14.5.2001, o Professor Philippe Jestaz escreve no seu relatório final:

"Depuis quelques heures, nous nous prenons à rêver qu'un Garde des sceaux législateur, émule de MM. Jean Foyer et Badinter, fasse un jour procéder à une refonte générale des articles du code civil consacrés aux obligations. Et pour rester fidèles à lesprit du colloque, nous aimerions alors que la nouvelle version laissât une place importante à la conception commutative du contrat, sans pour autant renier un certain nombre de principes, en labsence desquels – nous en donnons acte à nos contradicteurs – il ny aurait plus de contrat du tout. Ces principes devraient simplement être conciliés avec dautres, nouvellement affirmés. Lexercice de rédaction serait difficile, mais notre ami Ghestin, pour ne citer que lui, aurait sûrement le talent

délaborer un excellent projet." (*La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin e Denis Mazeaud, Paris, Dalloz, 2003, p. 247).

34. Marcelo Urbano Salerno, Derecho Civil Profundizado, Buenos Aires, Ciudad Argentina editorial, 1998, p. 119.

--oOo--

Nem o desenvolvimento da indústria particular nem o das rendas públicas se devem buscar da exageração dos impostos. Fugir da agravação dos tributos, reduzi-los com inteligência e distribuí-los com eqüidade.

RUI BARBOSA, "Plataforma" de candidato à Presidência da República, apresentada na Bahia, em 1910.