

# História e sistema em Teixeira de Freitas

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade Federal de Pernambuco

## SUMÁRIO

- 1 — *Considerações preliminares*
- 2 — *História e sistema*
- 3 — *Historização e sistematização*
- 4 — *Teixeira de Freitas e a ciência jurídica do século XIX*
- 5 — *Método, sistema e material histórico na "Consolidação" e no "Esboço"*
- 6 — *Observações complementares*

### 1 — *Considerações preliminares*

O interesse pelas grandes obras, ou pelo pensamento dos autores passados, corresponde ao cultivo de uma imagem de sua relevância. Esta relevância, que é uma forma de exemplaridade, envolve a um tempo o reconhecimento de sua situação no pretérito e a aquiescência à sua presença "atual", no sentido da observação feita por JAN KOTT, segundo a qual os clássicos ou estão mortos ou são contemporâneos (1).

Este tipo de anotação pode ser utilizado a propósito de TEIXEIRA DE FREITAS, como figura da ciência jurídica brasileira do século dezenove. De sua obra disse LAFAYETTE PEREIRA, um dos principais civilistas da ge-

(1) Cf. Eco (Revista de la Cultura de Occidente), Bogotá, julho de 1969, tomo XIX, n. 3. Cf. também nosso estudo sobre os clássicos e a exemplaridade: *A Tradução Humanística*, Recife, 1981, cap. 10, p. 112.

ração que se seguiu à sua, que competia com as melhores do estrangeiro, “pela audácia do pensamento e pela riqueza da erudição” (2). MIGUEL REALE, por sua vez, fazendo um balanço da evolução da cultura jurídica brasileira, reconhece em TEIXEIRA DE FREITAS uma “altíssima contribuição” (3). Não esqueçamos também as expressões de PONTES DE MIRANDA, sempre tão exigente, tanto no livro sobre as *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, quanto no volume inicial de seu vasto *Tratado*, qualificando TEIXEIRA DE FREITAS nada menos de que como “genial” (4).

No presente estudo, pretendemos focalizar o conjunto do pensamento jurídico de FREITAS em relação com dois elementos fundamentais: a história e o sistema. Dizemos dois elementos, como poderíamos dizer duas dimensões ou duas perspectivas; por outro lado, teremos em vista o modo de trabalhar do próprio FREITAS, estudando seus textos doutrinários mais representativos e também a estrutura de seus trabalhos codificadores. Com estas duas perspectivas complementares — que equivalem às duas *vias* de que pode dispor o trabalho intelectual em qualquer ciência, mormente nas ciências sociais —, poderemos tentar um “cerco” completo (embora sintético) para a compreensão da obra do notável civilista.

Ao lidar com estas duas perspectivas, nos deparamos com um pequeno paradoxo: por um lado, o cunho “sistemático” do direito como ordem, correlato do ideal sistematizante do saber jurídico, parece em si estranho ao tratamento histórico; por outro lado, a identificação de qualquer jurista com o saber jurídico de épocas passadas, ou com a “experiência jurídica” de qualquer época o autoriza a sentir no enfoque histórico um aliado, um sulco de apoio. Deste modo, a própria distinção entre os *modos* assumidos pelo saber jurídico torna a um tempo precária e necessária a separação epistemo-metodológica entre o conhecimento histórico do direito e o conhecimento dito “específico” do mesmo.

RICARDO ORESTANO, em sua magnífica *Introdução ao Estudo Histórico do Direito Romano*, abordou em diversos passos — e sempre de forma magistral — o tema das relações entre o aspecto histórico e o aspecto sistemático do saber jurídico, situando inclusive a questão da origem da distinção entre o conhecimento “científico” e o conhecimento “histórico” do direito. Para ORESTANO, não se encontra esta distinção, ao menos nitidamente posta, na primeira metade do oitocentos; pois mesmo com a Escola Histórica o que se teve foi a visão de dois métodos ou dois procedimentos, por igual necessários ao integral conhecimento do

(2) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA. *Direitos de Família*, nova edição, Rio de Janeiro, 1930, p. 19, nota. SÁ VIANNA, em *Augusto Teixeira de Freitas. Traços Biográficos* (Rio de Janeiro, 1905, pp. 13-14) cita provavelmente a primeira edição.

(3) MIGUEL REALE. *Cem anos de Ciência do Direito no Brasil*, São Paulo, 1973, p. 5.

(4) *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1928, § 43 (pp. 104 ss.); *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, tomo I (Rio de Janeiro, 1954), Prefácio, p. XXII.

direito. E foi por conta das extensas discussões sobre o saber histórico, que os juristas posteriores a PUCHTA e a SAVIGNY começaram a destacar daquele saber o seu saber, e a distinguir do conhecimento histórico o conhecimento "científico" do direito (5).

## 2 — História e sistema

Detenhamo-nos mais um pouco sobre a problemática teórica das relações (e da distinção) entre história e sistema. Cada uma destas duas dimensões conota uma diferente ordem de problemas, e, entretanto, sabemos que são dimensões de um saber — tanto quanto de uma experiência — que sempre espera pela compreensão integral para obter sua plenitude.

É importante evitar a tentação de fazer uma das duas dimensões subsumir-se na outra, embora seja válido atribuir à idéia de sistema um condicionamento histórico, bem como enxergar na própria história traços sistemáticos. Ou, como fez ORTEGA em ensaio famoso, considerar a história como "ciência sistemática da realidade radical" que é a própria vida humana (6). Ao atribuir à idéia de sistema um condicionamento histórico, estamos fazendo depender de motivações culturais específicas o desenvolvimento da "construtividade" e do sentido de sistematicidade no trato dos problemas.

Vários autores têm buscado a origem da noção de sistema, tal qual ela entrou para o mundo jurídico, na Grécia e em Roma: COING por exemplo a encontra mais naquela do que nesta (7). Vários outros têm procurado a gênese do conceito contemporâneo de sistema, situando-a alguns no próprio processo de formação das chamadas "ciências do espírito", e, portanto (aparente paradoxo), de formação da moderna idéia de história (8). De qualquer modo, é perceptível que a

- (5) RICCARDO ORESTANO. *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*. Torino, 1963 (ristampa), cap. II, pp. 272 ss. O próprio ORESTANO abordou também o tema no estudo sobre "Teoria e storia dei diritti soggettivi", onde inclusive afirma que o jurista jamais pode, seja qual for a construção que realiza, "prescindir da existência do dado histórico da norma" (em *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, saggi a cura di STEFANO RODOTA, Bologna, 1971, p. 93). Cf. ainda BRUNO PARADISI, *Apologia della Storia Giuridica*. Bologna, 1973, *passim*. E também nosso *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*, 2ª edição, Porto Alegre, 1979, §§ 6 e 8.
- (6) J. ORTEGA Y GASSET, *História como Sistema*, junto com *Mirabeau ou o Político* (Trad. J. A. GILI SOBRINHO e ELIZABETH H. C. COSTA), Brasília, 1982, p. 51.
- (7) HELMUT COING, *História y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia*, junto com *El Sentido del Derecho* (trad. R. HARTMANN e J. L. GONZALEZ), México, 1959, p. 28. Para um repasse histórico mais extenso, MARIO LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto*, vol. I: *Dalle Origini alla Scuola Storica*, Torino, 1968. Cf. também STIG STROEMHOLM, "Lo sviluppo storico dell'idea di sistema", en *Riv. Internazionale di Fil. del Diritto*, jul./set., 1975 (série IV, n. 3).
- (8) LOSANO, *op. cit.*, parte II, *passim*. Sobre a correlação histórica entre o advento da lingüística e o da ciência jurídica alemã contemporânea, SALVATORE PUGLIATTI, *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, cap. I, princ. p. 5. Cf. também ANTONIO HERNANDEZ, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. Madrid, 1976, p. 18; *idem*, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Transformación*, Madrid, 1981, p. 27 (Sobre os conceitos de "sistema" e "ordenamento", p. 130).

tomada de consciência desta duplicidade de vias, ou de perspectivas, tem sido mais freqüente e mais intensa nas *Methodenstreiten* dos dois últimos séculos, ao longo dos debates sobre os alicerces e os lineamentos das ciências humanas.

A tentação de subsumir a história no sistema, com base no caráter lógico de todo saber científico, ou de embutir o sistema na história, sob a alegação de que são concretamente históricas as formas da experiência e do pensar, pode ser contornada (não sei se "superada") com a consideração de um "convergir": a perspectiva histórica, necessária como visão dos processos concretos, converge para a sistemática, meta da própria linguagem e destinação ideal dos significados. Em HEGEL, embora com o predomínio do lado "sistema" sobre o lado "história" na imagem geral de seu legado (de seu sistema), a tendência foi de certo modo a de — em correlação com o próprio pressuposto da racionalidade do real — encontrar na história a confirmação, senão o alimento mesmo do sistema (9). Embora o momento maior da afirmação da "necessidade" filosófica do sistema se tenha encontrado em KANT (10), faltou no filósofo de Königsberg a dimensão da historicidade como teste, contraponto ou contracanto para aquela afirmação. Com isso se colocaria o tema do caráter *moderno* da noção de sistema, tema empostado por LOSANO (11), e correlato da pugna entre dogmatismo e criticismo, desdobrada como opção entre o logicismo e o concretismo.

O assunto é interminável, e neste estudo devemos tocar apenas em alguns rasgos essenciais. Preferiremos assinalar a própria contingencialidade *histórica* do problema, que equivale à própria variação dos padrões nacionais através das épocas (12), e acentuar que, no trabalho de elaboração das ciências humanas, a história e o sistema não são coisas antagônicas entre si, ou inconciliáveis, como duas setas de indicação oposta. O próprio PUCHTA já o percebera (13). Aquela contin-

(9) Para HEGEL, inclusive, a construção do sistema teria sido um modo de *unir-se à sua época*, como observa K. PAPAIOANNOU (*Hegel*, trad. A. M. PATACHO, Lisboa, 1964, p. 17). O racional, em HEGEL, apresentava um "dinamismo" intrínseco, correlato da dialeticidade, que era sua e do real, e que integrava o momento da negação como componente efetivo das transformações. Sobre o sistema em HEGEL, v. ainda LOSANO, *op. cit.*, pp. 1 ss., 9 ss.

(10) LOSANO, *op. cit.*, pp. 83 ss. V. também UMBERTO CERRONI. *Kant e la Fondazione della Categoria Giuridica*. Milano, 1972.

(11) LOSANO, *op. cit.*, pp. 24, 31 ss., sobre "espírito dogmático e espírito crítico no sistema jurídico", pp. 163 ss.

(12) Cf. nosso artigo *History, Reason and Law* (*Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie*, Bd. LXI/1, Wiesbaden, 1975, pp. 57 ss.).

(13) "... assim a ciência do direito tem dois lados, o sistemático e o histórico, consistindo o verdadeiro saber jurídico na plenitude dos dois" — apud R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 273. Caberia completar com duas frases de CAPOGRASSI: "mesmo o sistema, o imprescindível sistema ao qual obedece mesmo a mais humilde exegese, demonstra que a abstração não recorta imagens ou fragmentos de sua fantasia, mas segue (...) o principio de vida que rege o mundo do direito"; e mais, "a ciência não é documentação literária, mas tradição viva que nasce da experiência" (*Il Problemas della Scienza del Diritto*, Milano, 1962, pp. 179 e 222).

gencialidade, longe de significar uma separação absoluta entre as duas dimensões, as vincula, embora mantendo-as distintas: não por acaso, elas podem ser tomadas como dimensões, e cada dimensão é sempre algo necessário mas parcial.

No pensamento ocidental moderno, com a consolidação do racionalismo cartesiano, a busca ostensiva da sistematicidade veio primeiro do que a da historicidade. O saber dos juristas, trabalhado pela escolástica e tendendo desde o medievo a um *modus* específico<sup>(14)</sup>, não se modificou muito em sua ordenação interna ao atravessar as polémicas do humanismo e ingressar no alto racionalismo pré-iluminista. Com LEIBNIZ, veio a revisão da classificação dos direitos, ponto sempre citado da *Nova Methodus*<sup>(15)</sup>; com o racionalismo de PUFFENDORF e THOMASIIUS, a tentativa de reter em termos específicos as classificações ligadas ao novo entendimento do direito<sup>(16)</sup>. Com o século dezenove e o grande crescimento da "Ciência do Direito", redimensionou-se a questão da alternativa entre historicidade e sistematicidade: já com a problemática das codificações<sup>(17)</sup>, já com os diferentes ângulos de influência da Escola Histórica, já com o impacto do hegelianismo e dos evolucionismos. A renovação da romanística na época romântica, prolongada após o meado do século, produziu com IHERING a intenção

(14) Cf. OTTO BRUSHIN, *El Pensamiento Jurídico* (trad. J. P. BRUTAU), Buenos Aires, 1959, princ. cap. IV. Cf. também F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (trad. F. F. JARDON), ed. Aguilar, Madrid, 1957, e mais recentemente ADRIANO CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, vol. I, Milano, 1979, parte I. Sobre as origens jusnaturalistas e romanísticas da dogmática jurídica européia contemporânea, JEAN GAUDEMET, in *Diritto Romano, Codificazioni e Sistema Giuridico Latino-Americano* (a cura de Sandro Schipani), *Studi Saresi*, vol. V (Milão, 1981), pp. 484 ss., 488 ss. Cf. também CAVANNA, *op. cit.*, parte III.

(15) Cf. A. CAVANNA, *Storia*, cit., parte II, cap. VI, p. 343; WIEACKER, *História*, cit., *passim*. TEIXEIRA DE FREITAS se referiu várias vezes a LEIBNIZ — ao qual provavelmente não leu diretamente —, chamando-o pelos mais referentes adjetivos: veja-se a propósito o penetrante estudo de SANDRO SCHIPANI, "Il 'methodo didactico' di A. Teixeira de Freitas. Prime osservazioni" (texto mimeografado, Rio de Janeiro, 1983, pp. 6-7). No Brasil do meado de oitocentos circularam textos jurídicos de FRANCIS BACON, inclusive divulgados por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA (*Legum Leges, sive Francisci Baconi, Tractatus de Fontibus Universi Juris: per aphorismos*, in *Auxiliar Jurídico*. Servindo de apêndice à décima quarta edição do Código Filipino, ou Ordenações do Reino de Portugal, Rio de Janeiro, 1869).

(16) Cf. CAVANNA, loc. cit., WIEACKER, *idem*. CAVANNA destaca o *geometrismo* jurídico de LEIBNIZ e de WOLF (sem o comparar com o conceito pascaliano de "esprit de géométrie", o que seria interessante), frisando o sentido de *sistema* perseguido por Leibniz.

(17) J. VANDERLINDEN, *Le Concept de Code en Europe Occidentale du XIII au XIX<sup>e</sup> Siècle*. Bruxelas, 1964; G. TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I: Assolutismo e Codificazioni del Diritto*, Bologna, 1975. Cf. também OSABA VARGA, Utopies of rationality in the development of the idea of codification. *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, ano LV, março, 1978.

de encontrar, através de um vasto panorama, o “espírito” — algo a um tempo histórico e sistemático — do direito romano (18).

Segundo observa COING, a idéia de sistema, que se baseia na “ilimitada fé na razão humana”, foi construída no século XIX dentro dos marcos do direito privado (19). E foi dentro destes marcos, vale aqui acrescentar, que se preparou a futura identificação entre a sistematicidade da ciência jurídica (durante longo tempo entendida em correlação com a do direito mesmo) e a figura epistemológica da “dogmática”, que CALASSO em frase famosa chamaria *infelice parola* (20) e que se vincularia, também — passando-se aqui num *glissando* para o plano metodológico —, com a idéia de “construção” jurídica (21).

A idéia de construção, rica na mesma medida de sua ambigüidade, conota a imagem de um padrão ou modelo formal, a ser seguido, e a figura dos “materiais” sobre os quais se *elabora* alguma coisa; e com isso se tem a confluência (ou o convergir, como ficou dito atrás) de dois planos, de duas perspectivas, que implicam uma base e um trabalho, um modo e um conteúdo. O jurista *constrói* quando legisla, ou codifica, como quando interpreta e quando compara para conceituar. Retomaremos o tema, adiante, em face do trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS, inegavelmente “construtor” e reconstrutor.

### 3 — *Historização e sistematização*

Não seria difícil, fixando por um momento as duas noções como algo distinto e objetivo, dizer — apelando para uma terminologia que teve recente voga nas ciências sociais — que a ótica do *sistema* é sincrônica e a da *história* é diacrônica. Afirmação possível, mas talvez sem maior alcance, um tanto porque óbvia e um tanto porque o ponto de partida para ambos os termos é cronológico e faz a distinção depender de uma

(18) R. VON IHERING, *L'Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Développement*. Trad. O. MEULENAERE. 4 vols., Paris, 1886. Sobre IHERING, DINO PASINI, *Ensayo sobre Ihering*. Trad. A. BLANCHI. Buenos Aires, 1962; GIORGIO LAZZARO, *Storia e Teoria della Costruzione Giuridica*. Torino, 1965, princ. cap. I; WALTER WILHELM, *Metodologia Giuridica nel Secolo XIX*. Trad. P. LUCHINI. Milano, 1974, cap. III; KARL LARENZ, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Trad. E. G. ORDEIG. Barcelona, 1966, cap. II. Sobre o relacionamento pessoal entre IHERING e GERBER, cf. M. FIORAVANTI, em *Quaderni Fiorentini* (Per la storia del pensiero giuridico moderno), Milano, n. 7, 1978, pp. 545 ss.

(19) HELMUT COING, loc. cit., p. 33.

(20) F. CALASSO, *Storicità del Diritto*. Milano, 1966, p. 180.

(21) Cf. G. LAZZARO, *op. cit.* Sobre o aspecto lógico do termo *sistema*, COING, loc. cit. Basicamente as derivações são duas: o sistema como “padrão” ou “tipo” de direito, visto em correlação com uma área cultural (sistema islâmico, sistema continental-europeu), ou como “modo” (sistemático) de ser do próprio direito ou do ordenamento jurídico. Ou ainda: sistema como arquitetônica institucional (do ordenamento), e como tendência — quase como *entelequia* — do chamado “trabalho do jurista”; e neste caso se dá o encontro com a noção de dogmática jurídica, cujo monumento maior ficou sendo, no Ocidente contemporâneo, a chamada pandectística.

exclusão: o sistema seria o histórico menos a historicidade (22). Na verdade, este fato nos confirma a dificuldade de pensar o histórico inteiramente despojado do sistemático; e vice-versa.

Em vez, portanto, de penetrar na análise de cada um dos conceitos, para confirmar sua irreducibilidade recíproca, valerá mais reter a idéia de que ambos são perspectivas, e como tal dependem de ênfases que se distribuem: ênfase sobre a ordenação "lógica" das matérias ou sobre sua sucessão temporal. Deste modo, temos a história e o sistema em conexão com posições do espírito, com atos cognoscitivos que se projetam sobre a caracterização dos resultados: o sistema em conexão com a sistematização, a história com a historização. História e sistema, portanto, devem ser valorizados com referência a diferentes processos do conhecer, e não como configurações objetivas dadas e situadas *a priori*. Do mesmo modo, caberia distinguir entre o sistema, enquanto "modelo" ideal, da *sistematicidade* como tendência para o sistema ou qualidade deste, e da *sistemática*, como ostensiva representação dos resultados do sistematizar (23). Por outro lado, a *história*, condição genérica das experiências (incluindo a experiência da gestação dos conceitos) pode-se distinguir da historicidade, marca do concreto e da duração, presente nos objetos, e nas experiências também. A experiência jurídica apresenta um aspecto sistemático, o direito apresenta-se como sistema, a criação e a aplicação do direito envolvem processos sistematizadores; por outra parte, o direito existe como (e na) história, e daí a historicidade da experiência jurídica; daí também a parte de historização dos temas jurídicos, doutrinariamente necessária à compreensão deles.

Ocorrerá, ao situar estes problemas, falar de *tipos* e de *estruturas* — PARADISI alude a isto em seu conhecido ensaio sobre história e dogma (24) —, tipos e estruturas que como configurações têm cunho siste-

(22) Isto é: seria histórico porque todas as coisas o são, mas seria considerado no seu lado específico, de onde se excluiria aquela marca genérica. Sob outro ângulo, o tema se conduziria para o lado das relações entre o "diferente", que se dá como histórico, e o "repetido", inteligível como configuração e, portanto, sistema. A observação se aprofundará com o livro de GILES DELEUZE, *La Différence et la Répétition*, Paris, PUF, 1968.

(23) Uma tríplice divisão das acepções de "sistema" se encontra no extenso estudo de LELIO LANTELLA, "Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano", in F. BONA e outros, *Prospettive Sistematiche nel Diritto Romano* (Torino, 1976). Seria cabível aludir, de passagem ao menos, às idéias de THEODOR VIEHWEG, que opôs o problema ao sistema, em nome da tópica clássica (*Topica e Giurisprudenza*. Trad. A. CRIFÓ. Milano, 1962); e também às observações do sociólogo NIKLAS LUHMANN, que menciona a passagem "do pensamento jurídico de sistemas-de-conceitos e sistemas-de-ações" (*Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Trad. A. FEBBRAJO. Bologna, 1978, cap. I, p. 37).

(24) BRUNO PARADISI. "Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica", em *Apologia della Storia Giuridica*, cit., pp. 262-263. Para outros aspectos, JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno*, Madrid, 1977, caps. III e IV. A alusão à relação entre história e dogma é de certo modo encontrável na obra clássica de E. BETTI, sob a forma de distinção entre a "função histórica" e a "interpretação normativa" (cf. *Teoria Generale dell'Interpretazione*, Milano, 1955, Tomo II, cap. V, *passim*).

mático mas que correspondem a realidades dadas na (e como) história. As ênfases, a que aludimos há pouco, correspondem ao destaque de diferentes *ordens de problemas*, que provêm de alternativas temáticas ou de opções metodológicas<sup>(25)</sup>. Destas opções podem resultar reducionismos e unilateralismos, como vem ocorrendo com os formalismos, com os sociologismos e outros *ismos*.

#### 4 — TEIXEIRA DE FREITAS e a ciência jurídica do século XIX

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 do continente. O vocabulário jacobino e rousseauiano cede um pouco de espaço à terminologia dos juristas, aos tópicos dos exegetas e dos romanistas. Começa-se a ler SAVIGNY (sobretudo as edições francesas do *Direito Romano* e do *Tratado da Posse*); retoma-se o POTHIER; estuda-se ORTOLAN, cuja *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, aparecida em 1827, incluía a famosa "Généralisation du Droit Romain" que teve larga influência<sup>(26)</sup>.

O movimento codificador nas diversas nações latino-americanas, que como no velho mundo se seguiu ao *essor* das Constituições escritas, revelou em diversos países figuras notáveis de juristas, em cujas obras tem sido possível encontrar a marca de leituras características<sup>(27)</sup>. Não tínhamos ainda — se se permite uma rápida digressão sociológica — uma

(25) Nas alternativas "temáticas", tanto quanto nas opções metodológicas, se infiltram evidentemente inclinações ideológicas; há, porém, que distinguir entre o componente especificamente ideológico e as estratégias metodológicas em sua objetividade instrumental. Com referência à expressão "ordem de problemas", designamos com ela um plexo de temas que se tornam vigentes em uma dada época e que perdem o atrativo em seguida, ou que são cultivados como algo essencial por um grupo ou um tipo de estudiosos por conta de um *penchant* doutrinário ou de um condicionamento institucional. Há nesta noção algo dos *basculements* a que alude MICHEL FOUCAULT em *Les Mots et les Choses* (Paris, 1966); L. HUSSON menciona algo semelhante em certo passo dos *Nouvelles Etudes sur la Pensée Juridique* (Paris, Dalloz, 1974, p. 27).

(26) *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, précédée de l'*Histoire de la Legislation Romaine* et de la *Généralisation du Droit Romain*, par M. ORTOLAN (7<sup>ª</sup> ed., rev. e aum., Paris, Plon, 1863), tomo I. No Prefácio, ORTOLAN declarava haver escrito o livro sob o domínio de uma idéia: a da "introdução da história no estudo do direito" (p. V).

(27) Cf. SANDRO SCHIPANI, "Nota Introduttiva", em *Diritto Romano, Codificazioni e Sistema* etc. (*op. cit.*). Cf. também, no mesmo volume, os diversos estudos sobre a obra de ANDRÉS BELLO, TEIXEIRA DE FREITAS e DALMÁCIO VELEZ SANSFIELD.

“sociedade civil” como a então constituída pela burguesia nas principais nações européias; mas as elites, nos países latino-americanos, formavam sua cultura nas fontes européias, de modo que os juristas do meado do século XIX, nestes países, eram (e não podiam deixar de ser) juristas europeizados<sup>(28)</sup>. Se na literatura, ou na historiografia política, era possível a tentativa de fugir parcialmente aos modelos europeus, ou de inventar temas e figuras especificamente locais, na ciência jurídica era quase impossível afastar-se da terminologia e dos problemas oriundos da Europa, ao menos no nível das explicações gerais; e tanto mais que, na ausência de estudos filosóficos mais difundidos e de ciências sociais outras, era o saber jurídico o campo onde principalmente se cumpriam as exercitações conceituais e onde o binômio teoria/prática mais nitidamente se ostentava. Aquilo que FOUCAULT denominou de *epistème* ocidental<sup>(29)</sup>, com sua trama de formações verbais e orientações temáticas, incluía a ciência do direito como algo muito característico; e de dentro desta ciência a privatística, construída a partir do tema das fontes e das “classificações” tornadas clássicas, foi admiravelmente assimilada pelos juristas latino-americanos. Nossos publicistas não acompanharam integralmente os meandros da temática européia do direito público; somente na segunda metade do século XIX ou já na virada para o vinte surgiria — no Brasil isso foi típico — uma geração identificada com a bibliografia inglesa e com alguns autores alemães; mas nossos privatistas apreenderam no mais essencial os problemas de método e de doutrina do direito civil europeu da primeira metade do oitocentos<sup>(30)</sup>.

No caso de TELXEIRA DE FREITAS, cuja formação básica decorreu *grosso modo* entre 1835 e 1855, tivemos um espírito bastante dotado para a especulação, sem embargo da vocação para a prática, por um lado, bem como, por outro, da carência de uma formação filosófica que fosse

(28) Consideramos como um dado entre outros, e não como indicador decisivo ou exclusivo, a alusão à relação entre o saber jurídico, sobretudo o privatístico, do oitocentos e o “padrão” cultural burguês; um dado muito importante, contudo. Sobre o assunto haveria vários títulos a citar. No momento, entretanto, deixamos apenas apontada esta questão: a civilística, de SAVIGNY em diante, e sem perder o sentido da racionalidade do direito (agora expressada como *sistematicidade*), sofreu a gradual penetração da ótica histórica; seria próprio da mentalidade burguesa essa peculiar junção entre história e sistema, chegada ao século XX e hoje posta em crise?

(29) Cf. *Les Mots et les Choses*, cit.

(30) Um interessante paralelo, embora discutível, da formação do direito público e do direito privado no Brasil, esboçou-o JOSÉ PEDRO GALVAO DE SOUSA, no artigo “A crise brasileira e alguns contrastes da nossa formação jurídica”, em *Digesto Economico*, n. 176, abril, 1964. Para outros aspectos, PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, op. cit. Em 1902, SILVIO ROMERO, como Relator do Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre o Projeto Bevilacqua, fez um exame histórico da cultura jurídica brasileira, no qual combateu duramente o apego ao direito romano, herdado, segundo ele, dos professores de Coimbra pelos nossos juristas e, segundo ele, causador do atraso metodológico que, inclusive como o excesso de metafísica e a demasiada veneração pelos clássicos, dominava o estudo das ciências jurídicas no País até seu tempo. Cf. transcrição integral do parecer em MARTINHO GARCEZ, *Da Theoria Geral do Direito segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1914, pp. 329 ss.

além de mínima<sup>(31)</sup>. Conhecia bem o latim e o direito romano; conhecia igualmente o francês e os autores franceses; leu alguns autores alemães em francês, e muito pouco citava os italianos<sup>(32)</sup>. O pouco contato que teve com a filosofia foi porém suficiente para definir em FREITAS uma nítida tendência positivista e antimetafísica, que teria sido fundamento de um conseqüente juspositivismo se o autor do *Esboço* tivesse tido maiores preocupações e maiores leituras neste campo<sup>(33)</sup>. Terá sido FREITAS, deste modo, um exemplo do *homo juridicus*, totalmente identificado com a dimensão especificamente jurídica da vida, e com a linguagem do direito como expressão por excelência dos problemas relacionais dos homens.

- (31) Sobre FREITAS, SÁ VIANNA, *op. cit.*; SILVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império* (Rio de Janeiro, 1978), livro realmente exaustivo. Sobre FREITAS a bibliografia brasileira deveria ser mais extensa, mas peca principalmente pela escassez de análises sistemáticas. Uma das primeiras destas foi a de MATOS PEIXOTO, "A codificação de Teixeira de Freitas" (cf. *Revista Forense*, fascículo 427, janeiro de 1939). Em 1918, CLOVIS BEVILAQUA havia estampado, na *Revista de la Universidad de Córdoba*, então dirigida por Martínez Paz (ano IV, n. 1), um artigo sobre FREITAS, no qual a apologia termina por diluir a análise. Há também um discurso de NELSON S. SAMPAIO, cujo título é pragmático: *Teixeira de Freitas. Elogio do Jurista* (Bahia, 1943), e um hiperbólico estudo de HAROLDO VALLADÃO, "Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo", em *Arquivos do Ministério da Justiça* (n. 76, dezembro, 1960). Em 1927, nas *Pandectas Brasileiras* (volume III), publicou A. MARQUES DOS REIS um artigo sobre "A Bahia na formação do Direito Civil Brasileiro" (pp. 161 ss.), com interessantes e ponderáveis observações sobre FREITAS.
- (32) *Verbi gratia*, na *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Portuguez* (Rio de Janeiro, 1859), a alusão preferencial aos "escriptores franceses e alemães" a propósito da divisão entre direito público e direito privado. Em passagem famosa da Introdução da *Consolidação*, menciona a Alemanha como "país da meditação, onde a sciencia do direito, associando-se à história e à philologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos" (p. XXVII da *Consolidação das Leis Civis*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1858). Anote-se que a imagem da Alemanha como "país da meditação" foi um dos *common places* dos intelectuais brasileiros do século passado — inclusive os poetas. Naquela mesma Introdução, contudo, há algumas críticas aos alemães (por ex. p. CXLV, nota 1). No *Esboço*, julgou necessário em certo passo esclarecer sobre a proximidade de seu pensamento com os "escriptores alemães", sobretudo SAVIGNY, e entretanto suas diferenças diante deles, particularmente sobre o problema dos direitos pessoais (*Código Civil, Esboço*, por A. TEIXEIRA DE FREITAS, ed. do Ministério da Justiça, 1952, vol. I, pp. 18-19).
- (33) Cf., por exemplo, em *Nova Apostilla*, cit., p. 47 (onde, aliás, se se permite a digressão, aparece a expressão "tipo ideal"). Nesta mesma página FREITAS exprime a identificação, vigente entre certos autores de seu tempo, entre o Direito Natural e a Filosofia do Direito. A p. 6 da mesma obra encontramos uma espécie de antecipação do monismo epistemológico que seria professado em nosso século, por exemplo, pelo "Círculo de Viena". Na verdade o "excesso de doutrina", enxergado no *Esboço* por LISANDRO SEGOVIA (cf. SÁ VIANNA, *op. cit.*, p. 243), terá correspondido ao freqüente contraponto, na obra, entre os artigos, ou seja, os textos normativos, e os comentários do próprio FREITAS, jamais à demasia de fundamentação. — BEVILAQUA, no artigo citado, anota, em frase muito peculiar, que FREITAS não teve "os vãos de pensamento que a visão filosófica inspira", e que "substituiu a orientação sociológica por uma excepcional agudeza de sentido jurídico" (p. 57). Em outros termos, pode-se dizer que em FREITAS existiu — a par de outros — o contraste entre uma epistemologia singela e uma enorme capacidade de análise conceitual. Sobre o assunto, v. também o estudo de S. ROMERO, citado à nota 30.

Não conheceu, embora tendo vivido até 1883, certas produções do pensamento jurídico alemão que teriam fortalecido sua pretensão de *construir* um arcabouço jurídico fundado em categorias próprias, e que de resto somente com certa demora chegaram a ser conhecidas no Brasil: refiro-me sobretudo às obras de LABAND, de SEYDEL e de GERBER, que se orientaram no sentido do formalismo metodológico, chegando à tendência privatizadora do próprio direito público<sup>(34)</sup>. FREITAS repensou continuamente os textos romanos, as classificações maiores, os conceitos de SAVIGNY e de mais alguns grandes mestres, complementando-os com o conhecimento de autores “menores”, mas conservando-os à mão para reexames constantes. A partir de um certo tempo já não acompanhou as novidades européias; concentrou-se na revisão de suas obras, na reconstrução de sua vida profissional, no reexame dos problemas de sempre.

Terá sido um jurista juristizante, bacharelista menos que juricista (no sentido da distinção formulada por AFONSO ARINOS): o famoso caso da discussão sobre os filhos da escrava, no Instituto dos Advogados, demonstra, a par do “romantismo” que já ao tempo lhe foi atribuído, uma tendência ao *jus strictum* e ao legalismo.

#### 5 — Método, sistema e material histórico na “Consolidação” e no “Esboço”

Apesar de sua precária formação filosófica, e das lacunas de sua formação jurídica (esta, sem embargo disto, admirável), teve TEIXEIRA DE FREITAS um ponderável gosto pela teoria, e um certo instinto sistematizador, aliando inclusive a capacidade de síntese com a paciência analítica, que o fazia rever detidamente as conceituações. A “genialidade”, que tantos têm apontado em sua obra, correspondeu a esta visão “orgânica” que possuiu para a imagem do direito legislado como um todo — não apenas do direito civil —, em época onde ainda não se dispunha do conceito de *ordenamento*; correspondeu também à sua extrema acuidade crítica, que era correlata de sua independência doutrinária, limítrofe da irreverência e congênera da “audácia” mencionada por SÍLVIO MEIRA<sup>(35)</sup>.

Detenhamo-nos sobre o aspecto *sistemático* do pensamento de FREITAS, para confrontá-lo com o problema da *história* em sua obra.

(34) Cf. supra, nota 18. Sobre a formação pessoal de FREITAS, v. ainda as ponderações de JOSÉ CAMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio* (Rio de Janeiro, 1966), tomo III, pp. 131 e 139. Ver também SÍLVIO MEIRA, O pensamento criador de T. Freitas, em *Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano V, nn. 13/14, 1971, princ. p. 264. Diversas vezes aludiu o autor do *Esboço* ao problema das relações entre direito público e direito privado: além dos textos da *Introdução à Consolidação*, e das passagens da *Nova Apostilla*, convém lembrar, no *Esboço* (vol. I, p. 175 da ed. citada), ao pé do artigo 289, suas interessantes anotações sobre o Estado (em seguida às quais vem, entretanto, a estranha inclusão do “direito criminal” no direito privado, já presente nas obras anteriores).

(35) SÍLVIO MEIRA, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda — a audácia do pensamento. *Rev. de Direito Civil*. São Paulo, n. 16, abr./jun., 1981.

Poderemos tomar como ponto de referência o ideal de equilíbrio entre sistematização e historização, mencionado linhas acima; e também as grandes formações sistemáticas, dadas na história do saber jurídico: por exemplo, as *Institutas* de GAIO<sup>(36)</sup>, de que tornaremos a falar, ou ainda o racionalismo pré-iluminista do século XVII, ou ainda a obra de SAVIGNY<sup>(37)</sup>. Podemos, por outro lado, adotar como ponto de partida o conhecido texto do próprio TEIXEIRA DE FREITAS, inserido na Introdução à *Consolidação*, no qual diz:

“Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e conseqüências de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação”<sup>(38)</sup>.

Certamente que a linguagem reflete muito certos vezos do século XIX. Poderíamos contudo detectar, ali, a influência do método comparativo, ao qual com efeito FREITAS recorreu *com freqüência*<sup>(39)</sup> e que de certo modo representa uma confluência do *histórico* e do *sistemático*. Poderíamos confrontar esta “comparação” das leis novas com as antigas com a comparação propriamente dita, e também indagar sobre se o exame das leis “em seus próprios textos” e sem interferência de opiniões alheias seria realmente viável num trabalho levado a cabo em campo totalmente ocupado por doutrinas européias e por conceitos presos a matrizes européias, tornadas “universais” pelo poder de expansão da cultura ocidental.

No momento acentuaremos — e é um enfoque um pouco distinto — o afã codificador de FREITAS, como uma necessidade de *construção* que não era apenas legislativa (ou de política do direito), mas também

(36) Citadas por TEIXEIRA DE FREITAS desde as análises iniciais da *Introdução* e confrontadas com a crítica de LEIBNIZ.

(37) As alusões de FREITAS a SAVIGNY são constantes em toda a sua obra, particularmente na *Consolidação* (tanto na *Introdução* como nas notas) e no *Esboço*. Entretanto, seu conhecimento da obra do mestre de Frankfurt era pouco extenso. Sobre SAVIGNY cf. os números 18-19 (1978-1979) dos *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (Univ. de Granada) (onde se inclui um estudo de W. FIKENTSCHER sobre história e sistema em SAVIGNY), e também o número 14 (tomos I e II) da *Rev. de Ciencias Sociales* da Univ. de Valparaíso, 1979, com farto e excelente material.

(38) *Consolidação*, 1ª edição, p. X. Continuamos a ter como base esta edição, embora tendo em mira outras edições, marcadamente a terceira (Rio de Janeiro, 1976) e a quinta (Rio de Janeiro, 1915). Talvez conviesse relacionar a metáfora de “substância viva” da legislação com certos *endroits* onde FREITAS repetia que o direito “quer a vida real” (por ex. *Nova Apostilla* p. 46), e, com esse vitalismo implícito, relacionar sua opinião (cf. *Esboço*, nota ao art. 17) segundo a qual o direito não necessita de ficções (contudo, escreveu que “as chamadas ficções do direito romano são verdades do nosso porvir jurídico”: cf. *Regras de Direito*, Rio de Janeiro, 1882, p. 247). Ainda a propósito do tópico de FREITAS citado em nosso texto, vale repetir a observação de SANDRO SCHIPANI, segundo a qual a *Consolidação*, para seu autor, se entendia “como conhecimento do passado e do presente, e não como especulação de racionalismo puro” (*In Direito e Integração*, Ed. da Univ. de Brasília, 1981, p. 47).

(39) *Introdução*, *passim*; *Nova Apostilla*, por exemplo p. 47.

doutrinária em larga medida<sup>(40)</sup>. As alusões que fez, na Introdução à *Consolidação*, à “imensa teia das leis extravagantes” e à falta de obras nacionais que tivessem oportunamente suplementado as *Ordenações*, dão idéia de sua preocupação com a *simetria* a ser obtida na *Consolidação*; suas referências ao âmbito do direito civil dão, por outro lado, a medida dos pesados escrúpulos conceituais presentes em seu trabalho. Ao tratar dos limites do direito civil, ora FREITAS tendia a restringir sua área — como quando falava em tomá-lo “em sua acepção mais estrita”<sup>(41)</sup> —, ora parecia encará-lo como sendo o próprio direito, o direito *tout court*; e esta inclinação, paralela à noção de uma teoria do direito tratada como teoria do direito civil, se consolidou quando, em meio à elaboração do monumental *Esboço*, concebeu a idéia de um “Código Geral”. Evidentemente ele sabia da divisão do direito em público e privado — que por sinal questionou em termos curiosos na *Nova Apostilla* <sup>(42)</sup> —, mas sua base era de fato a privatística, e através dela encarou as categorias fundamentais e as *relações jurídicas*<sup>(43)</sup>.

Poucas alusões há, nos textos doutrinários de TEIXEIRA DE FREITAS, à palavra *sistema*. Na *Nova Apostilla*, redigida ao tempo em que começava a trabalhar no *Esboço*, há algumas passagens em que ela aparece, inclusive nas primeiras páginas, mencionando o “sistema do projeto” do Código Português elaborado por ANTÔNIO SEABRA. Nestas passagens o termo designa em geral a ordem (ou distribuição) das matérias seguida pelo codificador português<sup>(44)</sup>. Há também frases onde FREITAS falava de *método*<sup>(45)</sup>.

Na Introdução à *Consolidação*, FREITAS alude por exemplo ao “atual sistema do direito civil”, sempre referindo-se ao problema da divi-

(40) Cf. estudos de BEVILAQUA, MATOS PEIXOTO e VALLADÃO, citados. Cf. também S. MEIRA, “O pensamento criador”, cit. Ver também CRISTINO CASTELO BRANCO, “Teixeira de Freitas, só jurista, mas jurista integral e máximo”, em *Escritos de Vário Assunto*, Rio de Janeiro, 1968.

(41) *Nova Apostilla*, pp. 12 e 13. Cf. supra, nota 34.

(42) Com efeito, foi preocupação basilar de FREITAS a definição dos “limites” do direito civil. Velho e constante problema da própria doutrina européia (Cf. JUAN M. PASCUAL QUINTANA, *En torno al concepto de Derecho Civil*, Salamanca, 1959, com bastante material histórico). As vezes temos a impressão de que, para FREITAS, o direito civil seria o próprio direito *tout court*, a ponto de saírem dele os problemas e as categorias mais essenciais do conhecimento jurídico — relações, direitos etc. —, outras vemo-lo distinguir entre direito civil e direito privado. Sua recusa diante da idéia de um código comercial teve como complemento a imagem de um *Código Geral* (já na fase de superação pessoal do esquema do *Esboço*), constante de dispositivos definitórios e de normas concernentes à aplicação das leis em sentido o mais amplo, irredutível ao âmbito normativo das leis especificamente *civis*.

(43) *Nova Apostilla*, pp. 6 ss., 9, 11, 26 (“queríeis um sistema, queríeis, portanto, uma classificação, uma divisão primária”) e outras.

(44) Por exemplo, página 9. A palavra aparece também no texto da *Introdução*.

(45) Nestas páginas — como nas divergências perante SAVIGNY, por exemplo — se constata a grande independência de juízo de Freitas. Para as reservas às classificações romanas, v. *Consolidação*, Introdução, 1ª edição, pp. XIII e XIV (nesta, a atribuição de falta de *nezo* e de *método* ao Código e ao Digesto).

são e classificação das matérias, e o mesmo ocorre nas páginas onde discute a ordenação das matérias das *Institutas* de GAIUS (46). Por outro lado, apesar de cômico da relativa flexibilidade da noção de consolidação(47), atormentava-o o ideal da simetria global, além das classificações específicas.

Certamente FREITAS estava, portanto, penetrado do demônio do *sistema* quando embrenhou-se no trabalho de consolidar, bem como (se não mais ainda) quando no de codificar. Apesar de seu enorme respeito por SAVIGNY, não aderiu à idéia do autor do *Von Beruf* no sentido de adiar as codificações; de resto, não faltou a SAVIGNY e à Escola Histórica, como se sabe, o *penchant* pelo Sistema. Ao trabalhar em plano sistemático, FREITAS estava integrado com o mesmo padrão codificador que vinha vigorando em vários outros países latino-americanos — e ele próprio menciona o Código do Chile na Introdução da *Consolidação* —, um padrão que se alimentava do racionalismo consolidado no mundo jurídico europeu.

Por outro lado, ao trabalhar com fins sistemáticos, FREITAS não se poderia evidentemente furtar à utilização de *materiais* existentes na *história*, materiais caracterizados como *história* e disponíveis no próprio acervo de conhecimentos do jurista moderno. No caso, desde logo o direito romano, que ele conhecia bastante e que — sem embargo da pugna entre romanistas e germanistas que ocorreu na Alemanha dentro da Escola Histórica e que não repercutiu no Brasil — constituía para os juristas latino-americanos um patrimônio de exemplaridades fundamentais(48). Certamente que os códigos sempre foram e são *sistema*, e neste sentido foram e são *razão*: mas o conhecimento dos codificadores, e o caso do *Code* francês é típico(49), não pode deixar de incluir componentes históricos. Voltaremos ao tema.

(46) Sobre a noção de *Consolidação*, a que o próprio FREITAS fez menção no início da Introdução ("trabalho de simplificação", o qual "mal aspira o merecimento de uma codificação provisória"), veja-se S. SCHIPANI, "Dal Diritto Romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di Teixeira de Freitas", em *Studi Sassaresi*, V, Milano, 1981 (onde alude inclusive ao papel sistemático do conceito de *fato*). Sobre a intensa preocupação de FREITAS com a *sistematização*, entendida como "estrutura geral", SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, cit., p. 203.

(47) Observa JOSÉ CAMARA que TEIXEIRA DE FREITAS trabalhou, na *Consolidação*, em sua parte dispositiva, preso ao "que existia até então" e sem poder desprezar o "elemento tradicional", apesar de suas tendências inovadoras e originais (*Subsídios*, cit., p. 134).

(48) Cf. o conhecido livro de ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français* (Paris, LGDJ, 1969).

(49) *Consolidação*, Introdução, p. XCIX (continuamos citando segundo a primeira edição). Para outras referências, pp. CVI, CLXIV, CXXXVI, CXLV. Na *Nova Apostilla*, p. 10, ainda enfatiza a "grande distinção" entre direitos pessoais e direitos reais, a qual "estava latente em todos os códigos e legislações, manifestava-se variadamente por expressões dúbias, achava-se, e persistirá eternamente, no pensamento analítico e sintético do direito". Para o elogio da divisão em causa, cf. A. MARQUES DOS REIS, artigo citado, p. 163; e também JOSÉ CAMARA, *op. cit.*, p. 140. Entre outros.

O mais intenso esforço sistematizador de FREITAS correspondeu certamente à sua classificação dos *direitos*. Neste aspecto já encontramos um elemento histórico: sua reflexão sobre o assunto, na *Consolidação*, passa por um reexame crítico de GAIO e do modelo das *Institutas*, tomando a crítica de LEIBNIZ como informação relevante mas não se detendo nela. É necessário mencionar este problema posto que ele se achou diante de FREITAS todo o tempo, com dramática constância. Na *Consolidação*, FREITAS construiu uma Parte Geral, que em dois títulos tratava das *pessoas* e das *coisas*, e que precedia à Parte Especial. Esta também se dividiu em dois livros, concernentes aos direitos *pessoais* e aos direitos *reais*. Justificava a dicotomia observando que pessoas e coisas são “os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas” (50).

Antecipando impressionantemente a idéia de alguns pensadores do século vinte, segundo a qual a norma jurídica “incide” sobre o mundo dos fatos destacando os que precisam ser caracterizados para formarem tipos e perfazerem o objeto das normas, FREITAS dizia (embora num texto confuso e questionável) que, pondo-se de parte os fatos “necessários”, e descartados os ilícitos, somente os atos *lícitos* precisam ser regulados, com o que se têm os “atos jurídicos” e com o que, também, “a matéria dos fatos deixa de ser geral” (51).

Como se sabe, FREITAS reviu posteriormente a sua classificação, re-considerando o que dispusera na *Consolidação*. As pessoas e às coisas agregou os *fatos*, em torno de cujo conceito desdobrou a noção dos *atos*: e chegou a dizer que aquele ponto, onde se situava a ordenação dos

---

(50) *Consolidação*, p. CVII. Outro ponto, no qual também podemos entrever uma antecipação de FREITAS, é no tocante à distinção entre a linguagem normativa e a linguagem doutrinal, que somente se tornaria definitivamente formulada no século XX, com a diferenciação feita por HANS KELSEN entre *Rechtsnorm* e *Rechtssatz*. Frequentemente encontramos formas definitórias nos dispositivos legais construídos por FREITAS; mas ele próprio, ao refletir sobre a relação entre o “código geral” e os outros códigos, pensou em colocar naquele *as leis que ensinam*, e nestas *as leis que mandam* (cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça*, ed. do Min. da Justiça, Arquivo Nacional, Rio, 1977, p. 9; cf. também a transcrição integral em SÁ VIANNA, *op. cit.*, p. 179). Tratava-se, como se percebe, do caráter fundante das normas básicas, que, no caso de um código geral, seriam normas definitórias, referentes às categorias genéricas. Há outro trecho de FREITAS, no qual se entrevê, implícita, a diferença entre norma e proposição: na Introdução da *Consolidação*, a parte referente ao “Actual systema do Direito Civil” (pp. XIII ss.) começa assim: “Como se fosse possível dar força de lei a proposição científica, vê-se escrito nas *Pandectas* que todo o direito refere-se às pessoas, cousas e ações. *Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”.

(51) Cf. *Esboço*, cit., vol. I, p. 230. Aduzia FREITAS que “os fatos, causa produtora dos direitos, podem ser atos humanos e podem ser também fatos exteriores em que a vontade não tem parte” (p. 231). Preferia o termo *fatos exteriores* à expressão “fatos naturais” e à denominação “fatos acidentais” (idem).

fatos como “causa criadora” dos direitos, e dos atos que eram uma espécie deles, era a parte *mais delicada* de seu trabalho<sup>(52)</sup>.

Ao lado das alusões aos direitos, cuja classificação o preocupou durante toda a vida, FREITAS usou com ponderável insistência o termo *relações* (genericamente ou com o adjetivo “jurídicas”). Na *Nova Apostilla* o termo surge desde o início: declara, por exemplo — ao comparar seu trabalho com o projeto português de SEABRA —, ter-se elevado à “região dos princípios, [nós] para podermos bem distinguir as relações de uma vida real”; noutra parte, em uma profissão de fé objetivista, afirma que “há uma realidade de coisas com as suas relações apreciáveis”<sup>(53)</sup>.

Entretanto, a cada passo repensava a imagem das relações sob o crivo da vida real (hoje sealaria em “concreteza”), e então tratava, na *Nova Apostilla*, da correção aplicada por TRACY a MONTESQUIEU, asseverando que as leis *não* são relações, mas as leis naturais são o “princípio das relações”, sendo então “as leis positivas seu resultado necessário”<sup>(54)</sup>. Sua visão da positividade do direito levava-o a colocar problemas como o da distinção entre moral, direito e legislação<sup>(55)</sup>, ou o da dependência que vincula a legislação civil à “organização política”<sup>(56)</sup>. Estes problemas obviamente tinham uma pulsação histórica, e revelavam, junto com o apelo aos conceitos romanos e aos juristas antigos, a parte de consciência histórica existente no pensamento de FREITAS. Aquele “comparar atentamente as leis novas com as antigas” não se cingia ao direito nacional, mas abria-se, como visão histórica, para os dados da historiografia disponíveis ao tempo; e esta visão histórica era de certo modo uma visão “de sistemas”, e era “para o sistema”, posta que estava a serviço de um trabalho sistematizador.

---

(52) Também na Introdução da *Consolidação* aparece o tema das relações em ligação com o embasamento da divisão do direito (cf. pp. XL e CXXXVI). Na *Nova Apostilla* as principais alusões se acham às pp. 6, 7, 10, 14, 46 e ss. Provavelmente cabe vincular à influência de SAVIGNY a presença da noção de relações no cerne do pensamento de FREITAS. O próprio CLOVIS BEVILAQUA também adotou tal noção como ponto de partida para a classificação dos direitos: *Em Defesa do Projecto do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1906, p. 49. Aliás BEVILAQUA considerava que “um código é principalmente uma classificação de preceitos, que adquirem maior nitidez de forma e maior energia de império pelo simples efeito da sistematização” (p. 47). Essa correlação entre classificar e sistematizar já havia sido assumida, uma geração antes, por Freitas.

(53) *Nova Apostilla*, pp. 54-55.

(54) *Idem*, p. 55.

(55) Trata-se, aqui, da célebre passagem da Introdução da *Consolidação*, que assim prossegue: “Uma legislação moldada para uma monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do *systema* representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional” (p. VIII). No trecho, obviamente, a expressão de uma perspectiva histórica.

(56) Sobre a sistemática freiteana dos fatos, cf. SCHIPANI, artigo cit. à nota 47 (“Dal Diritto Romano...”).

## 6 — Observações complementares

Repassemos conclusivamente certos tópicos.

Posto, já durante a penosa redação do *Esboço*, diante do problema da “parte geral”, FREITAS alterou a classificação que defendera na *Consolidação* — e que aludia a *Pessoas e Coisas* —, acrescentando-lhes os *Fatos*: parecia-lhe, agora, que a articulação mais genérica da matéria teria de atender a estes, no que certamente atuou a maturação da noção de relação, tão mencionada por ele na *Nova Apostilla* <sup>(57)</sup>.

Com repensar sua classificação, FREITAS reexaminou paralelamente o problema dos *direitos*, sempre refletindo sobre a questão da sua natureza. Na *Consolidação*, havia dito que “os direitos do homem” são sempre naturais, pois “constituem a natureza humana”, sendo ao mesmo tempo individuais, privados, civis e públicos <sup>(58)</sup>. No *Nova Apostilla*, distingue habilmente entre os direitos naturais, que são os “idênticos para todos”, e os adquiridos, que são “diversos para cada indivíduo” <sup>(59)</sup>. No *Esboço*, comentando o artigo 16 (com que se iniciava o Livro Primeiro da Parte Geral), identificou os direitos como faculdades, chamando-os de “individuais, primitivos ou originários” e definindo-os como “liberdade regulada pelas leis” <sup>(60)</sup>.

Esta terminologia, a que falta por certo um pouco de clareza, nos põe diante do problema da atitude de FREITAS em face do *direito natural*.

---

(57) *Consolidação*, pp. CXV-CXVI, nota. Cumpre anotar que logo em seguida (p. CXIX, nota), FREITAS aludia polemicamente a PIMENTA BUENO, que publicara em 1857 o seu notável *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (§§ 533, 611 e 640: cf. edição do Min. da Justiça, 1958, pp. 379 e ss.). Nesta passagem, pondo expressamente de lado as “falsas idéias” provindas inclusive das “tradições do direito romano”, e, portanto, pondo de lado uma tradição histórica, FREITAS tentou montar uma breve teoria do ordenamento (*avant la lettre*), acusando PIMENTA BUENO de confundir o direito civil com o “direito positivo em geral”, e mencionando a Constituição como “primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar”. No Brasil já existia evidentemente um conceito de Constituição entendida como lei superior às outras (FREI CANECA por exemplo tinha esposado em 1824 uma teoria do poder constituinte análoga à de SIEYÈS), mas entre os privatistas o tema ainda não tinha maior curso. De qualquer modo a crítica de FREITAS, penetrante por certo e de certo modo procedente, desconsiderava que PIMENTA BUENO entendia os direitos políticos, enquanto algo dependente dos textos constitucionais, mais contingentes do que os civis, básica e abrangentemente situados nas disposições gerais da ordem jurídica.

(58) *Nova Apostilla*, p. 47.

(59) *Esboço*, cit., tomo I, p. 18. Cf. também p. 41.

(60) *Consolidação*, p. XXXIX. FREITAS chegava a desaprovar que, no ensino da “legislação codificada”, se alterasse a ordem das matérias, como havia feito com o Código de Processo Criminal um professor paulista (loc. cit., nota). Podemos dizer que um dos paradoxos de FREITAS terá consistido nisto, em ter sido por formação um dogmata, sem um direito positivo para aplicar sobre ele a sua exegese; em ter sido, justamente, encarregado de elaborar este direito positivo, transformando ou desdobrando seu exegetismo em atitude de política legislativa. No desempenho daquele encargo, a história terá entrado como *pendant* da dogmática, e o sistema como um denominador comum entre sua *forma mentis* e o futuro ordenamento.

Realmente se afirmava juspositivista ao escrever que os “direitos adquiridos (não os naturais, leia-se) são o objeto da ciência do direito”; e que “a teoria, em matérias de direito positivo, nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve somente explicá-lo”<sup>(61)</sup>. Entretanto, falava em direitos naturais, e com frequência usou — embora sem lhe precisar o sentido — a expressão “natureza das coisas”<sup>(62)</sup>.

São fruto de seu afã sistematizador os desdobramentos que deu à classificação básica dos direitos, em reais e pessoais, antes ou depois de acrescentar a parte dos fatos: por exemplo, a divisão dos direitos em absolutos e relativos<sup>(63)</sup>. Igualmente o constante realce que dá ao problema das obrigações, cerne talvez de sua visão de civilista: desde as cogitações iniciais, externadas na *Consolidação*, até as da *Nova Apostilla* <sup>(64)</sup>. Há, entretanto, na famosa *Carta* que FREITAS dirigiu em 1867 ao Ministro da Justiça, uma frase que definitivamente manifesta seu pendor sistematizante: “sem definir, sem distinguir, sem dividir, nunca me foi possível formular a parte imperativa das matérias”<sup>(65)</sup>.

\* \* \*

Definir, distinguir e dividir: eis três afazeres muito próprios do jurista, desde os romanos, senão mesmo antes deles (e sem embargo do pouco teoreticismo dos juristas romanos), afazeres que se entendem em função da racionalidade do saber jurídico. Esta racionalidade, entendida como algo irredutivelmente distinto do lado histórico desse saber, pode dar-se no *sistema* como no “problema”, e nisto pouco importam as objeções de VIEHWEG (para quem o verdadeiro sentido do saber jurídico se dá no problema), porquanto somente em função do sistema os problemas adquirem sentido.

(61) *Consolidação*, pp. LXXXIX e XC; *Nova Apostilla*, pp. 10 (“fechamos os livros e interrogamos a natureza das cousas”) e 208 (“embalde se luta com a natureza das cousas”), entre outras. Sobre o problema dos direitos inatos no pensamento de Freitas, cf. MUNIR KARAM, *Teixeira de Freitas e o Processo de Codificação do Direito Civil Brasileiro*, ed. mimeografada, Maringá, 1983, p. 14. Outro ponto em que os textos de FREITAS oscilam é o referente à identificação entre *homem* e *pessoa*: no *Esboço* “todo homem é pessoa, ainda mesmo em um país de escravos” (I, p. 19, nota ao art. 17). Na *Consolidação*, nem tanto.

(62) *Consolidação*, pp. XL ss. Sobre o assunto, JOSÉ CÂMARA, *op. cit.*, p. 135.

(63) *Nova Apostilla*, por ex., p. 46. Toda a meditação de Freitas sobre o tema gira, entretanto, em torno dos *direitos*, com seu objeto, e com seus sujeitos ativo e passivo, entre os quais se intercala a noção de obrigação (pp. 43 ss.).

(64) *Carta*, cit. (cf. nota 51), p. 6.

(65) FILIPPO GALLO, “La storia in Gaio”, e NEVIO SCAPINI, “I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni de Gaio”, em *Il Modello di Gaio nella Formazione del Giurista*. Atti del Convegno Torinese, maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano, Milano, 1981. A partir destes estudos vislumbramos o direito romano como arquetipo (ou como *praeceptor*) do direito ocidental e do saber respectivo; e a obra de Gaio como modelo pedagógico do direito romano.

Estudando acuradamente o modelo de GAIO, cujas *Institutas* (sem embargo de ter sido tardia a sua "descoberta" para o Ocidente contemporâneo) ficaram como algo exemplar e pedagógico para a experiência ocidental do direito, alguns mestres italianos, em recente colóquio, puseram em relevo certos aspectos nucleares de seu legado. Entre tais aspectos, a dimensão histórica e a presença da *ratio*, ambas tratadas em função da "modelaridade" da obra de GAIO e de sua projeção didática. GIOVANNI PUGLIESE destaca inclusive aquilo que denomina "o paradoxo de GAIO", integrado por vários aspectos (66).

Valeria a pena, aqui, determo-nos por um pouco a contemplar — ainda que sem maiores aprofundamentos — a figura de GAIO, com seus aspectos ainda questionados e sua obra tornada exemplar (no sentido de clássica) (67). Contemplar, nesta mesma obra, a presença de uma dimensão histórica, correspondente às suas relações com o direito anterior, e uma dimensão sistemática, expressada inclusive na valorização hermenêutica da *ratio* e na obtenção de simetrias conceituais tornadas modelares. De certa forma, contemplaremos com isso a gênese do *modus essendi* do saber jurídico ocidental, distinto por exemplo do indu e do árabe, e desenvolvido a partir da metodologia medieval com os glosadores e comentaristas; à parte o caso inglês, mantido imune aos racionalismos teóricos e aos impulsos codificadores (apesar de BENTHAM), o qual parece ter ficado precisamente para servir de permanente contraste dentro do próprio mundo ocidental e em face do chamado "sistema continental-europeu". Consideraremos ainda o advento do alto racionalismo jusnaturalista, contraditado pela Escola Histórica, mas não de todo, eis que desta mesma e de seus epígonos saiu um novo e substancial revigoramento para a idéia de sistema. É certo que hoje se fala na crise da idéia de sistema (68); mas isto significa, entre outras coisas, que o jurista sabe que o direito e sua ciência tendem ao sistema, sabendo

---

(66) G. PUGLIESE, "Gaio e la formazione del giurista", em *Il Modello di Gaio*, cit., pp. 3 ss. Sobre a figura histórica de GAIO, e de sua obra, ver também de ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, Part II, Commentary (Oxford 1975).

(67) Sobre a sistemática de GAIO, v. ainda FERDINANDO BONA, em F. BONA e outros, *Prospettive Sistematiche nel Diritto Romano*, cit. pp. 409 ss. No mesmo volume, um estudo de N. SCAPINI trata da influência da história e da tradição sobre a sistemática clássica e justiniãnea (pp. 383 ss.). Sobre o lado histórico e o sistemático da influência romanística sobre os privatistas modernos, especialmente italianos, cf. CALASSO, *Storicità del Diritto*, cit. pp. 166 ss.

(68) A idéia tem sido exposta em conexão com a de "descodificação", que considera a existência, em nosso tempo, de exigências distintas das que presidiram racionalisticamente as codificações liberais. Cf. E. ZULUETA PUCEIRO, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho* (Madrid, 1981); NATALINO IRTI, *L'Età della Decodificazione*, Milano, 1979. Para PUCEIRO, contudo, o modelo dogmático persiste como paradigma, no sentido hoje utilizado na teoria da ciência a partir de KUHN. Para IRTI, o surgimento de novos condicionantes históricos provoca a aparição de diversos micro-sistemas, que não destroem o sistema, mas modificam sua "lógica" e seu significado.

por outro lado, cada vez mais, que esta tendência é historicamente contingente. O jurista sabe que, se os grandes conceitos da ciência jurídica sofrem, com a história, refrações e alterações, é por meio de um reconhecimento histórico que eles podem ser reentendidos e reaproveitados.

A ciência jurídica, durante o século dezenove, montou ao mesmo tempo a temática da interpretação e das fontes, se é que não tratou daquela primeiro; quando, de um ponto de vista lógico, primeiro caberia dispor o tema das fontes e depois o da interpretação. A problemática das relações entre história e sistema, tão expressiva atualmente no pensamento dos grandes centros de estudos jurídicos, tem-se voltado para o reexame do papel da “dogmática” e para a fundamentação da hermenêutica como história e como sistema; será necessário, à base das mesmas pontuações que norteiam este reexame, rever o tema das fontes, este também passível de uma dupla ótica, a histórica e a sistemática.

O saber jurídico europeu do século XIX, tal como aportou à América Latina ao tempo das codificações — ao tempo de BELLO, de FREITAS, de SANSFIELD —, se achava marcado por algumas ambigüidades, entre as quais a presença do legalismo francês ao lado da influência historizante de SAVIGNY; ou então a presença de SAVIGNY em tematizações dirigidas ao trabalho de codificar. Não se explicitou maiormente o problema das relações entre Sistema e História, como não se explicitou o das conexões entre ordem e hermenêutica, entre fontes e interpretação; algumas dicotomias eram tematizadas sem maior clareza, como aquela, tão antiga, do direito público e do privado, à qual TEIXEIRA DE FREITAS dedicou algumas frases extremamente interessantes, sem embargo de parcialmente equivocadas.

Em TEIXEIRA DE FREITAS a idéia de sistema carregava e implicava uma preocupação implícita com o “todo” do direito privado positivo, mas faltou a essa preocupação um correlato conceitual preciso, canalizando-se aquela idéia para o tema, na verdade intra-sistemático, senão subsistemático, da divisão fundamental dos direitos; ou para o das “partes” em que se dividiria, segundo os direitos, o material legislativo. Quanto à sua idéia de história, difusa e informulada, manifestou-se como crença no mérito substancial dos textos romanos e nos progressos críticos obtidos pelo saber positivo dos juristas através da sucessão das épocas. Para ele, codificar — tanto como “consolidar” — era obviamente trabalho sistemático, montagem de partes, encaixe de peças, visão do todo; mas um trabalho que se faria melhor, se melhor fosse o aproveitamento das lições passadas — o que era também óbvio, mas talvez um pouco menos.

E diante do trabalho do próprio FREITAS podemos concluir que os progressos do direito e de sua ciência se dão geralmente em forma sistemática; mas a questão de saber se (e em que) são realmente progressos, esta é uma questão histórica.