

I. A FORMAÇÃO DA IDEIA DE UM “DIREITO DE FAMÍLIA”¹

Introdução

De todos os ramos tradicionais do direito civil², o direito de família é seguramente aquele que mais sofre a influência das grandes transformações pelas quais a sociedade contemporânea passa³. A crise desse subsistema é tal que nem mesmo a sua ideia-chave (“família”) se revela clara (a maioria dos manuais evita mesmo apresentar qualquer tentativa de conceito, por conta de sua polissemia⁴).

Não obstante, tenta-se atualmente uma redefinição legislativa da noção tradicional de família através da ênfase (e revalorização) de aspectos do fenômeno. Dentre eles, ganhou absoluto destaque a afetividade em função de recentes projetos de lei que pretendem revogar integralmente o livro IV do CC/2002 e instituir um “Estatuto das Famílias” (projeto de lei do Senado nº 470/2013, que segue, em suas linhas gerais, o projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 2.285/2007⁵)⁶.

¹ Artigo originalmente publicado em R. B. TAVARES DA SILVA – BASSET (orgs.), *Família e pessoa: uma questão de princípios*, São Paulo, YK, 2018, pp. 196 a 232, como uma versão corrigida, adaptada, atualizada, ampliada e traduzida para o português de B. B. Q. MORAES, *Family law from Pufendorf to the twenty-first century – systems and microsystems*, in *FHI*, disponível em <http://www.forhistiur.de/2016-04-moraes> [02-05-2016].

² V. ROPPO, *Diritto privato*, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 30.

³ Cf. R. ZIMMERMANN, *Codification: history and present significance of an idea – à propos the recodification of private law in the Czech Republic*, in *European Review of Private Law* 3 (1995), pp. 108 e 109.

⁴ Cf. W. B. MONTEIRO – R. B. TAVARES DA SILVA, *Curso de direito civil 2 – Direito de família*, 42 ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 17.

⁵ Ambos os projetos são apoiados pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

⁶ Há em tramitação na Câmara dos Deputados outros dois projetos que,

Hoje elevada a um “princípio fundamental” (“eixo condutor”⁷) da família (artigo 5º, IV, PL-SF 470/2013, e artigo 5º, PL-CD 2.285/2007)⁸, a afetividade é uma novidade somente na medida em que erigida a um dos pilares fundamentais da própria noção de família⁹ (pois há muitas décadas se defende a sua importância para a compreensão da nova concepção de família)¹⁰. Em suma, um sentimento (afeto) foi erigido ao mesmo patamar de princípios como a dignidade da pessoa humana (artigo 5º, I, PL-SF 470/2013, e artigo 5º, PL-CD 2.285/2007), que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CF/1988)¹¹.

Não está claro se a excessiva valorização de princípios como esse deve-se à necessidade de justificar (por conveniência prática) a separação de matéria que nos últimos 100 anos (no Brasil) tradicionalmente vem tratada “dentro” do sistema dos códigos civis ou se, ao contrário, essa separação se impôs como uma necessidade dos tempos atuais (alteração da concepção de família

adotando princípios e conceitos diversos (dos dois projetos citados *supra*), pretendem uma reforma do CC/2002, inclusive na parte do direito de família, mas sem revogar integralmente o livro IV da parte especial: PL-CD 699/2011, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá, e PL-CD 6583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (este último com um caráter e preocupação mais principiológica).

⁷ A. A. BARBOSA, *Por que estatuto das famílias?*, in *Direito das famílias – Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, São Paulo, RT, 2009, p. 46.

⁸ Cf. M. BERENICE DIAS, *Manual de direito das famílias*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2010, p. 70.

⁹ Cf. P. L. NETTO LÔBO, *Código Civil comentado XVI – Direito de família – Relações de parentesco – Direito patrimonial*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 41; N. NERY JUNIOR – R. M. A. NERY, *Código Civil comentado*, 11ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 1712 (sobre a influência da teoria da socioafetividade). M. BERENICE DIAS, *Manual cit.*, p. 71, chega a afirmar que: “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

¹⁰ H. LEVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Rivière et Cie., 1955, p. 147: a família está se tornando “de moins en moins un groupe organisé et hiérarchisé, et de plus en plus un groupement fondé sur le sentiment, sur l'affection mutuelle...”.

¹¹ Para uma crítica acerca disso, cf. W. B. MONTEIRO – R. B. TAVARES DA SILVA, *Curso 2 cit.*, p. 45.

pela sociedade), que tornam sobremaneira peculiar o direito de família em face do sistema “tradicional” do Código Civil (assim, a separação da matéria teria a finalidade de criar um microssistema que supostamente asseguraria “uma Justiça mais ágil e atenta à realidade da vida”¹²).

No primeiro caso, teríamos uma separação artificial (e indesejada); no segundo, uma evolução do tratamento da matéria. É, portanto, importante perquirir acerca da autonomia (ou não) do direito de família ao interno do sistema do CC/2002 e do ordenamento jurídico como um todo (em outros termos, perquirir acerca da conveniência ou não de se tratar o direito de família em um microssistema separado do CC).

1. Autonomia do Direito de Família: Direito Romano e Direito Canônico

Historicamente, de todos os ramos tradicionais do direito civil, esse (direito de família) foi um dos que mais tardiamente teve reconhecida sua autonomia (ao interno do sistema dos códigos)¹³.

Inicialmente o não reconhecimento de sua autonomia decorria do fato de, por séculos, a matéria ser regulada pelo direito canônico (por estar centrado na noção de casamento)¹⁴. A distinção entre o *ius canonicum* e o *ius civile* era tão acentuada e nítida com relação a essa matéria (matrimônio) que ainda no

¹² Justificativa do referido projeto.

¹³ S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma, Laterza, 1999, p. 50. Sua autonomia é reconhecida praticamente ao mesmo momento que outro ramo (hoje “tradicional”) do direito civil: o direito das sucessões. Cf. A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in *ZRG RA* 42 (1921), p. 606.

¹⁴ Cf. W. MÜLLER-FREIENFELS, *The problem of including commercial law and family law in a civil code*, in S. J. Stoljar, *Problems of codification*, Canberra, Australian National University, 1977, p. 112. A regra foi consolidada em famoso cânone do Concílio de Trento: “*si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos anathema sit*”. Mesmo entre protestantes o fenômeno se repetia: cf. H. COING, *Europäisches Privatrecht I – Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, Beck, 1985, §38.

no título acerca do furto, onde o pretor trata da família dos publicanos. Contudo, ali são indicados não todos os escravos, mas certo conjunto de escravos reunido com aquela finalidade, isto é, com a finalidade de cobrar tributos. Porém, em outras partes do edito estão abrangidos pelo termo todos os escravos, como quando se trata dos homens reunidos em quadrilhas e dos bens subtraídos com violência. Também quando se trata da ação redibitória (se é devolvida coisa deteriorada por ação do comprador ou de sua família) e do interdito em razão de violência, o termo ‘família’ compreende todos os escravos. E ainda são abrangidos os filhos.

4. Também se chama ‘família’ aquela de várias pessoas que provêm da linhagem de um mesmo primeiro genitor (como quando, por exemplo, dizemos família Juliana), como que ‘de certa origem tradicional’ ”²².

²² Ulp. 46 ad ed., D. 50, 16, 195, 1-2: “1. ‘Familiae’ appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis ‘adgnatus proximus familiam habeto’. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ‘ex ea familia’, inquit, ‘in eam familiam’: et hic de singularibus personis legem loqui constat. 2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. (...) Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. 3. Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et lii continentur. 4. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine prociscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae”.

Não por acaso, os romanos preferiram outros conceitos como “chave-sistemática” e, nesse sentido, mais recentemente, é significativa a forma de inserção das matérias típicas do “direito de família” no sistema do *Code Civil* (um dos primeiros Códigos modernos): seguindo o modelo tripartite das Institutas de Gaio (cujos conceitos-chave eram: pessoas – bens – ações), tratava-as, sem independência ao interno do sistema, no livro I (“*des personnes*”), a partir do título V (o sistema francês, ademais, centrava-se na ideia de propriedade e evitava qualquer noção intermediária entre o indivíduo e o Estado²³)²⁴.

2. Direito de Família: entre o direito público e o direito privado

Outro problema consistia (e consiste) em saber se o conjunto de normas jurídicas acerca da “família” são predominantemente de direito público ou privado²⁵ (houve os que defenderam ser o direito de família um ramo do direito público ou, ao menos, uma “*institution de droit privé orientée vers le droit public*”²⁶). Evidentemente, somente nesse segundo caso, justificarse-ia a inserção da matéria em um código civil.

Essa dificuldade era bem evidente no século XVIII²⁷.

²³ Cf. W. MÜLLER-FREIENFELS, *The problem* cit., p. 112; W. MÜLLER-FREIENFELS, *The emergence of droit de famille and Familienrecht in continental Europe and the introduction of family law in England*, in *JFH* 28 (2003), pp. 34 e ss.

²⁴ Para uma síntese dessa questão em conexão com a sistematização da matéria no século XIX no Brasil, cf. O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*, Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016, §22 (i).

²⁵ Cf. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato* (1940), trad. esp. de O. Caletti, *Filosofía del derecho privado II – La idea social*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 54; S. PULEO, *Famiglia II – Disciplina privatistica: in generale*, in *EGT* 15 (2007), p. 7; O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Distinção sistemática* cit., §12.2.

²⁶ R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1945, p. 15.

²⁷ Para um breve resumo das condições que originaram os modernos códigos

conhecia a obra de HEISE⁸⁰ e dizia-se, em sua época, que SAVIGNY queria ser “o Kant da ciência do direito”⁸¹).

O famoso civilista alemão sustenta todo seu sistema na noção de “relação jurídica” (*Rechtsverhältnis*)⁸², como uma “*Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel*”⁸³ (“relação entre pessoa e pessoa, através de uma norma jurídica”). E dentre as várias espécies de relações jurídicas, há a “relação de família” (“*Familienverhältnis*”), que reúne as relações relativas ao matrimônio, o pátrio poder e o parentesco⁸⁴. Ao conjunto dessas relações dar-se-ia o nome de “família” (“*Familie*”) e ao conjunto de institutos jurídicos (aos quais essas relações se referem) dar-se-ia o nome de “direito de família”⁸⁵ (“*Familienrecht*”). Além disso, também enfatiza que esse direito de família é uma das três classes fundamentais de direitos (as outras duas são o direito das coisas e

cit., p. 38.

⁸⁰ Não se pode colocar em dúvida a influência da obra sistemática de A. HEISE sobre F. SAVIGNY – cf. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978, p. 49; O. LENEL, *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, in *ZRG RA* 36 (1915), pp. 96 e ss.

⁸¹ F. BEISER, *The german historicist tradition*, Oxford, Oxford, 2011, p. 224. Se é certo que I. KANT influenciou F. SAVIGNY, há viva controvérsia acerca da adoção ou crítica por ele (F. SAVIGNY) da filosofia kantiana. Cf. A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in *Friedrich Carl von Savigny – Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, 2ª ed., Frankfurt, Klostermann, 2004, pp. 1 e ss.; P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini* 9 (1980), pp. 96 e ss. Especificamente com relação aos institutos mais importantes do direito de família, cf. S. BUCHHOLZ, *Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht – Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen*, in *Ius Commune* 8 (1979), pp. 156 e ss.

⁸² *System des heutigen römischen Rechts I*, Berlin, Veit, 1840, p. 6 e ss. Sobre a sua importância para a evolução do direito, cf. J. RÜCKERT, *Friedrich Carl von Savigny*, in M. Stolleis (org.), *Juristen – Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, Beck, 2001, p. 555 e ss.; J. RÜCKERT, *Sechzehn Exempel* cit., pp. 41 e 42; H.-P. HAFERKAMP, *Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, in *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 77 e 78; J. SCHRÖDER, *Recht* cit., pp. 219, 217, 223, 224, 235 e 236; H. COING, *Savigny* cit., pp. 18 e ss.

⁸³ *System* cit., p. 333.

⁸⁴ *System* cit., p. 342.

⁸⁵ Evidente a influência desse conceito na obra de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família*, Rio de Janeiro, Virgílio Maia, 1918, *passim*.

II. O IMAGINÁRIO DO CONSELHEIRO VASCONCELLOS: DIREITO ROMANO E DIREITO CIVIL NA VIRADA DO SÉCULO XIX¹

Introdução

“Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”².

Faz pouco mais de cem anos que a famosa frase foi publicada na Espanha. E, com um intervalo de poucos meses mais, um brasileiro concluiu uma das mais interessantes obras jurídicas produzidas no país: uma tradução integral do principal texto jurídico romano (o Digesto de Justiniano).

Não se pode negar a dificuldade de tal feito. Desde o século XVIII, pouco menos de dez pessoas conseguiram realizar algo equivalente³; só um no século XX⁴; nenhum em língua portuguesa⁵.

¹ Artigo originalmente publicado em E. C. SILVEIRA MARCHI (org.), *Estudos em memória do professor Thomas Marky – centenário de nascimento (1919-2019)*, São Paulo, YK, 2019, pp. 307 a 353.

² J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Residencia de Estudiantes, 1914, pp. 43 e 44.

³ Cf. B. B. Q. MORAES, *Manual de introdução ao Digesto*, São Paulo, YK, 2017, pp. 316 e 317.

⁴ S. P. SCOTT, *The Civil Law – Enactments of Justinian*, volumes 2 a 11, Cincinnati, Central Trust Company, 1932. Acerca dessa tradução, cf. B. B. Q. MORAES, *Manual cit. (supra)*, pp. 340 e 341.

⁵ Há alguma dúvida acerca disso. O que parece certo é que, desde o governo de D. João I, em Portugal, quis-se pôr fim a um estado de grande confusão e incerteza na aplicação do direito, pela multiplicidade de fontes do direito acumuladas ao longo de séculos, tendo esse monarca mandado, por isso, elaborar uma “geral compilação” que tinha como um de seus elementos principais “o direito romano interpretado pelos glosadores antigos” e que foi “adotado pelos compiladores <portugueses> em muitos títulos... para completar o seu sistema” – *Prefação das Ordenações Afonsinas – Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de*

E não se pode duvidar de sua relevância, seja em um momento pré-codificação, seja em um momento pós-codificação⁶.

Conhecer a “*circunstancia*” desse trabalho é fundamental para compreender (“*salvar*”) seu sentido e projeção; em seu aspecto externo (o ambiente jurídico no qual foi produzido) e interno (o imaginário do autor). Evidentemente, o primeiro aspecto, por ser melhor documentando, é habitualmente mais fácil

Portugal I – Da legislação antiga – Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V – Livro I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1786, p. v e ss.

Não viu o seu projeto concretizado. Morreu em 1433 e seu sucessor (D. Duarte I) também não conseguiu concluí-lo antes de falecer em 1438. Coube, então, ao infante D. Pedro conduzir a tarefa, enquanto D. Afonso V (que deu nome à compilação) não atingia a sua maioridade. Entre 1446 e 1447, houve a promulgação das Ordenações (Afonsinas) do Reino de Portugal.

Nas mais de duas décadas de estudos preparatórios, não é questionável que o direito romano foi reiteradamente estudado e que houve a tradução de, ao menos, uma parte significativa da compilação de Justiniano. Nesse sentido, sabe-se que D. João I, nos idos de 1426, deu valor legal a uma tradução da compilação justinianeia acompanhada das glosas de Acúrsio e dos comentários de Bártolo. O responsável por essa obra teria sido um suposto aluno do próprio Bártolo: João Fernandez das Regras (“Mestre João *ex Regulis*”, falecido em 1404). Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, in *Obras esparsas II – Estudos de história do direito moderno – 2ª parte*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1981, p. 287, nt. 1; M. J. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo no direito português*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 36 (1960), p. 30 (em especial a nt. 30, que reproduz a carta-régia de 18 de abril de 1426); J. C. MOREIRA ALVES, *Os problemas da tradução do latim do direito para português*, in *Estudos de direito romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, p. 409; *Cronicas del Rey D. João I de gloriosa memoria o I. deste nome, e dos Reis de Portugal o X., e as dos Reis D. Duarte, e D. Affonso o V.*, Lisboa, Antonio Alvarez, 1643, p. 383; C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I*, Rio de Janeiro, Instituto Philomathico, 1870, p. xix e xx.

Muito provavelmente, as inserções de direito romano feitas nas Ordenações Afonsinas de 1446 foram retiradas dessa tradução de João das Regras. O que não se sabe é se a referência ao “Código de Justiniano” indica somente o *Codex* ou se também o *Digesto*. A maioria da doutrina tende a considerar somente o Código. Se for assim, nunca houve, em terras portuguesas, uma tradução integral do *Digesto*. Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário* cit. (*supra*), p. 287, nt. 1 (a nota se estende até a p. 293).

⁶ Em especial no momento atual, em que o direito romano reforça sua antiga utilidade e assume novas funções – cf. B. B. Q. MORAES, *História e Futuro do Direito Brasileiro: a importância do estudo do Direito Romano no século XXI*, in C. Morau (org.), *História e futuro do direito brasileiro: Estudos em homenagem a Ignacio Maria Poveda Velasco*, São Paulo, LiberArs, 2019, *passim*.

sabidamente escassa, e, pobre em comparação com a riquíssima língua dos Romanos”²⁰.

No mesmo contexto, outro futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, ALFREDO PINTO²¹, também reforçava o papel do direito romano (de referência para o direito comparado): “O direito romano, monumento que serve de fanal ainda hoje a todas as legislações...”²².

A fim de ilustrar, vale a pena reproduzir a discussão que houve, por ocasião dos debates do projeto, em 1901, entre dois famosos juristas²³ (o já referido AMARO CAVALCANTI e ANDRADE FIGUEIRA²⁴):

AMARO CAVALCANTI: Dá um aparte.

ANDRADE FIGUEIRA: Diz que esse precedente não serve. Tem a presunção, e isto é natural, porque todo o brasileiro é presunçoso, tem a presunção de que a legislação que possuímos nada tem que invejar às legislações estrangeiras.

AMARO CAVALCANTI: Embora incompleta, não conheço melhor.

ANDRADE FIGUEIRA: V. Ex. disse na última reunião desta Comissão que a legislação pátria era incompleta quanto às condições e prazos nas obrigações. Não conhece nenhuma mais completa, visto que compreende desde o direito romano até o

²⁰ *Código Civil brasileiro – Trabalhos relativos a sua elaboração II*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1918, p. 436.

²¹ Para uma biografia sumária dele, cf. <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=197> [12/07/2019].

²² *Código Civil brasileiro – Trabalhos II cit. (supra)*, p. 1007.

²³ *Código Civil brasileiro – Trabalhos relativos a sua elaboração III*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1919, pp. 1145 e 1146.

²⁴ Que foi presidente Câmara dos Deputados – cf. <https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/oimperio.html> [12/07/2019].

Cadeiras, uma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano”⁵⁷.

Em 28 de abril de 1854 vieram à luz os novos Estatutos para as Faculdades de Direito que, além de preverem uma Cadeira de “Institutos de Direito Romano” logo no primeiro ano do curso, indicava que o ensino da Cadeira de “Direito Civil Pátrio” (do terceiro ano) deveria ser feito “com análise e comparação do Direito Romano”⁵⁸.

A Faculdade de Direito de São Paulo não tardou a se adaptar aos novos Estatutos, tendo sido nomeado o seu primeiro professor da disciplina (CRISPINIANO SOARES) em 08 de julho de 1854 (o curso efetivamente foi inaugurado em 20 de agosto⁵⁹)⁶⁰.

2.2. *Direito romano e direito civil na doutrina*

E o direito romano continuou a se fortalecer em âmbito nacional por conta da publicação, logo depois, de uma das obras mais importantes no contexto de todo direito latino-americano do século XIX: a “Consolidação das Leis Civis” de TEIXEIRA DE FREITAS (de 1857)⁶¹.

Resulta ela de uma necessidade prática: havia certa confusão na aplicação e estudo do direito, derivados do estado de então das

⁵⁷ Ementa do referido Decreto Legislativo e artigo 2.º.

⁵⁸ Decreto 1.386/1854, artigo 3.º.

⁵⁹ J. L. ALMEIDA NOGUEIRA, *A Academia de São Paulo – Tradições e reminiscências – Estudantes, estudantes, estudantadas – 1ª série*, São Paulo, s.e., 1907, p. 122.

⁶⁰ B. B. Q. MORAES, *Manual cit. (supra)*, p. 139. Exerceu a Cátedra até o ano de 1871; depois, até o final do século XIX, exerceram a Cátedra: o Conselheiro Manoel Antonio DUARTE DE AZEVEDO (de 1871 a 1881), o Conselheiro Francisco Antonio DUTRA RODRIGUES (de 1881 a 1888), Américo Brasiliense de ALMEIDA MELLO (de 1888 a 1890) e Frederico José Cardoso de ARAÚJO ABRANCHES (de 1890 a 1903) – cf. W. FERREIRA, *Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na centúria de 1827 a 1927 – II – Os lentos e os professores cathedráticos*, in *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)* 24 (1928), pp. 55, 56, 73, 77, 84 e 88; J. C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do ensino do direito romano cit. (supra)*, p. 14 e ss.

⁶¹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1857.

fontes do direito⁶². A sistematização da legislação era imperiosa e era natural a realização de uma compilação ou consolidação como uma etapa preliminar para a codificação⁶³ do direito privado (TEIXEIRA DE FREITAS disse que era “a última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil empreendera o Governo Imperial” ... “é um trabalho de simplificação, que, destinado à grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”⁶⁴).

Contudo, ele não se limitou a compilar a legislação em vigor. Pretendeu ele ressystematizar toda matéria de direito privado. De forma metódica, ele expõe primeiramente o sistema vigente do direito civil⁶⁵ e, depois, indica alguns dos principais fundamentos do novo sistema (que continuaria a ser desenvolvimento quando da elaboração do “Esboço”, a partir de 1860).

Ao fazê-lo, deixa evidente quais foram as suas principais influências (em especial na longa “Introdução” da obra). Trata-se de uma consolidação do modelo português (autores como CORRÊA TELLES e COELHO DA ROCHA, não obstante fossem criticados, são bases importantes do seu pensamento⁶⁶), temperado pelo direito comparado, seja pela doutrina (em especial a alemã, através de nomes como SAVIGNY⁶⁷ e MACKELDEY⁶⁸), seja pela legislação (em

⁶² Ele critica duramente a Lei da Boa Razão – A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação (1857)* cit. (*supra*), pp. vii e viii.

⁶³ Acerca da distinção entre compilação, consolidação e codificação, cf. B. B. Q. MORAES, *Parte Geral do Código Civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*, São Paulo, YK, 2018, p. 17 e ss.

⁶⁴ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação (1857)* cit. (*supra*), p. v.

⁶⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação (1857)* cit. (*supra*), p. xiii e ss.

⁶⁶ “Na exposição do nosso Direito Civil, o que há de inovações no método antigo, atribuído às Institutas, não passa do *Digesto Portuguez* de Corrêa Telles, e das Instituições de Coelho da Rocha, professor na Universidade de Coimbra” – A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação (1857)* cit. (*supra*), p. xxxiv.

⁶⁷ Veja-se, por exemplo, o que diz do jurista alemão em A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1859, pp. 86, 102 e 126.

⁶⁸ Que ele compara com M. A. COELHO DA ROCHA – cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação (1857)* cit. (*supra*), pp. xxxviii e xxxix.

efetivamente traduzidos, porém parte do trabalho foi perdida (talvez há muito tempo⁹⁷).

A configuração atual do manuscrito, após a sua redescoberta no ano de 2011 na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia⁹⁸, é a seguinte:

Volume 1º (tradução de D. 1 a D. 7): 878 páginas (fora a encadernação) com lacunas (D. 2, 13, 1 a D. 3, 6, 9); a extensão original era de aproximadamente 1.063 páginas (incluindo capa e índice); há as seguintes datas anotadas pelo próprio tradutor:

(i) p. 132 (margem, no final da tradução de D. 1): 17 de março de 1899;

(ii) p. 408 (margem, no final da tradução de D. 3)⁹⁹: 09 de maio de 1899 e 29 de outubro de 1900;

(iii) p. 628 (margem, no final da tradução de D. 4): 03 de julho de 1899 e 20 de maio de 1901;

(iv) p. 788 (margem, no final da tradução de D. 5): 24 de fevereiro de 1900 e 20 de junho de 1901;

(v) p. 850 (margem, no final da tradução de D. 6): 17 de março de 1900 e 03 de julho de 1901;

(vi) p. 981 (margem, no final da tradução de D. 7): 19 de julho de 1901.

Volume 2º (tradução de D. 8 a D. 17): 879 páginas (fora a encadernação) com lacunas (D. 16, 1, 13, 1 a D. 17, 2, 84); a extensão original é desconhecida, porque foi perdida a parte final (incluindo o índice

de luz natural do dia.

⁹⁷ Por exemplo, na contracapa do primeiro volume há uma anotação que deixa evidente ser a grande lacuna das páginas 209 a 404 já existente no ano de 1956 (supostamente por terem sido retiradas e entregues a alguém).

⁹⁸ E. C. SILVEIRA MARCHI, *Introdução* cit. (*supra*), p. 31.

⁹⁹ Foi perdida a parte final da tradução do D. 2.