

ANDRES BELLO E TEIXEIRA DE FREITAS EM FACE DAS CODIFICAÇÕES CIVIS DO CHILE E DO BRASIL. UM PARALELO

por

Silvio A. B. Meira

INTRODUÇÃO

Desde o primeiro momento em que tomei contato com a obra do jurisconsulto Andrés Bello, nasceu em mim grande admiração. Esse sentimento cresceu à proporção que me aprofundava no estudo de sua variada bibliografia — direito internacional, direito romano, penal, processual, civil, filosofia, religião, linguística, literatura em prosa e em verso, história, pedagogia— um mundo de idéias que até hoje atraem e fasci- nam. Ao lado dessa produção incomum, completando o quadro, avulta a figura humana, singela e luminosa.

Igual admiração me despertou um outro jurisconsulto, seu contemporâneo, Augusto Teixeira de Freitas, embora mais moço (Bello nasceu em Caracas 1781 e morreu em Santiago, 1865), (Freitas nasceu em 1816 em Cachoeira, Bahia, Brasil e morreu de 1883).

O destino entregou a esses homens a missão de elaborar códigos civis para duas nações, no século XIX. Há em suas vidas aspectos que admitem paralelos. Ambos foram humanistas. Bello, em Caracas, no con- vento dos Mercedários, na puberdade, se aprofundara no estudo do la- tim; Freitas, aos sete anos, já era adiantado nessa disciplina. Ambos emigraram jovens, jamais voltando à terra de origem: Bello para a In- glaterra, onde viveu cerca de 20 anos e depois para o Chile, aonde chegou aos 48 anos de idade, em 1829; Freitas emigrou dentro da imensa Pátria. Ambos se viram caluniados na juventude, por motivos políticos: Bello acusado injustamente de faltar à causa da Independência; Freitas, pro- cessado criminalmente e absolvido. Essas calúnias constituíram motivo, em ambos, para não mais regressarem à terra-berço, Bello fez do Chile sua pátria adotiva, a fim de engrandecê-la. Ambos foram convocados à grande missão codificadora do direito civil. Serviram-se da mesma lite- ratura européia, especialmente francesa, alemã, italiana, romana anti- ga, canônica, espanhola e portuguesa. Bello fez do Código das Sete Par- tidas e do Código Napoleão pilas de seu projeto; Freitas vinculou-se à tradição lusitana das "Ordenações do Reino". Dedicaram admiração a Savigny, o sábio jurisconsulto alemão da escola histórica. Suas produ- ções, no campo da codificação, serviram de padrão para outras nações sul-americanas: a de Bello logo aproveitada pelo Equador e Colômbia, influenciou numerosos códigos; e a de Freitas repercutiu na Argentina, Paraguai e Uruguai, com projeção mais extensa em outros povos. Ambos eram muito católicos. Bello, mesmo em idade avançada, às portas da morte, conduziam-no à igreja em cadeira de rodas; Freitas, ao que dizem depoimentos da época, foi até acusado de monomania religiosa. Chefes de famílias numerosas. Bello, com 14 filhos, nove adultos falecidos antes

dele, sendo um jurisconsulto de alto merecimento, com livro publicado de direito romano; Freitas, 10 filhos, viu morrerem três menores e assistiu os últimos momentos de Augusto Teixeira de Freitas Junior, advogado e jurisconsulto também, com regular bibliografia.¹ A morte dos filhos precipitou, sem dúvida, a despedida deste mundo dos dois sábios, Bello em 1865 e Freitas em 1883. Eram pais amantísimos.

Um paralelo entre os dois projetos de codificação constitui, além de contribuição científica, justa homenagem a essas invulgaes figuras da Humanidade, exemplos em seu tempo, "épígonos que marcaram los hitos más importantes de la labor codificadora sudamericana", admiráveis "figuras señeras" como bem os classificou o insigne jurista chileno Hugo Hanisch Espíndola.²

I. AS NAÇÕES SUL-AMERICANAS NO SÉCULO XIX E SUA INDEPENDÊNCIA POLÍTICA: CHILE E BRASIL. O CAOS LEGISLATIVO. ABERTURA DOS PORTOS. INTERCÂMBIO COM OUTROS POVOS. ANDRÉS BELLO, NO CHILE E TEIXEIRA DE FREITAS, NO BRASIL

As nações sul-americanas, no início do século XIX, viveram horas de luta e heroísmo, empolgadas pelo ideal de independência. As contingências geográficas contribuíam para a formação de concentrações de massas populacionais, separadas pelas montanhas, rios e selvas. Esse fator concorria para a formação de povos, nações com características próprias, produto do meio. Muito embora as origens raciais fossem semelhantes, as forças mesológicas marcaram para sempre personalidades e mentalidades. O homem das montanhas não poderia apresentar a mesma psicologia do homem da planície. Um exemplo bem nítido destas diferenças se encontra naquelas nações de território parte planiciário, parte montanhoso. Por sua vez, zonas de que provieram na península ibérica já haviam marcado diferenças assinaláveis: galegos, andaluses, catalães, malaguenhos, portugueses, e outros, traziam para o Novo Mundo um velha carga hereditária em que tantos sangues se misturavam.

Sobre esse assunto bem interessantes foram os estudos de Alexandre Herculano³ em Portugal, e Sílvio Romero, no Brasil. Um latinista espanhol, radicado no Brasil, Remígio Fernandez, meu professor no curso secundário, isso bem expressou, nos versos que reproduzo:

¹ TEIXEIRA DE FREITAS JUNIORS, AUGUSTO, advogado e jurisconsulto, autor de vários livros de Direito, faleceu no dia 3 de novembro de 1883, poucos dias antes da morte de seu pai a 12.12.83. Deixou, entre outros, os seguintes trabalhos: "O Libro dos Vereadores ou a lei de 1º de outubro de 1828". Ed. Garnier, Rio. 1882; "Legislação Eleitoral do Império do Brasil, ed. Garnier, Rio, 1881.

² HANISCH ESPINDOLA, HUGO, distinguido jurista chileno, autor de obra recentemente premiada "Andrés Bello y su obra en derecho romano", ed. del Consejo de Rectores de las Universida-

des Chilenas, Santiago. 1983 e de numerosos outros livros e monografias, entre elas a intitulada "Augusto Teixeira de Freitas y Andrés Bello", ponência apresentada ao Congreso Internacional de Direito Romano, realizado na Universidade de Brasília, 1983, em homenagem ao centenário de falecimento de Teixeira de Freitas.

³ HERCULANO, ALEXANDRE, "A Pátria Portuguesa". ROMERO SILVIO. "A Pátria Portuguesa" —O território e a raça, apreciação do livro de igual título de Alexandre Herculano. Liv. Clássica, Lisboa, 1906.

E de tão vária, antiga e brava gente:
Fenícia, ibéira, celta, árabe e a massa
de bárbaros, se fez esta couraça,
Este espírito meu, independente.⁴

Como querer uma uniforme América Latina, quando as próprias matrizes já traziam, em embrião, as diferenças que haveriam de agigantar-se no futuro, criando grandes e altivas nações?

Um liame, porém, mais poderosos do que todos os demais, os vinculava: a língua. Eram todos *hispanos*, para usar expressão muito ao gosto do sociólogo Gilberto Freyre.⁵ O poeta lusitano Almeida Garret, autor do afamado poema em louvor de Camões, escreveu: "Somos todos hiapanos e devemos chamar Hispanos a quantos habitamos a península hispânica". Disse, por outras palavras, o que já afirmara o clássico André de Resende: *Hispani omnes sumus*. Falares galego e português, muito próximos do latim, são exemplos expressivos. Salvo o hiato racial e linguístico dos bascos —a Hispania representava prolongamento político e cultural do Lácio. Esse prolongamento, sob o nome de latinidade, prosseguiu através dos séculos, até nossos dias. Falamos latim sem nos apercebermos, observa-o muito bem Juan Iglesias, da Faculdade de Direito de Madrid.⁶ A latinidade aí está, na época atual, sem que muitos lhe dêem o exato valor, uma faixa do mundo a enfrentar os impactos culturais de anglo-saxões, orientais e eslavos. Essa é a grande luta contemporânea. Os inimigos da latinidade se arman de idéias. Combatem o estudo do latim e do direito romano, como velharias ultrapassadas. Eles sabem que nessas duas pilastras repousa a latinidade. No dia em que as línguas românicas se impregnarem de vocábulos importados, com outros valores, a própria latinidade estará desabando, corroída nos alicerces. Mudará a psicocologia dos homens: A língua é a alma dos povos. Ela aproxima, muito embora outros elementos poderosos causem aglutinações de raças que falam idiomas diferentes em nações livres; esse é outro aspecto, que contitui a exceção. Não é a regra.

Por esse motivo, no momento em que os valores da latinidade se sentem tão ameaçados, é deveras expressiva a convocação de um Congresso de História do Direito e Direito Romano na Universidade do Chile,

⁴ FERNANDEZ, REMÍGIO, nasceu nas Astúrias, Espanha, estudou no seminário de Mariana, Minas Gerais, fixando residência depois em Belém, Pará, Brasil, onde se formou em Direito e exerceu o magistério secundário, lecionando latim por quase meio século. Verteu do português para a língua latina o romance "Iracema" de José de Alencar. Poeta excelente, era membro da Academia, Paraense de Letras e outras instituições culturais. Amava o Brasil e deixou descendência brasileira. Seu soneto completo:

MINHA CABEÇA

De vestustas estirpes descendente,
Todas elas diversas pela raça,
Todo o meu rude corpo se argamassa
Dos ancestrais remotos vivo expoente.

E de tão vária, antiga e brava gente
Fenícia, ibéira, celta, árabe e a massa
de bárbaros, se fez esta couraça,
Este espírito meu, independente.

Fez-se toda esta pertinácia louca:
Ter de tudo a integral sabedoria
E o verbo de ouro, oracular, na boca.

Por isso, tenho, misterioso e mudo.
O estigma desta macrocefalia:
Ansia doida de ver e saber tudo.

⁵ FREYRE, GILBERTO, eminente sociólogo brasileiro, autor de imensa bibliografia, na qual se inclui "Casa Grande e Senzala". Escreveu "O brasileiro entre outros hispanos", Liv. José Olympio, Rio, 1975.

⁶ IGLESIAS, JUAN, da Universidade de Madrid: "El Derecho Romano y nuestra época", trad. portuguesa de Silvio Meira.

exatamente aquela *Universitas* que Andrés Bello ajudou a edificar, como seu primeiro Reitor.

Aliam-se, neste evento, duas motivações morais e culturais: a defesa da latinidade e a exaltação da figura do grande codificador.

Que era o Chile e que era o Brasil no início do século XIX? Duas grandes extensões territoriais praticamente virgens, a espera dos seus novos senhores. O Chile, entre a montanha e o mar, lembrava uma espada em pé fincada no solo austral. População escassa. Ambos confinando com o mar —oceanos— um com o imenso Pacífico, outro como o Atlântico, extensas costas marítimas à espera de navegadores ocupantes.

Havia uma população de nativos e mestiços de europeus e índios, aos quais se acrescentou, ainda no mesmo século, no Brasil, o africano. Os homens que se projetavam na vida cultural das duas nações possuíam formação europeia. Alguns nascidos em Espanha ou Portugal, outros chilenos e brasileiros, mas com educação em Salamanca e Coimbra. Não são poucas as figuras históricas no Novo Mundo mas com projeção no Velho Mundo. José Bonifácio, o patriarca de nossa independência, formou-se em Coimbra. Alexandre de Gusmão (irmão do Bartolomeu de Gusmão, um dos pioneiros da aviação), artífice de tratados de limites com nações sul-americanas (tratado firmado em Madrid a 13/1/1750). O primeiro nasceu em Lisboa e morreu em Cachoeira, Brasil; o segundo nasceu em Santos, Brasil e morreu em Toledo, Espanha. Muitos poderiam ser indicados. O mesmo ocorreu no Chile e em outras nações sul-americanas. Um dos exemplos é Andrés Bello, muito expressivo aliás, porquanto sua glória cobre não apenas o Chile, mas também a Venezuela, onde nasceu em 1781, e hoje é de toda a América. Por outro lado, notáveis espanhóis concentraram suas atividades no Chile.

Um complexo de causas concorreu para que a latinidade, no seu mais amplo sentido, se transferisse para o Chile e Brasil. O fenômeno da recepção do direito é de intrincada estrutura. Muitos negam mesmo a existência de recepção, entendendo ter havido apenas uma transferência, ou transfusão cultural.

Os veículos mais assinaláveis foram: a língua, a religião, a tradição, os usos e costumes (que acompanham o homem em qualquer latitude). A esses veículos se acrescentam causas de ordem política e econômica: a abertura dos portos ao comércio internacional, o intercâmbio sob o seu mais amplo aspecto (comercial, científico, cultural).

Chegando ao Novo Mundo os ibéricos teriam que fundar uma civilização, sob pena de perderem o domínio dos territórios. Não foram poucas as investidas francesas, inglesas e holandesas no litoral atlântico, destroçadas pelas resistências luso-brasileiras, já em franca evolução.

Mas para criar uma nova civilização não poderiam desprezar valores milenares que traziam no sangue, na psicologia, nos hábitos, no costume, *mores majorum longa consuetudine inveteratus*. Através do castelhano, do português e do latim se infiltraram as leis ibéricas e romanas, de um lado o *Fuero Real*, de Alfonso X, o Código das Sete Partidas do mesmo rei sábio, o *Fuero Juzgo*, as leis de Toro e, do outro, as “Ordenações” Portuguesas, “Alfonsinas”, “Manuelinas” e “Filipinas”, com algumas raízes hispânicas. A religião —a católica— enraizada nas tradições, foi meio e fim, isto é, transmitiu-se também através da língua regional —o castelhano e o português— e do latim, em que eram redigidos os livros sagrados e realizados os atos litúrgicos em geral. O direito canônico desempenhou papel saliente nessa transmissão secular. Direito romano, direito canônico, serviram-se da língua e através dela atingiram lugares remotos. O latim era a linguagem dos sábios. Os juristas euro-

peus de todas as nacionalidades nele redigiam seus livros. Exemplo bem nítido são os de *Vinnius*, holandês, e *Heinecius*, alemão, que grande influência exerceram sobre Andrés Bello e sua obra.

II. PAÍSES DE IMIGRAÇÃO. O DIREITO DOS COLONIZADORES. BELLO E FREITAS

As massas populacionais, que atravessavam o oceano e se fixavam no Novo Mundo traziam, assim, consigo, o Direito e a Religião. Poderiam libertar-se deles?

Por outro lado, sentindo a necessidade de intercâmbio internacional, Chile e Brasil, na mesma fase histórica, abriram os seus portos ao comércio internacional. Um dos primeiros atos de Don João ao chegar à Bahia em 1808, foi —a conselho do clarividente Visconde de Cairu (nascido em Salvador - Bahia, em 1756)— abrir os portos às nações amigas. Evidente hostilidade ao pederio Napoleônico, que, por outra face, representa abertura para todos os continentes. Propiciando o comércio material, atraiu também a cultura. O Brasil passara a ser sede de uma Corte, sede de um império. Nem sempre são acordes os autores quanto às causas da transmigração da família real para o Brasil. Entende Oliveira Lima (na obra "Dom João VI no Brasil", 2ª edi. 1º vol., 1945, p. 53) que o príncipe, então regente, apenas "escapava a todas as humilhações sofridas por seus parentes castelhanos". Transferindo a Corte para o Brasil "mantinha-se na plenitude de seus direitos, pretensões e esperanças". Considera esse autor um ato de inteligente e feliz manobra política, que os fatos posteriores confirmaram. Entende Handermann, em "Geschichte von Brasilien" (Berlin, Verlag von Julius Springer, 1860, p. 693), ter-se tornado o Brasil, com a transmigração real, um império autônomo: "Also war Brasilien durch den historischen Gang der Dinge von seinen Mutterlande Portugal getrennt und durch die Uebersiedlung des koeniglichen Hofes nach Rio zu einem selbstaendigen in sich geschlossenen Reich geworden". Põe em realce, esse autor, a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, pela qual abriu os portos "den Schiffen aller und jefer Nationen, diet mit seiner Krone in Frieden und Freundschaft staenden, zur Ein-und Ausfuhr offen stehen sollten".

A situação do Chile, sob certos aspectos, assemelhava-se à do Brasil. Basta leer o que escreve, com veemência, Miguel Luis Amunátegui Reyes, em "Don Andrés Bello en el periodismo": "La independencia de Chile hizo cesar la clausura monacal a que la metrópoli le había condenado. Los extranjeros tuvieron libre acceso a nuestras costas y ciudades. Los libros penetraron en nuestras casas sin subterfugios ni disfraces. Los buques de todas las naciones fondearon en nuestros puertos para importar las mercaderías de que carecíamos y exportar los frutos que se perdían por escasez de consumidores".⁷

É de 16 de maio de 1832 a convenção geral de paz, amizade, comércio e navegação entre a República do Chile e os Estados Unidos da América, para o qual concorreu o trabalho competente de Andrés Bello e do Encarregado de Negócios americanos, Mr. J. Hamm.

⁷ Amunátegui Reyes, Miguel Luis. "Don Andrés Bello en el periodismo", in "Estudios sobre Andrés Bello", Santiago,

Chile, Fondo Andrés Bello, 1971, p. 11 e ss. (Tomo I).

Essas semelhanças entre Chile e Brasil decorrem da situação especial de nações que ansiavam por libertar-se do domínio europeu. Estruturas políticas, no entanto, parecem afastar o paralelo: o Chile já era uma República (1818), mas o Brasil, até 1808 fora colônia, em 1816 Reino Unido a Portugal e Algarve e mesmo depois de alcançar a independência em 7 de setembro de 1822, continuou a ser império. Os chilenos se mostravam mais hostis à metrópole.

É ainda Amunátegui Reyes quem salienta que o sistema tributário de Espanha dava margem a críticas severíssimas. Impostos sobre bases defeituosas, arrecadação vexatória, vícios de arrecadação "el erario se mejaba un predio regado por un canal construido, cuya água en gran parte se consumía por filtraciones, derrames o robos antes de llegar a su destino" (ob. cit., p. 15).

O sistema tributário no Brasil não oferecia melhores perspectivas. Sobre o assunto já tive oportunidade de dissertar na Universidade Autónoma do México, em Congresso Internacional de Direito Romano, conferência intitulada "O direito colonial no Brasil".⁸ Não desejo alongar a exposição, enviando os leitores para aquele outro escrito. A vida das populações sul-americanas era dura, estrangulada por tributos de toda natureza: sobre as madeiras (o pau Brasil), o ouro, a prata, as drogas do sertão, depois a cana de açúcar e outros produtos.

E quanto à legislação? Era o caos. Impossível seria criar um novo Direito, desvinculado das matrizes romanas. Estas matrizes muitas vezes foram renegadas no Chile em virtude das lutas pela independência. República democrática, repugnava a submissão a uma legislação reinol, "vetustas y tiránicas disposiciones dictadas por una monarquía absoluta para gobernar una colonia sumisa e ignorante." (ob. cit., p. 87) Andrés Bello, a 27 de outubro de 1837 punha em realce: "nuestros códigos son un océano de exposiciones en que puede naufragar el piloto más diestro y experimentado, LEYES DE PARTIDAS, LEYES DE TORO, LEYES DE INDIA, NUEVA RECOPIACIÓN, ORDENANZAS de varias clases, senadoconsultos, decretos del gobierno, leyes de nuestros congresos, autoridades de los comentadores, etc., etc." (El Araucano de 27.10.1837, ob. cit. p. 87)

Pode avaliar-se o que seria a tarefa do juiz diante da argumentação dos advogados a invocarem dispositivos contraditórios e uma jurisprudência multissecular?

Nas "Reflexiones sobre el reglamento de administración de justicia", publicadas em *El Araucano* de 14 e 21 de maio de 1831, números 35 e 36, lêem-se terríveis críticas à legislação reinol. "No hay hombre que seguramente conozca sus derechos, ni juez que pueda con satisfacción aplicárselos" (La Prensa Chilena y la codificación, 1822-1878, ed. de Comisión Nacional de Conmemoración de la muerte de Andrés Bello, Santiago, 1966, p. 7). Põe à mostra as extravagâncias do Código das Sete Partidas, destinado a uma monarquia, com preceitos sobre educação e vida doméstica do rei e sua família, mistura de jurisprudência canônica com preceitos godos, instituições eclesiásticas e costumes retrógrados, legislação complicada sobre sucessões, preceitos sobre reptos judiciais e duelos particulares, tréguas e pazes, penalidades a feiticeiros e adivinhos, hereges e mouros, as formas de tortura! Apenas a quinta partida apresenta-se "preciosa, y una colección de lo más puro y pro-

⁸ "O Direito Colonial no Brasil", conferência na Universidade Nacional Autónoma do México (DF). in *O Direito*

Vivo, ed. Universidade de Goiânia, Goiás, Brasil.

fundo que existe en derecho imperial romano sobre contratos; pero revestido de formas godas y de solemnidades canónicas que hoy reputamos por exóticas y abusivas.” (ob. cit. p. 6)

Censuras severas se faziam também ao *Fuero Real*, embora se reconhecessem, nele, aspectos positivos quanto à instrução judicial e responsabilidade dos juizes; e à “Recopilación”, que não passava de “una aglomeración indigestísima de leyes sacadas arbitrariamente de los antiguos códigos y posteriores disposiciones, a más de lo infiel de sus copias, de su desorganización, de lo contradictorio de algunas disposiciones no representa el menor alivio porque no recopila todas las leyes vigentes, y es preciso ocurrir a los códigos originales...”

Pouco tempo depois (cerca de duas décadas e meia). Teixeira de Freitas, no Brasil, incumbido pelo governo imperial de elaborar a “Consolidação das Leis Civis”, assim escrevia: “A legislação moldada para uma Monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo.” (Introdução à Consolidação das Leis Civis)

No Chile, o contraste se operava entre uma legislação de monarquia absoluta e uma república; no Brasil, esse contraste era entre uma Monarquia absoluta e um sistema representativo, embora imperial. A Constituição de 24.02.1824 traçara as linhas mestras da estrutura política. Já a esse tempo o ideal republicano agitava alguns pensadores políticos e, muito antes, no século XVIII, patriotas, com ideais libertários, pregavam a república. Muitos sofreram por esse ideal (Felipe dos Santos, José Joaquim da Silva Xavier, Cláudio Manoel da Costa e muitos outros). O choque entre a legislação da metrópole e a Constituição de 1824 importara na revogação de todos os preceitos que não se ajustassem ao pacto. O hábito, no entanto —diz Teixeira de Freitas— as perpetuara. Entre esses preceitos sobressaía o das Ordenações L. 4º, T. 81, § 6º, sobre *servos da pena* e o artigo 157 do Código de Comércio que ainda reconhecia a *morte civil*, apesar de promulgado em 1850, vinte e seis anos mais novo do que a Carta de 1824.

Embora o Brasil fosse um Império e o Chile uma República, ambos padeciam das mesmas falhas legislativas. A legislação tradicional não se afinava com as Constituições. Nosso Código Civil, em rigor, era o Livro 4º das Ordenações Filipinas (com influência ancestral do Código das Sete Partidas de Alfonso el Sabio), com maior matéria sobre contratos e sucessões. Estávamos —como salienta ainda e mesmo Freitas— “envolvidos na inmensa teia das leis extravagantes, que se têm acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio”.

As Ordenações “pobrísimas” pediam aquele “copioso suplemento”. Ao lado do direito romano puro, invocava-se freqüentemente a opinião de glosadores e comentadores. As glossas de Acursio e as opiniões de Bártolo eram reputadíssimas. Tudo isso, mais a chamada Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1869 (Dom José Primeiro e Marques de Pombal), contribuiu para que “os nossos juristas carregassem suas obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas chegaram a tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o contiuem, do que pelos Praxistas que as invadiram”. (Freitas, Int. cit.)

Freitas realça que, embora existisse a escravidão no Brasil, em nenhum lugar a referia, pois se tratava de um mal, que era exceção, e por isso mesmo deveria integrar um corpo aparte, o Código Negro. Nesse particular seguia o exemplo da França, com seu Edito de 1685,

que regulava a situação dos escravos nas colônias francesas, através de um *Code Noir*.

Enquanto Freitas excluía os negros escravos da Consolidação e, depois, do projeto de Código Civil (Esboço), Bello não mencionava os indígenas e os analfabetos, que constituíam, como em toda a América Latina, grande contingente populacional. Avançava no tempo firmando a igualdade civil e oferecendo oportunidade a todos, sem discriminações, más deixava de lado seres humanos, producto de desigualdade política, econômica e cultural, como bem o realça Pedro Lira Urquieta no interessante estudo intitulado "Andrés Bello y el Código Civil Chileno": "el Código oculta pudorosamente la existencia de indígenas en la región de la antigua Araucanía y oculta también la de analfabetos. Como suprimió los pregones y sólo habla de carteles y de avisos en los periódicos pudo creerse que todos los chilenos de la época sabían leer y escribir, lo que distaba mucho de la realidad."⁹

É estranho, aliás, esse pudor, quando se tratava de uma realidade viva em todo o Novo Mundo e, quanto aos analfabetos, também na culta Europa, onde o número de iletrados era considerável. Também não se justifica o "pudor" com relação aos indígenas, porquanto uma das maiores homenagens que se poderia prestar-lhes é o título do grande periódico, dirigido por Bello e que publicou, anos a fio, seus editoriais, artigos doutrinários e científicos e polêmicas: EL ARAUCANO. Por outro lado poder-se-ia argumentar que analfabetos e indígenas estavam incluídos no gênero *ciudadãos* a que se refere o art. 56 do Código Civil: "Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros." E no art. 57: "La Ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código." E quanto às pessoas classifica-as, no art. 57, em "domiciliadas" e "transeúntes".

O Código protegido por Bello, muito preso a matrizes européias, especialmente o Código Napoleão e a legislação espanhola "Siete Partidas" e ainda à doutrina, principalmente francesa e alemã, não poderia fugir aos modelos da época. Daí, também, não se referir em profundidade às classes trabalhadoras, sendo considerado, por isso, para alguns, um diploma para proprietários e capitalistas. Esse aspecto é ainda apontado por Lira Urquieta (ob. cit. p. 165). O mundo ainda não alcançara o desenvolvimento industrial que caracterizou a primeira metade do século XX. Certos problemas, embora latentes, não emergiam nas legislações. Apesar disso Bello realizou um notável trabalho de conciliação doutrinária e jurídica entre as fontes utilizadas e a realidade social da época, com tinturas pessoais expressivas e louvadas por muitos autores.

A 23 de abril de 1866, perante o Conselho da Universidade do Chile, don Ignacio Gómez y Menéndez em memoria para obter o grau de Licenciado, resumia, em poucas palavras, o quadro geral das nações sul-americanas por ocasião da rutura com a metrópole: "... es menester reconocer que los gobiernos, fundados en nuestra América, después de su independencia de España, mal podían seguir rigiéndose, en el siglo XIX, sino ya por un Código de las Partidas, el cual, aunque síntesis de los siglos de obscurantismo y de ignorancia, era al fin un monumento de conexa y racional legislación, menos aún por aquellas incoherentes y ab-

⁹ Lira Urquieta, Pedro, "Andrés Bello y el Código Civil Chileno" in "Estudios sobre Andrés Bello", Santiago, Chi-

le, Fondo Andrés Bello, 1971, e segs. (Tom II).

surdas compilaciones de los antiguos reinos de España y por aquellas mismas ordenanzas de Indias, dictadas sin unidad ni sistema y sin otro objeto que explotar en favor de la conquista, la odiosa servidumbre colonial." (La Prensa Chilena y la codificación cit. p. 81)

Já vimos que, pelo art. 56, não se fazia diferença entre chilenos e estrangeiros. País de imigração, como todos os demais das Américas, era preciso atrair braços para a lavoura e contingentes humanos a fim de ocupar os espaços vazios. Por essa razão, os preceitos de Direito Internacional Privado, tanto em Bello como em Freitas, são da maior significação e constituem capítulo digno de estudo e meditação.

Teixeira de Freitas dedicou muita atenção aos princípios que deveriam reger a vigência da lei no espaço e no tempo, e à situação jurídica dos nacionais no exterior e dos estrangeiros no Brasil.

A de estrangeiros fora prevista na Constituição imperial, artigos 6º e 8º e na lei nº 1.096, de 10 de setembro de 1860. Tanto a Consolidação quanto o Esboço (mais este do que aquela), dedicavam preceitos à matéria, que constitui um vasto capítulo de Direito Internacional Privado.

III. COMO ANDRES BELLO E TEXEIRA DE FREITAS CHEGARAM AO DIREITO ROMANO E SE ENCONTRARAM NO TEMPO

É fato conhecido que don Andrés Bello não conseguiu obter o diploma de Licenciado em Direito. Consta mesmo que seu pai —que fora advogado— Don Bartolomé Bello, o aconselhava a não estudar direito. Inclinou-se pela medicina. Seus primeiros anos de juventude em Caracas marcaram o eu futuro. Aprofundou-se no estudo do latim, orientado por sacerdotes mercedários. Cristobal de Quezada e José Antônio Montenegro foram seus mestres. Em plena puberdade passava dias inteiros na Biblioteca do Convento, mergulhado em estudos clássicos. Fez-se professor de Geografia e foi mestre de Bolívar, apesar de quase da mesma idade.¹⁰ Estudou o francês e assimilou a cultura literária da França a tal ponto que, mais tarde, traduziu Victor Hugo com maestria. A língua inglesa não lhe oferecia segredos. Creio no entanto que o que levou Bello ao direito romano foi o estudo do latim, o domínio da língua espanhola e o curso de direito canônico, no qual chegou a bacharelar-se. Através do latim assenhoreou-se das doutrinas constantes das obras de Heinecius e Vinnius, constantemente invocados. Os filósofos europeus, especialmente Bentham (cuya obra era objeto de trabalho de James Mill, pai de Stuart Mill, que Bello conheceu na Inglaterra, com eles convivendo). Francis Bacon e Leibniz foram outras matrizes em que se assentou o seu pensamento justifilosófico. Foi portanto o domínio completo da língua latina que lhe abriu caminhos à frente na densa selva da ciência jurídica. O domínio da língua castelhana abriu-lhe as portas de segredos da legislação hispânica.

¹⁰ Bello, ná juventude, foi profesor de Bolívar, ao qual lecionou Geografia. Escreve Ana Luisa Pratts Bello, neta do juriconsulto: "En cuanto a su actividad, dio prueba de ella al desempeñar durante su vida de estudiante los puestos de secretario de la Junta de Vacuna y de maestros de estudiantes, ninguno

de los cuales le remuneró peculiarmente en manera alguna, excepto Simón Bolívar, su amigo y su condiscípulo y discípulo a la vez, quien; es fama, le regaló un traje al terminar su aprendizaje". (In Estudios sobre Andrés Bello, cit. p. 221.)

Outro autor que impressionou profundamente Bello, além do holandês Vinnius, foi o alemão Heinécio. Este, em sua obra "Antiquitatum Romanarum" seguiu as disposições metodológicas das Institutas de Justiniano e do Digesto, e através delas, procurou interpretar o pensamento de muitos juristas antigos. (O título completo de Heinécio é "Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani Digestum, in quo multa Juris Romani atque Auctorum Veterum Loca explicantur, atque illustrantur. Venetiis. MDCCLXXI).

Hugo Hanisch Espíndola, em sua recente obra premiada "Andrés Bello y su obra en Derecho Romano"¹¹ põe em realce as influências e discrepâncias entre o método e o pensamento de Heinécio e a produção romanística de Bello.

Muito embora os escritos de Heinécio tivessem boas traduções castelhanas de José Antonio Saco (Elementos de Derecho Romano, Filadélfia, 1826, en la imprenta de Guillermo Stanley) e de D. Luis Collantes (Recitaciones del Derecho Civil segun el orden de la Instituta já em 2ª edição em 1847, Paris), tudo indica que Bello foi às fontes originais para a redação de seu compêndio inédito "Principios de derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano".

A recepção do direito romano, ou a sua adoção no Chile, como no Brasil, decorreu da sua utilização nos projetos de códigos e también de seu ensinamento nos cursos de Direito. Contra esse ensinamento havia opositores ferrenhos, tanto em um país como em outro. Preferia-se muitas vezes o direito canônico. O próprio ato criador dos Cursos Jurídicos brasileiros de Olinda e S. Paulo excluía o estudo do Direito Romano, que só mais tarde foi adotado. Bello, como Freitas, teve uma formação de romanista e suas contribuições, nas respectivas nações, muito valeram para que os preceitos jusromanistas ali penetrassem.

Bello teve a prestigiá-lo a atuação de Manuel Montt, presidente da República; Freitas contou com o apoio, enquanto no Poder, do Ministro José Tomaz Nabuco de Araujo, que considerava "seu consorte" na empreitada do codificação.

Salienta Hanisch Espíndola: "El Código Civil Chileno, como varios otros, es de raíz románica por sus categorías jurídicas, su plan de desarrollo, sus sistemática, su lógica y principios básicos esenciales." (ob. cit. p. 85)

Entre os preceitos que guardam relação com o Digesto cita Hanisch o TESTE: UNUS, TESTES NULLUS, que, diga-se de passagem, constituía também preceito bíblico: VERITAS IN ORE DUORUM.¹²

Não cabe, nos limites deste trabalho, apresentar todo o vasto panorama romanístico nas produções de Bello e Freitas. O certo é que ambos se socorreram das mesmas fontes, diretas ou indiretas: As Institutas, o Digesto, o Código, as Novelas de Justiniano e quem fala em Digesto inclui, num só preceito, toda a jurisprudência clássica condensada na bela compilação justinianéia. Além dessas fontes diretas, ambos assimilaram a doutrina constante das produções de autores, que citam constantemente, entre eles Savigny, Ihering, Maynz, Mommsen. Mackeldev. Mispoulet, Ortolan, Pothier, Du Caurroy, Heinécio, Vinnio, Accarias, Ahrens, May, Krüger, Wetter, Demangeat, Chironi, prevalecendo, no entanto, os franceses, alemães e holandeses. Ao que tudo indica Bello, como Freitas, não conhecia a língua alemã, servindo-se dos originais latinos ou as tra-

¹¹ Hanisch Espíndola, Hugo, cit.

¹² Biblia Sagrada.

duções francesas (vasto repositório que nenhum romanista poderia desconhecer) ou ainda as traduções castelhanas, bem numerosas. Na relação das obras constantes da biblioteca de Bello consta, por exemplo, de Savigny, a tradução francesa do seu livro sobre a posse: "Possession en droit romain, Paris, 1870).

Andrés Bello foi acusado, por seus contemporâneos, de ser "romanista", como se isso constituísse um laubéu. No Chile, como no Brasil daquele tempo, havia sérias prevenções contra o Direito Romano, a ponto de tornar-se matéria de acusação, sujeita a defesa, como se tratasse de um delito. Até sob esse aspecto Bello e Freitas se identificam. Uma das "acusações" que os contemporâneos deduziram contra o juriscônsulto do Império, foi a de ser "romanista", ao que Freitas respondeu, em memorável documento: "... Já vedes, senhores, que nem o direito antigo nem o direito moderno vos autorizava para tantas aberrações; e já que me tachais de nimamente *romanista*, eu vos direi, que, no pronto discutido, não há nem superstições, nem sutilezas romanas.. E demais, não me podeis fazer maior honra do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito". (Carta de 22.10.1857 ao Instituto dos Adv. Bras. - In S. Meira, T. F. o Jurisc. do Imp. cit. p. 149).

Bello também teve "defesa" de estranha acusação (Vd. ed. das Obras Completas, de Santiago, VIII, p. 346).

No discurso inaugural da Universidade Bello realçava a importancia do Direito Romano apesar do preconceito existente que "condena como inútil ou pernicioso o estudo das leis romanas; creio que pelo contrário, se há de conceder-lhe novo estímulo, assentado sobre bases mais amplas." (Vd. Caldera, cit. p. 129 e Miguel Amunátegui, biografia, cit.).

A família Amunátegui, desde o ancestral discípulo e amicíssimo de Bello, Miguel Luis Amunátegui, seu biógrafo, vem dedicandolhe culto que passa de geração. Muitos estudos sobre Bello são da lavra de membros dessa ilustre família.

IV. A PRÉ-HISTORIA DOS CÓDIGOS CIVIS - BELLO E FREITAS

Cada codificação, em todas as nações, tem a sua história e a sua pré-história.

Desejo cingir-me apenas à atuação pessoal de Bello e Freitas. O primeiro, antes de elaborar o seu projeto, já vinha se dedicando ao assunto através de escritos no jornal "El Araucano". Neles punha à mostra a necessidade de codificar-se a legislação. Partia logo o ideal da codificação. Não previa a Consolidação pura e simples das leis vigentes. A legislação era de tal forma caótica, que não permitiria um bom desempenho. Além do mais, conforme já salientado, a ojeriza à metrópole espanhola era, no Chile, bem mais acentuada do que, no Brasil, as reações anti-portuguesas. Ainda era o Brasil um prolongamento de Portugal, com a manutenção de Casa Imperial vinculada à de Bragança.

Bello, ao mesmo tempo em que criticava e atacava, apontando os graves defeitos da legislação hispânica, especialmente a lei de *Toro*, o *Fuero Real* e as *Sete Partidas*, não escondia sua admiração por alguns aspectos desta última codificação do tempo do rei Alfonso el Sabio, que utilizou freqüentemente em seu projeto. Narram seus biógrafos, que Bello costumava ler sempre trechos do Código das Sete Partidas,

após as refeições, por parecer-lhe “o melhor digestivo”.¹³ Amarrou o seu projeto a duas matrizes: a legislação espanhola (vencendo resistências de alguns seus contemporâneos por demais nacionalistas) e o Código Napoleão, que cita freqüentemente.

Muitos periódicos chilenos, além de *El Araucano*, publicavam editoriais pugnando pela codificação. *El Mercurio*, *El Monitor Imparcial*, também abrigavam em suas páginas veementes artigos sobre o assunto. Em *El Araucano* de 14 e 21 de maio de 1831 se indagava, em longo escrito, com rudes censuras à velha legislação espanhola: “Y que podrán sacar ustedes de las disposiciones y principios del siglo XIV, en que la soberanía terrestre pontifical, las instituciones feudales, la facultad legislativa de los obispos y prelados eclesiásticos y la independencia judicial y jurisdiccional de cada señor de vasallos, etc., formaba tal desorganización que sólo podía sostenerse la monarquía en fuerza de las costumbres? ¡Y qué costumbres! Solamente las judiciales compondrían un gran libro de los delirios humanos. Las pruebas por el duelo o por el agua y el fuego; los campeones que defendían en campo cerrado la justicia de las mujeres acusadas, las apelaciones en que muchas veces era preciso desafiar y vencer al juez en duelo campal para que las otorgase; los obispos encargados no solamente de multitud de causas temporales sino de anular y suspender los efectos de las sentencias: las inmunidades más absurdas, las penas redimidas por ciertas entidades o reducidas de los miembros que sirvieron de órgano o instrumento para el delito, etc., etc. Todo esto componía la legislación anterior y aun de la época de las Partidas, en los fueros particulares que se conservaron”. (*La Prensa chilena y la codificación*, p. 6).¹⁴

Na verdade, como aproveitar, em pleno século XIX, de tantas luzes, disposições legais cinco centúrias anteriores, em que a autoridade da igreja invadia fundo os campos da jurisdição civil? Provas pelo duelo e po rágua e fogo! Duelo capal em que se deveria desafiar e vencer ao próprio juiz! Costumes medievais, bárbaros e algumas práticas fonte de corrupção e injustiça.

Só a imensa autoridade moral de Bello poderia restabelecer na nova legislação chilena alguns preceitos das Sete Partidas, mas ale o fez com profunda inteligência, em pontos essenciais, conforme vem salientado na Exposição de Motivos assinada pelo Presidente Manuel Montt e que, evidentemente, é da lavra do mesmo Bello. A louvação que faz ao libro 5º das Partidas, na parte referente às *Obrigações*, é bem compreensível, As *Obrigações*, estruturadas pelo Direito Romano, são precisamente o núcleo mais resistente à ação do tempo, pelo seu tecnicismo, pela precisão científica e pela fácil adaptação a todas as épocas. O direito de família sofre os embates dos costumes locais e da mentalidade da época, o direito de propriedade ajusta-se freqüentemente às necessidades econômicas de cada período da história. Não são de aplicar-se a uma sociedade industrial preceitos de idades em que predominava a atividade pastoril ou agrícola. Mesmo estas —a pastoril e a agrícola— necessárias sempre, mudam com o tempo. Os financiamentos rurais, as cooperativas e bancos agrícolas e pecuários, um enorme complexo que se vem

¹³ Varios biógrafos isso mencionam. Vd. Miguel Luis Amunátegui Aldunate - Vida de Don Andrés Bello, Santiago, 1822 e 2ª ed., 1962.

¹⁴ Reflexiones sobre el reglamento de administración de Justicia, in “La Prensa Chilena y la codificación”, Santiago, 1966, p. 6. Publicado em “El Araucano”, ns. 35 e 36 de 14 e 21 de maio 1831.

desenvolvendo através dos anos, concorre, sem dúvida, para que, nesse setor, se modifiquem as leis. No direito das Sucessões, muito vinculado ao da Família e ao da Propriedade, as mutações se acentuam, quer na *ab intestato* quer na testamentaria.

Além da atividade jornalística destinada à campanha pro-codificação, escreveu ele sobre a Administração da Justiça, a organização dos tribunais, responsabilidades dos juízes e outros assuntos jurídicos. (El Araucano, ob. cit. pç. XXII, introdução de Guillermo Feliú Cruz).

Desde 1830 Bello se dedicava a essas matérias, o que vale dizer que, tendo chegado ao Chile em 1829 (com quarenta e oito anos de idade, pois nascera em 1781), a fim de desempenhar o cargo de Oficial Maior do Ministério das Relações Exteriores, interessou-se logo pela problemática da organização judiciária e da confecção de leis substantivas. Sua larga visão do mundo e sua experiência o levaram também a investigar o direito internacional, sendo de sua lavra o compêndio "Direito das Gentes". E entre os escritos de maior significação desse período, relacionados na bibliografia publicada no Chile em 1917 por Emilio Vaisse e reproduzida por Guillermo Feliú Cruz, se encontram estudos sobre a publicidade dos juízes, de pois publicados em suas Obras Completas (vol. IX, 9); medidas contra a criminalidade (IX, 9). Esses artigos são de 1830, quando Bello ainda se adaptava às condições do Novo Mundo. Seguem-se publicações semelhantes de 1831 a 1855, ano da promulgação do Código Civil. Em 1831 redigiu longo estudo sobre o Projeto de Regulamento de administração da Justiça apresentado pelas Cortes de Apelações em 1º de março de 1831 (IX, 35). Em 1833 escrevia especificamente sobre a codificação civil e comercial (IX, 35 e 39). Em 1834 estudava o estabelecimento de confinação para delinquentes (IX, 43); em 1835 sobre a organização de Tribunais (IX, 65); em 1836 novamente sobre a administração da Justiça, exame do projeto apresentado ao Conselho de Estado por don Mariano Engaña (IX, 89), descendo a minúcias na análise da situação de escrivães (IX, 173, indultos (IX, 191), responsabilidade dos juízes de 1ª instância (IX, 194), observância da lei (IX, 201), reforma judicial (IX, 211). Em 1837 examina a tese da independência do poder judiciário (IX, 217) e novamente se dedica à administração da Justiça (IX, 221). Em 1838 penetra nos complexos problemas do direito privado, o que já oferece a exata medida de sua capacidade codificadora: sucessão intestada é seu trabalho (IX, 244). Em 1839 escreve sobre questões legais (IX, 263), difamação (IX, 267), legislação (IX, 271), necessidade de fundamentar as sentenças (IX, 279), sucessão das pessoas que hajam morrido em um mesmo acontecimento (comoriência) (IX, 287), melhoras do terço e quinto (IX, 293), e escreve vários artigos sob o título "Crônica Judicial", em que discute o problema da codificação (*El Mercurio* de 14.11.39 e 21.11.39, IX, 297). A partir dessa época avolumam-se seus escritos sobre o projeto de codificação civil. Em 1842 e 1843 surgem controvérsias entre Bello e don Maria Güemes a respeito da sucessão *causa-mortis* (IX, 301). Ainda em 1842 escreve sobre o presídio ambulante (IX, 401), "la alcabala de Censos" (IX, 407); em 1844 discorre sobre hipotecas e privilégios (IX, 412), arquivo general (IX, 415). Em 1848 dedica-se ao estudo dos direitos autorais (IX, 419). Em 1850 sobre o modo de redigir as sentenças (IX, 429). Em 1852 examina a prelação de créditos (IX, 437). Em 1855 são de sua lavra o preâmbulo do Código (IX, 467), o escrito sobre o valor de um testamento outorgado antes da promulgação do Código Civil, a interpretação de um testamento (IX, 487), uma questão relativa ao efeito retroativo das leis (IX, 497). Quanto ao projeto de código civil seus trabalhos se estendem

por vários anos. De 1841-1842 redigiu “da sucessão por causa morte” (XI, 1), em 1842-1845 “os contratos e obrigações convencionais” (XI, 141). Em 1846 escreveu o livro da sucessão *causa-mortis* (XI, 313). Em 1847, “contratos e obrigações convencionais” (XI, 407); em 1853 o projeto de Código Civil (XII, 3 e segs.) e ainda sobre el proyecto inédito de Código Civil (XIII, 1 segs.).

Que cerebração extraordinária seria capaz de percorrer tantos caminhos, devassar tantos horizontes, com segurança, a fim de oferecer à sua pátria adotiva uma codificação perfeita?

Não apenas isso. Antes mesmo da promulgação do código concorreu para o aperfeiçoamento da legislação que se ia promulgando, Dava a sua contribuição discretamente, mas os investigadores encontram, aqui e ali, a marca de sua inteligência. Assim é que colaborou na elaboração de leis ordinárias sobre propriedade literária, sucessão de estrangeiros, navegação, matrimônio, propriedade de terrenos abandonados, mayorazgos.

Todas as questões abordadas eram da mais alta importância para o Chile. Bello não estava estranho a nenhuma delas.

De longa data a nação ansiava pelo seu código civil. Sugestões várias surgiram, entre elas a da adoção dos cinco códigos franceses. O diploma francês de 1804, que em 1808 recebeu o nome de seu inspirador, Napoleão, atraía as atenções do mundo e empolgava juristas de todas as latitudes. Repeçutiu no Oriente, no Japão, em seu código civil de 1886, através da colaboração do professor Boissonade, da Universidade de Paris. Muitos o adotavam *a la letra*. Nações americanas, como a Bolívia e Haiti, absorveram seu sistema e substância. Muito fácil seria, e cômodo, verter para o castelhano os códigos franceses, trocando apenas o vocábulo “francês” por chileno. Sugestão semelhante, com relação ao Civil, fora feita no Japão.¹⁵

No Brasil as coisas andavam mais ou menos como no Chile. Por volta de 1850, Eusébio de Queiroz sugeriu se adotasse a monumental obra lusitana de autoria de Correa Telles —DIGESTO PORTUGUES— como Código Civil Brasileiro. O Instituto dos Advogados Brasileiros, centro de onde se irradiava a cultura jurídica, recebeu a proposta, estudou-a e a recusou. Os brios nacionais impediam que se acolhesse uma obra feita e acabada na metrópole, a fim de reger uma nação nova e independente. Os mesmos sentimentos que agitavam o Chile, contrários à vetusta legislação hispânica, rebentavam também no Brasil. Atacava-se a legislação reinol, criticavam-se as Ordenações, tachando-a de obra rude e imperfeita, com penas medievais raiando pelo ridículo. A verdade é que, em todas essas velhas estruturas jurídicas do passado, havia sempre algo de bom e aproveitável. No Código das Sete Partidas, já foi salientado, o livro 5º mereceu alguns louvores de Bello; nas Ordenações Filipinas de 1603 o livro 4º, aplicado como código civil, tem projeção em nosso país até a promulgação de seu código civil em 1916, e que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1917. Essas “Ordenações”, que sucederam as Manuêlinas (de D. Manuel) e estas as Alfonsinas (de D. Alfonso), traziam também resquícios das Sete Partidas, vertidas para o português a mando do rei D. Diniz, no século XIII. Pode mesmo afirmar-se que, depois de Justiniano e suas compilações, o mais velho monumento codificatório europeu são essas “Ordenações”, muito anteriores ao código da Dina-

¹⁵ Code Civil de l'Empire du Japon, trad. de I. Motono e M. Tomii, Lib. de la

Société de Recueil Général des lois et des Arrêts, Paris, 1898.

marca, de 1683, geralmente apontado como o mais remoto. Os da Prússia e Baviera são posteriores.

Delas, das "Ordenações", muito aproveitou Teixeira de Freitas para a sua Consolidação das Leis Civis e, posteriormente, em menor escala, para o seu Esboço (1860/65).

Verifica-se, pelo exposto, que tanto o Chile quanto o Brasil, logo após a sua independência (Chile 1818, Brasil 1822) reagiam identicamente, rebelavam-se contra o passado e desejavam abrir novos caminhos com seus próprios recursos e seus homens de pensamento. Libertaram-se quase no mesmo ano.

Acresce que, a essa época, era o Brasil um viveiro de grandes juristas, formados em Olinda, São Paulo, Coimbra, Montpellier, Paris, Heidelberg e outras universidades européias, todos em condições de elaborar um bom projeto. Esse excesso de personalidades capazes, em vez de facilitar, complicou a elaboração legislativa. Tanto isso é verdade que, ao ser apresentado o Esboço à comissão nomeada pelo Imperador Pedro II, nas suas reuniões de 1865, as críticas dos sete sábios convocados foi atroz, destroçando a projeto logo em seu "Título Preliminar". Além disso, a formação liberal de nosso Imperador e a estrutura política do Brasil de então exigiam que se desse ao Parlamento o seu verdadeiro papel na elaboração codificatória. O projeto, depois de aprovado pela comissão referida e que contara inicialmente com a presença de Nabuco de Araújo, logo nomeado Ministro da Justiça —teria que ser enviado ao Poder Legislativo. Os relatórios do Ministerio da Justiça, dessa época, são minuciosos a respeito e dão sempre uma satisfação à Câmara quanto ao retardo na elaboração do projeto por Teixeira de Freitas. Todos os anos se repetiam as mesmas explicações, ante a impaciência do Legislativo. Teixeira de Freitas checou a usar a expressão "maldita Câmara", ante os ataques da oposição, que exigia do Governo imperial o cumprimento da promessa de envio do projeto de código civil.¹⁶

No Chile de 1855, como na Argentina de 1869, não houve esse problema. Os projetos foram aprovados no Legislativo sem peripécias nem obstruções, sem as discussões infundáveis, as protelações que surgiriam por certo no Brasil, onde muitos decênios depois, já no século XX, o projeto Beviláqua percorreu longos caminhos, de 1902 a 1916, até ver-se aprovado.

Esses dois exemplos —Chile e Argentina— fazem chegar a um estranho paradoxo: os regimes de amplas liberdades democráticas, com o legislativo atuante e agressivo, nem sempre produzem bons códigos. Estes são produto de meditação de seus elaboradores. Da capacidade destes depende a boa ou má configuração. Já neste século a Itália seria outro exemplo, com seu diploma de 1942, unificador do direito privado e promulgado em pleno regime ditatorial.

Na Argentina, o projeto de Vélez Sarsfiel, aprovado a *libro cerrado*, depois de publicado em Nova York, com numerosas falhas, foi objeto de longas e aguerridas discussões no Senado, porquanto até erros gramaticais (ou de composição) eram apontados, que transformavam completamente as hipóteses jurídicas.¹⁷

¹⁶ Relatórios dos Ministérios da Justiça do Brasil de 1858 a 1865.

¹⁷ CAMARA DE SENADORES DE LA NACION ARGENTINA. Discusión de la fe de erratas y correcciones al Código Civil. Propuestas por el senador de Tu-

cumán. Doctor don Benjamín Paz y la comisión de legislación. Buenos Aires. Imprenta de las obras de la Nación, 1879.

Fenômeno original: o código civil argentino foi mais discutido no Senado depois

A identidade de panorama no Chile e no Brasil, engendrou, sem dúvida, muitas semelhanças de idéias e reações em Bello e Freitas. Aquele, por exemplo, escrevia em 11 de julho de 1834, no *EL ARAUCANO* (Nº 200): "porque el código nacional no se debió compilar solamente para los sabios, para los magistrados y jurisconsultos, sino para todos los ciudadanos".

Essa fora a grande preocupação de Triboniano, ministro de Justiniano, ao elaborar as Institutas em linguagem simples, ao alcance de todos —*in quibus breviter expositum est* (Const. *Imperatoriam Magestatem*).

Foi também a preocupação de Freitas ao escrever, em 1867, na célebre mensagem enviada ao Ministro da Justiça, em que propunha a bipartição do "Esboço" em dois Códigos, sendo um *Geral*, para os sábios, e outro *Civil* propriamente dito, para uso do povo, e no qual se faria a unificação do Direito Privado. Dizia ele: "Conciliamos destarte o preceito com a necessidade. No Código Geral as leis que ensinam; nos outros códigos as leis que mandam. O Código Geral para os homens da ciência e outros códigos para o povo".¹⁸

Essa concepção genial de Freitas não foi bem compreendida, nem mesmo no Brasil, onde eminentes juristas ainda julgam que a unificação do direito privado se faria no Código Geral, quando, na verdade, ele a preconizava para o Código Civil, com o haveria de fazer, cerca de setenta e cinco anos depois, o Código Civil da Itália de 16.03.1942, ainda em vigor. (Vd. Teixeira de Freitas, *O Jurisconsulto de Imperio*, Silvio Meira, Brasília, 1984, p. 465).¹⁹

V. ALGUNAS POLÊMICAS DE ANDRÉS BELLO E AS DE TEIXEIRA DE FREITAS

Tanto Bello quanto Freitas sustentaram polêmicas acirradas em torno dos respectivos projetos.

Nenhum deles fugia ao debate.

A 21 de maio de 1841 Bello, ao iniciar a publicação do texto de seu projeto, convidou pelas páginas de *El Araucano* os juristas da época para um debate.

Logo ocorreu ao chamado don Miguel Maria Güemes, com dez artigos, todos eles respondidos pelo autor do projeto. O jornal *El Mercurio*, de Valparaíso, dava acolhida às críticas, que Bello respondia por *El Araucano*.

Temas variados foram abordados. Também no jornal *El Ferrocarril*, de 1856, vários comentários foram publicados, com críticas ao projeto de código. (Já estava em vigor o código e se discutia sua aplicação ou interpretação), A 21 de janeiro de 1857 respondia Bello as objeções ao artigo 1.618.

de promulgado e já sendo lei, do que antes da promulgacã, porquanto fora aprovado a *libro cerrado*.

Ud, também: COLMO, ALFREDO, Técnica legislativa del Código Civil argentino, Lib. B. Mitre. Buenos Aires, 1972.

CABRAL TEXO, JORGE, Historia del

Código Civil argentino. Lib. de Jesús Menéndez. B. Aires. 1920.

¹⁸ Carta ao Ministro da Justiça do Brasil de 20.09.1867. In Meira, Silvio, TEIXEIRA DE FREITAS - O JURISCONSULTO DO IMPÉRIO, 2ª edição, Brasília, 1983, Cap. XVIII, nº 347 e ss.

¹⁹ Idem, p. 465.

O novo diploma, baseado no projeto de Bello, suscitou muitas polémicas e interpelações.

Não foram poucas polémicas de Bello pela imprensa. Uma das mais memoráveis travou-se com Domingo Sarmiento, que mais parece um entrechoque de culturas e mentalidades.

Sobre essa polémica escreveu Mariano Picón Salas, no *Repertório Americano*, San José de Costa Rica, tomo XIX, p. 227, reproduzido em *Estudios sobre Andrés Bello*, citado, pp. 297/298: "Si en la memorable polémica de 1842, Sarmiento representaba al nacionalismo argentino con su programa de urgencia inmediata, con su impetuosa voluntad étnica —Sarmiento, gaucho de la República de las Letras, como le llamó Menéndez Pelayo—, en Bello estaban los intereses más históricos de la cultura; de la cultura como tradición y dominio común de todos los hombres".

No Brasil, atendeu à convocação Antônio Pereira Rebouças, em longo estudo intitulado "A Consolidação das Leis Civis, 2ª edição aumentada pelo dr. Augusto Teixeira de Freitas", *Observações do advogado Conselheiro Antonio Pereira Rebouças* (Ed. Eduardo-Henrique Laemert, Rio, 1867).

Polêmicas semelhantes às travadas por Bello no Chile, teve de enfrentar-las Freitas no Brasil, primeiro com Caetano Alberto Soares, em 1858, a respeito de decisão do Instituto dos Advogados Brasileiros sobre escravidão e alforria; outra, posteriormente, com o Conselheiro Antônio Pereira Rebouças, em torno da Consolidação das Leis Civis e, mais tarde, com o húngaro Carlos Kornis de Totvarad, a respeito de dispositivos do "Esboço" relacionados com casamento civil e religioso e, finalmente, com Antônio Luís de Seabra, Visconde de Seabra, tendo como tema o projeto de Código Civil português, que acabou por ser promulgado em 1867. Bello era sereno e firme no debate, evitando sempre humilhar o opositor, deduzindo com lógica seus argumentos. Freitas discorria com profundidade e veemência, às vezes com um toque de sarcasmo, que feria fundo o adversário. Assim é que faz alusão aos "Papinianos de ciência guardada", aqueles juristas, endeusados por seis discípulos, mas que nada diziam ou escreviam. Em 1872, ao ser rescindido o contrato que mantinha com o governo imperial para redação do projeto, publicou tremendo libelo intitulado "Pedro quer ser Augusto". Na polémica com o Visconde de Seabra —um dos pontos mais altos de sua produção científica— foi por vezes áspero. Bello era um temperamento tranquilo, filósofo e poeta, de atuação diplomática invejável; Freitas fora a vida toda advogado, habituando à luta em campo aberto. Representou certa vez contra o Tribunal de Justiça, acusando abertamente magistrados.

VI. OS PROJETOS DE BELLO E FREITAS. FONTES. SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS. MÉTODOS. DISTRIBUIÇÃO DAS MATÉRIAS. SUBSTÂNCIA. PEQUENOS ENCONTROS

Andrés Bello, na mensagem que serve de preâmbulo ao Código Civil, de sua lavra, firmada pelo Presidente Manuel Montt, deu desde logo uma demonstração de independência ao afirmar que, "no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos". Não nega que deles se serviu, como também mais tarde o fez Teixeira

de Freitas no Brasil, "sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país".²⁰

Ambos foram muito leais ao declararem que utilizaram muitos Códigos estrangeiros e obras doutrinárias.

Os códigos foram os mesmos: o francês de 1804, o da Sardenha, o das Duas Sicílias, o da Luisiana, o da Prússia e outros, em menor escala. Quanto às fontes legislativas ancestrais, divergem: —Bello se serviu muito do Códito das Sete Partidas da Espanha e Freitas das Ordenações Filipinas, de Portugal. Esses dois monumentos legislativos estavam vinculados às raízes históricas do Chile e do Brasil. Por maiores que fossem os defeitos desses vetustos exemplares, estavam eles no nascedouro das duas nacionalidades; por mais violentos os sentimentos nativistas contra o domínio europeu, eles corriam no sangue dos dois povos. O parentesco entre as Ordenações e as Sete Partidas remonta às tradições ibéricas. O direito romano estava presente em ambas. Eram marcos de uma idade, más não criaram o direito exclusivo de Espanha e Portugal. Foram rebentos latinos, de mistura com usos e costumes locais e preceitos de vária origem, inclusive godos.

No que se refere às fontes doutrinárias tanto Bello como Freitas se serviu da mesma literatura em voga. Bello preferia as traduções castelhanas de autores como Savigny, Jhering, Heinecio Maynz, Mackeldey e até mesmo de autores franceses como Ortolan (Vd. Espíndola, cit., p. 145), enquanto Freitas preferia as traduções francesas das mesmas obras.

Nada indica que qualquer dos dois codificadores lesse os autores alemães nos originais. (O mesmo ocorreu com Vélez Sarsfield na Argentina).

O que vale, no entanto, não é o veículo linguístico utilizado, mas a doutrina assimilada, quer através do castelhano, quer através do francês.

O direito canônico, de mistura com as "Sete Partidas" e as "Ordenações Filipinas", também se faz presente, aqui e ali, A vinculação da Igreja ao Estado criou essa situação de interdependência. No Brasil, só com a implantação da República, em 1889, se operaria em definitivo a separação da igreja do Estado.

VII. DOIS MÍSTICOS. BELLO E FREITAS TRADUTORES. INSPIRAÇÕES BÍBLICAS

Afinidade singular: tanto Bello como Freitas eram profundamente católicos. A crença religiosa se revela nos projetos de ambos poderosamente.

Nos últimos anos de sua vida, já sem poder andar, Bello era levado à Catedral em cadeira de rodas a fim de assistir a missa das 12 horas, aos domingos (Vd. Ana Luisa Prats Bello, neta do jurisconsulto, isso ateta (Estudios sobre Andrés Bello, Fondo A. Bello, Santiago, 1971, p. 232).

Em Londres, por incumbência de Mr. Blair, Bello se aprofundara no estudo do texto da Bíblia, ao fazer a revisão de uma versão castelhana. Sua experiência, como tradutor, mostrou-se considerável e disso deu

²⁰ Código Civil, 6ª edição. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1975. Mensa-

je del Gobierno al Congreso sobre el Código Civil, p. 9.

atestado por várais vezes. Traduzia, parafraseava, imitava e até superava —a autores estrangeiros, entre eles Victor Hugo:

Ah! qué de marchitas rosas
 en su primera mañana!
 Ah! qué de niñas donosas
 muertas en edad temprana!

(LAS FANTASMAS)

Ou aquela “Oración por todos, que alguns críticos consideram superior ao próprio original francês.

O seu velho mestre de Caracas, Frei Cristóbal de Quezada, bibliotecário da Ordem dos Mercedários, lhe pusera nas mãos o que havia de melhor na literatura hispânica: Canderón de la Barca, Cervantes (Don Quijote), Virgílio (Bucólicas e Geórgicas), Tibulo (Elegias), Horácio (Odes). Numerosos escritores, de primeira categoria, foram objeto de sua avassalante sede mental. *El Cid* mereceu uma das mais acuradas e lúcidas pesquisas de todos os tempos.

Nenhum biógrafo, ao que saiba, apontou entre as fontes culturais de Bello o inexcedível Goethe. No entanto, encontrei pontos expressivos de semelhança de pensamento ou de imagen, que me fazem crer ter sido Bello um leitor assíduo e admirador do gênio alemão. No poema “América” escreveu:

Mas quem, das obras tuas portentosas
 pode a fecunda soma inumerável
 declarar, Causa Eterna, Eterna Fonte
 de vida e seres? Não, que não é dado
 calar de teu poder o fundo abismo
 nem aos puros espíritos que servem
 de escabelo a teu trono, e com mil asas
 velam seu rosto ante o dossel de glória
 em que sublime estás; nem aos que movem
 em espaços sem fim, ou tão somente
 captados por teus olhos, as correntes
 gigantescas dos mundos.

Esta versão se acha na edição em língua portuguesa da obra de Rafael Caldera (Andrés Bello, Caracas, 1973).²¹

Lê-se em Goethe (Faust, 1):

Wer darf ihn nennen?
 Und wer bekennen:
 Ich glaub' ihn?
 Wer empfinden
 Und sich unterwinden
 Zu sagen: ich glaub' ihn nicht?

.....
 Wölbt sich der Himmel nicht da droben?
 Liegt die Erde nicht hier unten fest?

²¹ CALDERA, RAFAEL - “Andrés Bello”, 1973, cit.

Und steigen freundlich blickend
Ewige Sterne nicht herauf?

E neste outro passo:

Tudo canta
de tua majestade o brilho magno.
Tu, á faustosidade uniste a ordem
e o variado ao simples.

Goethe (F. Prolog im Himmel):
Die Sonne toent nach alter Weise
in Brudersphaeren Wettgesang

.....
Und alle deine hohen Werke
Sind herrlich...

Bello:
Mas o homem
qual vil insecto que no tenro calix
de uma flor surge à vida, e vive e morre,
apenas parte mínima contempla
de maravilhas tantas...

A comparação do homen com o vil inseto (de origem bíblica), se acha no mesmo Prólogo do Fausto:

Wie eine der langbeinigen Zikadem,
die immer fliegt und fliegend springt
und gleich im gras ihr altes Liedchen singt.

Bello:
e no livro
da Natureza pode tão somente
decifrar uma linha —e te adorar.

Lê-se em Goethe:

Wo fass'ich dich, unenfliche Natur?²²

Tenho a impressão de que o mesmo misticismo de Goethe está presente em Andrés Bello. Bello era um místico. Eugenio Orrego Vicuña, em "La Obra Poética de Andrés Bello" (in Estudios, II, p. 216), observa: "El género místico, al cual se fue recogiendo por la puerta del dolor, que la fe e la esperanza suelen brotar con mayor fuerza a borde de las tumbas amadas, registra una muestra notabilísima: *Miserere* traducción del Salmo 50: Piedad, piedad Dios mío! Que tu misericordia me, so-corra!"

Teixeira de Freitas também era um místico e realizou algumas traduções. Uma delas, de um raro poema em latim de autoria do Padre Antonio Vieira, valeu-lhe a acusação de estar tomado de "monomania religiosa".

Sobre o assunto redigi algumas páginas na obra biográfica de Teixeira de Freitas, 370 e 372.²³

²² Goethe, Faust, Erst. Teil, Eduard Keiser Verlag, Klagenfurt, Alemanha.

²³ MEIRA, SILVIO; TEIXEIRA, DE FREITAS, O Jurisconsulto do Império, 2ª edição, Brasília, 1983.

Escrovia ele: "O muhdo só por si, nem mesmo na potência das letras, não dá nada, porquanto a verdade só vem do céu". (Córtice Eucarístico —vd. SM— Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império, 2ª edição, Brasília, p. 371).

No discurso pronunciado em 1843 por ocasião da instalação solene da Universidade apresentou Bello a sua profissão de fé literária e nela invocou o nome de Goethe. Lê-se: "El arte! Al oir esta palabra, aunque tomada de los labios mismo de Goethe, habrá algunos que me califiquem entre los partidarios de las reglas convencionales, que usurparon mucho tiempo ese nombre. Protesto solemnemente contra semejante aserción: y no creo que mis antecedentes la justifiquem. . . Pero creo que hay un arte fundado en las relaciones impalpables, etéreas, e la belleza ideal. . . creo que hay un arte que guia a la imaginacion en sus mas fogosos transportes; creo que sin ese arte la fantasia en vez de encarnar en sus obras el tipo de lo bello aborta esfinges, creaciones enigmaticas y monstruosas. Esta es mi fé literária. Libertad en todo; pero no veo libertad sino embriaguez licenciosa en las orgias de la imaginación".

Mais adiante cita Herder, o amigo e guia espiritual de Goethe, quando este ainda concebia obras grandiosas, entre elas o "Fausto".

Os nomes de Goethe e Herder, nessa oração, constituem marcos a assinalar as suas preferências literárias e a plasmar o seu espírito livre.^{23a}

Seria, por isso, por esse espírito de liberdade no campo da arte que Angel C. Gallo filia Bello à escola dos livres pensadores? Diz ele: "porque hacia allá llevaban su espíritu investigador, su inteligencia analítica, su indole ordenada y metódica". (ob. cit., p. 126) e mais adiante: "observar y analizar fue la preocupación de su vida". (Idem.)

Muito embora Bello e Freitas utilizassem algumas fontes idênticas, no campo da legislação passada e da doutrina européia, seguiram, no entanto, rumos diferentes.

Bello louvava muito o Código Francês de 1804; Freitas o criticava acerbamente, dele discordou em muitos aspectos, a começar pelo método na distribuição das matérias. Freitas é um contestador permanente do Código Napoleão. Bello del ese serve abertamente e isso confessa, e louva.

No que se refere à sistematização, o código chileno apresenta o seguinte quadro: Título Preliminar (lei, promulgação, efeitos da lei, interpretação, definição de várias palavras de uso frequente nas leis, derrogação). Livro I - De las personas; Libro II - De los bienes y de su dominio, posesión, uso e goce; Libro III - De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos; Libro IV - De las obligaciones en general y de los contratos.

Duas observações saltam aos olhos: do art. 25 ao 51 as definições, por alguns autores censuradas nos códigos; no livro "De les Personas" incluiu toda a matéria de "dereito da família".

Quanto às definições há precedentes no código da Luisiana e no próprio Digesto de Justiniano, 50.

Esse problema mortificou também Teixeira de Freitas, que assim escreveu: "Recomendam os mestres que a legislação não defina, porque as definições são da doutrina. Onde está, porém, a doutrina? Em parte nenhuma, porque nem os livros nem a escola ensinam nada mais do que uma história de opiniões, ou questões de palavras, a pronto de não estar

^{23a} Bello, demostru atração pela literatura germânica, tanto assim que tra-

duzir trechos de "Los Niebelugos" (Die Niebelungen).

ainda líquida a noção significada pela palavra direito". (Mensagem de 20.9.1867, in SM - TF, O Jurisconsulto do Império, cit., p. 353).

Esse critério é de fase final, quanto Freitas propunha a bipartição do "Esboço" em dois códigos, um GERAL e outro CIVIL. Neste se operaria a unificação do direito privado; naquele se incluiriam "todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina". (Idem, p. 354).

Freitas concentrava as definições no CÓDIGO GERAL de forma que o CÓDIGO CIVIL nada definisse. No Geral as definições teriam caráter amplo, abrangendo todos os campos do direito. Nos códigos particulares não haveria definições.

Vinculava a idéia de seu Código Geral aos dois últimos títulos do Digesto DE VERBORUM SIGNIFICATIONE e de diversis REGULIS JURIS ANTIQVI. Nesse passo invoca a opinião de Pothier. (Ibidem (p. 354). E explica: "Em verdade, há uma grande massa de materiais que, por isso mesmo que entram em todos os ramos da legislação, não pertencem a algum dos ramos particulares, *quae nulli certae tractationi peculiare propria dici possunt*. Encerram noções preliminares, servem para interpretação de todas as leis, *necnon ea, quae ad previas quasdam legum nationes, earumque interpretationem pertinent*".

Invoca então a opinião de Bacon, *legum leges*, "as leis que têm por objeto todas as outras leis e cada uma delas, *ex quibus informatio peti possit, quid in singulis legibus bene, aut perperam positum aut constitutum sit*".

O Digesto, as obras de Pothier e Bacon, foram instrumentos também utilizados por Andrés Bello, freqüentemente.

Estas observações superficiais têm o mérito de pôr em evidência algumas identidades entre o projeto chileno e o pensamento de Freitas. Este, no entanto, apresenta três etapas diferentes: a da Consolidação das Leis Civis de 1858; a dos Esboço de 1860/65; a da mensagem de 20 de setembro de 1867, em que refundiu todo o plano, sugerindo em vez de um, dois códigos.

Na Consolidação, muito preso ainda à tradição, sistematizou a matéria em duas partes, a GERAL, compreendendo dois Títulos, um relativo às Pessoas, outro à Causas e a ESPECIAL, também com dois Títulos, um sobre Direitos Pessoais e outro sobre Direito Reais, classificação esta que ele considera "a chave de todas as relações civis".

VIII. SISTEMATIZAÇÃO DAS MATÉRIAS NAS CODIFICAÇÕES. BELLO E FREITAS. UM PARALELO

Discrepância entre Bello e Freitas, que se revela desde a Consolidação, se concentra na privação dos direitos civis, que Freitas não admite em caso algum, nem mesmo como resultado da privação de direitos políticos, ou por força de condenações judiciais. Pensamento generoso e liberal, sem dúvida, digno de louvor. A própria Comissão Ministerial, encarregada de emitir parecer sobre a Consolidação, integrada pelo Visconde do Uruguay, Nabuco de Araújo e Caetano Alberto Soares (três eminentes juristas), pôs em realce: "Talvez fora cabível assinalar neste título o estado religioso regular, o qual importa a privação de muitos direitos civis: o moderno Código Civil do Chile, e a Lei da Toscana, consideram

esse estado como *morte civil*". (In Consolidação das Leis Civis, 3ª ed., 1915, J. Ribeiro dos Santos, Rio, p. XVIII).

Um paralelo entre o plano ou sistema de Bello e o de Freitas deve levar em conta que este passou por aquelas citadas etapas sucessivas: no "Esboço" (projeto de código civil), altera o plano da consolidação e propõe: TÍTULO PRELIMINAR (I - do lugar; II - do tempo. PARTE GERAL (1 - das pessoas, dos bens e dos fatos). PARTE ESPECIAL (Dos direitos em geral, dos direitos pessoais, dos direitos reais).

Os planos de Freitas contrariam toda a tradição. Não segue a metodologia do Código Napoleão, que condena, nem se filia às fontes romanas. A PARTE GERAL, mais tarde, surge no código civil da Alemanha de 1896. como bem assinalam Raul de la Grasserie e René David. Influência?²⁴

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

Código Civil Chileno e Código Napoleão:

A vinculação do código chileno ao napoleônico se nota em numerosos pontos, entre eles nos preceitos sobre servidões: "se ha seguido, se puede decir, paso a paso el código civil francés" (CCHC, Mensaje, Editorial Jurídica de Chile, p. 17).²⁵

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

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

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

Por ser o "Esboço" a obra mais vasta, com repercussão decisiva no código argentino de 1867, e no paraguaio (que adotou aquele) e no do Uruguai, caberia um paralelo mais aprofundado entre essa obra maior do juriconsulto brasileiro e o projeto de Bello. Teria havido alguma influência? Freitas conheceu o código chileno no devido tempo? Tudo indica que, ao iniciar a redação da Consolidação, não o conhecia, tanto assim que na Nota Nº 46 escreveu: "Temos recentemente o Proj. do Cod. Civ. de Portugal, e do Chile, *que muito desejamos conhecer. Também ainda não vimos* o Proj. do Cod. Civ. espanhol publicado em 1852".

Logo a seguir revela que já conhece o projeto chileno, o que faz crer na ampliação da Nota 46 nas edições que se sucederam: — "Agora por

²⁴ DE LA GRASSÉRIE, RAOUL, Lois Civiles du Brésil. A. Durant et Pedone, Lauriel, Paris, 1894.

²⁵ Cod. Civil, cit., p. 17 e 22.

nós conhecidos esses projetos, eis nosso juízo... O código civil chileno é um belo trabalho, mas seu método está longe de agradar-nos. Depois de um Título Preliminar, à imitação do Cod. Nap., sobre as leis, sua promulgação, efeitos, interpretação, e derogação, contém quatro livros. I 1º trata das *peçoas*, o 2º dos *bens* e de seu domínio, posse, uso e gozo; o 3º da *sucessão causa mortis* e da *doação inter vivos* e o 4º das *Obrigações e dos contratos*. O projeto do código civil espanhol é uma cópia servil do Cod. Nap." (Cons. cit., p. XLIII, N° 46).²⁶

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

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

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

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

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

A partir daí Freitas não faz mais qualquer alusão ao código chileno. É de ressaltar que, nas notas indicadas, invoca às vezes outros códigos, como o do Peru (art. 94, inc. 3º e 4º), o da Prússia, o da França e as Ordenações. Ora concorda, ora discorda de Bello, ora simplesmente menciona a Áustria, art. 22, sem comentário. Não nega, porém, vez por outra, louvores a alguns dispositivos do código chileno.

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

2) Na nota 15, referente ao domicílio, discorda do código chileno ao escrever: "Domicílio civil — porque se distingue do *domicílio político* com referência ao exercício dos direitos políticos. No código do Chile, arts. 60 e 61, entende-se o *domicílio político* em outro sentido, e como

²⁶ TEIXEIRA, DE FREITAS, Consolidação das Leis Civis, 5ª edição, p. XLIII, N° 46.

relativo ao território do Estado em geral, ao passo que o domicílio civil é relativo às circunscrições territoriais. Provém isso de só se ter atribuído ao *domicílio civil* o efeito de determinar a competência das autoridades, não se lhe atribuindo o efeito de determinar a legislação civil aplicável, que aliás se atribui só à nacionalidade”.

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

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

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

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

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

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

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

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

11) Na nota 203 volta ao assunto, quando alude aos direitos adquiridos dos nascituros: "*Irrevogavelmente adquiridos* —porque tanto importa supor-se, segundo Savigny, que os nascituros não têm capacidade para adquirir, por não serem ainda pessoas, uma vez que efetivamente a lei acautela o futuro; tanto importa dizer-se, a exemplo do cod. chileno, art. 77 que os direitos ficam suspensos, até que o nascimento se efetue, como adotar a redção do nosso art., que é consequência da disposição antecedente. Tenho o meu sistema por mais conforme à verdade, porque de fato os bens são adquiridos pelos nascituros, cujos representantes entram na posse deles. E que importa ficar dependendo essa aquisição da condição do nascimento com a vida, se o mesmo acontece com toda a aquisição de direitos resolúveis?"

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

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

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

15) Na nota 226, trata das Pessoas Jurídicas, em cuja teoria "se encontra toda a beleza e majestade do direito civil". Depois de citar os códigos francês, austríaco, o da Prússia e o da Luisiana, registra: "É só o código mais moderno, o do Chile, contém um Tit. sobre o assunto e com a inscrição mais geral das *pessoas jurídicas*, tratando não só das *corporações*, como também das *fundações de beneficência*.

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

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

Como se observa, as fontes, tanto de Bello quanto de Freitas eram savignyanas, mas Freitas se rebelava, discordava e censurava a código chileno.

Em matéria de pessoas jurídicas nada assimilou de Bello, embora o cite e comente.

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

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

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

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

26 e 27) Nas notas 271 e 272, sobre dissolução de corporações e fim das fundações, refere o Cod. chileno, arts. 261, 563 e 564.

São, ao todo, vinte e sete²⁷ referências ao Código do Chile, algumas meramente exemplificativas ao lado dos códigos da Luisiana, da Prússia, da Áustria, do Perú, Das Ordenações e de doutrinadores, especialmente Savigny, que é fonte comum. Em várias notas discorda de Bello, critica respeitosamente, porquanto em alguns passos manifesta sua admiração pelo "belo trabalho", o que importa num delicado trocadilho, voluntário ou não. Uma vez apenas afirma ter ac eito o pensamento de Bello, embora com modificações e noutro passo diz haver coincidência entre a sua concepção e a do codificador chileno.

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

²⁷ Idem.

**X. DOIS TEMAS E MELHOR CONFRONTO ENTRE BELLO
E FREITAS. NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS.
REGISTRO CONSERVATÓRIO**

Parecem dignas de melhor exame algumas afirmativas constantes do excelente estudo de autoria do eminente Prof. chileno Hugo Hanisch Espíndola, intitulado *Augusto Teixeira de Freitas e Andrés Bello* (Ponência apresentada ao Congresso Internacional de Direito Romano, Universidade de Brasília, em 1983). Estudo profundo, em que sea autor —laureado analista da obra romanística de Andrés Bello— revela mais uma vez sua percuciência de pesquisador. Diz ele, às páninas 6: “Sin embargo hay dos temas en que se advierte la concepción de Bello, a pesar de que no se hace ninguna referencia al Código Civil de Chile. La forma y conceptos del desarrollo se acercan profundamente al pensamiento del eminente venezolano. Ellas son la nulidad y el Registro Conservatorio de bienes raíces, por lo que es conveniente destacar la similitud del pensamiento de ambos autores y la semejanza entre los textos o O Esboço y del Código Civil chileno”.

Vamos por partes.

NULIDADE. As fls. 35 e 36 de seu citado trabalho, o mestre chileno volta à crítica: “Otra materia en que Freitas siguió las huellas del Código de Bello es la nulidad”. E insiste: “El artículo 1681 del Código Civil de Chile en su inciso 2º expone: La nulidad puede ser absoluta y relativa, división que usa Freitas en los artículos 805 y 810 de O Esboço”. (36)

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

Ela já constava da legislação imperial brasileira anterior ao código de Bello, o dec. 737 de 25 de novembro de 1850, obra prima que teve vigência no Brasil durante quase um século. Baixado no Imperio, depois a República, em 1889 o mandou aplicar em todo o território nacional pelo decreto nº 763 de 19 de setembro de 1890 e vigorou, como código de processo civil e comercial, até 1942, quando entrou em vigor o novo código. Essa lei brasileira foi da lavra de eminentes juristas, como o foram algumas outras, também imperiais: a lei de 15 de novembro de 1827, o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Penal de 1832 e o Código Comercial de 1850. O Império não foi prolífico em leis, mas as poucas que elaborou, mostram-se de notável significação e de sólido conteúdo jurídico.

Chego assim a uma admirável revelação: Andrés Bello, homem universal, conheceu, estudou e aproveitou algo da legislação imperial brasileira anterior a 1855. Nem poderia ser de outra forma. Um sábio que lia Savigny, que compulsava códigos da Sardenha, da Luisiana, do Peru, da França, da Prússia, não deveria desconhecer a legislação imperial brasileira, justamente aquela que mais o interessava de perto. A língua não lhe era obstáculo. Estudara português na Inglaterra. Em vez de Freitas ter seguido as “huellas” de Bello, ambos seguiram, de mãos dadas, as “huellas” da legislação brasileira imperial, especialmente o decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850 e o Código Comercial Brasileiro do mesmo ano.

Quereis a prova?

Código Chileno, art. 1681: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”.

Dec. nº 737 de 25.11.1850 - Art. 687: "As nulidades também se dividem em nulidades *absolutas* e nulidades *relativas* para o efeito seguinte:" (Vem o texto).

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

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

O título XX do código de Bello se denomina: "De la nulidad y de la rescisión".

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

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

Código chileno, art. 1681 acima citado nada mais é, por outras palavras do que o disposto no dec. 737 de 1850:

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

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

Código chileno, art. 1683 - "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato".

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

Código chileno, art. 1706 - "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato."

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

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

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

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

Bello e Freitas, portanto, beberam na mesma fonte: a lei imperial brasileira.

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

Os romanos não conheceram as denominações - nulidade absoluta e nulidade relativa. Eles utilizavam expressões que caracterizavam, to-

davía, as nulidades absolutas: *nullum ipso jure*; outras vezes chamavam *negotium rescinditur* aos atos passíveis de rescisão: A palavra *inutile* caracterizava atos juridicamente inexistentes, nulos, em suma.

Já Papiniano dizia: *Quae facta laedunt pietatem, extimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiant nec facere nos posse credendum est*". (D. 15, de cond. inet.)²⁸

Tudo o que fere a moral, o pudor, a reputação, os bons costumes não merece fé. E a constituição dos Imperadores Teodósio e Valentiniano abriu caminho para toda uma teoria das nulidades, ao prescrever: *"Nullum enim pactum, nullam conventionem inter eos videri volumus subsequatur, qui contrahunt lege contrahere prohibent*.

Pode haver nada mais claro? Não é a própria definição de nulidade absoluta, mais tarde sistematizada pelos franceses? Vide a respeito Merlin, no seu Cours de Droit civil français (I, § 37). Domat, no "Traité des Lois" (XI 40), Moulon, em "Repétitions sur le Code Napoleon" (I, p. 62), Zachariaeno "Droit civil franç" (3, p. 85), Laurent (belga) no "Principes de droit civil français" (I. n. 42) e se se quiser ir mais longe, Planiol, Demolombe, Pothier e retroceder no tempo e subir até Cujacio.

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

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

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

A terminologia, através dos tempos, tem variado. O código francês e as Ordenações aludem apenas a atos *nulos*. A doutrina portuguesa, substanciada no Código de Processo Civil Português - como bem o salienta Martinho Garcez, utilizam a expressão nulidades *suprimíveis* e *insuprimíveis*.

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

²⁸ Digesto, in Corpus Juris Civiles, ed. Galisset, Paris.

das Leis Civis”, a palavra NULO para os primeiros e ANULÁVEIS para os segundos”. (p. 30, nota 43).

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

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

As expressões *ato anulável* e *ato nulo* estão presentes na doutrina francesa (Vd. Mourlon. Répétitions sur le Code Civil, vol. 2, p. 834).²⁹

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

Laurent chama simplesmente de *inexistente* o contrato absolutamente nulo, isso por que considera sinônimas as expressões *contrato nulo* e *contrato anulável*. (D.C.F. cit., vol. XV, nº 450).³⁰

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

Aos pandectistas alemães a matéria não foi estranha. Basta citar Dernburg, que distingue a nulidade da invalidade (Entkraeftbarkeit). O BGB alemão, quanto à nulidade relativa, preferiu a expressão ANFECHTUNG, *impugnação*, que Dernburg substitui por Entkraeftbarkeit, e Francesco Cicala traduz por *invalidabilità* (PANDETTE, Dernburg, Torino, ed. Fratelli Bocca, 1906, vol. 1, p. 364, nota 2). Dernburg distingue os contratos nulos de modo absoluto, juridicamente inexistentes, apenas com a aparência, nas sem a essência de um negócio jurídico, dos *relativamente nulos*. Diz expressamente (cito a versão italiana de Cicala): “La nullità è relativa: se non può valere da ognuno ad essa interssato, e neanche in tutti i casi”.³¹

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

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

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

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

²⁹ Mourlon. Répétitions sur le code civil vol. 2. p. 834.

³⁰ MARTINHO GARCEZ.

³¹ Laurent. Droit Civil Francais. Bruxelles - Paris, 1983. Dernburg, PANDETTE, trad. italiana de Cicala, Torino, ed. Fratelli Bocca, 1906.

REGISTRO CONSERVATÓRIO

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

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

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

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

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

Um dos primeiros conservadores do mundo ocidental foi JUPITER - o Deus pagão, conforme consta de velhas inscrições latinas SAEPE EST EPI-THETON JOVIS. A divindade pagã era o *conservador*, o *guardador*, o *protetor*, o *defensor da cidade romana* JOVI OPT. MAX. servatori, conservatori ou ainda JOVI CONSERVATORI. Da mesma forma CONSERVATRIX era o epíteto da deusa Juno: JUNONI CONSERVATRICE. Em Arnob. 4, 151: VIRGINE PERPETUI NUTRICES ED CONSERVATRICES IGNIS.³²

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

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

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

Havia vários tipos de Conservador: o da “Mesa do Bem Comum do Comércio”, com jurisdição privativa em todas as contravenções que se fizessem às leis dela (Junta). O “Conservador dos Assistentes da Aula

³² Forcellinus, Aegidius e Facciolatus, Jacobos, dic. latino, Veneza, 1956. Edição antiga, nome do editor ilegível.

do Comércio”, por alvará de 19.05.1659. Extintos mais tarde esses Conservadores foram substituídos por alguns magistrados, entre eles a JUIZ CONSERVADOR DO: PRIVILEGIADOS, alvará de 16.12.1771, § 1 e ss.

Vinham de longe as Conservatorias em Portugal, tanto assim que por Dec. de 20 de abril de 1641 “se mandou consultar a extinção das CONSERVATORIAS, todas foram exintas, salvo a do Comércio, Dec. de 31 de outubro de 1652. (JOSÉ FERREIRA BORGES, Dicionário Jurídico Comercial, Tip. de S. J. Pereira, Porto, 1856)³³

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

Esse é outro aspecto. O Registro predial foi instituído em Portugal por decreto de 26 de outubro de 1836, e posto em execução por decreto de 3 de janeiro de 1837 (vinte anos antes de entrar em vigor o código do Chile). Desde 1801 a matéria vinha sendo cogitada, através do alvará de 9 de junho daquele ano. Criaram-se os cosmógrafos do reino, que organizaram a carta das suas comarcas e instituíram livros de registro geral, para inscrição dos títulos “de cada uma das propriedades, e onde os novos possuidores deviam registrar os seus títulos, sob pena de não lhes serem reconhecidos os direitos que tivessem a essas propriedades”. (Guilherme Alves Moreira, Instituições de Direito Civil Português, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, vol. 1, p. 532, nota 1.³⁴

Verifica-se dessa forma que a legislação portuguesa, muito anterior ao código francês de 1804, já cuidava do assunto. Freitas e Bello sabiam disso. Por portaria de 3 de fevereiro de 1868 criaram-se as “Conservatorias do Ultramar” (idem p. 534). Por decreto de 17 de outubro de 1865 aprovou-se o código do registro predial das Províncias Ultramarinas com Conservatorias. Firma Alves Moreira: “No Ultramar há também na sede de cada comarca uma Conservatoria do registro predial de toda a área da mesma comarca”. (ob. cit. p. 543).

No direito brasileiro imperial o registro predial se liga à publicidade das hipotecas. O dec. nº 482 de 14 de novembro de 1846 em seu art. 14 já prescrevia: “Depois de instalação do registro das hipotecas em qualquer comarca, os efeitos legais das hipotecas dos bens nela situados, só começarão a existir da data do registro das mesmas hipotecas”.

A lei nº 1237 de 24.09.1864 deu-lhe maior amplitude. Previu a prenotação, que já estava presente no código civil português de 1865, art. 966 e segs., sob o nome de registro provisório. O mesmo que a *Vormerkung* do direito alemão.

Muito antes, porém, a lei nº 317 de 21.10.1843, em seu art. 35 criou o Registro Geral: “35 - Fica creado um Registro Geral de Hipotecas, nos lugares a pelo modo que o Governo estabelecer nos seus regulamentos”. Foi precisamente o dec. nº 482, acima citado, que aprovou o respectivo regulamento.

O Código Comercial Brasileiro, lei nº 556 de 25 de junho de 1850, em seus arts. 265 a 270 confirmou o registro hipotecário, enquanto as concessões de sesmarias e posses, por força da lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, se registravam perante os vigários, nos paróquias. A pouco e pouco foi se ampliando o registro, até que passou a denominar-se

³³ FERREIRA BORGES, JOSÉ. Dicionário Jurídico Comercial, Tip. de S. J. Pereira, Porto, 1856.

³⁴ ALVES MOREIRA, GUILLERMO. Instituições de Direito Civil Português. Imprensa da Universidade Coimbra. 1907.

REGISTRO GENERAL, por força da lei nº 1237, de 24.09.1864, citada, objeto de regulamento pelo dec. nº 3453, de 26, 04.1865.³⁵

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

As palavras *Conservador* e *Conservatório*, presentes no velho direito português, tiveram logo acesso ao direito positivo brasileiro, vindo referidas por Teixeira de Freitas, em dispositivos do seu "Esboço" e nota respectiva, inspiradas ao certo no velho direito lusitano.

O Registro Geral de 1864 mandava proceder, não só à inscrição das hipotecas, como a *transmissão inter-vivos, por título oneroso ou gratuito*, dos bens suscetíveis de hipoteca; e a instituição e *direitos reais*, "que não operam seus efeitos a respeito de terceiros, senão também pela transcrição e desde a data desta. (Teixeira de Freitas, Vocabulário Jurídico. Ed. Saraiva, SP, pág. 290, 1983, verbete registro).³⁶

Freitas usava a expressão *registro conservatório* não apenas com relação aos imóveis, mas em sentido mais amplo, quando se referia, por exemplo, à incapacidade da mulher casada: "Esta incapacidade é tão pública pelo fato da coabitação dos casados, que não se faz necessária a publicidade pelo *Registro Conservatório*. (Nota 120 ao Esboço).

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

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

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

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

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

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

Não creio que Freitas defendesse a melhor doutrina com a amplitude que pretendia dar ao *Registro Conservatório*. Com os progressos mundiais, a industrialização, o gigantismo econômico, a experiência indicou que a melhor solução é a da especialização dos registros, não se confundindo as relações referentes a imóveis, com outras relações no

³⁵ Código Comercial Brasileiro, de 1850. Dec. 737 de 25.11.1850, Tip. de Espindola, Siqueira, SP, 1898.

³⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Vocabulário Jurídico, Saraiva, SP, 1983.

campo do direito de família, da propriedade mobiliária, das sucessões, aluguéis que não se refiram a imóveis, especificamente.

A concepção de Bello era mais limitada e a questão de nomenclatura, que tanto preocupou o eminente mestre Hugo H. Espindola a ponto de julgar que "parece juicioso estima que (Freitas) se basó en el Código Chileno" (ob. cit. p. 30) não tem o alcance pretendido.

Além da velhíssima tradição portuguesa das Conservatorias e dos Conservadores, a matéria está presente no direito de outras nações de línguas românicas com vocábulos semelhantes - a mesma origem etimológica latina, Júpiter e Juno foram os mais recuados conservadores da história romana. A legislação espanhola, irmã da lusitana, também aludia a *conservadores*, ou *registradores*. Ernest Lehr, professor da Academia de legislação comparada de Lausanne, Suíça no seu "Elements de Droit Civil Espagnol", ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1880, tomo I, p. 308, faz longo estudo sobre os conservadores (Des Conservateurs), explica: "A chaque registre est preposé un conservateur" (p. 309).³⁷

Quando o código chileno, em seu art. 686 firma que "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador" não diz nenhuma novidade, antes segue as "huellas" dos Códigos da Prússia e da Áustria. Esta particularidade é assinalada por Lafayette Rodriguez Pereira, em seu Direito das Cousas, J. R. dos Santos, Rio, 2ª edição, p. 106, nota 7 s. d.

Freitas utilizou muito o código de Prússia.

Também no direito italiano o vocábulo, que tanto impressionou o insigne exegeta chileno, está presente ao longo dos séculos e acabou por cristalizar-se nos arts. 2673 e seguintes do Código Civil de 1942: "Capo II - Della pubblicità dei registri immobiliari e della responsabilità dei *conservatori*". Art. 2.673 - Obblighi del conservatore; Art. 2.675 - Responsabilità del *Conservatore*; Art. 2.678 - Registro Generale; Art. 2.679 - Altri registri da tenersi del *conservatore*. Art. 2.682 - Sanzioni contro il conservatore".³⁸

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

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

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

Também quanto à teoria das *nulidades absolutas* e *nulidades relativas* nada extraiu de Bello. A legislação brasileira anterior a 1985 já era clara a respeito e parece razoável admitir que Bello a conhecesse (dec. 737 de 1843).

Esta pesquisa serviu-me para abrir novos horizontes, antes não pesquisados, da atividade criadora de Teixeira de Freitas. Quando ele con-

³⁷ LEHR, ERNST. Elements de Droit Civil Espagnol. L. Barose eta Forcel, Paris, 1880.

³⁸ Codice Civile, ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1964.

cebeu um REGISTRO CONSERVATÓRIO de carácter geral, sem as especializações vigentes em muitos povos (hipotecas, imóveis, contratos, testamentos, falências, etc), abriu uma larga porta para uma notável realização no campo do direito. Vejo, nela, um corolário de própria concepção —que depois divulgou— da *unificação do direito privado* em um só diploma. Na verdade, a *unificação dos registros conservatários* constitui aspecto digno de melhor estudo, oa lado da *unificação do direito privado*, com tantos adeptos neste século e em vários países, especialmente no Itália, onde o Código Civil de 1942 realizou esse ideal.

Quero encerrar este trabalho lembrando as palavras de seu grande biógrafo Amunátegui, que se no Chile, “los que no fueron discípulos de Bello lo fueron de sua discípulos, y de los discípulos de sus discípulos”, também no Brasil, os juristas que não foram discípulos de Teixeira de Freitas, o foram de seus discípulos ou dos discípulos de seus discípulos. Entre estes se enfileiram, historicamente: Nabuco de Araujo, sucessor da tarefa codificatória; Felício dos Santos, Coelho Rodrigues (autores de projetos) e um número considerável de juristas deste século, entre os quais avulta Clóvis Beviláqua, santa figura humana, que seguiu as “huellas” de Freitas e Bello.