

# Inovação sistemática e acuidade histórica: a hesitação dogmática de um espírito intransigente – notas sobre a distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação (a partir de uma confrontação entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil)

*Estevan Lo Ré Pousada*  
Advogado

**Sumário:** 1. Apresentação. 2. A personalidade do romanista Augusto Teixeira de Freitas na polêmica mantida com Caetano Alberto Soares no Instituto dos Advogados do Brasil – um exemplo de intransigência científica. 3. A personalidade do consolidador Augusto Teixeira de Freitas na articulação entre a *Introdução* e o texto da *Consolidação das Leis Civis* – um exemplo de harmonização científica. 4. A personalidade do codificador Augusto Teixeira de Freitas na *Carta de 20 de setembro de 1867* ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada – um exemplo de abnegação científica. 5. A personalidade do estudioso Augusto Teixeira de Freitas na hesitação quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação – um exemplo de escrúpulo científico constante do *Esboço* de Código Civil. 6. Conclusões. 7. Referências.

## 1. Apresentação

Dissertar sobre Augusto Teixeira de Freitas – ou sobre qualquer uma das facetas de sua vasta obra – é tarefa a um só tempo das mais fáceis e das mais difíceis de se cumprir: é tarefa fácil porque a paixão que o autor revela pela contemplação científica do Direito acaba contagiando todo aquele que se debruça sobre sua respectiva obra; contudo, acaba sendo tarefa das mais difíceis, pois a genérica circunscrição de um tema em especial não é suficiente para manter o objeto

analisado sob o desejado controle. Como teremos a oportunidade de observar logo adiante, a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas confere à sua obra uma singularidade que permite sua tranquila identificação por um leitor mais cuidadoso: em suas linhas conseguem-se depreender, simultaneamente, diversas facetas aparentemente inconciliáveis do espírito científico – intransigência, harmonização, abnegação e escrúpulo –, em uma mistura que por vezes acabou por redundar em autêntica hesitação por parte do jurista ora estudado.

Com efeito, é sobre tal personagem que gostaríamos de discorrer durante as próximas páginas: um estudioso que – adotando uma postura pretensamente científica ao longo dos diversos momentos de sua existência – acabou por nos legar um dos mais preciosos monumentos legislativos dos últimos séculos: um projeto de Código Civil ao qual ele próprio conferiu a singela designação de *Esboço* – e em cujo bojo se dedicam ao tipo contratual do mandato quase duas centenas de disposições (compreendidas entre os artigos 2853 e 3042).

Decerto que não teremos a oportunidade de analisar toda a disciplina projetada para o contrato de mandato segundo o *Esboço* de Código Civil; contudo, a abordagem de uma série de elementos pontuais – o panorama imediatamente anterior, as inovações efetivamente implementadas (graças a algumas intervenções creditadas especificamente à referida fonte), os avanços que se poderia ter feito (caso as iniciativas constantes do “*Esboço*” tivessem sido adotadas) e a própria hesitação de Augusto Teixeira de Freitas (quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação) – parece-nos digna de uma reflexão própria, pois acaba por evidenciar o espírito inquieto de seu autor: uma inquietação que se deixa entrever, inclusive, no aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil<sup>1</sup>.

Passemos à breve análise, pois, de três passagens emblemáticas, evidenciadoras da “intransigência” científica do romanista Augusto Teixeira de Freitas; da “harmonização” científica promovida pelo autor da *Consolidação das Leis Civis*; e da “abnegação” científica do teórico responsável pela *Carta de 20 de setembro de 1867* (em decorrência da qual o *Esboço* não veio a se tornar o nosso primeiro Código Civil). Tais

<sup>1</sup> Como teremos a oportunidade de destacar logo adiante, nossa preocupação, neste estudo, se circunscreve à abordagem do conflito aparente de normas estabelecido entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço* de Código Civil. Pelos demais aspectos apontados no corpo do texto, cf. o capítulo X (intitulado “Historiografia Exclusivamente Brasileira: os Contornos Eficaciais do Contrato de Mandato Anterior ao Código Civil de 2002”) de nosso estudo anterior *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*, 2010, p. 296-402, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010,

episódios servirão, pois, para valorizar ainda mais a aparente “hesitação” derivada de uma comparação entre os artigos 2853 e 2857 do *Esboço de Código Civil*<sup>2</sup>.

## 2. A personalidade do romanista Augusto Teixeira de Freitas na polêmica mantida com Caetano Alberto Soares no Instituto dos Advogados do Brasil (1857) – um exemplo de intransigência científica

Uma abordagem demasiado simplificadora do episódio em que se desentenderam Augusto Teixeira de Freitas (então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros*) e seu antecessor Caetano Alberto Soares poderia conduzir o leitor à indevida impressão de que o autor estudado era contrário à abolição da escravatura entre nós; contratado, contudo, em 1855 para a confecção da *Consolidação das Leis Civis*, em sua *Introdução* já se revelava um confesso (e convicto) partidário da causa abolicionista<sup>3</sup>.

De maneira que, contrariamente às suas convicções pessoais a respeito do destino que deveria ser conferido à referida instituição no cenário de então, em polêmica travada com Caetano Alberto Soares na própria época em que redigia a *Consolidação*, Augusto Teixeira de Freitas declarou, contudo, que o filho de escrava manumissa em testamento (com cláusula de servir a herdeiro ou legatário enquanto este vivesse) haveria de ser considerado escravo. Sua conclusão se estribava na interpretação que efetudara de fragmentos do Direito Romano aplicáveis à hipótese analisada<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Note-se que a alusão a tais eventos já havia sido feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao ensejo do *Prefácio* à recente edição (obra fac-similar) da *Consolidação das Leis Civis* levada a cabo pelo Senado Federal. A respeito, cf. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3. ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, p. XIII-XXIV.

<sup>3</sup> A posição dogmática do autor a respeito da escravidão é inteiramente contrária à sua convicção pessoal sobre a referida instituição. Com efeito, em trecho memorável da *Introdução* à *Consolidação das Leis Civis* este destaca não constar da referida obra qualquer disposição relacionada àquela – “correlativo odioso” do estado de liberdade (e que deveria ser objeto de um autêntico “Código Negro”). A este respeito, *in verbis*: “[c]umpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma exceção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro*” (FREITAS, A. Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. XXXVII.).

<sup>4</sup> A respeito da fundamentação da posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito do problema apresentado no *Instituto dos Advogados Brasileiros*, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas* – o

Ora, mais do que uma conclusão a respeito do acerto ou do erro de Augusto Teixeira de Freitas quanto à interpretação realizada, importam-nos sobremaneira dois aspectos outros: em primeiro lugar, como sua análise do próprio Direito Romano ainda se mostrava bastante comprometida com posicionamentos que poderiam ser considerados questionáveis (para não dizer propriamente ultrapassados), em virtude da acentuada autoridade ainda conferida ao manancial justinianeus por grande parte dos juristas de então – não obstante a admissão sistemática do *usus modernus pandectarum* pela Lei de 18 de agosto de 1769 e pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*<sup>5</sup>.

---

jurisconsulto do Império (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Cegraf, 1983, p. 79-87. Note-se que o próprio biógrafo se inclina, aliás, pela posição de Caetano Alberto Soares, uma vez que mais compatível com os avanços experimentados pelo Direito Romano mais evoluído – sendo que a tese de Augusto Teixeira de Freitas se estribava em passagens mais antigas (atribuídas a Ulpiano).

Ainda quanto à posição de Augusto Teixeira de Freitas a respeito da escravidão, cf. A. Surgik, O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 427-447.

<sup>5</sup> Sobre a importância da Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) como mecanismo responsável por desautorizar o Direito Romano (justinianeus), já tivemos oportunidade de nos manifestar anteriormente: “[p]or meio da Lei de 18 de agosto de 1769 (*Lei da Boa Razão*) é promovida uma reestruturação do sistema das fontes do direito positivo português: o conceito de *boa razão* é tomado como *fundamento* para a aplicação do direito romano diante da omissão da legislação pátria; no que concerne às matérias econômicas, comerciais, mercantis e marítimas, os princípios adotados pelas nações iluminadas adquirem precedência sobre o direito justinianeus; quanto à interpretação da legislação reinícola o brocardo *odiosa limitanda, favorabilia amplianda* é expressamente repudiado pelo legislador; a jurisprudência da Casa de Suplicação de Lisboa tem sua autoridade fortalecida em virtude da carga normativa atribuída (unicamente) aos seus assentos; a jurisdição espiritual é apartada de sua correlata temporal; a Glosa de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo são proscritos, extirpando-se a autoridade extrínseca a eles conferida pelas *Ordenações Filipinas*; o costume recebe tratamento específico, estabelecendo-se requisitos legais para o seu reconhecimento” (*Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis. 2006. p. 67. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.).

Por sua vez, os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* acabaram por coarçar tal processo de substituição das fontes sobre as quais deveriam se debruçar os estudantes forjados nessa nova cultura: “[o] sistema de ensino *escolástico-analítico* (então empregado pelos jesuítas na Universidade de Coimbra) é submetido à crítica no *Compêndio histórico* de 1771, onde se preconiza a adoção do método *sintético-compediário* (tal qual sugerido por Luís António Verney), à moda de Johann Gottlieb Heinnecius [...]. Este novo método de *exposição* do Direito é adotado pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772*, ao mesmo tempo em que se define um critério prático para a constatação da conformidade entre o direito justinianeus e a *boa razão*: o uso do direito romano praticado entre as nações civilizadas da Europa (*usus modernus pandectarum*). Além disso, são instituídas as disciplinas relativas ao *Direito Natural*, ao *Direito das Gentes* e à *História do Direito* (pátrio e romano)” (idem, *ibidem*).

Embora as referidas fontes tenham legitimado uma utilização mais criteriosa do Direito Justinianeus – uma vez que de suas entranhas haveriam de ser apartadas a parte “apodrecida” (a ser descartada) e aquela ainda “viva” (a ser aproveitada) das fontes romanas –, sintetizada pela expressão *usus modernus pandectarum*, fato é que a observância do manancial romano pelo autor estudado nem sempre redundou na eliminação automática do material considerado obsoleto. A respeito do *usus modernus pandectarum* praticado por Augusto Teixeira de Freitas, cf. A. F. Pereira, O uso brasileiro

Em segundo lugar, interessa-nos ainda a violenta reação de Augusto Teixeira de Freitas ante a alegada falta de fundamentação científica dos adeptos da posição contrária: descontente com o desfecho do embate teórico, o até então Presidente do *Instituto dos Advogados Brasileiros* apresentou, enfim, sua renúncia ao cargo ocupado, tendo ainda recomendado aos adversários – naquela ocasião – um estudo mais criterioso das fontes constantes do *Corpus Iuris Civilis*<sup>6</sup>.

---

do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 83-99.

Consubstanciando um espírito lealmente comprometido – ainda que de modo inconsciente – com a *Escola Histórica do Direito*, sua análise esbarra em obstáculos intransponíveis a um adepto da *Jurisprudência dos conceitos* – e que somente poderão ser demovidos graças à consagração de uma emancipada *Jurisprudência dos interesses*, algum tempo depois.

A este respeito, parece-nos muito produtiva a comparação entre a referida utilização do Direito Romano levada a efeito por Augusto Teixeira de Freitas (no contexto de sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros) e a conhecida conversão de Rudolph von Ihering da *Jurisprudência dos conceitos* à *Jurisprudência dos interesses*, assim sintetizada por Gustav Radbruch: “No Scherz und Ernst (1885, mas uma parte já de 1861) critica Jhering a ‘*jurisprudência conceitual*’ (*Begriffsjurisprudenz*) que aliás tinha definido anteriormente nos *Geist des röm. Rechts*. O momento e o motivo desta conversão do ilustre jurista da ‘*jurisprudência conceitual*’ à ‘*jurisprudência teleológica ou dos fins*’ (*Zweckjurisprudenz*) podem hoje determinar-se com precisão (Cfr. Kantorowicz, *Deutsche Richterzeitung*, Jan. 1914). No Digesto (18, 4, 21) é atribuída ao jurisconsulto Paulo uma decisão segundo a qual o vendedor de uma coisa por ele duas vezes vendida e logo a seguir destruída por caso fortuito, pode exigir dos dois compradores o preço. Jhering concordou com esta decisão. Ora alguns anos mais tarde veio a encontrar-se perante um caso praticamente idêntico. Tratava-se, desta vez, duma cota na propriedade dum navio naufragado que tinha sido vendida duas vezes [...] A primeira instância tinha decidido no sentido daquele passo do Digesto, apoiando-se na opinião de Jhering. A segunda instância, porém, revogou a sentença. A Faculdade de direito de Göttingen, à qual foram enviados os autos, teve então de se ocupar do assunto. ‘Nunca na minha vida – confessou Jhering – um caso da vida jurídica me colocou, não direi já em tão grave embaraço, mas em tão grande aflição como este. Se um desacerto teórico pode alguma vez merecer castigo, tive-o então de sobra. Uma coisa é, na verdade, ocupar-se uma pessoa dum princípio jurídico numa atitude puramente teórica e científica, sem se preocupar com as consequências que ele pode vir a ter na prática, extraindo-se das fontes ou por via dedutiva; outra coisa é ter de aplicá-lo na vida prática. Uma opinião menos sensata, mesmo quando o opinante seja sensato, não resiste a esta prova’. Jhering decidiu, com efeito, em contrário da sua primitiva opinião. Esta experiência presta-se admiravelmente para mostrar as vantagens que um direito de ‘caso’ tem sobre um direito de ‘leis’. Se neste último, por via de regra, o jurista se funda, quando muito, em casos tirados de sua fantasia ou de uma vaga memória de outros, no primeiro é obrigado a tomar contacto directo com as realidades e a experimentar aí a força das suas opiniões” (RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 406-407. Tradução de Rechtsphilosophie.).

<sup>6</sup> O episódio é narrado por S. A. de B. Meira, que destaca ter Augusto Teixeira de Freitas oferecido ao Instituto a quantia necessária para a fundação de sua biblioteca, recomendando-se a aquisição urgente de um exemplar do *Corpus Iuris Civilis*, pois, nas palavras originais, “deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descansa” (MEIRA, S. A. de B. *Teixeira de Freitas* – o jurisconsulto do império (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 80.).

Quanto ao afastamento da Presidência do Instituto, o biógrafo revela certa desconfiança – não lhe parecendo que a mera divergência de entendimentos fosse suficiente para justificar sua renúncia: “[e]m rigor não vemos razões para, em assunto doutrinário, por ser vencido, desistir o jurisconsulto

Embora tal episódio evidencie uma faceta de certo modo intolerante do autor ora estudado – manifestação que não pode ser confundida com a compreensível (e até mesmo desejável) firmeza (que deve ser adotada por qualquer teórico em seu respectivo discurso) –, também nos permite entrever um exemplo da intransigência dogmática que caracterizou a personalidade de Augusto Teixeira de Freitas<sup>7</sup>.

Desponta, então, a inevitável pergunta: tal intransigência se deve a um puro conservadorismo do autor ora estudado? Ou se evidencia como uma autêntica manifestação da inflexibilidade de sua personalidade? A fim de que se encontre uma resposta a tais indagações, será necessário analisar dois episódios também singulares na trajetória de nossa personagem: em primeiro lugar, o seu relevante papel como elemento estabilizador da tradição jurídica luso-brasileira (v.g., a propósito da preservação do “princípio da tradição” em matéria de transmissão da propriedade) no contexto de elaboração da *Consolidação das Leis Cíveis*; e em um segundo momento, o seu papel vanguardista ao sugerir, na fatídica *Carta de 20 de setembro de 1867* (dirigida ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada), a elaboração de um “Código Geral” – voltado à disciplina das “causas” jurídicas – inteiramente desvinculado da disciplina especificamente comprometida com a matéria civil.

Passemos à análise, pois, de tão significativas ocorrências.

---

da Presidência do Instituto, salvo se, durante os debates, houvesse algum agravo à sua pessoa por parte dos colegas. Não cremos, com firmeza, nessa possibilidade, nem há quaisquer indícios nesse sentido. A longa carta que Freitas enviou ao Instituto revela o seu amargor por ter sido derrotado o seu parecer, tanto assim que volta ao assunto, expondo exaustivamente as suas razões [...] [a]lgo deve ter ocorrido de mais grave, talvez de natureza pessoal, levando-o a abrir mão da presidência do Instituto, que ele mesmo ajudara a criar e do qual era um dos mais respeitáveis esteios” (MEIRA, S. A. de B. *Teixeira de Freitas – o juriconsulto do Império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 80-81.).

<sup>7</sup> Na carta que continha sua renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, Augusto Teixeira de Freitas assim arrematava sua exposição: “em questões de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamento do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio [...] [a]s opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos” (documento transcrito pelo biógrafo S. A. de B. Meira. *Teixeira de Freitas – o juriconsulto do Império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983. p. 83.).

### 3. A personalidade do consolidador Augusto Teixeira de Freitas na articulação entre a *Introdução* e o texto da *Consolidação das Leis Civis* – um exemplo de harmonização científica

Se o romanista Augusto Teixeira de Freitas pudesse ser considerado um conservador quanto às suas íntimas convicções jurídicas, de sua parte o consolidador talvez pudesse também ser assim rotulado, conquanto que à custa de fundamentos bastante diferentes: em meio à empreitada que lhe fora confiada – por meio de contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855 (tendo por objeto a classificação e a consolidação de toda a legislação pátria de então) –, o autor se viu envolto por duas forças absolutamente distintas (e aparentemente inconciliáveis): de um lado, seu ímpeto inovador, que pode ser depreendido de uma *Introdução à Consolidação das Leis Civis* bastante arrojada, na qual todo o material coligido se vê submetido a uma criteriosa análise, vertida em uma lapidar estruturação jurídica; de outra banda, sua propensão conservadora, comprometida com a preservação de certos traços característicos de nossa própria tradição jurídica – construída à custa da consciente utilização de certos expedientes passíveis de recondução às milenares fontes justinianeias<sup>8</sup>.

Com efeito, a análise da *Introdução à Consolidação das Leis Civis* nos remete a um contexto histórico bastante específico: diante da solene promessa – constante do artigo 179, XVIII da Constituição Imperial – de elaboração de uma codificação civil fundada nas “sólidas bases da justiça e da equidade”, fazia-se necessário um prévio esforço de “terraplenagem” jurídica, de modo que se pudesse divisar o que era direito vigente à época (e aquilo que havia sido proscrito, conscientemente ou não, de nosso cenário). Esse imenso cipoal com o qual se deparou Augusto Teixeira de Freitas lhe proporcionou não apenas a oportunidade

<sup>8</sup> Por tal razão tivemos ocasião de destacar: “[...] discordiamo in parti da quelli che negli ultimi tempi trattano dello spirito creatore di Augusto Teixeira de Freitas, lasciando il suo genio; veramente ci sembrano, per lo meno, precipitati. La singolarità dell’opera di Teixeira de Freitas risiede nel suo spirito conciliatore. Conciliatore di una scientificità ed uno spirito di creatività senza pari riguardo al sistema; allo stesso tempo un forte guardiano della tradizione giuridica nazionale, riguardo alla base che disciplina la vita del popolo, il quotidiano di una massa che nella sua maggior parte non conosce l’ordinamento giuridico che la regola” (L’opera di Augusto Teixeira de Freitas e la conformazione di un diritto civile tipicamente brasiliano: il suo genio inteso come conciliazione tra innovazione sistemática e acuità storica. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, Bruxelles, n. 51, 2004, p. 196.).

A respeito da conjugação entre os dois aspectos da obra de Augusto Teixeira de Freitas, cf. N. Saldanha, História e sistema em Teixeira de Freitas, in: SCHIPANI, Sandro, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, p. 51-70.

para o desenvolvimento de um criterioso (e hercúleo) trabalho, como também acabou por credenciá-lo para a elaboração do – primeiro – projeto da nossa própria codificação civil – tão ansiada pela comunidade jurídica de então<sup>9</sup>.

Diante da necessidade de um exame acurado das *Ordenações do Reino de Portugal* (bem como da legislação extravagante que lhe sucedeu), o ambiente já se mostrava propício à incorporação de alguma sorte de inovações, destinadas a superar o eventual atraso da legislação brasileira em relação às suas congêneres. E, dentre diversos outros aspectos que poderiam vir a ser assinalados, parece-nos merecedora de especial atenção – quanto à disciplina da transferência da propriedade – a substituição, pelo *Código Civil francês*, do “princípio da tradição” (reputado ultrapassado) pelo “princípio do consenso” (considerado inovador): de modo que a moderna transferência da propriedade não deveria se lastrear em uma superada distinção entre “título” e “modo” de aquisição (consagrada em fragmentos romanos comprometidos pelo

<sup>9</sup> Quanto ao estado generalizado de ansiedade – gerado pela expectativa da promulgação de um Código Civil brasileiro – cf., por todos, as análises de F. C. Pontes de Miranda (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 79-96.) e O. Gomes (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3-13.).

Note-se que o primeiro autor revela, inclusive, a inusitada proposta de Euzébio de Queiroz lançada ao Instituto dos Advogados Brasileiros: “[p]ropôs que se adotasse, como código, o Digesto português, obra meio-codificadora, meio-expositiva, de José Homem Correia Telles, o que seria a solução mais conservadora possível e não atenderia à legislação posterior à feita do livro. Compreende-se que o Instituto dos Advogados Brasileiros se opusesse, consultado, à tal medida. Seria parar; e mais do que parar: retroceder” (p. 79). Na verdade, discordamos de F. C. Pontes de Miranda quanto ao caráter conservador de uma tal solução: na verdade, parece-nos que seria uma solução possível, conquanto comparável a um balde d’água em meio a um incêndio. Teríamos alguma sorte de “atualização” – pois a obra de José Homem Correia Telles, sem dúvida, era uma das mais reputadas da época.

Contudo, se tal solução tivesse sido adotada, teríamos ficado em um novo estado de estagnação imediatamente após, pois estaríamos atrelados a um estágio de direito científico “petrificado”. Quanto a isso, certamente resta razão a F. C. Pontes de Miranda. A este respeito, cf. as considerações críticas que tivemos a oportunidade de desenvolver outrora, quanto à indesejável estabilização gerada pela Constituição Imperial de 07.11.426 (pelos imperadores Teodósio II e Valentiniano III) – preservada no próprio Código Teodosiano (C. Th. 1.4.3) – e a propósito da arrogância de Friedrich Karl von Savigny, quando reputou inadmissível a codificação por se mostrar incompatível com a desejável renovação constante do sistema jurídico [Por um triunfo do direito científico de F. K. von Savigny: cláusulas gerais, uniformização de jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao judge-made-law do sistema de origem anglo-americana). In: PEREIRA JUNIOR, A. J.; JABUR, G. H. *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 169 (nota 16) e 185 (nota 30)].

Observe-se, por fim, que a obra de José Homem Correia Telles será objeto de novas considerações muito em breve; de modo que o leitor deve estar atento ao fato de que o prestigiado estudo referido (*o Digesto Portuguez*) foi um dos principais responsáveis por um distanciamento entre as tradições jurídicas lusitanas e brasileiras – que já começa a se esboçar após as reformas levadas a cabo na segunda metade do século XVIII.

decurso dos séculos); devendo a alienação decorrer do próprio contrato – que deixou de tão somente delinear-la para, a partir de então, implementá-la<sup>10</sup>.

A adoção da nova orientação seria uma imposição da própria “natureza das coisas”, diagnosticada por meio do emprego da racionalidade característica dos novos tempos: seguindo as pegadas de romanista Hugo Grócio, não apenas os jusracionalistas reputaram supérflua a distinção – atribuída mais à sutileza característica dos juriconsultos clássicos do que a um imperativo propriamente prático –, como também assim o considerou o próprio codificador francês. De modo que a superação do modelo anterior – forjado no período mais amadurecido da jurisprudência romana – se dá, em França, com a imprescindível intercessão das autoridades de Jean Domat, Robert Joseph Pothier e do próprio legislador napoleônico<sup>11</sup>.

Assim, conter a força da novidade não se revelou tarefa das mais fáceis, sobretudo se tomarmos em consideração a circunstância de que o modelo propugnado se apresentava, à primeira vista, como uma alternativa muito mais simples do que o tradicional sistema de origem romana. Por tal razão, “autorizado” – aparentemente – pela ferramenta do *usus modernus pandectarum*, José Hommem Corrêa Telles acaba por propugnar a adoção da nova fórmula em Portugal<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Pela distinção entre os conceitos de título e modo de aquisição de propriedade, por todos, cf. L. de C. Penteado, *Direito das coisas*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 298 e ss.

<sup>11</sup> A respeito da distinção entre título e modo de aquisição de propriedade segundo o direito justinianeu (comparado à orientação adotada nos modelos clássico e pós-clássico da Jurisprudência romana), cf. o nosso já referido estudo de 2006 (*Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis. 2006. p. 203-210 (especialmente a nota 347). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

Por sua vez, na mesma oportunidade tivemos a oportunidade de abordar a consagração do sistema da miscigenação propugnado pelos jusracionalistas Hugo Grócio e Samuel Pufendorf (idem, p. 216-219) – levada a cabo com a edição do *Code Civil*, graças aos esforços preparatórios de Jean Domat e Robert Joseph Pothier (idem, p. 219-221). Pela análise mais aprofundada e pela bibliografia respectiva, remete-se o leitor ao estudo precedentemente desenvolvido.

<sup>12</sup> Note-se que, inicialmente, a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) e os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* não autorizavam a utilização do direito estrangeiro em lugar do direito reinícola. O que se admitiu, originalmente, foi simplesmente a utilização do *usus modernus pandectarum* como mecanismo para a aferição da compatibilidade do direito justinianeu com as necessidades dos novos tempos: ou seja, o direito estrangeiro tinha a missão exclusiva – inicialmente – de legitimar a utilização subsidiária (ou não) do direito justinianeu.

Contudo, com o passar do tempo, não apenas se admitiu a utilização do próprio direito estrangeiro em caso de lacunas da legislação portuguesa, como também – e de maneira inteiramente desautorizada pela *Lei de 18 de agosto de 1769* – em situações nas quais a orientação lusitana então existente (não sendo, pois, o caso de lacuna própria) se mostrasse indesejável.

A respeito de tal abuso, levado a cabo com o beneplácito da autoridade de José Hommem Correia Telles constante de seu *Digesto Portuguez*, cf. o nosso já referido estudo de 2006 (*Preservação da*

Na mesma época, no Brasil, a questão foi enfrentada por Augusto Teixeira de Freitas ao tempo da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*: e em lugar de defender a adoção do novo modelo, então em voga no cenário europeu, o autor sustentou a imprescindibilidade da preservação da orientação romana – convicto de que a distinção entre “título” e “modo” de aquisição de propriedade ainda então se revelava útil. Eis a razão por que o sistema brasileiro acabou por consagrar um sistema de “separação relativa” (entre os planos do “Direito das Obrigações” e do “Direito das Coisas”) em matéria de transmissão da propriedade – em uma orientação que se manteve a meio passo entre a “miscigenação” francesa e a “separação absoluta” propugnada pelos alemães<sup>13</sup>.

---

*tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis. 2006. p. 221-224 (especialmente a nota 347). Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.). Ali tivemos a oportunidade de observar que as posições de Paschoal José de Mello Freire dos Reis, Manuel Borges Carneiro, Manuel Antônio Coelho da Rocha e Manuel de Almeida e Sousa (de Lobão) eram contrárias à incorporação do sistema francês.

Eis a passagem em que a posição de J. H. Correia Telles se torna evidente: “380. Logo que a compra e venda é perfeita, se o vendedor tinha a propriedade da coisa, é trespassada no comprador, independente de esta ser entregue, e de ter pagado o preço. 381. Por tanto ainda que o vendedor faça nova venda da mesma coisa, o primeiro comprador deve preferir ao segundo” (*Digesto Portuguez ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade*: para servir de subsídio ao Novo Código Civil. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846. p. 63-64.).

Eis a nota ao artigo 380: “*Desideratur*. Pelo § 3 Inst. de Empt e Ord. L. 4 T. 7., pr. era precisa a entrega para o comprador adquirir o domínio: legislação contrária às regras da Jurisprudencia Natural. Grocio de *Jur. bel. L. 2 Cap. 6, § 1, e Cap. 8 § 25*. Burlamaq. *Dir. Nat. Tom. 4 cap. 9 § 1, Cod. Civ. Franc. art. 1583*” (idem, ibidem). Por sua vez, esta a nota acrescentada ao artigo 381: “*Desideratur*. O contrario decide a Ord. L. 4, T. 7 pr. e L. 15 Cod. de *Revind.* Leis repugnantes às regras da boa razão” (idem, ibidem).

<sup>13</sup> A. Teixeira de Freitas vai criticar a proposta de J. H. Correia Telles, uma vez que ela envolve não apenas a adoção do sistema espiritualista, como a contraditória manutenção de expedientes com ele incompatíveis, tais como as tradições *simbólica* e *ficta* (bem como o *constituto possessório*): “se o simples consentimento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem” (*Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. LX-LXI.).

A separação entre título e modo de aquisição de propriedade foi consagrada pelos artigos 620 e 622 do Código Civil de 1916: “Art. 620. O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675).

Art. 622. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.

Parágrafo único. Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”. A doutrina reconheceu a preservação do princípio da tradição (de origem romana) pelo código civil brasileiro de 1916. Neste sentido, cf. C. Beviláqua: “o systema romano, da necessidade da tradição para a transferencia do dominio, por acto entre vivos, e que foi seguido pelo nosso Codigo Civil, acha-se admittido na Alemanha, Codigo Civil, arts. 929 e 930; na Austria, Codigo Civil, arts. 423 e 426; na Suisa, Codigo Civil, arts. 714 e 717; na Argentina, Codigo Civil, arts. 577, 2601 a 2603; no Uruguay, Codigo

Ora, a análise expendida não tem o propósito de reconhecer qualquer mérito de Augusto Teixeira de Freitas em empreender tal esforço de resistência (embora talvez ele efetivamente exista): um diagnóstico como esse só poderia ser efetuado em um ambiente apropriado a tal espécie de avaliação. Contudo, interessa-nos observar que o espírito conservador do autor aqui se manifesta em virtude de suas convicções cívico-jurídicas: diante da “oportuna” adoção do novo paradigma, sua intercessão foi fundamental para a preservação de uma tradição jurídica lusitana – e que acabou se evidenciando, afinal, mais brasileira do que propriamente portuguesa<sup>14</sup>.

---

Civil, arts. 758 e segs.; no Chile, Código Civil, arts. 670 e seguintes” (*Direito das coisas I – posse, propriedade, direitos autorais, direitos reais de gozo sobre coisas alheias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 248.); E. Espinola: “denomina-se compra e venda o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra pessoa, a qual, por sua vez, se obriga, como contra-prestação, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Essa definição tanto pode aplicar-se ao direito romano, cujo sistema o nosso acompanhou, como ao direito francês, que inaugurou, na codificação moderna, orientação diferente” (*Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953. p. 23-24.); F. C. Pontes de Miranda: “a compra e venda, quando pura – isto, sem condição ou termo –, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço (art. 1.126). Ao contrário do Code Civil, art. 1.583, e do italiano, art. 1.448, do venezuelano, art. 1.514, e do boliviano, art. 1.004, a compra e venda não opera a transferência de domínio. No sistema do Código, dela somente se origina obrigação de dar; para a translação do domínio, é de mister, para os móveis, e a tradição, e, para os imóveis, a transcrição ou registro. Se a coisa não pertence ao vendedor, mas depois a adquire, revalida-se o contrato. Se decorrer o prazo para a usucapião, o comprador adquirirá o domínio. A compra e venda pode ser de coisas futuras, ou de coisas presentes que podem vir a não existir: aplicam-se, então, os princípios do Código relativos aos contratos aleatórios” (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 273.).

Referindo-se especificamente ao caput do art. 620, V. de Sá Pereira destaca: “no rigor dos princípios, nem antes nem depois da tradição, o domínio das coisas se transfere pelo contrato; como está redigido, parece que ele tem este poder, depois da tradição. A alínea, entretanto, é a palíndia do texto. Nela se dispõe que a tradição se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório” (*Direito das coisas*. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro VIII*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924. p. 384.).

Note-se que a correlação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas foi identificada por C. do Couto e Silva com bastante argúcia: “a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento adquire entretanto, sua máxima relevância, dogmática e praticamente, quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. Tal divisão em planos, quando absoluta, significa abstração da causa, nos casos de aquisição derivada. O exame das fases da relação obrigacional leva-nos, assim, à análise da teoria da causa, a fim de que os problemas dogmáticos decorrentes da separação entre o plano do direito das obrigações – em que se inserem o nascimento e o desenvolvimento dos deveres – e o do direito das coisas, em que o adimplemento se verifica, sempre que esse adimplemento importar em transferência de propriedade, possam ser tratados” (*A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 44-45.).

Contudo, tal como se depreende do parágrafo único do artigo 622 do Código Civil de 1916, a separação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas é tão somente relativa – e não absoluta, como no sistema germânico.

<sup>14</sup> Por tal razão, G. Braga da Cruz conclui que a tradição jurídica lusitana, neste particular, se fez mais brasileira com a intercessão de Augusto Teixeira de Freitas: “outro ponto em que o direito brasileiro manteve sempre uma intransigência inflexível e que o direito português logo cedeu, com o Código

De todo modo, novamente aqui temos Augusto Teixeira de Freitas a desempenhar um papel conservador, agora não mais em um ambiente meramente teórico (mas, sim, em um contexto nitidamente prático). Contudo, surpreende-nos observar que tal propensão à estabilidade seja contrabalançada pelo caráter inovador do autor (quando nos concentramos em seu papel de “sistematizador”); eis a nova faceta de Augusto Teixeira de Freitas que já se podia antever na “Taboa das materias” da *Consolidação das Leis Cíveis* – tão pretensamente científica quanto os demais aspectos de sua produção intelectual – e que desaguará num dos maiores exercícios de abnegação jurídica conhecidos em nossa historiografia.

Passemos, pois, à abordagem da *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida pelo autor do *Esboço* de Código Civil ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada.

#### **4. A personalidade do codificador Augusto Teixeira de Freitas na *Carta de 20 de setembro de 1867* ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada – um exemplo de abnegação científica**

A *Carta de 20 de setembro de 1867*, dirigida – pelo autor do até então inacabado projeto de Código Civil brasileiro (singelamente designado *Esboço*) – ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada é um dos documentos que lamentavelmente tem sido objeto de inadmissível indiferença por parte de nossa civilística contemporânea. Com efeito, Augusto Teixeira de Freitas ali assinalara – de maneira asaz corajosa – a deficiência sistemática do projeto inicial de codificação civil contratado com o Governo Imperial, por ele próprio, alguns anos

---

Civil, à novidade vinda da França, foi o da insuficiência do simples acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acordo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, produzir a transferência da propriedade, para a qual é necessário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. Esta regra, ardentemente defendida por Teixeira de Freitas na *Consolidação*, e várias vezes confirmada depois disso, por diplomas legislativos avulsos, havia de ser reafirmada em todos os projetos de Código Civil, com exceção do de Felício dos Santos, e receberia o mais natural acolhimento no Código de 1916. O nosso Código Civil, diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que se haviam deixado seduzir pelo Código de Napoleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa” (Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981. v. II: Estudos de história do direito – direito moderno (1ª parte), p. 67-68.).

antes; no entanto, a gravidade do diagnóstico acabou sendo superada pelo “surpreendente” comportamento do autor diante da interação levada a cabo após a exposição das razões que o levaram a uma completa reformulação da planificação inicial da obra<sup>15</sup>. Expliquemo-nos.

A aprovação da *Consolidação das Leis Civis* pela Comissão especialmente encarregada de sua análise elevou a reputação de Augusto Teixeira de Freitas a um novo patamar: a seriedade (e o escrúpulo científico) subjacente à obra de terraplenagem deram margem à sua contratação para a confecção do prometido Código Civil brasileiro; e em 10 de janeiro de 1859 o então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, representando o Governo Imperial, firmou com aquele negócio jurídico voltado à elaboração de nossa primeira codificação civil<sup>16</sup>.

Em termos deliberadamente singelos, pode-se dizer que o plano inicial do Esboço dividia o nosso futuro Código Civil em duas grandes partes: uma *Parte Geral* – voltada à disciplina dos “elementos dos direitos” (pessoas, coisas e fatos) – e uma *Parte Especial* – ainda comprometida com a tradicional estrutura justinianea da análise jurídica, cindida em “direitos pessoais” e “direitos reais” – conquanto mitigada em seu rigor pela existência de um Livro voltado às “disposições comuns” às duas unidades componentes<sup>17</sup>.

Augusto Teixeira de Freitas lançou-se ao trabalho e, depois de uma longa jornada, encaminha em 20 de setembro de 1867 ao Governo Imperial uma proposta de reformulação das diretrizes básicas da obra a ser produzida. Entenda-se: grande parte do esforço codificatório já se mostrava superada – restando inacabado o projeto, em uma analogia grosseira, pela exclusiva falta de uma disciplina voltada ao *Direito das Sucessões*. Daí a razão por que a proposta de “reformulação” do

---

<sup>15</sup>No ano de 1977, a referida *Carta de 20 de setembro de 1867* foi objeto de publicação quando da veiculação do primeiro volume da *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Contudo, a valorosa iniciativa dos editores não parece ter redundado no acolhimento desejado, à vista do quase que inteiro desconhecimento de seu teor pela comunidade jurídica brasileira – sendo que seu resgate, paulatinamente, tem sido pretendido por vozes isoladas, dentre as quais merece destaque a do romanista e civilista Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes (docente da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

<sup>16</sup>A respeito da contratação de Augusto Teixeira de Freitas para a confecção do Esboço de Código Civil, por todos, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas – o jurista do império* (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Ceograf, 1983, p. 181-209.

<sup>17</sup>Pela estrutura inicialmente concebida, cf. a documentação coligida pelo biógrafo S. A. de B. Meira (*Teixeira de Freitas – o jurista do império* (vida e obra), 2. ed. Brasília, DF: Ceograf, 1983, p. 186-189.). Contudo, cabe aqui assinalar que tal estrutura é um aperfeiçoamento da “Táboa das materias” constante da *Consolidação das Leis Civis* – cuja Parte Especial se dividia unicamente em dois livros (um devotado aos “direitos pessoais” e outro comprometido com os “direitos reais”).

sistema tenha sido tão mal recebida pelo contratante: por que o escrúpulo científico do autor haveria de postergar o advento de uma codificação tão ansiada? Preocupações pragmáticas – ou melindres tão comuns à nossa historiografia jurídica – acabaram redundando, em 18 de novembro de 1872, na extinção do contrato que vinculava as partes<sup>18</sup>.

Observe-se, contudo, que aquilo que levou Augusto Teixeira de Freitas à extinção do contrato mantido com o Governo Imperial não parece ter sido a sua vaidade; se assim o fosse, haveria de ter dado continuidade a uma empresa já próxima de seu final, eternizando seu nome como autor do primeiro Código Civil brasileiro. Bem ao contrário, o que se depreende do *Carta de 20 de setembro de 1867* é uma angústia – tipicamente – científica, característica de um estado de alma inquieto e perturbado – pela mera possibilidade de afrontar, por meio de expedientes legislativos (e, portanto, contingentes), uma verdade (científica) que estaria além do alcance da “voluntas legislatoris”<sup>19</sup>.

Considerando que as noções de “pessoas”, “bens” e “fatos” (jurídicos) ultrapassavam os limites da experiência exclusivamente civil, Augusto Teixeira de Freitas defendeu a edição de dois códigos diferentes: um “Código Geral” – voltado à disciplina das “causas jurídicas” e seus “efeitos” (gerais) – e um “Código Civil” – especificamente devotado aos “efeitos civis” (e ainda comprometido com a dicotomia estabelecida entre “direitos pessoais” e “direitos reais”).

Novamente aqui não nos interessa concluir pelo acerto ou pela incorreção do pensamento do autor: o que buscamos destacar é que Augusto Teixeira de Freitas, tendo a possibilidade de eternizar seu nome com a autoria do primeiro Código Civil brasileiro, preferiu sacrificar as concretas honrarias do burburinho da rua (em prol de seu compromisso com as abstratas verdades científicas reinantes no silêncio de seu gabinete de trabalho). Fato é que sua obra não foi esquecida, tal

---

De todo modo, repise-se o fato de que a *Consolidação das Leis Civis* já se revela inovadora quanto à sua estruturação sistemática, sendo a primeira codificação civil dotada de uma *Parte Geral*. Para que se tenha em devida conta a relevância da precedência de Augusto Teixeira de Freitas, cf. – por todos – R. David: “[l]’idée d’une ‘partie générale’ a été présentée sous forme législative pour la première fois au Brésil dans la *Consolidação das Leis Civis* d’Augusto Teixeira de Freitas en 1858. Le Code civil brésilien de 1916 l’a consacrée en raison peut-être de ce précédent, plus que par imitation du BGB” (*Les grands systèmes du droit contemporains (droit compare)*. Paris: Dalloz, 1964. p. 90, nota 1.).

<sup>18</sup> Para que se tenham em conta os detalhes que levaram à extinção do contrato entre o Governo Imperial e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, cf. S. A. de B. Meira, *Teixeira de Freitas* – o jurista do Império (vida e obra), 2. ed., Brasília, DF, Cegraf, 1983, p. 347-364.

<sup>19</sup> A propósito, reitere-se o teor da Carta de renúncia encaminhada ao Instituto dos Advogados Brasileiros e o trecho especificamente transcrito em ocasião anterior do presente estudo (nota 07).

como imaginado – e talvez pretendido – pelo Ministro da Justiça José de Alencar: o legislador argentino soube muito bem reciclar o dejetivo legislativo brasileiro, tornando-o um dos mais prestigiados códigos civis de todos os tempos<sup>20</sup>.

De toda forma, evidencia-se aqui mais uma manifestação da intransigência científica de Augusto Teixeira de Freitas: agora, reveladora não de um seu compromisso com o passado, mas, sim, de uma vinculação de sua própria sorte ao desenrolar da Jurisprudência. Tal aspecto vanguardista do pensamento do autor pode surpreender pelo compromisso estabelecido com um novo “aliado” (o futuro): no entanto, que não se mostra de modo algum incoerente, pois intimamente atrelado à tenaz defesa de uma pretensa verdade científica – mesmo que à custa do virtual comprometimento da memória jurídica futuramente atrelável ao seu nome<sup>21</sup>.

Ora, a contundência das posições de Augusto Teixeira de Freitas nos permite afirmar que, qualquer que fosse o aliado “da” ocasião – e aqui o cuidado terminológico é imprescindível, pois o autor nunca foi propenso a aliados “de” ocasião –, sua posição frente aos desafios jurídicos jamais foi a de um hesitante: razão por que nos causou involgar surpresa entrever um aparente conflito entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil – e que será objeto de nossa consideração no próximo item de nossa ligeira abordagem.

<sup>20</sup> A respeito da tragédia brasileira, eis a síntese de F. C. Pontes de Miranda, logo no *prefácio* ao seu *Tratado de Direito Privado*: “a ciência do direito, colhendo das regras jurídicas, da sistemática e da prática dos conceitos, obedece às diferenças; os juristas, aqui e ali, perdem-na de vista. Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceitual. Já Teixeira de Freitas percebera que a parte do direito concernente à eficácia (‘dos efeitos civis’ dizia ele) havia de ser todo um livro, após as causas, as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Somente depois se trataria – no plano do direito civil – dos direitos pessoais e dos direitos reais. O Código Comercial fundir-se-ia, unificando-se o direito privado. Foi isso o que ele propôs em ofício de 20 de setembro de 1867, antes do Código suíço das Obrigações, – e a mediocridade circundante rejeitou” (*Tratado de direito privado* – parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas, p. XXII-XXIII.).

Observe-se que o autor se equivoca ao aludir a livro que versaria sobre os “efeitos civis” – após o tratamento das causas (pessoas, bens e fatos jurídicos). De fato, Augusto Teixeira de Freitas propõe um livro que trate dos efeitos jurídicos – e não civis – que sucederia ao tratamento das causas jurídicas (pessoas, bens e fatos jurídicos), constituindo-se em livros elementares do “Código Geral”. Por sua vez, os efeitos civis corresponderiam ao primeiro livro do “Código Civil”, que precederia o tratamento dos direitos pessoais e reais (que, respectivamente, comporiam a matéria dos livros segundo e terceiro do Código Civil).

<sup>21</sup> A despeito de uma tal “imprudência” de Augusto Teixeira de Freitas, deve-se destacar o fato de que não apenas o próprio autor do projeto de Código Civil argentino (Dalmácio Vélez Sarsfield) dedica ao jurista brasileiro grande parte dos méritos da codificação levada a efeito, como também a própria comunidade científica estrangeira tem seu nome em elevada consideração científica.

## 5. A personalidade do estudioso Augusto Teixeira de Freitas na hesitação quanto à distinção entre os conceitos de procuração, mandato e representação – um exemplo de escrúpulo científico constante do Esboço de Código Civil

Não se pretende, aqui, analisar as diversas disposições forjadas por Augusto Teixeira de Freitas para disciplinar o contrato de mandato; com efeito, já tivemos a oportunidade de desenvolver uma análise mais cuidadosa em ocasião outra de nossas investigações. Contudo, interessa-nos diagnosticar uma aparente contradição entre os artigos 2853 e 2857 do Esboço de Código Civil – perfeitamente contornável, aliás, graças ao emprego de expedientes hermenêuticos bastante elementares<sup>22</sup>.

Na primeira das disposições mencionadas se estabelece que “*haverá mandato, como contrato* (art. 1830), quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil”; por sua vez, a segunda prescreve que “*haverá mandato, como ato unilateral, quando uma ou mais pessoas tiverem conferido autorização a outra ou mais pessoas para representá-las em um ou mais atos da vida civil. Antes de aceita pelo mandatário a autorização, não haverá contrato de mandato* (arts. 1833 a 1836)”<sup>23</sup>.

Tivemos a oportunidade de observar há pouco que Augusto Teixeira de Freitas sempre se mostrou bastante escrupuloso quanto às questões relacionadas à ciência; assim, considerado o particular contexto de sua própria obra, bastante inesperada – e pouco ortodoxa – é sua alusão a duas entidades inteiramente distintas por meio do emprego do mesmo vocábulo (*mandato*)<sup>24</sup>. De modo que sua hesitação parece reveladora de um estado de inquietação relativo a matérias que ainda não se mostravam inteiramente sedimentadas no cenário jurídico-científico de então.

Com efeito, até mesmo nos dias atuais a confusão entre os termos procuração, mandato e representação é frequente: não sendo poucos, pois, os “doutrinadores” que ainda baralham tais noções, incentivados

<sup>22</sup> A respeito do regime jurídico do contrato de mandato segundo o Esboço de Código Civil, cf. nosso estudo *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro*, 2010, p. 296-402, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>23</sup> Note-se que os itálicos são do original.

<sup>24</sup> Observe-se que o subterfúgio da utilização de itálicos demonstra o relativo desconforto de Augusto Teixeira de Freitas em provocar uma “antinomia de técnica legislativa”; a respeito da noção de polissemia, do conceito de “antinomia de técnica legislativa” e dos critérios utilizados para superá-las, por todos, cf. K. Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução de João Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 311-313, tradução de Einführung in das Juristische Denken.

pela ignorância jurídica perpetuada por um legislador acomodado; de toda forma, a maior parte de nossa civilística especializada já dissocia com muita tranquilidade o negócio jurídico de outorga de poderes de representação – negócio jurídico unilateral de procura (instrumentado na “procuração”) – e o contrato de incumbência (designado pelo termo “mandato”). De modo que, embora já não cause grande surpresa a certos espíritos mais atentos a existência de representação desprovida de procuração e desvinculada de um mandato precedente (a representação legal); de outorga de poderes de representação (negócio de procura) desvinculada de contrato de incumbência (v.g., no caso do locatário procurador de seu senhorio); e de mandato desprovido de efeitos representativos (frequentemente estudado a propósito da chamada interposição de pessoa) – ainda se costumam encontrar algumas vozes a defenderem a sinonímia entre expressões dotadas de alcances tamanho modo distintos<sup>25</sup>.

Todos esses aspectos nos interessam muitíssimo; contudo, não nesta específica ocasião. Neste momento, nossa preocupação central é a de registrar a hesitação de Augusto Teixeira de Freitas; não uma grande hesitação (pois ele próprio já se antecipava em apartar o *contrato do ato unilateral* em matéria de mandato); mas, sim, uma hesitação verdadeiramente grandiosa. Expliquemo-nos.

O *Esboço* de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas – naquilo que concerne à disciplina do contrato de mandato – foi publicado em 1865, um ano antes da veiculação da obra de Paul Laband (*A representação na conclusão de negócios jurídicos segundo o Código Geral de Comércio alemão*), considerada pela doutrina especializada como “o momento decisivo da doutrina da abstracção do poder de representação”<sup>26</sup>.

De modo que ao apontar duas acepções distintas para a palavra mandato (uma como “contrato” e outra como “ato unilateral”), Augusto Teixeira de Freitas acabava por se antecipar a muitos de seus contemporâneos, o que não se mostra inteiramente surpreendente, quando se tem em mira que para a depuração do regime jurídico do mandato o jurista brasileiro empreendeu a elaboração de quase duas centenas de disposições – refertas de incisos, parágrafos e alíneas.

<sup>25</sup> Por exemplos de tais posicionamentos, cf. nosso estudo *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular*: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro, 2010, p. 18-20 (nota 06), Tese (Doutoramento), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>26</sup> A respeito, cf. P. de Albuquerque, *A representação voluntária em direito civil* (ensaio de reconstrução dogmática), Coimbra, Almedina, 2004, p. 10.

Eis a oportunidade, enfim, para esboçarmos uma ligeira conclusão a respeito de nossa intervenção.

## 6. Conclusões

Ora, se já não bastasse a Augusto Teixeira de Freitas a primeira versão em texto legal de uma *Parte Geral* (até então somente concebida em termos hipotéticos pela doutrina mais arrojada); ou a primeira alusão à estrutura escalonada do sistema jurídico (antecipando-se na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* ao próprio Hans Kelsen); ou ainda a primeira defesa quanto à natureza sobranceira das normas constantes da chamada *Parte Geral* do Código Civil (e que para alguns estudiosos corresponderia a uma autêntica versão legislada da Teoria Geral do Direito Privado). Se nada disso fosse suficiente para que a obra deste singular autor viesse a ser respeitada dentro e fora do Brasil como um dos pontos mais altos da produção jurídica nacional, que ao menos lhe seja garantida a anterioridade naquilo em que foi precursor no âmbito do Direito Privado<sup>27</sup>.

Pois embora as certezas de muitos dos “jurisconsultos” atuais não ensejem qualquer espécie de reflexão, as hesitações de um espírito leal como o de Augusto Teixeira de Freitas acabam por suscitar controvérsias vivas até os dias atuais; talvez porque suas hesitações tenham

<sup>27</sup> A. Teixeira de Freitas já evidencia na *Consolidação das Leis Civis* uma compreensão escalonada do ordenamento jurídico; esta perspectiva – que hoje nos é familiar graças à influência do positivismo jurídico estrito (do normativismo kelseniano) – já pode ser vislumbrada em algumas passagens da própria *Introdução*. Dentre elas, merece destaque o trecho em que o autor afirma a desnecessidade técnica de normas jurídicas expressamente revogadoras de preceitos jurídicos incompatíveis com as bases do “systema representativo” (cf. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3. ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, p. XXXIII.).

Com efeito, em vez de uma concepção na qual a constituição ocupa uma posição de supremacia, era mais natural – à época em que a *Consolidação das Leis Civis* foi redigida – a tomada da constituição ao lado do código civil, como instrumentos ambos de garantia dos cidadãos contra o Estado, nos âmbitos, respectivamente, político (público) e privado. Razão pela qual a posição de A. Teixeira de Freitas parece inovadora a O. de Carvalho, que destaca a antecipação daquele em praticamente meio século com relação às ideias concatenadas por H. Kelsen: “se na filosofia, aliás difusa, de Teixeira de Freitas [...] o pensar *more geometrico* do jovem autor da *Nova methodus docendaeque Jurisprudentia* terá influído muito mais do que o idealismo subjetivo de Kant, só indirectamente bebido através da Escola Histórica, sobretudo de Savigny, a verdade, porém, é que essa vertente geométrica acabou por conduzir o grande mestre brasileiro a posições muito próximas da ‘*reine Rechtslehre*’ [...] a preocupação pelo método e pelo rigor do sistema [...] aproxima-o, realmente, na carta a Martim Francisco [...] da ‘estrutura escalonada da ordem jurídica’ de Kelsen [...] permitindo-lhe aceder, com meio século de antecedência, às intuições (e ilusões) do positivismo lógico do direito” (Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988. p. 141-142.).

sido puramente conceituais – e na medida em que seu compromisso com as verdades universais da Ciência Jurídica jamais tenha sido atingido por qualquer espécie de hesitação.

## 7. Referências

ALBUQUERQUE, Pedro de. *A representação voluntária em direito civil* (ensaio de reconstrução dogmática). Coimbra: Almedina, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas I – posse, propriedade, direitos autorais, direitos reais de gozo sobre coisas alheias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

CRUZ, Guilherme Braga da. Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra 1981. v. II: Estudos de história do direito – direito moderno (1a parte).

DAVID, René. *Les grands systèmes du droit contemporains* (droit compare). Paris: Dalloz, 1964.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Einführung in das Juristische Denken.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *Teixeira de Freitas – o jurista consultado do império* (vida e obra). 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Aloísio Ferraz. *O uso brasileiro do direito romano no século XIX*: papel de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro. Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano. Padova: CEDAM, 1988.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito das coisas*. In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil Brasileiro VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular*: delineamentos sobre a história e a estrutura do mandato no direito brasileiro. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

POUSADA, Estevan Lo Ré. L'opera di Augusto Teixeira de Freitas e la conformazione di un diritto civile tipicamente brasiliano: il suo genio inteso come conciliazione tra innovazione sistematica e acuità storica. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruxelles, n. 51, 2004.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um triunfo do direito científico de F. K. von Savigny: cláusulas gerais, uniformização de jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao judge-made-law do sistema de origem anglo-americana). In: PEREIRA JUNIOR, A. J.; JABUR, G. H. *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. Tradução de Rechtsphilosophie.

SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SURGIK, Aluísio. O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil. In: SCHIPANI, Sandro. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*. Padova: CEDAM, 1988.

TELLES, José Hommem Correia. *Digesto Portuguez ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e a administrar e de a transferir por derradeira vontade*: para servir de subsídio ao Novo Código Civil. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1846.