

Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular da Universidade
Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Juízo de constitucionalidade
- 3 — A questão do método classificatório
- 4 — Liberdade doutrinária
- 5 — Validade formal
- 6 — “Proposições claras e sucintas”
- 7 — Conclusão

1 — Introdução

O espírito de ordem é conatural à idéia de direito. O mesmo dinamismo, que pela regulação normativa quer alcançar a **ordenada** convivência dos homens em sociedade, dispõe, por assim dizer, de um olho interior, de uma visão voltada para dentro de si mesmo, que repele o caos, a obscuridade, a imprecisão. Expressar o ordenamento jurídico em formulações límpidas e articuladas impõe-se como ideal tanto mais caro ao jurista quanto mais a civilização se distancia do período mítico do direito. Progressivo, portanto, à medida mesma em que a racionalidade se faz presente na história. Resistente, porém, à efetivação. Entre outras razões, porque a ânsia de ordem externa, que leva o Estado a multiplicar os instrumentos de controle social, acaba gerando, por artes de uma proporcionalidade invertida, o indesejável efeito de comprometer a ordem interna do sistema de comandos, cuja vulnerabilidade aumenta em função do volume e da complexidade de seus componentes. A aspiração de saneamento formal da legislação converteu-se, por esse motivo, em fenômeno típico do Estado moderno, reduzido, em certa medida, a um aprendiz de feiticeiro, que se perde nos labirintos por ele mesmo abertos, que se enleia no cipóal que fez crescer, que se sufoca na **selva selvaggia** dos seus produtos, que se

Comunicação a congresso internacional sobre “Augusto Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano” (Roma, 12 a 14 de dezembro de 1983).

Texto revisto pelo autor, após o congresso.

revela, enfim, perplexo e impotente ante o crescimento e desgoverno de sua própria criatura.

Se, de algum modo, as leis se podem considerar o alimento do Estado, no sentido de que é delas que se deriva a legitimidade da ação política, maior é hoje o risco de que a *polis* se desestabilize por indigestão do que por carência, o que mostra quanto tinha razão TÁCITO quando sentenciava, "corruptissima respublica plurimae" (1).

De passagem, conviria advertir-se de que a superabundância de leis sequer garante maior legitimidade ao Estado. Ao contrário. Em trabalho de fina argúcia, responsabiliza CARNELUTTI a hiperprodução legislativa pela crise da lei, que — acrescenta-se — resulta na do Estado e alcança os fundamentos éticos de sua práxis:

"A crise do direito não é apenas, mas é principalmente crise da lei; e a crise da lei decorre de um fenômeno de inflação. O mecanismo do direito sofre de uma hipertensão cada dia mais grave. O comandado deve obedecer sem saber efetivamente o que lhe é comandado" (2).

O Estado brasileiro de meados do século passado está longe de recordar os tempos intervencionistas que hoje vivemos. Nos quadros da legislação civil, contudo, pode-se bem imaginar o clima de confusão e o índice de incerteza do direito a que se havia chegado. As **Ordonações Filipinas**, que continham o núcleo fundamental de disposições sobre a matéria, eram velhas de mais de dois séculos. Já quando de sua promulgação não estavam à altura dos tempos e, de modo algum, se podem considerar um **código** no sentido que a expressão evoca desde a viragem do século XVIII para o XIX. Seu Livro IV, que se ocupava do direito civil, privilegiava as sucessões e os contratos, em detrimento dos outros conteúdos. A esta legislação, já por isso lacunar, veio reunir-se ao longo do tempo o que se chamou a "imensa teia das leis extravagantes" (3). Mais se agravava o estado de desordem que daí emergia, com a deficiência que assim registra TEIXEIRA DE FREITAS, ao tempo em que escreveu sua monumental **Introdução à Consolidação das Leis Civis**:

"Também não existe um só escritor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a coligir e ordenar o direito pátrio" (4).

(1) *Annales*, 3. 27. Cf. TACITE. *Annales*, Livres I-III, texte établi et trad. par Henri Goelzer. Paris, Les Belles Lettres, 1953, p. 136 [dr.].

(2) CARNELUTTI, Francesco. Crise da arte e crise do direito [Crisi dell'arte e crisi del diritto]. Trad. e notas de JOÃO BAPTISTA VILLELA. *Kriterion*, Belo Horizonte, 20(67), 1973-1974, p. 278.

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1876, p. XXXII.

(4) *Consolidação* ..., cit., p. XXXII.

Esse conjunto de circunstâncias, os excepcionais méritos que se reconhecem à **Consolidação das Leis Civis**, e, finalmente, o preparo e talento de seu autor, fazem-na um objeto por excelência paradigmático para os estudos de teoria das consolidações.

A presente comunicação pretende, fundamentalmente, considerar alguns pontos críticos da teoria geral do direito que se põem a quem consolida textos jurídicos e como, em relação a eles, se comportou TEIXEIRA DE FREITAS na sua **Consolidação das Leis Civis**.

2 — Juízo de constitucionalidade

Pode o consolidador deixar de incluir norma formalmente em vigor, ao fundamento de sua suposta incompatibilidade com o texto constitucional?

Na **Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa**, possivelmente a mais recente experiência brasileira no gênero, a respectiva comissão elaboradora, integrada por JOÃO BAPTISTA VILLELA (Presidente), CLECI MAYER, ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, MOACYR EXPEDITO M. VAZ GUIMARÃES e YESIS ILCIA y AMOEDO PASSARINHO, optou, segundo está declarado na respectiva Exposição de Motivos, por não exercitar qualquer avaliação de constitucionalidade, não estando, porém, indicados os motivos por que assim procedeu⁽⁵⁾. Em favor da opção considere-se, no caso, o fato de que se realizava então trabalho encomendado por órgãos públicos subordinados, aos quais faltam poderes para aprovar consolidações ao nível da que se empreendia. Ademais, era omissa, no particular, a portaria que cometeu à comissão executar a obra.

Na verdade, a presente questão resolve-se nesta outra, que é identificar o destinatário da norma constitucional. Se se entender que destinatário são os Poderes do Estado, nas suas funções primárias de legislar, julgar e executar, a resposta há de ser que não cabe a quem consolida entrar nesse nível de indagação, pois ele não legisla, não julga, nem executa normas. Será, ao contrário, de seu dever fazê-lo, se se admitir que a norma constitucional se endereça a todo cidadão enquanto tal. Nesta hipótese, o conteúdo, alcance e extensão de qualquer norma de hierarquia infraconstitucional se supõem universalmente limitados à integral observância do preceito maior.

TEIXEIRA DE FREITAS não abordou a questão de modo sistemático ou principiológico. Fica, porém, claro pelos seus textos que a referência constitucional pairava no horizonte da **Consolidação**.

(5) Cf. VILLELA, João Baptista. Exposição de Motivos. In: VILLELA, João Baptista et alii (elab.). *Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa*. V. 1, Brasília, Conselho Federal de Educação, 1983, p. XIX.

Assim é que, depois de ter lembrado que a "legislação civil é sempre dominada pela organização política", pergunta-se:

"Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional?" (6).

Concluía, por isso, que os hereges e os apóstatas não estavam inibidos de fazer testamento, já que a Constituição do Império estabelecia no art. 179, item 5º:

"Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública" (7).

Coerentemente, não trouxe para o texto consolidado a **Ord. 4, 81, 4**.

A julgar pelos seus comentários, tampouco teria FREITAS trazido a "odiosa diferença nos direitos de sucessão hereditária" entre filhos de nobre e filhos de peão, mesmo que não tivesse sido antes editada a disposição do art. 1º do Decreto nº 463, de 2 de setembro de 1847. Motivo: a supressão de privilégios e a proclamação da igualdade, inscritas no art. 179 da Constituição, **verbis**:

"13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

.....
"16) Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública" (8).

Menos transparente é a invocação da referência constitucional para ignorar a categoria dos chamados **sarvos da pena** e admitir, portanto, que os condenados à morte pudessem dispor por testamento, assim como para recusar, com veemência, a **morte civil**, não obstante a sua previsão pelo Código Comercial, de 1850. Aqui não alude TEIXEIRA DE FREITAS expressamente à Constituição como razão determinante, podendo-se concluir que a idéia de **morte civil** fosse, para ele, de si, um contra-senso, "um quimérico estado de cousas", "um nome sem sombra de realidade", uma expressão que não existia no direito romano nem nas **Ordenações Afonsinas** (9). Pelo que toca ao confisco, que segundo TEIXEIRA DE FREITAS não implicava a

(6) *Consolidação ...*, cit., p. XXXIII. A linguagem não parece a mais feliz. Melhor fora dizer ... *por se terem tornado ...*

(7) Cf. *Consolidação ...*, cit., p. 596.

(8) Cf. *Consolidação ...*, cit., p. XXXIII.

(9) *Consolidação ...*, cit., pp. CXXXIII-IV.

idéia de **morte civil**, lembra, contudo, que a Constituição o havia abolido, indicando, a propósito, equivocadamente, o seu art. 20⁽¹⁰⁾. Como quer que seja, tanto a respeito dos **servos da pena**, como a respeito da **morte civil**, os contextos autorizam a supor que, independentemente de outras razões, uma incompatibilidade estivesse sendo percebida, mais difusa do que analiticamente, por referência à “nova ordem de cousas” ou como decorrência do “império de instituições liberais”, expressões de que se utiliza TEIXEIRA DE FREITAS a propósito do **comisso** e com as quais parece querer denotar a organização política instaurada pela Constituição de 25 de março de 1824⁽¹¹⁾.

Merece consideração à parte e mais acurado exame a posição de TEIXEIRA DE FREITAS em relação ao **comisso**, a cujo respeito pareceu menos empenhado na vigência constitucional ou mais preso à literalidade determinativa da legislação ordinária.

3 — A questão do método classificatório

A importância que TEIXEIRA DE FREITAS atribuiu à classificação dos institutos na **Consolidação das Leis Cíveis** e sua obsessiva procura de um sistema imune a reparos evidencia bem o quão livre se sentia em relação aos quadros categoriais explicitamente vigentes na legislação.

O seu longo e metucioso exame do método de ordenação é um puro discurso doutrinário, sem qualquer tributo a limites supostamente intransponíveis da legislação positiva. Tendo considerado a diferença entre direitos reais e direitos pessoais “a chave de todas as relações civis”⁽¹²⁾, fá-la dominar a distribuição da matéria especial. E, do mesmo modo, havendo pressentido a necessidade de um espaço próprio para as disposições comuns, como precursor que foi da **allgemeiner Teil**⁽¹³⁾, não hesita em garanti-lo.

Não é de se supor que FREITAS ignorasse o condicionamento topográfico das regras de direito. Isto é: a determinação de seu alcance em função do compartimento ou classe em que se situam. A sua resoluta liberdade, aqui, em contraste com a escrupulosa observância da positividade das normas, que, de outro lado, professa, parece poder explicar-se antes por uma certa ambivalência da **Consolidação**. Com esta não se tratava apenas de revelar o direito vigente, mas ainda de preparar o direito futuro. Por isso, não foi a **Consolidação**, em rigor, somente uma **fonte de cognição**: traz, em certa medida,

(10) Cf. *Consolidação ...*, cit., p. CXXXIV. A remissão correta é para o art. 179, 20.

(11) *Consolidação ...*, cit., pp. XXXV e 79.

(12) *Consolidação ...*, cit., p. XLVII.

(13) Cf. DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 5.e ed., [s.l.], Dalloz, 1973, p. 91.

também o caráter de fonte de produção do direito, para usar uma clássica distinção da doutrina italiana⁽¹⁴⁾. É reiterada em FREITAS a visão propedêutica da **Consolidação**. “Última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil empreendera o Governo Imperial” — é como a considera seu autor nas primeiríssimas linhas com que a introduz⁽¹⁵⁾. “Trabalhos preparatórios” — chama-a ainda quando, em outro texto, refere-se ao Projeto de Código Civil português e à identidade de cometimentos que o ligava ao Visconde de Seabra⁽¹⁶⁾. É como se a **Consolidação**, exprimindo embora a ordem vigente, lançasse *ex tunc* as bases de sua transcendência. Um antigo testamento que também prefigurasse uma nova aliança e que, por isso mesmo, não se contivesse na visão do passado.

Confrontando a empresa de TEIXEIRA DE FREITAS na **Consolidação** com a que teria, depois, redigindo o **Esboço**, assim se manifesta JOAQUIM NABUCO:

“Na **Consolidação** o seu gênio tinha tido que se sofrer, que se curvar à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência, às vezes obsoleta; fora apenas chamado a repetir, não a reformar, a lei existente, a renová-la com maior clareza e individuação, qualquer que fosse o seu defeito intrínseco, a sua incongruência e insuficiência perante a nossa época; no **Código Civil**, podia, porém, exercitar as suas faculdades criadoras, dar a sua medida; não tinha mais que se escrivizar às idéias e às formas do passado; tinha a mais ampla liberdade, podia adaptar a sua concepção do Direito, como a sua imaginação lhe inspirasse, às condições reais do nosso País, transformar-lhe mesmo o destino, tal fosse o seu gênio”⁽¹⁷⁾.

São, de fato, empreendimentos distintos, a que correspondem posturas mentais próprias e irredutíveis entre si. Havia, contudo, entre

(14) Cf., a propósito, entre outros: BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova, CEDAM, 1972, pp. 41-2; CHELLI, Enzo. Teste unico. In: AZARA, Antonio & EULA, Ernesto (dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. V. 19, Torino, UTET, 1973, p. 308; ESPOSITO, Carlo. Testi uncl. In: D'AMELIO, Mariano (cur.). *Nuovo Digesto Italiano*. V. 12, parte 2ª, Torino, UTET, 1940, p. 182; OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 5ª ed., Padova, CEDAM, 1966, p. 111; PISANELLI, Giuseppe. *Fonti di produzione e fonti di cognizione*. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. Milano, 1(1-4), 1947, pp. 224-71; SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 12ª ed., Napoli, Jovene, 1974, pp. 65-6; ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. 1º, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 92.

(15) *Consolidação* ..., cit., p. XXIX.

(16) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1859, p. 5.

(17) NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975, p. 906.

a **Consolidação** e o **Código** conexão histórica que seria ingênuo ignorar. A partir dela ter-se-ia instaurado um regime de trocas: assim como o fervor criativo peculiar ao segundo fecundava a primeira, o empenho de ordem e método a esta inerente iria refletir-se na elaboração do segundo até, de alguma forma, o extremo de inviabilizá-la.

Expressivo indicador da intencionalidade prefigurativa de TEIXEIRA DE FREITAS pode ser encontrado na sua atitude relativamente ao regime jurídico da escravidão. Como se sabe, TEIXEIRA DE FREITAS não incluiu na **Consolidação das Leis Civis** qualquer disposição sobre os escravos. Não podendo, porém, negar que as houvesse no direito positivo brasileiro, deu por esta solução genial: figurariam em corpo à parte, para o qual retomou a velha expressão **Código Negro**, polissemia sutil e ferina, com a qual, ao mesmo tempo em que indicava a matéria, profligava e golpeava a escravatura, contribuindo, assim, para abreviar sua vigência. Ao dizer que esse conjunto de normas estaria “condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota”⁽¹⁸⁾, TEIXEIRA DE FREITAS comportava-se como o sociólogo do direito⁽¹⁹⁾, que apenas registra, em linguagem neutra, uma tendência em curso. Segregando-o em texto avulso e chamando-o **Código Negro**, ia além: Exprimia juízos de valor e fazia obra de dogmática. Em conjunto, o tratamento de TEIXEIRA DE FREITAS à questão dos escravos constitui síntese lapidar entre fidelidade ao direito positivo e aptidão para superá-lo. Um consórcio notável entre as exigências de segurança, por um lado, e os imperativos de justiça, por outro.

Esta leitura prospectiva da **Consolidação das Leis Civis** talvez possa servir à compreensão do **arranjo novo** como *operação legítima* de quem ordena em texto único. Não apenas porque a categorização integra-se na interpretação e é, portanto, inevitável, como também porque, implícito nas normas, está presente um dinamismo vital que as impulsiona para novas combinações, possibilitando-as transcender o quadro conjuntural para que foram editadas. Excluída a prática do arbítrio, o consolidador é livre para descobrir tais combinações, tanto mais adequadas quanto melhor respondam aos novos anseios do sistema de direito positivo e tanto mais fecundas quanto mais capazes sejam de ultrapassá-los.

4. Liberdade doutrinária

Estivesse TEIXEIRA DE FREITAS, enquanto fazia a **Consolidação**, obcecado pela idéia de reproduzir um direito positivo pré-acabado,

(18) *Consolidação* ..., cit., p. XXXVII.

(19) GILBERTO FREYRE acentua a dimensão sociológica de TEIXEIRA DE FREITAS. Admitindo que pudesse ser qualificado como *jurista-sociólogo* ou como *sociólogo do Direito*, chama-o, por fim, “o quase sociólogo”: FREYRE, Gilberto. Teixeira de Freitas. In: MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979, p. XXV.

o respectivo discurso de sustentação seria o descritivo, sem espaços para a persuasão. O raciocínio, analítico, jamais o dialético.

O que se impõe, contudo, ao exame é a figura do homem de doutrina, que se lança na recuperação objetiva do direito vigente, instrumentado com a visão axiológica. Ou seja: Ainda quando fazia obra supostamente neutra, TEIXEIRA DE FREITAS, se mantinha a vista no horizonte do *Sollen*, conservava seus pontos abertos e

Veja-se a disputa entre o princípio da tradição e o princípio do consenso na transferência da propriedade. TEIXEIRA DE FREITAS mais se ocupa em persuadir das excelências do primeiro sobre o segundo que em demonstrar ser aquele e não este o que prevalecia na legislação brasileira. Nem se explicaria, de outro modo, o ímpeto com que investe contra o Código de Napoleão, que adotara o princípio do consenso. E seria apressado concluir que o assunto não comportasse dúvidas no marco do direito positivo. Em estudo recente, RÖTHLISBERGER afirma que é matéria doutrinária a apuração do princípio de transferência dominical acolhido nas **Ordenações Filipinas**, cujos textos se comporiam com um ou com outro⁽²⁰⁾. Observa que "se procura em vão em todas as três Ordenações por dispositivos que regulem a posse, a propriedade, a transferência da posse ou da propriedade, ou, por exemplo, a distinção das coisas em móveis e imóveis"⁽²¹⁾. Surpreendente omissão, como nota o próprio RÖTHLISBERGER, porque, antecedendo a mais antiga delas, havia tradução portuguesa das **Siete Partidas**, do Rei Afonso X, o Sábio, que disciplinavam minudentemente o direito das coisas e serviram de modelo na legislação lusitana⁽²²⁾. Foi ampla, de resto, a autoridade que as **Siete Partidas** exerceram em Portugal, tendo alcançado os níveis da legislação e da prática forense, segundo atestava há pouco MOREIRA ALVES, saudando o Rei de Espanha em visita ao Brasil⁽²³⁾. RÖTHLISBERGER adianta mais que a doutrina sobre qual dos princípios fosse o vigente nas **Ordenações Filipinas** está dividida⁽²⁴⁾. Contra o entendimento de TEIXEIRA DE FREITAS poder-se-ia invocar, desde logo, quem expressamente sustente o contrário. Tal é o caso de CUNHA GONÇALVES, que afirma:

"Mas não foi só por imitação do direito francês que o nosso legislador se afastou do sistema do direito romano. Já

(20) Cf. RÖTHLISBERGER, Andreas. *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliarübertragung: Eine Vergleichend Untersuchung zu den Iberischen und Lateinamerikanischen Kodifikationen*. Zürich, Schulthess, 1962 (Copr.), S. 18-20.

(21) *Op. cit.*, S. 18.

(22) *Cf. op. cit.*, S. 18.

(23) MOREIRA ALVES. 'Saudação'. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 maio 1983, p. 7.219.

(24) *Cf. op. cit.*, S. 18.

as **Ordenações Filipinas**, Liv. IV, Tit. II, e Tit. V, § 3º, declaravam que a propriedade se transferia ao comprador **logo que o acordo era perfeito e acabado**" (25).

De outra parte, é razoável ver com RÖTHLISBERGER o princípio do consenso refletido na posição de autores, que entende serem "muitos", para quem tal sistema "defluía de modo absolutamente natural e conseqüente da práxis jurídica" (26).

OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, sem situá-lo, com precisão, no tempo, registra assim o fenômeno da espiritualização da **traditio**, o qual pode muito bem ter convivido, sem conflitos, com os textos que a exigiam:

"[. . .] durante séculos os juristas da Europa latina se empenharam na descoberta de fórmulas que permitissem substituir a tradição efectiva, ou tradição real, por outros processos que dispensassem na prática o facto da entrega. Continuou a falar-se em **traditio**; mas, à medida que a metamorfose se processava, esta referência perdeu todo o significado substancial. Na prática, o que se produzia fora a atribuição de eficácia real aos contratos que tivessem por fim a transmissão de direitos reais. Quando esta evolução chegou ao seu termo, os legisladores puderam abandonar totalmente a referência artificial à **traditio**" (27).

É bem verdade que pelo princípio da tradição falaria também o Alvará de 4 de setembro de 1810, segundo o que parece constituir o entendimento geral sobre a matéria. Mas não seria absurdo ver sua intenção reduzida ao propósito de excluir o pacto comissório implícito nas vendas feitas **habita fide de pretio**. Vale dizer: uma intervenção de natureza tópica para favorecer o crédito em seu conflito com a propriedade, antes que um indicador genérico do regime de transmissão dos bens. Estabilizando a propriedade nas mãos do **accipiens**, ainda que o preço não tivesse sido pago, o Alvará estimulava a circulação da riqueza pela confiança que imprimia às aquisições imediatas e sucessivas. Embora afirmando nos **consideranda** que "por meio da tradição passa o domínio para o comprador", punha-se o segmento *propriamente* prescritivo de suas disposições mais próximo ao princípio do consenso que ao princípio da tradição, neste sentido de que limitava os poderes do **tradens** sobre a coisa, indiscutivelmente mais extensos no segundo que no primeiro sistema.

(25) CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. V. 4, Coimbra, Coimbra Ed., 1931, p. 569.

(26) *Op. cit.*, S. 19.

(27) OLIVEIRA ASCENSAO, José de. *Direitos Reais*. Lisboa, Centro Est. Dir. Civ. Fac. Dir. Univ. Lisboa, 1971, pp. 236-7.

O presumível acordo doutrinário do tempo e do meio terá inspirado a TEIXEIRA DE FREITAS o relativo desdém pela demonstração de vigência do princípio da tradição, levando-o a concentrar forças na sustentação das respectivas vantagens, precisamente a um momento em que a influência do Código Civil francês e do Projeto Seabra sobre a anunciada codificação brasileira poderia pender os espíritos para a solução que tinha por indesejável.

Paradoxalmente, a maior liberdade doutrinária de TEIXEIRA DE FREITAS poderia estar favorecida pelo seu mesmo apego à lei, atitude que, no caso, como lucidamente captou SANDRO SCHIPANI, significava liberação da interpretação e da praxe⁽²⁸⁾. Interpretação e praxe que, presumivelmente, haviam assumido então vulto e importância exagerados. “Não se sentindo vinculado” nem por uma nem por outra, arremata SCHIPANI, “recupera um vasto espaço de autonomia interpretativa no acabamento do próprio trabalho”⁽²⁹⁾.

Contudo, a distinção entre a doutrina que se devia expressar no texto consolidado e a que refletia exclusiva opinião pessoal não foi estranha a TEIXEIRA DE FREITAS. Assim é que, em nota ao art. 963, manifesta sua viva resistência a que os filhos naturais concorressem com os legítimos na sucessão da mãe. Reconhece-o, porém, como direito vigente à época, pelo que seria “forçoso” concedê-lo. E acrescenta: “É uma concessão, que repugna!”⁽³⁰⁾. Conservadorismo que mereceu justo reparo de REBOUÇAS⁽³¹⁾, mas que serviu a atestar a consciência de TEIXEIRA DE FREITAS quanto aos limites que a natureza da obra lhe impunha.

Entretanto e por outro lado, não deixa de ser estranhável que TEIXEIRA DE FREITAS tenha mantido na **Consolidação** disposições que, em notas, considerasse sem consistente validade. No art. 100, admite-se a prova do casamento por testemunhas que deponham terem estado os cônjuges “em casa teúda e manteúda; e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles”. Observa TEIXEIRA DE FREITAS que houve aqui “uma inadvertência” dos compiladores das **Ordenações Filipinas** e que os praxistas ensinavam “judiciosamente” que a prova indicada não podia ser acolhida após a aceitação do Concílio de Trento⁽³²⁾. Ora, sendo assim, parece, não haveria por que recolher a determinação contida no artigo. Na mesma linha, o art. 118 faz derivar a comunhão de bens do fato de terem vivido os cônjuges “na mesma casa, em públi-

(28) Cf. SCHIPANI, Sandro. *Dal diritto Romano alle Codificazioni Latinoamericane: L'opera di A. Teixeira de Freitas*. Estr. di Studi Sassaresi, Milano, 5, 1981, p. 597.

(29) *Op. cit.*, p. 597.

(30) *Consolidação* ..., p. 565.

(31) REBOUÇAS, Antonio Pereira. *A Consolidação das Leis Civis: Observações*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1861, p. 129.

ca voz e fama de casados, por tempo suficiente para presunção do matrimônio". Aí volta a insurgir-se TEIXEIRA DE FREITAS, lembrando que "depois da aceitação do Concílio Tridentino não podem [sic] haver esses **matrimônios presumidos**" (33). Por que manteve a disposição?

Ainda: Intencionalmente não coligiu o Aviso de 8 de junho de 1837, que estabelecia diferença entre pupilos nacionais e estrangeiros. Dele disse não ser "aplicável na prática senão às *tutelas dativas*" (34). A omissão valeu reparo de ANNA MARIA VILLELA, que a teve por "um pecado venial" (35), indulgência certamente explicável também pela circunstância de que o ato se teria inspirado no salutar propósito de não restringir direitos civis dos estrangeiros.

Esta síndrome pendular que conduzia TEIXEIRA DE FREITAS ora para o pólo da liberdade, ora para o da autocontenção, constitui possivelmente risco inevitável de quem consolida, ao mesmo tempo que reenvia para os desconfortos psicológicos, que parecem inerentes à atividade, um fazer que suscita, nas suas expressões paroxísticas, o sonho do impossível: formular sem produzir, reescrever sem alterar, dispor sem impor, eliminar mas não extinguir, criar o novo e no entanto manter o velho.

Fora da **Consolidação**, mas ainda a propósito dela, a contraposição entre os poderes e os limites de quem consolida ganha expressiva manifestação em pequeno trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS. Respondendo a crítica que PERDIGÃO havia produzido na oportunidade em que veio a lume a terceira edição da **Consolidação das Leis Civis** (36), a certa altura diz TEIXEIRA DE FREITAS:

"Ainda que tal disposição não fosse justa, a Consolidação não podia deixar de sumariá-la" (37).

Aqui é o fiel escudeiro das disposições quem fala. Mas, à página seguinte, se permite entrar em outro nível de considerações e se apóia em razões de natureza axiológica:

"Ao autor da **Consolidação das Leis Civis** ocorreu em algum tempo essa idéia, porém hoje assim não pensa; porque

(32) *Consolidação* ..., cit., p. 109.

(33) *Consolidação* ..., cit., p. 127.

(34) *Consolidação* ..., cit., p. CXXXIX.

(35) *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas (texto não definitivo)*. Roma, Congresso Internazionale "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", dez. 1983, p. 12.

(36) Cf. PERDIGÃO, Carlos. *Consolidação das Leis Civis*. *Gazeta Jurídica*, Rio de Janeiro, 12, jul.-set. 1876, p. 553.

(37) TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Incapacidade dos Loucos*. *O Direito*, Rio de Janeiro, 11, set.-dez. 1876, p. 7.

nada lhe merece mais respeito nas relações da vida civil, que o livre desenvolvimento da **liberdade individual**, sempre que não há motivo muito justo para restringi-la" (38).

Como quer que seja, o comportamento de TEIXEIRA DE FREITAS reforça a idéia de que não há consolidação rigorosamente neutra. Onde está o direito, aí está a interpretação. Onde está a interpretação, aí está a liberdade. Em expressão exemplar, verifica-se na obra de consolidação a passagem a que alude SABINO CASSESE de uma idéia objetiva para uma idéia subjetiva de sistema, com a consequência de que "pode haver tantos sistemas quantos sejam os intérpretes" e de que, então, "o acento se desloca para os 'modelos' dos juristas, para o seu embasamento científico e para o controle de seu arbítrio" (39).

5 — Validade formal

Aspecto obscuro na **Consolidação das Leis Civis** é o nível de validade formal que se pretendeu com ela alcançar. Aprovada por decreto do Imperador, teria tido força de lei? Não parece acertado concluí-lo. Em primeiro lugar, porque a Constituição do Império tinha bem demarcada a divisão de poderes, a que, agregada à harmonia, chegava a considerar "o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias" que ela própria oferecia (art. 9º). Depois, inscrevia expressamente entre as atribuições da Assembléa Geral "fazer leis, interpretá-las, suspender-las e revogá-las" (art. 15, 8º), e estabelecia circunstanciadamente o processo legislativo (arts. 52 et seq.). Ao Imperador se assegurava, entre outros poderes, o de "expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis" (art. 102, 12), mas não o de legislar em sentido estrito. Finalmente, não há notícia de que, cometendo o encargo a TEIXEIRA DE FREITAS e aprovando-lhe a execução, estivesse o Imperador agindo por delegação do Poder Legislativo. Não pode, evidentemente, ser havido por delegação ao Imperador a previsão constitucional de que se organizasse "quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade" (art. 179, 18). Tratava-se aqui, na verdade, de uma ordem ao legislador ordinário. Nem diversamente se praticou em relação ao Código Criminal promulgado em 1830.

As reações de TEIXEIRA DE FREITAS a eventuais equívocos da **Consolidação** mostram, de um lado, que os preceitos ali reunidos eram havidos como passíveis de **correção**. De outro lado, que havia

(38) Incapacidade ..., cit., p. 8.

(39) *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*. Bologna, Il Mulino, 1971 (copyright), p. 190.

um **texto estabelecido** em que não se podia tocar, ainda sob o entendimento de seu próprio autor, de que tivessem resultado de erro. A que modelo corresponde tal tratamento?

Mais: no **Promptuario das Leis Civis**, uma espécie de versão **prêt-à-porter** da **Consolidação**, organizada pelo mesmo TEIXEIRA DE FREITAS, é ele quem diz na **Advertência** com que abre o texto:

“Duas observações, de resto, faz o Autor, como para justificar um quase-desvio do seu plano; mas em complemento, do trabalho, e para aumento do valor dele. Vêm a ser:

1º) Que algumas vezes invoca a própria **Consolidação das Leis Civis** para apoiar as súmulas, não sendo possível apoiá-las em lei pátria conhecida, já que invoca um livro aprovado pelo Governo Imperial:

2º) [...]”⁽⁴⁰⁾.

Esta passagem induz a duas suposições da maior relevância:

1º) Que houve matéria a cujo respeito, por lacuna ou outro qualquer motivo, a **Consolidação** exprime norma que não se achava preestabelecida;

2º) que a aprovação imperial à **Consolidação** dava-lhe, aos olhos de TEIXEIRA DE FREITAS, valor de lei, pelo menos ao nível das que correspondiam àquelas **criadas** à falta de “lei pátria conhecida”.

Ainda na **Advertência** parece reconhecer TEIXEIRA DE FREITAS que as súmulas de que se constitui o **Promptuario** só teriam valor **direto** e não **indireto** (via **Consolidação**), se estivessem dispostas em ordem⁽⁴¹⁾.

Retomando a explicação, observa SANDRO SCHIPANI que o **Promptuario** “serve, pois, apenas para se encontrar rapidamente a indicação precisa de uma fonte, mas quando não se deva interpretá-la, porque ele, por si só, não dá indicações para este fim; limita-se a reenviar, de modo quase mecânico, a um fragmento imerso em um complexo do qual não oferece a chave para decifrar, cuja ordem permanece inexpressa”⁽⁴²⁾.

(40) T. de FREITAS, A. *Promptuario das Leis Civis*. Rio de Janeiro, Inst. Typographico do Direito, 1876, p. VII.

(41) Cf. *Promptuario* ..., cit., p. VI.

(42) *Il 'methodo didactico' di Augusto Teixeira de Freitas: Prime osservazioni*. [Texto em via de publicação, apresentado no Instituto dos Advogados Brasileiros, em agosto de 1983], p. 11.

Se é a ausência de ordem (**sistemática**, entenda-se) que degrada o **Promptuario** à condição de fonte **indireta** e o faz manifestação acessória relativamente à **Consolidação**, parece lógico concluir-se que, só expresso na mesma ordem desta, alcançaria o correspondente nível de autoridade. TEIXEIRA DE FREITAS, contudo, pensava alcançar a condição de fonte direta, dispondo as súmulas de modo a corresponderem à ordem que as matérias guardavam na **Consolidação**, "ou então à outra qualquer ordem" (43). Podem sistemas com ordens diferentes na matéria ser rigorosamente equípolentes? São formalmente intercambiáveis duas leis que tenham as mesmas proposições distribuídas, porém, segundo ordens diversas? Não estaria TEIXEIRA DE FREITAS relativizando em demasia a objetividade do sistema?

A matéria pede, no seu todo, mais acuradas investigações. Quanto à validade formal da **Consolidação** parece não ser prematuro adiantar a hipótese de que, na prática, a questão tenha ficado superada pela ampla aceitação do texto e pela autoridade intrínseca que se lhe reconheceu.

6 — "Proposições claras e sucintas"

Os termos sob que a empresa de consolidar foi cometida a TEIXEIRA DE FREITAS revelam, desde logo, que àquele tempo já se reconheciam inerentes à atividade os poderes de expressão nova. No contrato que entre si celebraram o Governo Imperial e TEIXEIRA DE FREITAS, determinava-se que a consolidação seria "feita por títulos e artigos, em os quais serão reduzidas a proposições claras e sucintas as disposições em vigor" (44).

Não sendo o consolidador alguém que legisla, é natural que se guarde de formular livremente os textos que encontra. Mas seria reduzir de muito a utilidade de seu trabalho, atrelá-lo à expressão formal preexistente, não só porque muda o alcance dos preceitos, em virtude da incessante atividade legislativa, como também porque evolui o entendimento das regras, cuja expressão atualizada se busca precisamente alcançar. Haveria, portanto, uma dupla fonte de legitimidade para reproduzir o texto em linguagem reprocessada: adequar a determinação preceitual ao estado da legislação e conformá-la com o sentido vigente das regras de direito.

A enorme distância cronocultural que separava as **Ordenações Filipinas** da **Consolidação das Leis Civis** criou um proveitoso antecedente para a teoria das consolidações, na medida em que revelou os inaceitáveis limites de uma interpretação fundamentalista do princípio de que o consolidador ordena mas não altera.

(43) *Promptuario* ..., cit., p. VI.

(44) Cf. MEIRA. *Op. cit.*, p. 101.

7 — Conclusão

Da **Consolidação das Leis Civis** disse PONTES DE MIRANDA ser obra “ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857” (45). Produto também de paciência e método, encerra um inestimável repositório de circunstâncias úteis ao processamento dos problemas que se põem ainda hoje, ou hoje mais do que ontem, para a atividade ordenatória das regras de direito positivo. Consolidar tornou-se, em muitas situações, um imperativo inadiável. Síntese de conciliação entre o passado e o presente, a consolidação poderá significar, com frequência, o ato fundamental e único de **aggiornamento** do direito. Ou uma estação obrigatória no **iter** mais ou menos longo de sua reforma. Ao menos se se quiser que a operação de legislar não se submeta às recorrentes tentações do racionalismo, mas expresse, antes, uma linha de continuidade histórica, que é, ao mesmo tempo, garantia de adequação e promessa de eficácia. Sob um e outro destes aspectos o menos que se poderá dizer da **Consolidação das Leis Civis**, de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, é que constitui exemplo extraordinário e preciso.

(45) *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 80.

BIBLIOGRAFIA

- BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova, CEDAM, 1972.
- CARNELUTTI, Francesco. Crise da arte e crise do direito. [Crisi dell'arte e crisi del diritto]. Trad. e notas de João Baptista Villela. *Kriterion*, Belo Horizonte, 20 (67), 1973-1974.
- CASSESE, Sabino. *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*. Bologna, Il Mulino, 1971 (copyright).
- CHELI, Enzo. Testo unico. In: AZARA, Antonio & EULA, Ernesto (dir). *Novissimo Digesto Italiano*. V. 19, Torino, UTET, 1973.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. V. 4, Coimbra, Coimbra Ed., 1931.
- DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 5ª éd., [s.l.], Dalloz, 1973.
- ESPOSITO, Carlo. Testi unici. In: D'AMELIO, Mariano (cur.). *Nuovo Digesto Italiano*. V. 12, parte 2ª, Torino, UTET, 1940.
- FREYRE, Gilberto. Teixeira de Freitas. In: MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979.

- MOREIRO ALVES. [Saudação]. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 de maio 1983.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Nova Agullar, 1975.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Real*. Lisboa, Centro Est. Dir. Civ. Fac. Dir. Univ. Lisboa, 1971.
- OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 5ª ed., Padova CEDAM, 1966.
- PERDIGÃO, Carlos. Consolidação das Leis Civis. *Gazeta Jurídica*. Rio de Janeiro, 12, jul.-set., 1876.
- PISANELLI, Giuseppe Codacci. Fonti di produzione e fonti di cognizione. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. Milano, 1(1-4), 1947.
- PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- REBOUÇAS, Antonio Pereira. *A Consolidação das Leis Civis: Observações*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1867.
- RÖTHLISBERGER, Andreas. *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung: Eine Vergleichend Untersuchung zu den Iberischen und Lateinamerikanischen Kodifikationen*. Zürich, Schulthess, 1982 (Copr.).
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 12ª ed., Napoli, Jovene, 1974.
- SCHIPANI, Sandro. *Dal Diritto Romano alle Codificazioni Latinoamericane: L'Opera di A. Teixeira de Freitas*. Estr. di Studi Sarsesi, Milano, 5, 1981.
- _____. Il 'metodo didactico' di Augusto Teixeira de Freitas: Prime osservazioni [Texto em via de publicação, apresentado no Instituto dos Advogados Brasileiros, em agosto de 1983].
- TACITE. *Annales*. Livres I-III, texte établi et trad. par Henri Goelzer. Paris. Les Belles Lettres, 1953.
- T. DE FREITAS, A. *Preemptuario das Leis Civis*. Rio de Janeiro, Inst. Typographic do Direito, 1876.
- _____. Incapacidade dos Loucos. *O Direito*, Rio de Janeiro, 11, set.-dez. 1876.
- _____. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1976.
- _____. *Nova Apoteila á Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto doCodigo Civil Portuguez*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1859.
- VILLELA, Anna Maria. *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas* (texto não definitivo). Roma, Congresso Internazionale "Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano", dez. 1983.
- VILLELA, João Baptista. Exposição de Motivos. In: VILLELA, João Baptista et alii (elab.). *Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa*. V. 1, Brasília, Conselho Federal de Educação, 1983.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. 1º, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1958.