

CONSOLIDAÇÃO (OU CRIAÇÃO?) DAS LEIS CIVIS POR TEIXEIRA DE FREITAS: REFLEXÕES SOBRE A LEI DA BOA RAZÃO

Gustavo de Revorêdo Pugsley¹

1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA.



urante a leitura de um excelente artigo sobre a recepção do Direito² europeu no Brasil do século XIX – “Entre mimese e jabuticaba: recepções e acomodações da ciência jurídica europeia no Brasil do século XIX”³ –, surgiu dúvida sobre uma questão lateral, tocada apenas de passagem, que levou a este breve escrito.

No artigo, o autor procura afastar dois extremos na análise da recepção, no Brasil do século XIX, do Direito europeu: a ideia de que recebemos e copiamos com perfeição o Direito europeu, aplicando-o aqui exatamente como se aplicava na Europa; e, no outro extremo, a visão de que a nossa cultura jurídica seria absolutamente independente daquele Direito, porque no Brasil o pluralismo jurídico “*daria cores absolutamente únicas a esse quinhão latino americano plurirracial que foi ocupado, invadido e explorado pelo europeu português. Seríamos como uma jabuticaba*”⁴.

Mais adiante, ao abordar o trabalho que supostamente

¹ Mestre pela Faculdade de Direito da USP.

² Neste escrito, utilizar-se-á Direito com o “D” maiúsculo em referência ao Direito Objetivo.

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*. In: SORDI, Bernardo (org.). *Storia e diritto: esperienze a confronto (atti dell’incontro Internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini, 18-19 ottobre 2012)*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 415-424.

⁴ FONSECA, *op. cit.*, p. 416-417.

seria de mera *consolidação* de Teixeira de Freitas, em sua conhecida *Consolidação das Leis Civis*⁵ –trabalho preparatório para a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro – o autor aponta duas características, que teriam grande peso na formação da cultura jurídica nacional: a linguagem utilizada pelo jurista, em comparação com a linguagem dos textos que seriam “consolidados”; e uma possível modificação do próprio conteúdo das normas.

No tocante à primeira característica, referente à linguagem, diz o autor:

Há total solução de continuidade (um verdadeiro hiato, uma grande cisão) entre o modo como eram escritos os documentos jurídicos pré-modernos (“matéria prima” do trabalho consolidador de Teixeira de Freitas) e o modo como passam a ser escritos os documentos jurídicos modernos. [...] Os textos “legislativos” do antigo regime tinham características muito diferentes do padrão legislativo pós-revolucionário: eram eles longos, argumentativos e impregnados de um estilo muito próprio e peculiar. Tudo isso vai ser “traduzido” na “Consolidação” para a forma de dispositivos numerados na forma de artigos com redação direta e clara. [...] A diferença na forma de exposição dos preceitos traz também uma diferença na forma de se enxergar o próprio direito: de um modo complexo, labiríntico, cheio de mediações e balanceamentos, a linguagem traslada-se para uma forma direta, concisa e que possui a função clara de comando.⁶

Quanto à segunda característica apontada, atinente a eventuais modificações do conteúdo das normas, a pretexto de apenas consolidá-las, diz Ricardo Marcelo Fonseca: “*o modo como selecionava, escrevia e expressava as matérias tinha um forte viés de reinterpretação e recriação, à certa semelhança de como os juristas do ‘ius commune’ agiam na sua atividade de ‘interpretatio’*”.⁷

⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

⁶ FONSECA, *Tra mimesi e jabuticaba...*, cit., p. 421.

⁷ *Ibid.*, p. 422.

Não há como discordar. Porém, parece possível refletir: a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) não permitia, ou até impunha, que o jurista procedesse exatamente desta forma? Quer dizer, como a legislação pombalina determinava a utilização subsidiária do Direito europeu mais atual, não teria Teixeira de Freitas agido corretamente? E mais: se o Direito moderno europeu ingressava no Brasil por esta “válvula” da Lei da Boa Razão, as disposições já não fariam parte do nosso Direito pré-codificado? E, neste contexto, seria possível opor *consolidação e criação*?

2. A LEGISLAÇÃO POMBALINA – COM DESTAQUE PARA A LEI DA BOA RAZÃO – E A INTRODUÇÃO DE UMA ABERTURA PARA O DIREITO EUROPEU MODERNO.

As Ordenações Filipinas traziam importante regra para o preenchimento de suas inúmeras lacunas, no Livro III, Título LXIX, com o seguinte preâmbulo:

Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações. Quando algum caso for trazido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras Leis, e Direito.

E quando o caso, de que se trata, não for determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Canones.

E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario.

As quaes Leis Imperiaes mandamos, sómente guardar pola boa

razão em que são fundadas.⁸

Fica claro que as “Leis Imperiais”, ou seja, o Direito Romano,⁹ deveria ser aplicado apenas quando não houvesse Lei do reino, estilo da corte (que seriam assentados nos termos do §14 da Lei da Boa Razão), ou costume longamente usado e que “por Direito se deva guardar” (a Lei da Boa Razão também trouxe limitação ao uso dos costumes). E mais: o Direito Romano só deveria ser aplicado quando fundado em boa razão (conforme trecho final citado: “*As quaes Leis Imperiaes mandamos, sómente guardar pola boa razão em que são fundadas*”).¹⁰

Apesar das restrições trazidas pelas Ordenações para a aplicação deste Direito subsidiário, viriam ocorrendo abusos interpretativos, que teriam levado à edição da Lei de 18 de agosto de 1769, batizada por José Homem Corrêa Telles de “Lei da Boa Razão”.¹¹ Esta lei declara expressamente a intenção de trazer ao Direito português o mesmo “*cuidado de todas as nações polidas*” na precaução de “*interpretações abusivas, que ofendem a Majestade das Leis*”. A este breve escrito, interessa principalmente o seu §9.º, que trata do Direito subsidiário, em que se destaca o seguinte trecho:

Sendo-me presente, que a Ord. L. 3 Tit. 64 no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estylos da Côrte, e costumes do Reino, pelas Leis que chamou de

⁸ *Codigo Philippino ou Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.* 14. Ed. Org. por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 663-664. Na nota “3”, p. 663, comentou Candido Mendes: “vide nos *additamentos* a este liv. a L. de 18 de Agosto de 1769, denominada da *bôa razão* pelos Jurisconsultos”. Será mantida a escrita da época em todas as citações.

⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *A Lei da Boa Razão (1769): a globalização atlântica*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 127: jan./fev. 2020, p. 101-139 (versão digital – *RT Online*, I, 1, I).

¹⁰ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português: fontes de direito*. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 467-468.

¹¹ CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865, na página de apresentação: “denomino-a a Lei da Boa Razão, porque refugou as Leis Romanas, que em boa razão não fôrem fundadas”.

Imperiaes, não obstantes a restrição, e limitação finaes do mesmo Preambulo conteúdas nas palavras – *As quaes Leis Imperiaes mandâmos sómente guardar pela boa razão em que são fundadas* –; se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos.¹²

Menezes Cordeiro, catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, assim resumiu este §9º: (a) o Direito romano só vale na medida em que esteja conforme com a boa razão; (b) as Ordenações, as Leis pátrias e os usos dos Reinos prevaleceriam sempre; (c) nas leis políticas, canônicas [*sic* – seria *econômicas*], mercantis e marítimas, haveria, na falta de leis nacionais, que recorrer às “*Leis das Nações Christãs, illuminadas e polidas*”.¹³ Acredita-se que constou “canônicas” em vez de econômicas por equívoco, porque a Lei da Boa Razão fazia remissão expressa às leis das nações iluminadas em caso de leis “políticas, econômicas, mercantis e marítimas”.¹⁴

É certo que a Lei da Boa Razão, como bem indica o seu apelido, foi editada em meio às reformas pombalinas, com forte influência do iluminismo. Assim, já se pode imaginar que esta Lei, para além de seus objetivos declarados, tinha um intuito que talvez se possa chamar de “modernizador”. Neste sentido, sobre o autor desta Lei e dos Estatutos da Universidade de Coimbra, ensina Menezes Cordeiro:

¹² Trecho da lei citado como consta em CORRÊA TELLES, *op. cit.*, p. 28.

¹³ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, *cit.*, I, 3, III.

¹⁴ Consta no §9º da Lei da Boa Razão que no caso das “*Leis Politicas, Economicas, Mercantis, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs teem promulgado com manifestas utilidades do socego publico, (...) que com as disciplinas d’estas sábias e proveitosas Leis vivem felizes à sombra dos Thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarchas, e Principes Soberanos: sendo muito mais racional, e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobredictas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudência (...)*”. Quer dizer, nestas matérias, caberia um recurso *direto* a tal Direito, que já teria depurado o Direito Romano, pegando o que havia de adequado aos tempos modernos e eliminando o restante, bem como trazendo outras atualizações.

O funcionamento, em Portugal e no Brasil, do sistema de fontes previsto nas Ordenações e completado pelos assentos das Relações e da Casa da Suplicação, tornavam complicada a administração da justiça. Sobre matérias nucleares, havia que apelar ao *corpus iuris civilis* e aos comentários que, durante séculos, ele foi acumulando. Reclamava-se uma reforma que foi finalmente encarada por Sebastião José de Carvalho e Melo: o Marquês de Pombal (1699-1782). Embaixador de D. João V em Londres e em Viena de Áustria, Pombal conhecia bem as grandes diretrizes do Iluminismo.¹⁵

Quanto à história do Direito português, Gomes da Silva trata de um “período de influência iluminista (1750-1820)”, em que se destaca a “crítica da tradição jurídica”, notadamente do direito romano e da *communis opinio doctorum*,¹⁶ características nitidamente visíveis na Lei da Boa Razão. Ainda quanto ao período, diz o autor que “há quem olhe para a Razão como única fonte de direito”, ou, talvez com maior precisão, “Rei e razão serão as fontes de direito”.¹⁷

Segundo o lusitano Menezes Cordeiro, a Lei da Boa Razão tinha três objetivos essenciais: simplificar o sistema de fontes; reafirmar a autoridade real; e modernizar setores jurídicos mais sensíveis ao progresso.¹⁸ E como consequências de fundo, aponta “o recuo do Direito romano, subordinado às leis nacionais e à boa razão, a supressão do Direito canônico (...) e a desconsideração da opinião comum dos doutores, da glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo” – e questiona “se não terá havido um recuo do *ius commune*, com uma sua substituição por uma postura racionalista, em sede de leis”.¹⁹

Pontes de Miranda também destaca o ideário racionalista das reformas pombalinas. Pede-se licença ao leitor para uma

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., I, 2, I. Destaque-se que em temas nucleares era necessário apelar às tais fontes subsidiárias, em razão do caráter lacunoso das Ordenações, o que interessa especialmente a esta investigação.

¹⁶ GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 437 et seq.

¹⁷ *Ibid.*, respectivamente nas páginas 442 e 467.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., I, 2, II.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., II, 4, II.

citação um pouco longa, com a análise de Pontes de Miranda sobre o tema:

Achavam-se os espíritos amofinados com o desacerto das interpretações de Acúrsio e de Bártolo de Saxoferrato, com o prestígio da *opinio doctorum*, com a mecânica citação de textos exegéticos ou de julgados, como se valessem as opiniões pelo número e não pelo que realmente persuadissem. Foi nesse momento que o *racionalismo*, pelo pulso forte do Marquês de Pombal, atirou aos jesuítas e ao povo, à Igreja e aos julgadores, a Lei de 18 de agosto de 1769, denominada da “Boa Razão”, porque com ela recomendava se conferissem as opiniões dos doutores. A desmoralização dos *argumentos de autoridade* (...). No que concerne às *lacunas da lei*, as inovações foram sensíveis.

Manda-se: que seja inalterável o modo de julgar, dos *assentos* (§§4º e 5º); que, havendo dúvidas, se fixe, antes, a inteligência da lei (§6º); que, em assuntos políticos, de ordem econômica e mercantil, se recorra às leis das nações civilizadas da Europa, e não às Romanas (§9º); que se atenda ao espírito das leis, e não a outras regras de interpretações (§§10, 11); que as glosas e opiniões de Acúrsio e Bártolo de Saxoferrato não possam ser alegadas em Juízo, nem seguidas, nem as de outros doutores: acima delas estão as boas razões (§13); que o *costume* seja conforme a boa razão e as leis do Reino, e de mais de cem anos (§14), e que se estude, porque disso resulta melhor julgamento e menos perigoso manejo do método aconselhado (conferência com a Boa Razão).²⁰

No tocante à característica do período de reafirmação da vontade real e das leis do Reino, havia interessante restrição à interpretação. A interpretação – e cabe destacar que à época se entendia que *in claris non fit interpretatio*, quer dizer, é como se a interpretação literal não fosse verdadeira interpretação – era vista como deturpação da lei e violação da vontade do Rei. Assim, Lei de 25 de Junho de 1760 estabelecia:

Ordeno que esta Lei, e as mais que por ella tenho excitado, se observem literal, e exactamente como nellas se contém sem interpretação ou modificação alguma, quaesquer que ellas

²⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 44-45.

sejão; porque todas prohibo e annulo. E quando haja casos taes, que pareça que nelles conteria a dita literal observancia rigor incompatível com a minha Real, e pia equidade; tomando-se sobre elles assento, se Me farão presentes pelo Regedor das Justiças, ou quem seu cargo servir, para Eu determinar o que Me parecer justo.²¹

Com o fortalecimento do racionalismo, as opiniões passam a ser avaliadas pelo seu valor *intrínseco*, não mais por algum valor extrínseco – quer dizer, o argumento deve prevalecer se for “de boa razão”, e não por alguma autoridade ou idolatria do seu autor ou do próprio texto. “*A tendência da Lei de 18 de agosto de 1769 para o valor intrínseco, e não mais extrínseco, das opiniões, está em quase todos os pontos dela*”.²² Contudo, trata-se do “*valor intrínseco racional e não científico. Noutros termos, o valor de conformidade com o direito natural, com o ‘espírito das leis’*”.²³

A Lei da Boa Razão seria, de certa forma, complementada pelos Estatutos da Universidade de Coimbra, os conhecidos “Estatutos Pombalinos”, aprovados na Carta de Lei de 28 de agosto de 1772.²⁴ Nestes Estatutos, fica estabelecido que, como

²¹ Extraído de GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 455.

²² PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução...*, cit., p. 46.

²³ *Ibid.*, p. 62 – o jurista completa: “*Cujácio e a filosofia do século XVIII (racionalismo filosófico, cosmopolitismo jurídico) contra Bártolo de Saxoferrato e Acúrsio, contra a aristocracia fechada e o enxerto romano inassimilado*”. Cf. o texto do §9º da Lei da Boa Razão. M. A. COELHO DA ROCHA já criticava a remissão das Ordenações a Bártolo e Acúrsio, porque os juriconsultos da época, “*segundo a escola de Cujácio, iam procurar as decisões na razão e no espírito das leis, sem cogitar das glosas ou opiniões dos seus antecessores: o que é prova de sobejo da incuria dos compiladores da Ordenação Filipina*” (referência feita por Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 43, quanto à obra *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal*. 6. Ed., §§251-252, p. 191 et seq.).

²⁴ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., II, 4, III, fala em “*complementação*”, mas alguns juristas parecem afirmar que os Estatutos são utilizados em complemento à Lei da Boa Razão apenas pelo fato de ambos terem o mesmo autor, o Marquês de Pombal (ex. CORRÊA TELLES, *Commentario critico...*, cit., p. 33: “*como o Auctor da nossa Lei o foi também dos Estatutos da Universidade, que pouco depois d’ella se publicaram (...)*”). GOMES DA SILVA afirma que os Estatutos, “*vulgarmente chamados ‘pombalinos’*”, na verdade são fruto da atividade da Junta de Providência Literária (*História do Direito Português...*, cit., p. 475), a mesma que,

é muito difícil confrontar as “*Leis Romanas com tantas, e tão diferentes especies de Direitos, e de Leis, como são; o Direito Natural; o Divino; o das Gentes (...)*” etc., haveria uma espécie de atalho para “conhecer” o mais moderno Direito, “*hum caminho mais plano, e mais curto; e por elle conduzirão os Ouvintes na fôrma abaixo declarada*”.²⁵

O caminho seria basicamente a observação das modernas nações da Europa: “*indagarão o Uso Moderno das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitam a Europa. E descobrindo, que Ellas as observam, e guardam ainda no tempo presente; terão as mesmas Leis por applicaveis*”. Isso porque “*não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnancia, pela qual se devam haver por abolidas; continuassem ainda hoje a observallas, e a guardallas, tantas, e tão sabias Nações*”.²⁶

Gomes da Silva indica que, três anos depois da Lei da Boa Razão, “*reconheceu o legislador quanto havia de arbitrário e vago no confronto do direito romano e boa razão*”, o que teria motivado esta nova regra dos *Estatutos*.²⁷ Aliás, um bom exemplo dado pelo autor quanto às incertezas da “boa razão” é o fato de que “*Bártolo é recebido nas Ordenações Afonsinas, porque ‘he communalmente mais conforme aa razom’; agora, é expulso porque se não conforme às ‘boas razões’*”.²⁸

Com esta breve introdução em mente, pode-se partir ao que interessa a este breve escrito: com quais fontes Teixeira de Freitas se deparou? O que lhe caberia consolidar?

Segundo Pontes de Miranda, eram as fontes de Direito Civil antes do Código Civil (a ordem aqui não é indicativa de

pouco antes, havia feito o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas*.

²⁵ *Estatutos da Universidade de Coimbra do anno de MDCCLXXII (1772)*. Livro II. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1773, p. 271-272 (Livro II, Título V, Cap. III, item ou § “6”).

²⁶ *Estatutos da Universidade...*, cit., p. 272 (Livro II, Título V, Cap. III, item “7”).

²⁷ GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 469, nota 1

²⁸ GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 472.

alguma hierarquia):²⁹ (I) as leis (cartas de lei, alvarás etc.); (II) o costume (os *estilos da Corte*, especialmente os *Assentos* da Casa da Suplicação); (III) o Direito Canônico e o Romano; (IV) “O direito das nações civilizadas, o uso moderno, a que se referiram os Estatutos da Universidade de Coimbra (Lei de 28 de agosto de 1772). Era a remissão ao direito estrangeiro”;³⁰ (V) a analogia.

Em Portugal, evidentemente, a situação não era diferente. No tocante às fontes do Direito na época do Código Civil de 1867, ensina Gomes da Silva:

Ensaia-se uma interpretação dos Estatutos, entendendo-se que se o legislador consentia ‘averiguar o uso moderno das nações nos escritos dos seus jurisconsultos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis’ [a passagem é de Coelho da Rocha]. E é assim que os juristas oitocentistas Almeida e Sousa, Gouveia Pinto, Correia Telles e Coelho da Rocha vão considerar, como disposições subsidiárias, preceitos tirados do Código Civil Francês, dos Códigos da Prússia, da Áustria, da Sardenha e outros. Deste modo, como bem anota Braga da Cruz, o direito privado português, nas vésperas do Código Civil de 1867, era a resultante de três diferentes e sucessivas camadas: em primeiro lugar ‘o fundo tradicional ou escolástico, formado pelas Ordenações, pela legislação extravagante anterior a meados do século XVIII, e pela massa imponente dos tratados dos nossos velhos praxistas. Em seguida, o contributo da época jusnaturalista, formado pela legislação da segunda metade do século XVIII e pelas inovações doutrinárias introduzidas à sombra dela, pelos juristas. E, finalmente, a legislação liberal de inspiração individualista, e a avalanche dos preceitos importados dos Códigos estrangeiros, a título de direito subsidiário’. Talvez, apenas, se possa acrescentar que, por detrás destas camadas, o *Corpus Iuris* é, ainda, com muita frequência, invocado.³¹

Voltando ao texto da Lei da Boa Razão, no tocante ao “direito das nações civilizadas”, como se destacou acima, tratava-se de um “caminho mais curto” para encontrar as normas

²⁹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução...*, cit., p. 65-78.

³⁰ *Ibid.*, p. 73.

³¹ GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 517-519.

de Direito Romano que ainda mereciam aplicação. Evidentemente, esse Direito europeu moderno não poderia ser simplesmente aplicado no Brasil ou em Portugal: trata-se de Direito subsidiário, como se procurou esclarecer acima. Poderia ser aplicado em caso de lacunas. Ocorre que, como destacou Corrêa Telles, as lacunas nas Ordenações são muitas: “*Havendo como ha em Direito tantas controversias, e um Codigo de Leis tão insufficiente para as decidir, que foi necessario buscar refugio nas dos Romanos, e outras reconhecidas outrosim por defeituosas, e obscuras*”.³²

A importância do Direito subsidiário não pode ser menosprezada. Como ensina Menezes Cordeiro: “*As Leis nacionais e as Ordenações eram lacunosas. Numerosos aspetos decisivos do Direito das obrigações, dos contratos e dos direitos reais: no fundo, o núcleo essencial do Direito*”.³³ Destaque-se: o núcleo essencial do Direito, na vigência das Ordenações Filipinas, era lacunoso. Aliás, o próprio Teixeira de Freitas, na introdução à Consolidação das Leis Civis, afirma: “*aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso suplemento*”.³⁴

Isso significaria que, nas lacunas, está permitida a aplicação direta do Direito de certas nações iluminadas? O grande jurista português Guilherme Braga da Cruz se debruçou sobre este tema e parece concluir que, tratando-se de “assuntos políticos, econômicos, mercantis e marítimos”, a resposta é positiva; em outros temas, porém, a resposta é negativa – dever-se-ia recorrer ao *Direito Romano conforme com a boa razão que “era, afinal, pura e simplesmente, o direito como tal aceite nas obras doutriniais dos grandes representantes da corrente do usus modernus pandectarum*”.³⁵

³² CORRÊA TELLES, *Commentario critico...*, cit., p. 87, item 196.

³³ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., II, 4, III.

³⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação...*, cit., p. XXXII. Ver nota 41 abaixo.

³⁵ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *O direito subsidiário na história do direito português*. Revista Portuguesa de História. Tomo XIV. Homenagem ao Dr. Paulo Merêa,

Contudo, Braga da Cruz alude a um fato que considera “extremamente curioso e significativo”, verificado na execução da Lei da Boa Razão:

(...) o *uso moderno*, que os *Estatutos Pombalinos da Universidade* ofereciam como critério prático para avaliar da concordância do *direito romano* com a *recta ratio*, passaria a ser, na obra dos nossos doutrinadores e na jurisprudência dos nossos tribunais, a partir da segunda década do século XIX, preferentemente, o *direito das modernas codificações europeias*, moldadas já nos cânones do individualismo que a Revolução Francesa fizera triunfante em todo o velho Continente.

O *direito subsidiário*, por esta via indireta, deixaria assim de ser, a pouco e pouco, o *direito romano* das obras de HEINECCIUS, de STRYK ou de THOMASIIUS – como o legislador pombalino tinha pretendido –, para passar a ser, de preferência, o articulado do *Código Civil francês*, dos *Códigos da Prússia e da Sardenha*, ou do *Código austríaco*. Os nossos escritores da época, com efeito, vão invocando cada vez menos a autoridade dos grandes mestres do *usus modernus pandectarum* e passando a recorrer em seu lugar, sempre que possível às novas codificações estrangeiras.³⁶

Corrêa Telles, em seu conhecido Digesto Português, traz uma assertiva que corrobora a lição de Braga da Cruz: “*em apoiar muitos artigos sobre disposições de Codigos estranhos, também não introduzi novidade*”.³⁷ Como se vê, de certa maneira, o Direito estrangeiro era fonte do Direito em Portugal e no Brasil, ainda que subsidiária; e, diante das inúmeras lacunas das ordenações, tal direito subsidiário adquiriu grande relevância. Traçado este panorama geral, pode-se passar, finalmente, à análise das questões propostas no início deste breve artigo.

vol. III. Coimbra, 1974 (p. 177 *et seq.*), p. 303-304. Com isso, juristas como CARPZOV, HEINECCIUS, THOMASIIUS, STRUVE, STRYK, BÖHMER e outros “*adquiriam, indiretamente, valor normativo em Portugal, como fontes subsidiárias de direito*”.

³⁶ *Ibid.*, p. 305-313, sobretudo p. 310-313.

³⁷ CORRÊA TELLES, José Homem. *Digesto português ou Tratado dos direitos e obrigações civis accommodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*. 3. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, tomo I, p. 5.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO BRASILEIRO JÁ ERA MODERNO?

Cabe retomar, então, as reflexões iniciais: quando Teixeira de Freitas, a pretexto de “consolidar” o Direito Civil brasileiro de seu tempo, “modernizou” o contido nas Ordenações e outras leis tipicamente pré-modernas – teria ele efetivamente consolidado o nosso Direito? Parece possível defender que sim: como a Lei da Boa Razão permitia a aplicação, como Direito subsidiário, do Direito moderno de certas nações da Europa, e por se tratar de um Direito *essencialmente lacunoso*, seria possível dizer que este Direito moderno efetivamente já “fazia parte” do Direito brasileiro.

Pontes de Miranda indica que Teixeira de Freitas não foi o primeiro a agir de tal modo, encontrando um Direito moderno em textos jurídicos pré-modernos: “*No fim do século XVIII, a ‘Lei da Boa Razão’ permite a obra de Pascoal José de Mello Freire, diligente, sistemática, profunda. Do caos do Direito português tira o livro Institutiones, sintético, com a mentalidade do seu século e do gosto literário associado ao senso jurídico*”.³⁸ A obra seria propiciada justamente pela Lei da Boa Razão.

Em sentido semelhante, analisando o Direito brasileiro pré-codificado, Menezes Cordeiro afirma que a Lei da Boa Razão, “*pelos vias adrede referenciadas, colocava o Direito civil no campo do usus modernus pandectarum, o qual evoluiu para o pandectismo e, no Direito comercial, na órbita das diversas legislações mais avançadas*”.³⁹ Na sequência, menciona a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, encontrando, nela, um “tratamento pandectístico” das matérias.⁴⁰

³⁸ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução...*, cit., p. 62. Também relacionando este jurista com Pombal: GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 478-479.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, *A Lei da Boa Razão...*, cit., IV, 16, III.

⁴⁰ *Ibid.*, loc. cit. e nota 75.

O próprio Teixeira de Freitas afirmou, a respeito da Lei da Boa Razão:

A famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbítrio com o título de *-boa razão-*; o outro subsidio dos *-estilos, e costumes-*; tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas têm chegado á tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão.⁴¹

Contudo, dizer que *houve trabalho de mera consolidação, e não de criação*, seria um excesso. Na verdade, como destacaram Corrêa Telles e, depois, Braga da Cruz, a Lei da Boa Razão criou um gigantesco espaço de incerteza no Direito, uma incerteza distinta da que existia até então – mas não menos pujante.⁴² Acredita-se que, na realidade, não é possível contrapor, neste caso, *consolidação* e *criação*. O Direito era tão incerto, diante da adoção do Direito das nações iluminadas nas numerosas lacunas, que consolidá-lo envolveria, necessariamente, intensa atividade criativa.

Muitas lacunas seriam bem próprias de um Direito pré-

⁴¹ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação...*, cit., p. XXXII-XXXIII. Ver nota 34 acima.

⁴² CORRÊA TELLES, *Commentario critico...*, cit., primeiramente, na p. 44, na nota 88 ao §9º da Lei da Boa Razão, considera que o caminho da “boa razão” é “mais espinhoso” do que o caminho até então seguido; após, na p. 87, nota 196 ao §13: “*deixou a Jurisprudencia nacional em um arbitrario mais amplo, do que antes era*”; BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., p. 306 et seq. – “*esta lei, longe de ter vindo acabar com a confusão anteriormente reinante no seio da jurisprudência portuguesa – como era prioritário propósito do legislador –, limitou-se a deslocar essa confusão para um campo inteiramente diverso, sem conseguir dominá-la*”. Por fim, em sentido semelhante, diz PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução...*, cit., p. 62: “*A Lei de 18 de agosto de 1769, se, por um lado, limita e restringe a arbitrariedade interpretativa, de que de fato, gozavam advogados e julgadores, abriu por outro, a possibilidade de novo arbítrio, – o da Boa Razão, a que se refere e define*”. Com exemplos concretos dos problemas que surgiram na aplicação prática da Lei da Boa Razão, cf. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português...*, cit., p. 514, nota 2, e a excelente Nota Final nº XIX – “*Algumas críticas setecentistas à Lei de 18 de Agosto de 1769*” (p. 686-693).

moderno. Exemplo ilustrativo é a conduta criadora/modernizadora de Teixeira de Freitas na definição de domínio da Consolidação das Leis Civis:⁴³ uma definição tipicamente moderna e que não estava em nenhuma parte das Ordenações Filipinas. Seria possível, então, refletir: justamente por não haver uma definição de domínio nas Ordenações, Teixeira de Freitas não estaria legitimado a trazer tal disposição do Direito europeu moderno?

Como se destacou acima, no artigo mencionado sobre a recepção do Direito europeu no Brasil do século XIX, que deu origem a esta breve reflexão, não se estava a julgar a legitimidade do trabalho de consolidação de Teixeira de Freitas, mas apenas a observar que os textos supostamente consolidados (pré-modernos) eram muito distintos do texto da Consolidação (com conteúdo e estilo modernos). De fato, o trabalho de criação/modificação de Teixeira de Freitas parece inegável. Propõe-se, contudo, este repensar, no sentido de que, embora os textos fossem efetivamente pré-modernos, nosso Direito, em si, havia sido de alguma maneira “modernizado” por esta “válvula” da Lei da Boa Razão.

De certa forma, é como se o Direito brasileiro já fosse moderno (pelo menos nas numerosas lacunas dos “textos legais”), antes da Consolidação: só não se sabia bem *como ou em que medida*. Assim, Teixeira de Freitas foi *revelando* este Direito moderno, ao mesmo tempo em que o *criava* – em síntese, neste contexto, não parece realmente possível opor *consolidação* e *criação*. Este breve escrito se volta apenas a um início de reflexão: não se analisou, por exemplo, a eventual modificação de questões que não eram lacunosas nas Ordenações.

O que se desejava, em síntese, era analisar criticamente a ideia de que Teixeira de Freitas, a pretexto de apenas consolidar o Direito vigente, teria empreendido atividade de criação ou modificação deste mesmo Direito. Outra questão, igualmente importante, seria a maneira como Teixeira de Freitas “traduziu”

⁴³ FONSECA, *Tra mimesi e jabuticaba...*, cit., p. 422-423.

ou “transplantou” o Direito moderno de nações europeias para o contexto brasileiro. Afinal, *o modo “como foram recebidas, selecionadas, estudadas, acomodadas e aplicadas as teorias jurídicas por aqui é uma chave central (...) para compreender a nossa história do direito no século XIX”*.⁴⁴



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I.* 14. Ed. Org. por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *O direito subsidiário na história do direito português.* Revista Portuguesa de História. Tomo XIV. Homenagem ao Dr. Paulo Merêa, vol. III. Coimbra, 1974, p. 177 e ss.
- CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769.* Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.
- _____. *Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis accommodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsidio ao novo Codigo Civil.* 3. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, tomo I.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo.* In. SORDI, Bernardo (org.). *Storia e diritto: esperienze a confronto (atti dell’incontro Internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini, 18-19 ottobre 2012).* Milano:

⁴⁴ FONSECA, *Tra mimesi e jabuticaba...*, cit., p. 418.

- Giuffrè, 2013, p. 415-424.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português: fontes de direito*. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, António. *A Lei da Boa Razão (1769): a globalização atlântica*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 127: jan./fev. 2020, pp. 101-139 (versão digital – RT Online).
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PORTUGAL. *Estatutos da Universidade de Coimbra do anno de MDCCLXXII (1772)*. Livro II. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1773.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.