

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO

**TEIXEIRA DE FREITAS E A HISTÓRIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

BELO HORIZONTE

2013

FELIPE QUINTELLA MACHADO DE CARVALHO

**TEIXEIRA DE FREITAS E A HISTÓRIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade

Projeto estruturante: Identidade e Reconhecimento

Orientador: Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto

BELO HORIZONTE

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Dissertação intitulada “Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no Direito Civil brasileiro”, de autoria de Felipe Quintella Machado de Carvalho, avaliada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2013.

À minha amada família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família, por todo o apoio.

Agradeço, então, ao meu orientador, Giordano Bruno, por todo o acompanhamento, inspiração e incentivo.

Agradeço, ainda, ao David Gomes, que nos apresentou à metodologia da história dos conceitos de Koselleck.

Agradeço, por fim, aos meus amigos na Faculdade de Direito da UFMG, por todas as reflexões compartilhadas.

“Na doutrina, uma definição pouco exata ou vaga é um erro, que pode causar noções falsas, e uma confusão portanto nas consequências. Na lei, uma definição restrita exclui da disposição casos, que nela se desejaria compreender; e muito vaga, estende essa disposição a casos, que não tinha em vista: é uma falta, cujos resultados são injustiças, e muitas vezes antinomias ou contrariedades, que são o mal que mais se deve recear em uma legislação.”
Augusto Teixeira de Freitas, na *Nova Apostila*¹

“O mesmo problema existe para nós, que também usamos os conceitos de forma ingênua, a partir de uma semântica que temos em nossas cabeças como um ‘a priori’.”
Reinhart Koselleck, em *“Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos”*²

“De fato, não raro a tendência de nossos tempos em naturalizar o que é na verdade histórico, em tomar como dado algo que só pode ser compreendido em sua profunda, humana e complexa historicidade, faz com que tomemos conceitos, instituições e formulações culturais que são vigentes e atuantes em nosso presente como se fossem realidades trans-históricas, dotadas desde sempre de uma validade que resiste ao desgaste dos tempos.”
Ricardo Marcelo Fonseca, em *“A ‘Lei de Terras’ e o advento da propriedade moderna no Brasil”*³

“Para nós, para quem sabe Direito Civil, para todos os Códigos e Legislações, a capacidade civil não é uma e indivisível, porque efetivamente há muitas capacidades.”
Augusto Teixeira de Freitas, na *Nova Apostila*⁴

¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859. P. 115-116.

² KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5. N. 10. Rio de Janeiro: 1992. P. 12.

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Disponível em:
<http://www.historiadodireito.com.br/mostra_textos.php?opcao=mostra_texto&id_textos=11
> Acesso em: 25 ago. 2013.

⁴ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 92.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – ANÁLISE SINCRÔNICA: A FORMAÇÃO DOS CONCEITOS QUE COMPÕEM A TEORIA DAS CAPACIDADES	20
TÍTULO I – A DISCIPLINA DAS PESSOAS AO TEMPO DA FORMAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES	23
<i>Capítulo 1 – O Direito vigente no Brasil Império</i>	23
<i>Capítulo 2 – A disciplina das pessoas em textos do Direito português</i>	26
2.1 A disciplina das pessoas nas Instituições de Direito Civil Português de Melo Freire	27
2.2 A disciplina das pessoas nas Notas de uso prático de Lobão.....	38
2.3 A disciplina das pessoas no Direito Civil de Portugal de Borges Carneiro	44
2.4 A disciplina das pessoas no Digesto Português de Corrêa Telles	54
2.5 A disciplina das pessoas no Curso de Direito Civil português de Liz Teixeira.....	58
2.6 A disciplina das pessoas nas Instituições de Direito Civil Português de Coelho da Rocha.....	65
<i>Capítulo 3 – A disciplina das pessoas no Direito Romano</i>	69
3.1 A disciplina das pessoas nas Institutas do Jurisconsulto Gaio	69
3.2 A disciplina das pessoas nas Institutas do Imperador Justiniano	73
3.3 A disciplina das pessoas no Digesto do Imperador Justiniano.....	76
<i>Capítulo 4 – A disciplina das pessoas nas obras brasileiras de Direito Civil</i>	77
4.1 A disciplina das pessoas nas Instituições de Direito Civil brasileiro de Trigo de Loureiro.....	78
4.2 A disciplina das pessoas no Curso de Direito Civil brasileiro do Conselheiro Ribas.....	85
4.3 A disciplina das pessoas nos Direitos de família de Lafayette Rodrigues Pereira.....	90
<i>Capítulo 5 – A disciplina das pessoas na Consolidação das Leis Cíveis</i>	95
TÍTULO II – A FORMAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES NO BRASIL: AS IDEIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS	108
<i>Capítulo 1 – A teoria das capacidades na Nova Apostila</i>	108
<i>Capítulo 2 – A teoria das capacidades no Esboço de Código Civil</i>	121
1.1 Personalidade jurídica	126
1.2 Capacidade civil.....	130
1.3 Capacidade de direito.....	130
1.4 Capacidade de fato.....	132
1.5 Incapacidade de direito	134
1.6 Incapacidade de fato.....	135
1.7 Distinção entre incapacidade de direito e incapacidade de fato.....	137
1.8 Incapacidade de fato absoluta.....	139
1.9 Incapacidade de fato relativa.....	139
<i>Capítulo 3 – O contexto da formação da teoria de Freitas</i>	140
3.1 A escravidão no Brasil	141
3.2 O embate com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português.....	147
3.3 O processo de industrialização e o benefício de restituição.....	148
3.4 Considerações acerca da teoria de Freitas no contexto de sua formação	150
<i>Capítulo 4 – Influências estrangeiras sobre Teixeira de Freitas</i>	152
4.1 Influências portuguesas: o Projeto de Código Civil Português de Seabra e a Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho.....	152
4.2 Influências francesas: o Código Napoleão e a Escola da Exegese.....	156
4.3 Influências germânicas: o Sistema Atual do Direito Romano de Savigny	163

PARTE II – ANÁLISE DIACRÔNICA: OS CONCEITOS QUE COMPÕEM A TEORIA DAS CAPACIDADES NA TRAJETÓRIA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	167
TÍTULO I – PROJETOS DE CÓDIGO CIVIL NO IMPÉRIO	168
<i>Capítulo 1 - Projeto de Nabuco de Araujo</i>	172
1.1 O esquema de capacidades do Projeto de Nabuco de Araujo	175
<i>Capítulo 2 - Projeto de Felício dos Santos</i>	179
2.1 O esquema de capacidades do Projeto de Felício dos Santos	183
TÍTULO II – PROJETOS DE CÓDIGO CIVIL NA REPÚBLICA.....	190
<i>Capítulo 1 - Projeto de Coelho Rodrigues</i>	191
1.1 O esquema de capacidades do Projeto de Coelho Rodrigues.....	195
<i>Capítulo 2 – A Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho</i>	199
2.1 O esquema de capacidades de Carlos de Carvalho.....	200
<i>Capítulo 3 – Projeto de Clovis Bevilacqua</i>	202
3.1 O esquema de capacidades do Projeto Primitivo	205
3.2 O esquema de capacidades do Projeto Revisto	212
TÍTULO III – O CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	216
<i>Capítulo 1 – O tema das capacidades na tramitação do Código Civil de 1916 no Congresso Nacional</i>	217
<i>Capítulo 2 – O esquema de capacidades do Código Civil de 1916</i>	222
CONCLUSÃO	228
REFERÊNCIAS	232

RESUMO

No Direito brasileiro a teoria da personalidade se completa pela teoria das capacidades, a qual explica a aptidão para adquirir direitos e para praticar atos dos diversos entes a que se atribui suscetibilidade para serem sujeitos de direitos. Essa teoria entra no Direito pátrio por meio de dois trabalhos de Teixeira de Freitas que partem de teorias em desenvolvimento no Direito português, no Direito francês e no Direito germânico, mas que apresentam conceitos e um esquema normativo próprios. Os conceitos e o esquema de Freitas influenciam o Direito brasileiro e aparecem em todos os projetos de Código Civil posteriores ao *Esboço*, mas, pouco a pouco, sofrem alterações substanciais. O esquema enfim positivado no Código Civil de 1916 acaba por representar uma síntese do esquema de Freitas, conquanto os conceitos que serão usados para explicá-lo provenham, sobretudo, da leitura de Clovis Bevilacqua dos conceitos freitianos.

ABSTRACT

In Brazilian Law the theory of legal personality is completed by the theory of legal capacities, which explains the ability to acquire rights and to practice acts of the entities to which the susceptibility to be the subject of a right is attributed. This theory enters Brazilian Law through two works of Teixeira de Freitas which are based on theories under development in Portuguese Law, French Law and German Law, but which present concepts and a normative scheme of his own. Freitas's concepts and scheme influence Brazilian Law and appear on every project of Civil Code after the *Esboço*, but in time they are substantially transformed. The scheme finally used in the Civil Code of 1916 ends up representing a summary of Freitas's scheme, though the concepts which will later be used to explain it come, above all, from Clovis Bevilacqua's reading of the freitian concepts.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Civil inicia-se pela sua *teoria geral*. Esta, por sua vez, inicia-se pela *disciplina das pessoas*, a qual, primeiramente, estabelece que a aptidão para ser *sujeito de direitos* se realiza na *personalidade*.

As obras brasileiras de Direito Civil tradicionalmente ensinam que *personalidade* e *capacidade* constituem noções complementares. Veja-se, por exemplo, este excerto de Caio Mário da Silva Pereira:

Aliada à ideia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, ou por intermédio, ou com a assistência de outrem. Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele.⁵

Mais adiante, Caio Mário denomina *capacidade de direito* essa *capacidade jurídica*, e a distingue da *capacidade de fato*: “a esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo”⁶.

Essa lição é similar à de Orlando Gomes:

O termo *capacidade* emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de *personalidade*. Chama-se, então, *capacidade de direito* ou *de gozo*. Para ter direitos na ordem civil todo homem é capaz, porque pessoa. No segundo, é a aptidão para exercer direitos. Denomina-se *capacidade de fato* ou de

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 162.

⁶ PEREIRA. *Instituições. Cit.* Vol. I. P. 162.

exercício. Nem todos a possuem. Causas diversas restringem-na.⁷

Miguel Maria de Serpa Lopes segue linha semelhante, partindo, porém, de uma *capacidade* que denomina *civil*:

A capacidade civil, portanto, é a aptidão de uma pessoa para ser sujeito de direitos e de obrigações, e, de outro lado, a aptidão para exercer esses direitos e cumprir essas obrigações. Conseqüentemente, do ponto de vista clássico, a palavra *capacidade* é suscetível de dupla acepção: 1º) significa uma aptidão a se tornar sujeito de direitos, ou de todos os direitos, ou de alguns dentre eles, o que se costuma denominar *capacidade de direito*; 2º) aptidão ao exercício desses direitos, isto é, a capacidade de exercício ou capacidade de fato.

(...)

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de *fato*, também denominada capacidade de *exercício* ou de *ação*, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil.⁸

Dentre os autores contemporâneos, Carlos Roberto Gonçalves explica que:

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada capacidade de *aquisição* de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção.⁹

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. P. 149.

⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. P. 267.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 95-96.

A *capacidade de fato*, que Gonçalves também denomina *capacidade de exercício ou de ação*, por sua vez, consistiria na “aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil”¹⁰.

Outro autor contemporâneo, Roberto Senise Lisboa ensina que:

Diferencia-se a personalidade da capacidade.

Conforme anteriormente mencionado, *personalidade* é atributo do sujeito, inerente à sua natureza, desde o início de sua existência.

Capacidade é a aptidão para o exercício de atos e negócios jurídicos.

Logo, pode-se afirmar que todas as pessoas possuem personalidade, mas nem todas têm capacidade.¹¹

Apesar de anunciar que a *personalidade* distingue-se da *capacidade*, Senise Lisboa afirma que *personalidade* “é a *capacidade de direito ou de gozo* da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e sua projeção para o mundo exterior”¹². Ou seja, distinta da *personalidade* seria a *capacidade de fato*, que Senise Lisboa também chama de *capacidade de exercício*, a qual se referiria ao exercício de atos e negócios jurídicos, e que seria aferida pelos critérios definidos pelo legislador: “idade, estado psíquico e aculturação”¹³.

Já Francisco Amaral enxerga na *personalidade* um “valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito”,¹⁴ a qual consistiria na “aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres”¹⁵. Por sua vez, a *capacidade de fato* consistiria na “aptidão para a prática dos atos da vida civil, e

¹⁰ GONÇALVES. *Direito Civil. Cit.* P. 96.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 251.

¹² LISBOA. *Manual. Cit.* P. 203.

¹³ LISBOA. *Manual. Cit.* P. 251.

¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. P. 218.

¹⁵ AMARAL. *Direito Civil. Cit.* P. 227.

para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm”¹⁶.

Além da variedade de locuções empregadas – *capacidade jurídica*, *capacidade civil*, *capacidade de direito*, *capacidade de fato*, *capacidade de gozo*, *capacidade de exercício* –, a consulta a essas obras revela a falta de identidade dos *conceitos* atribuídos a cada expressão, o que interfere no panorama geral do que se poderia considerar uma *teoria das capacidades* – sempre plurais, pois o ponto em que não há divergência é justamente o reconhecimento de que há mais de uma *capacidade*.

Buscando material para reflexão em obras brasileiras de Direito Romano, encontra-se também o uso dessas noções de *capacidades* para explicar a situação das pessoas em Roma – o que sugere, então, que se trataria de uma tradição imemorial.

Em seu *Direito Romano*, José Carlos Moreira Alves distingue *personalidade jurídica* de *capacidade jurídica*:

Personalidade jurídica é a aptidão de adquirir direitos e de contrair obrigações. Em geral, os autores consideram sinônimas as expressões *personalidade jurídica* e *capacidade jurídica*. Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo de Justiniano, os heréticos (que era pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não podiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético).¹⁷

Na sequência, distingue a *capacidade de fato*:

¹⁶ AMARAL. *Direito Civil*. Cit. P. 227.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. P. 109-110.

A personalidade jurídica (aptidão de adquirir direitos e de contrair obrigações) e a capacidade jurídica (o limite dessa aptidão) não se confundem com a capacidade de fato, que é a aptidão para praticar, por si só, atos que produzam efeitos jurídicos.¹⁸

Admite, no entanto, em nota, que “os romanos não tinham termos específicos para exprimir essas três ideias: *personalidade jurídica*, *capacidade jurídica* e *capacidade de fato*”¹⁹.

Nas suas *Instituições de Direito Romano*, por sua vez, Ebert Vianna Chamoun distingue *capacidade de direito* de *capacidade de fato*, e ainda contempla a gradação desta em *absoluta* e *relativa*:

Distingue-se a noção abstrata de capacidade e a noção concreta e positiva de titularidade mediata. Realizando-se, esta última, através da manifestação de uma vontade, é óbvio que se exija, em primeiro lugar, que a vontade esteja formada, depois, que haja adquirido uma certa maturidade. À primeira e à segunda noções dá-se o nome de capacidade de direito; a última denomina-se capacidade de fato.

O direito romano, diferentemente do direito moderno, não entendia que todo homem fosse investido de personalidade. (...)

A *capitis deminutio* excluía ou restringia a capacidade de direito. (...)

Por outro lado, havia pessoas que não tinham capacidade de fato. A incapacidade de fato era absoluta e relativa.²⁰

Ademais, no seu *Curso de Direito Romano*, José Cretella Júnior ressalta que, “em Roma, pode uma pessoa ter *capacidade de direito* e, no entanto, em razão da *idade*, do *sexo* ou da *mente*, pode não ter *capacidade de fato*”²¹.

¹⁸ ALVES. *Direito Romano. Cit.* P. 110.

¹⁹ ALVES. *Direito Romano. Cit.* P. 110.

²⁰ CHAMOUN, Ebert Vianna. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 50.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. P. 96.

De acordo com António Manuel Hespanha, no entanto, a “teoria geral da *capacidade de gozo e de exercício de direitos*” teria sido pensada somente no final do século XVIII no Direito germânico.²²

Pois bem. Ricardo Marcelo Fonseca, em sua *Introdução Teórica à História do Direito*, adverte para o fato de que

O senso comum dos juristas (fala-se evidentemente de uma maneira generalizadora) gosta de pensar que o direito atual, o direito moderno, é o ápice de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes, já que é a única unguida com a água benta da “racionalidade”.²³

Essa característica seria ainda mais marcante no Direito Privado, que se apega sempre ao arcabouço que apropriou do Direito Romano.²⁴

De fato, as obras de doutrina do Direito Civil brasileiro, desde a promulgação do Código Civil de 1916, apresentam a *disciplina das pessoas* com base nas ideias de *capacidades* sem refletir sobre sua adequação ao contexto local ou temporal.

Em sua *Teoria Crítica do Direito Civil*, Luiz Edson Fachin sinaliza para a necessidade dessa reflexão:

O artigo 4º do Código Civil brasileiro [de 1916], para marcar o início do ingresso da pessoa no estatuto do sujeito de direito, adota a posição segundo a qual estabelece uma via de ingresso da pessoa para saber se ela herda, se pode contratar, se pode tornar-se titular de um bem, se pode testar, já que, para converter-se num sujeito de direito, há de receber sobre si o atributo da personalidade. O questionamento sobre a eventual atribuição de personalidade ao nascituro, definida como de “política legislativa”, de há muito acende o debate no cenário

²² HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010. P. 84.

²³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012. P. 23.

²⁴ FONSECA. *Introdução*. *Cit.* P. 23.

nacional, não mitigado com a distinção entre personalidade e capacidade.²⁵

Em síntese, Fachin problematiza a questão da *personalidade* e da *capacidade* como centros da noção de *sujeito de direito* e observa que os seres humanos se tornam “escravos dessa ‘máscara’”, o que leva o “ser sujeito de direito” a um “ser *eventualmente* sujeito de direito”.²⁶

Observando-se esse quadro, duas indagações ocorrem: de onde provêm as noções de *capacidade*? Quais são, afinal, seus *conceitos*?

Considerando-se que se está diante de um problema conceitual, em razão do uso do vocábulo *capacidade* com um sentido próprio, ou seja, considerando-se que há um *conceito de capacidade* que envolve “certo nível de teorização e cujo entendimento é também reflexivo”²⁷, sugere-se a metodologia da *história dos conceitos* proposta por Reinhart Koselleck, a qual “coloca-se como problemática a indagar a partir de quando determinados conceitos são resultado de um processo de teorização”²⁸. Segundo Koselleck, “essa problemática é possível de ser empiricamente tratada, objetivando essa constatação, por meio do trabalho com as fontes”²⁹.

Ao se propor a traçar o *conceito de propriedade moderna* no Brasil, Ricardo Marcelo Fonseca observa que “uma das missões principais do historiador do direito – senão a principal – é possibilitar, pelo seu particular modo de observar a realidade jurídica, a relativização de conceitos que no nosso presente nos parecem absolutamente naturais”³⁰.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 28-29.

²⁶ FACHIN. *Teoria Crítica*. *Cit.* P. 31.

²⁷ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 2

²⁸ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 2.

²⁹ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 3.

³⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Disponível em:

http://www.historiadodireito.com.br/mostra_textos.php?opcao=mostra_texto&id_textos=11. Acesso: 21 de agosto de 2013. [Sem paginação.]

Trabalhando com o *conceito de propriedade moderna*, Ricardo Marcelo também enfrentou o problema de se tomarem os conceitos como algo dado. Sobre sua pesquisa, pois, adverte:

Trata-se, assim, de livrarmo-nos da ideia de que a identidade do vocabulário entre passado e presente significa uma identidade de sentidos: por trás de uma mesma morfologia geralmente há, em perspectiva histórica, uma muito diversa semântica. A tendência atual (que é particularmente marcada no campo discursivo do direito) no sentido de absolutizar os conceitos como se fossem dotados de uma validade eterna e trans-histórica (e aqui sempre temos em mente o conceito de propriedade) encontra um antídoto muito eficaz na análise diacrônica: afinal, nenhuma essencialidade metafísica resiste muito bem a um esforço de historicização.³¹

A mesma ideia se encontra em António Manuel Hespanha, o qual, escrevendo sobre a papel da história na formação dos juristas, e problematizando o uso da história como discurso legitimador do Direito, observa que:

O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. (...) Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intertemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.³²

Em *Imbecillitas: As Bem-Aventuranças da Inferioridade nas Sociedades de Antigo Regime*, Hespanha estuda os *menores*, os *loucos*, *pródigos*, *falidos* e *viúvas gastadeiras*, as *mulheres*, *esposas* e *viúvas*, os *rústicos*, os *selvagens* e *bárbaros*,

³¹ FONSECA. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. *Cit.* [Sem paginação.]

³² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003. P. 19.

e, ainda, os *pobres e miseráveis*,³³ por meio da *história* dessas *categorias*.³⁴ No capítulo introdutório, Hespanha explica que o que entende por *categoria* pode, embora não sem alguma perda de sentido, ser pensado como *imagens, representações* ou *conceitos*, e dialoga com Koselleck, observando que a proposta deste da *história dos conceitos* se aproxima do que ele se propõe a fazer em *Imbecillitas*.

Pensando especificamente na *história do Direito*, Hespanha destaca o caráter preceptivo e abundante dos textos jurídicos como proveitosa fonte para essa *história das categorias* (em Koselleck, dos *conceitos*).³⁵ Sobre esses textos como fonte da pesquisa histórica, observa que

(...) apesar de todas as aparências estilísticas, a intenção dos textos jurídicos não era a de descrever o mundo, mas de o transformar. Transformar, porém, mais por meio da sua eficácia *simbólica* de constituir imagens, do que pela sua capacidade de enunciar normas de comportamento efetivamente dotadas de coação.³⁶

A partir dessas referências teóricas e metodológicas, conclui-se, pois, ser possível e necessário traçar a *história da teoria das capacidades* no Direito Civil brasileiro.

Pode-se contribuir para a reflexão crítica acerca da manutenção do *esquema de capacidades* na *disciplina das pessoas* por meio da investigação histórica da *formação dos conceitos de capacidades* no Direito Civil brasileiro e da *trajetória* desses conceitos nos textos jurídicos até a promulgação do Código Civil de 1916, que se pode adotar como marco temporal final. É o que esta pesquisa se propõe a fazer.

³³ A enumeração observou a organização dos capítulos da obra e os temas reunidos em cada um deles.

³⁴ HESPANHA. *Imbecillitas*. *Cit.*

³⁵ HESPANHA. *Imbecillitas*. *Cit.* P. 39 e ss.

³⁶ Conquanto nessa passagem Hespanha se refira a textos do Direito europeu do século XVIII, acredita-se que a constatação vale também para os textos do Direito Civil brasileiro do século XIX, sobretudo porquanto, em sua maioria, esses textos consistem em projetos de Código Civil. HESPANHA. *Imbecillitas*. *Cit.* P. 39.

O recorte, pois, é bem definido. A proposta é traçar no Direito Civil brasileiro – o que exclui, por exemplo, o Direito Canônico – a história dos *conceitos de capacidades* no período entre a independência e a promulgação do Código de 1916.

Não se pretende analisar a história da *teoria das capacidades* no plano social. As fontes selecionadas não serão tomadas “como testemunhos das relações sociais”³⁷ – na expressão de António Manuel Hespanha – mas como textos meramente preceptivos, justamente para que se analise a formação e a trajetória dos preceitos no plano do Direito escrito.

Segundo a proposta de Koselleck, a história de um conceito pressupõe uma análise sincrônica – a da disputa pela formação do conceito – conjugada a uma análise diacrônica – a da trajetória do conceito em dado espaço de tempo.³⁸

Formularam-se, então, as seguintes hipóteses:

(1) É Teixeira de Freitas quem, em um primeiro momento, acresce à *disciplina das pessoas* no Direito brasileiro uma *teoria das capacidades*, e quem determina os *conceitos* que a compõem;

(2) Apesar de o *esquema de capacidades* do Código Civil de 1916 consistir em um extrato parcial do sistema de Freitas, os *conceitos* usados para explicá-lo, conquanto provenientes desse sistema, alteraram-se na trajetória da codificação.

Para testar essas hipóteses, o presente estudo foi dividido em duas partes:

(I) *Análise sincrônica*: esta parte destina-se a compreender a *formação* dos conceitos que compõem a *teoria das capacidades* no Direito Civil brasileiro, e se divide nos seguintes títulos: (I.1) apresenta uma visão da disciplina das pessoas no Direito vigente ao tempo da formação dos conceitos – com o objetivo de identificar a entrada da teoria no Direito pátrio –, contemplando textos de

³⁷ HESPANHA. *Imbecillitas*. Cit. P. 42-43.

³⁸ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. Cit. P. 5 e ss; KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. de Wilma Maas e Carlos Pereira. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2011. P. 142.

Direito Civil português, textos de Direito Romano, as primeiras obras brasileiras sobre Direito Civil e a abordagem normativa das *capacidades* na *Consolidação das Leis Cíveis* de Teixeira de Freitas; (1.2) apresenta o *sistema de capacidades* proposto por Teixeira de Freitas na *Nova Apostila* e no *Esboço de Código Civil* e os conceitos fixados, bem como os textos europeus que o inspiraram;

(II) *Análise diacrônica*: esta parte destina-se a compreender a *trajetória* dos conceitos até a codificação, e se divide nos seguintes títulos: (II.1) examina os projetos de Código Civil do Império e analisa seus *esquemas de capacidades*; (II.2) examina os projetos de Código Civil da República Velha e analisa seus *esquemas de capacidades* (II.3) examina os trabalhos relativos à elaboração do que viria a ser o Código Civil de 1916 no Congresso e analisa as alterações no *esquema de capacidades* original.

Antes de começar, porém, cabem ainda alguns esclarecimentos. Sempre que possível, analisaram-se fontes primárias. Com a finalidade de tornar a leitura mais agradável, a redação dos textos antigos transcritos foi atualizada. Mantiveram-se os nomes de autores tais como grafados nas obras consultadas.

PARTE I – ANÁLISE SINCRÔNICA: A FORMAÇÃO DOS CONCEITOS QUE COMPÕEM A TEORIA DAS CAPACIDADES

Segundo Reinhart Koselleck – teórico da metodologia da *história dos conceitos* –, “um conceito relaciona-se sempre àquilo que se quer compreender, sendo, portanto, a relação entre o conceito e o conteúdo a ser compreendido, ou tornado inteligível, uma relação necessariamente tensa”³⁹. A análise da *formação* de um conceito revela, pois, uma *disputa* acerca da fixação do seu conteúdo.

Ademais, conforme explica Koselleck, “todo conceito só pode enquanto tal ser pensado e falado/expressado uma única vez”,⁴⁰ o que ele ilustra com o conceito de *Koinonia politike* (*república*) em Aristóteles:

Certamente ao formular o conceito de *Koinonia politike* tinha Aristóteles diante de si, como experiência empírica, a realidade da polis e de sua comunidade de cidadãos. Tinha, portanto, diante de si a realidade específica e concreta tanto da cidade de Atenas quanto das outras cidades estado da Grécia. Foi para esses cidadãos que Aristóteles pensou e concebeu sua Política.⁴¹

Destaca-se, pois, o caráter *histórico* de um conceito. A utilização de um conceito formulado no passado sempre tem a ganhar se sua *historicidade* for observada e levada em conta na reflexão crítica acerca de seu conteúdo.

Como adverte Ricardo Marcelo Fonseca – historiador do Direito brasileiro –,

De fato, não raro a tendência de nossos tempos em *naturalizar* o que é na verdade *histórico*, em tomar como dado algo que só pode ser compreendido em sua profunda, humana e complexa historicidade, faz com que tomemos conceitos, instituições e

³⁹ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 3

⁴⁰ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 5.

⁴¹ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 5.

formulações culturais que são vigentes e atuantes em nosso presente como se fossem realidades trans-históricas, dotadas desde sempre de uma validade que resiste ao desgaste dos tempos.⁴²

Esta primeira parte do trabalho se destina, pois, à análise da *formação de uma teoria das capacidades* no Direito Civil brasileiro e da *disputa pela fixação dos conceitos* que a compõem.

O objetivo é testar a primeira hipótese: a de que é Teixeira de Freitas quem, em um primeiro momento, acresce à *disciplina das pessoas* no Brasil uma *teoria das capacidades*, e quem determina o conteúdo dos conceitos que a integram.

O plano de trabalho é o seguinte: verificar se já havia na *disciplina das pessoas* no Brasil independente uma *teoria das capacidades*, ou, se a resposta for negativa, buscar elementos que a tenham posteriormente composto, para então analisar a teoria apresentada por Teixeira de Freitas na *Nova Apostila* e no *Esboço de Código Civil*, verificar o contexto da formação dessa teoria, e, por fim, estudar outras ideias – além do que se tenha verificado na *disciplina das pessoas* no Direito pátrio – que tenham influenciado Freitas.

Vale frisar que todo o material a ser examinado será tomado em *abordagem sincrônica*: trata-se dos principais textos que Teixeira de Freitas tinha diante de si quando da elaboração de seus conceitos e de seu sistema. Cada obra será considerada, por conseguinte, não em sua própria história, mas como *ferramenta* à disposição da criação de Freitas.

O estudo começa, no título I, pela análise da *disciplina das pessoas* no Direito vigente no período imperial, por meio da consulta a textos do Direito português, usados no Brasil, a textos do Direito Romano, usados por aqui como fonte subsidiária, às primeiras obras brasileiras sobre o Direito Civil, e, por fim,

⁴² FONSECA. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *Cit.* [Sem paginação.]

aos atos normativos vigentes, reunidos e organizados na *Consolidação das Leis Civis*.

Posteriormente, no título II, analisa-se a disciplina teórica e sistemática das pessoas na *Nova Apostila* e no *Esboço de Código Civil* de Teixeira de Freitas – o que compõe uma *teoria das capacidades* –, para depois se verificar o contexto em que Freitas se inseria, e, por fim, conclui-se esta primeira parte por meio do exame de ideias portuguesas, francesas e germânicas que inspiraram e motivaram a teoria de Freitas.

TÍTULO I – A DISCIPLINA DAS PESSOAS AO TEMPO DA FORMAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES

As *Institutas* de Gaio dividiram o estudo do Direito Romano em três partes: *personas, coisas e ações*.⁴³ As *Institutas* de Justiniano mantiveram esse plano.⁴⁴

No compêndio oficial para o ensino do Direito Civil em Portugal, adotado após a edição dos *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772,⁴⁵ o mesmo plano foi mantido,⁴⁶ e de lá inspirou a disciplina do Direito Civil no Brasil após a independência e a criação dos cursos jurídicos nacionais, até a segunda metade do século XIX.⁴⁷

Considerando-se que era essa a divisão vigente ao tempo da elaboração de uma *teoria das capacidades* no Brasil, é na *disciplina das pessoas* que se devem buscar as ideias que enfim compuseram as noções de *capacidades*.

Capítulo 1 – O Direito vigente no Brasil Império

A declaração de independência do 7 de setembro de 1822 não representou – e nem poderia representar – uma ruptura da nova nação com o Direito anterior. Se, por um lado, não havia mais *subordinação* ao Direito

⁴³ GAIO. *Institutas do Juriconsulto Gaio*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁴ JUSTINIANO. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império”. (Tese de doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.) P. 61.

⁴⁶ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império”. *Cit.* P. 65.

⁴⁷ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império”. *Cit.* P. 66.

português e à estrutura judiciária portuguesa, por outro lado não havia *outra tradição* jurídica no país que não a lusitana.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que permaneceriam vigentes no Brasil as fontes formais do Direito português que tivessem entrado em vigor até 25 de abril de 1821:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.

No ano seguinte, a Constituição de 1824 determinou a elaboração, o quanto antes, de um Código Civil (art. 179, XVIII):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade.

O comando da Constituição Imperial, como se sabe, não foi cumprido, e o Brasil Império não teve oficialmente um Código Civil.

Três anos mais tarde foram criados os *Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais* no Brasil, um em Olinda e outro em São Paulo, por meio da Lei de 11 de agosto de 1827, importante passo na *independência jurídica* nacional.

O art. 7º desta Lei determinava o seguinte:

Art. 7º Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembleia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

Para o ensino do Direito Civil nos cursos brasileiros foi adotada, inicialmente, a obra de Pascoal José de Melo Freire usada na Universidade de Coimbra – as *Instituições de Direito Civil Português*.⁴⁸ O compêndio foi oficialmente usado até a sua substituição pelas *Instituições de Direito Civil Brasileiro* do professor Lourenço Trigo de Loureiro, editadas em 1851.⁴⁹

Outro importante evento do Direito imperial foi a contratação, em 1855, do jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas para consolidar as leis civis vigentes.⁵⁰ Em 1857, publicou-se a *Consolidação das Leis Civis*,⁵¹ a qual fez as vezes de Código Civil até 1916.⁵² Em 1865, saiu a segunda edição;⁵³ em 1876, a terceira,⁵⁴ e, por fim, em 1877, aditamentos à terceira edição⁵⁵.

Por fim, nas décadas de 1860 e 1870, os Conselheiros Antônio Joaquim Ribas, em 1865, e Lafayette Rodrigues Pereira, em 1869 e 1877, publicaram

⁴⁸ ROBERTO. "O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império". *Cit.* P. 66.

⁴⁹ ROBERTO. "O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império". *Cit.* P. 66.

⁵⁰ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império – sua vida e obra*. 2. ed. Brasília: Cegraf, 1983. P. 94.

⁵¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857.

⁵² NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império: Nabuco de Araujo – sua vida, suas opiniões, sua época*. Rio de Janeiro: H. Garnier, (sem data). P. 340-341.

⁵³ FREITAS. *Consolidação das Leis Civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1865.

⁵⁴ FREITAS. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

⁵⁵ FREITAS. *Aditamentos à Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Instituto Tipográfico de Direito, 1877.

importantes obras de Direito Civil nacional – respectivamente, o *Curso de Direito Civil Brasileiro*,⁵⁶ o *Direitos de família*⁵⁷ e o *Direito das Coisas*.⁵⁸

Em suma, tal é o panorama do Direito vigente no Brasil Império: diversos atos normativos do período colonial, sobretudo as *Ordenações Filipinas* de 1603, organizados na década de 1850 na *Consolidação das Leis Civis*; a doutrina do Direito português, perpetuada, por um lado, pela manutenção, até 1851, das *Instituições* de Melo Freire como compêndio oficial para o ensino do Direito Civil, e, por outro, pelo recurso a outras obras lusitanas até o surgimento de obras nacionais; mais tarde, a doutrina brasileira em formação, sobretudo após a maturidade dos primeiros civilistas formados nas academias brasileiras – em especial, Antônio Joaquim Ribas, Lafayette Rodrigues Pereira e Augusto Teixeira de Freitas.

Capítulo 2 – A disciplina das pessoas em textos do Direito português

Considerando o Direito vigente no Brasil Império, este capítulo se destina a examinar a *disciplina das pessoas* em textos do Direito português antigo.

O objetivo desta análise é verificar se já havia nas obras de Direito português difundidas no Brasil uma *teoria das capacidades* e, simultaneamente, buscar elementos integrantes dos conceitos que aparecem em Freitas.

Foram selecionadas seis obras que podem ser consideradas as mais conhecidas no Brasil, no século XIX: (1) as *Instituições de Direito Civil Português*, de José Pascoal de Melo Freire; (2) as *Notas de uso prático*, de Manuel de Almeida e Sousa de Lobão; (3) o *Direito Civil de Portugal*, de Manuel Borges Carneiro; (4)

⁵⁶ RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1865.

⁵⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Tipografia da Tribuna Liberal, 1889. [A primeira tiragem é de 1869.]

⁵⁸ PEREIRA, Lafayette. *Direito das Coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. [A primeira edição é de 1877.]

o *Digesto Português*, de José Homem Corrêa Telles; (5) o *Curso de Direito Civil Português*, de Antônio Ribeiro de Liz Teixeira; e (6) as *Instituições de Direito Civil Português*, de Manuel Antônio Coelho da Rocha.⁵⁹

É importante, aqui, ressaltar que a locução *Direito Civil* referia-se, no cenário português da virada do século XVIII para o XIX, “ao Direito que emanava do Estado, em contraposição do Direito Canônico, que emanava da Igreja”, como adverte Giordano Bruno Soares Roberto⁶⁰. Observa-se, naquele contexto, o uso de *Direito Civil* como sinônimo de *Direito pátrio*.⁶¹ Neste trabalho analisa-se, pois, tão somente o *Direito Civil particular*, cujo conteúdo se aproxima do significado que hoje se atribui à expressão *Direito Civil*.

2.1 A disciplina das pessoas nas *Instituições de Direito Civil Português de Melo Freire*

Após a reforma pombalina e os *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772⁶², adotou-se como compêndio oficial para o ensino do Direito Civil a obra do professor Pascoal José de Melo Freire denominada *Instituições de Direito Civil Português (Institutiones Juris Civilis Lusitani)*,⁶³ elaborada à moda das de Gaio e de Justiniano, e igualmente escrita em latim.⁶⁴

⁵⁹ A lista seguiu a ordem de publicação das obras.

⁶⁰ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 62.

⁶¹ Por exemplo, no seguinte trecho de Melo Freire: “acabado de algum modo o Direito Pátrio Público, segue-se o Particular, que intentamos explicar, à maneira de Justiniano (...)”. (FREIRE, José Pascoal de Melo. *Instituições de Direito Civil Português*. Liv. II. T. I. Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1967. P. 10.)

⁶² Os *Novos Estatutos* mandavam, no Tomo II, Título VI, Capítulo III, § 10, que o professor de Direito pátrio organizasse um compêndio para uso nas aulas. (UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade de Coimbra* compilados debaixo da imediata e suprema inspeção d'el-Rei D. José I pela Junta de Providência Literária ... ultimamente roborados por sua majestade na sua Lei de 28 de Agosto deste presente ano. Lisboa: Régia Oficina Tipográfica, 1772. T. II. P. 458.)

⁶³ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 66.

⁶⁴ Nesta obra foi utilizada a tradução da obra para o português, de 1967. Conquanto os nomes do autor também apareçam grafados como “Paschoal”, “Mello”, e com “dos Reis” seguindo Melo, e o nome da obra como “*Instituições de Direito Civil Lusitano*”, foram mantidas as grafias, os sobrenomes e a tradução empregados na versão consultada.

Sobre a importância da obra de Melo Freire em Portugal e no Brasil, explica Giordano Bruno:

Lá, porque permaneceu como compêndio oficial até quase a metade do século XIX, influenciando, ainda, muito fortemente, os principais autores que, nesse tempo, militavam, como, por exemplo, Coelho da Rocha e Liz Teixeira, entre os juristas acadêmicos, e Lobão, entre os práticos.

Aqui, primeiramente, porque foi adotado como compêndio para o ensino do Direito Civil e como tal permaneceu por mais de duas décadas; e, em segundo lugar, porque Trigo de Loureiro, autor do texto que passou a ser usado, com a mesma finalidade, no início da década de 1850, nele se baseou fortemente (...).⁶⁵

Antônio Joaquim Ribas – o Conselheiro Ribas, como ficou conhecido –, um dos primeiros civilistas pátrios, demonstra profunda consideração pelo professor de Coimbra: “ao conhecimento da íntima natureza do nosso Direito e das suas fases históricas, bem como do Direito Romano e Canônico, reunia Melo uma inteligência profunda e sintética, que o coloca na primeira linha dos jurisconsultos pátrios”⁶⁶.

Igual admiração se percebe em Lafayette Rodrigues Pereira – o Conselheiro Lafayette –, outro dos primeiros civilistas brasileiros: “profundamente versado nas origens do nosso Direito e guiado pelo fanal de uma crítica superior, Paschoal levou a luz e a ordem ao caos, e alcançou reduzir a um corpo de doutrina sistemático e regular, claro e simples, o vasto labirinto da jurisprudência pátria”⁶⁷.

Melo Freire dedica o livro segundo da obra – primeiro a tratar do *Direito Civil particular* – ao “Direito das Pessoas”, sobre o qual explica: “por direito das pessoas entendemos aqui aqueles direitos que nascem da qualidade e diferença

⁶⁵ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 66.

⁶⁶ RIBAS. *Curso.* *Cit.* P. 342.

⁶⁷ PEREIRA, L. R. *Direitos de família.* *Cit.* P. XXI.

dos homens, ou do seu estado tanto natural quanto civil”⁶⁸; “o direito das pessoas, ou dos homens, o que significa o mesmo (pois as nossas leis não fazem distinção entre estes dois vocábulos), consiste especialmente na liberdade, cidadania e família”⁶⁹.

Com relação à estrutura, a obra se inspira – como se vê – no plano das *Institutas* romanas – o qual será analisado no próximo capítulo. Nesse sentido, o *Direito das Pessoas* abrange o estudo, primeiramente, dos homens livres e dos escravos (título I); em seguida, dos cidadãos e estrangeiros (título II); dos patrícios, cavaleiros e plebeus (título III); e, por fim, da pessoa com relação à família (títulos IV a XIII).

No título I, apesar de afirmar que considera a divisão romana dos homens em livres e escravos a “suprema divisão”, Melo Freire confessa, quanto à escravidão de cativos, que “reprovada a escravidão já desde o século XIII entre os cristãos, (...) não hesitamos em afirmar que ela entre nós nunca esteve em uso ou então há muito deixou de estar”⁷⁰. Quanto à escravidão de índios, após citar diversas leis que ou consideravam livres todos os índios, ou previam hipóteses extraordinárias em que seriam considerados escravos, Melo Freire conclui: “parece totalmente supérfluo, para não dizer inepto, definir em tantas e tamanhas leis uma coisa conhecidíssima, qual é, realmente, a liberdade dos índios”⁷¹. Quanto aos servos da pena, admite que “não conhecemos também nenhum escravo da pena, porquanto os condenados ao último suplício não perdem a liberdade, salvo se na sentença forem expressamente pronunciados escravos”⁷². Por fim, com relação aos escravos negros, pontua que “atualmente não existem escravos entre nós, por nascimento, cativo, ou delito”⁷³, observando, em seguida: “todavia, no Brasil toleram-se os escravos negros, os quais, em passando a Portugal, recebem a liberdade nativa”⁷⁴. Interessante é o

⁶⁸ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 10.

⁶⁹ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 10.

⁷⁰ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 12.

⁷¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 16.

⁷² FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 17.

⁷³ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 17.

⁷⁴ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 17-18.

comentário que faz ao final desse ponto: “no Brasil e noutros domínios dos descobrimentos toleram-se os escravos negros, mas confesso que ignoro em absoluto com que direito e a que título”⁷⁵.

No título II, o autor explica que em Portugal a qualidade de cidadão, que podia ser adquirida não só pelo nascimento, mas também pelo domicílio e habitação⁷⁶, era exigida apenas para o gozo de poucos direitos: “recorrer em todo o tempo a el-Rei (...); pedir-lhe segurança (...); exercer os cargos da República e da Igreja (...); tomar e ocupar apenas para si os benefícios eclesiásticos (...), e os bens da Real Coroa”⁷⁷.

No título III, Melo Freire explica que, em atenção às desigualdades das diversas ordens de cidadãos, pode-se classificá-los em *patrícios*, *cavaleiros* e *plebeus*.⁷⁸ Patrícios eram os nobres, fidalgos.⁷⁹ Cavaleiros eram os nomeados tais pelo rei, bem como os cavaleiros das ordens religiosas.⁸⁰ Plebeus, por fim, eram todos aqueles “não assentados nos livros dos nobres nem na Ordem dos Cavaleiros”⁸¹. Na sequência, ainda no título III, Melo Freire explora longamente o tema dos *donatários* de bens da Real Coroa.

A partir do título IV, por fim, o autor entra no tema da pessoa com relação à família, começando pela disciplina do poder dos pais sobre os filhos.

“Dizem-se pais e mães de família aqueles que, púberes ou impúberes, são de direito e poder independentes, e filhos ou filhas-família aqueles ou aquelas que estão sob o poder alheio e pertencem a uma família alheia, isto é, à família do pai.”⁸² Aqui, Melo Freire cuida de salientar que o Direito português

⁷⁵ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 18.

⁷⁶ “Os cidadãos nascem ou fazem-se. Nascem de cidadãos nossos; fazem-se pelo domicílio e pela habitação.” (FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 24.)

⁷⁷ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 28.

⁷⁸ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 38.

⁷⁹ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 38.

⁸⁰ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 43.

⁸¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 45.

⁸² FREIRE. *Instituições*. Cit. P. 113.

nunca recepcionou as normas do Direito Romano que davam ao pai de família “poder de vida e morte” sobre os filhos, nem o direito de vendê-los.⁸³

O que mais importa a este estudo, no título IV, é a ideia de que se atribuía ao pai de família o “império doméstico, dado e permitido por lei, sobre a pessoa, bens e ações dos filhos”⁸⁴, bem como a administração dos bens dos filhos sobre os quais exercesse tal império.⁸⁵ Nesse sentido, pode-se afirmar que os filhos-famílias sofriam, em razão de se encontrarem sob o pátrio poder, limitações quanto aos atos da vida civil que podiam praticar. No entanto, ainda não se recorria a nenhuma ideia de *capacidade* para explicar o fenômeno.

No título V, Melo Freire cuida dos modos pelos quais se adquire e perde o pátrio poder⁸⁶. Interessante notar que, para os esponsais dos filhos-famílias e dos menores, exigia-se o seu consentimento, se tivessem discernimento sobre o ato, bem como o consentimento de quem exercia sobre eles o pátrio poder.⁸⁷ Esse dado merece atenção, pois afasta o entendimento de que a vontade do filho-família ou do menor não era relevante à época, pelo menos no que toca aos esponsais. Ao contrário, a recusa ou a proibição injustificadas do pai, mãe ou tutor poderiam ser supridas pela autoridade competente (dependendo do estado do filho, pelo corregedor da comarca, ou pelo provedor régio, ou por um desembargador do Paço).⁸⁸

Ainda no título V, Melo Freire explica que no Direito português os filhos-famílias sujeitavam-se apenas ao poder do pai, e não do avô – o que podia ocorrer no Direito Romano, em que o *pater familias* era o agnado mais velho.⁸⁹ Daí que os filhos se libertavam do pátrio poder pela morte do pai, ainda que vivo o avô.

⁸³ FREIRE. *Instituições. Cit.* P. 115.

⁸⁴ FREIRE. *Instituições. Cit.* P. 114.

⁸⁵ FREIRE. *Instituições. Cit.* P. 118.

⁸⁶ Tal é a rubrica do título, mas nele se cuida também dos esponsais e do matrimônio, entre outros assuntos.

⁸⁷ FREIRE, José Pascoal de Melo. *Instituições de Direito Civil Português*. Liv. II. T. II. Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1967. P. 17.

⁸⁸ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 17-18.

⁸⁹ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 35.

Quanto à emancipação – ato por meio do qual se extinguia prematuramente o pátrio poder –, Melo Freire explica que a praxe do Direito português acolheu a denominada emancipação justinianeia, realizada perante qualquer magistrado. Em nota, assevera que a Ord. Liv. 1 Tit. 3 § 7º⁹⁰ aparentemente concedia a competência para tal emancipação ao Desembargo do Paço, o que, no entanto, era desmentido pela prática: “apenas os nossos costumes aprovam a emancipação *justinianeia* perante juiz competente, pois, que eu saiba, não temos lei nenhuma escrita para este efeito”. Prossegue pontuando que, para que fosse possível tal emancipação, era necessário que o filho fosse maior de vinte e cinco anos, e que lhe pudesse ser confiada a administração dos seus bens.⁹¹ Como se verá, curiosamente, o requisito de idade *mínima* de vinte e cinco anos não é sustentado por nenhum dos demais autores consultados.

Melo Freire, ademais, ressalta a diferença entre a emancipação e o suplemento de idade – ato por meio do qual o menor passava a ser havido por maior, sem extinção do pátrio poder, e de competência exclusiva do Desembargo do Paço.⁹² O autor explica que, em regra, o suplemento era concedido somente aos órfãos de pai, estendendo-se aos filhos-famílias apenas na hipótese de loucura do pai. Ainda assim, exigia-se da mulher que já tivesse completado dezoito anos, e do homem, vinte, e que “fossem recomendáveis pela honestidade de costumes e agudeza de engenho”.⁹³

A existência desses dois institutos diversos, a emancipação e o suplemento de idade, com seu conteúdo peculiar, parece constituir outro elemento a indicar que ainda não havia, naquele momento, uma visão

⁹⁰ “Ord. Liv. 1 Tit. 3. *Dos Desembargadores do Paço*. (...) § 7º E Cartas de emancipação, e suplemento de idade. As quais não passarão por outros Desembargadores, nem Oficiais de Justiça, nem por outras pessoas, de qualquer qualidade que sejam, que qualquer jurisdição tiverem, nem por seus Ouvidores. E, passando-se por qualquer pessoa, que não for pelos ditos Desembargadores do Paço, seja nenhuma e de nenhum efeito; e o que a passar, perca o Ofício, que tiver, e nunca mais o haja; e mais pague cinquenta cruzados, a metade para quem o acusar, e a outra para os Cativos; e se for Senhor de terras, perca a jurisdição, que tiver.”

⁹¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 36.

⁹² FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 37.

⁹³ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 37.

sistemática das pessoas que conjugasse *maioridade, discernimento e independência* à *aquisição de direitos* e à *prática de atos*, tal como aparecerá, posteriormente, na *teoria das capacidades* de Freitas.

O título VI é dedicado ao parentesco por agnação e aos direitos dele decorrentes. Primeiramente, Melo Freire examina a “qualidade” dos filhos: se legítimos, ou ilegítimos. “Os legítimos havidos de justa esposa e justas núpcias são filhos-família ou emancipados, e gozam de vários direitos tanto na sociedade, como na família e na casa paterna”.⁹⁴ Interessante notar que os filhos ilegítimos – “aqueles que não são gerados de verdadeiro e legítimo matrimônio”⁹⁵ –, fossem naturais ou espúrios, em quase nada diferiam dos legítimos, segundo Melo Freire, “pois não são infames, nem lhes fica apegada mácula alguma”⁹⁶. O filho ilegítimo de nobre inclusive sucedia o pai na nobreza, muito embora devesse introduzir no brasão uma barra denominada “quebra da bastardia”.⁹⁷ Quanto aos *expostos* – na terminologia da época, os menores abandonados pelos pais –, eram considerados livres e legítimos, vez que na dúvida deviam ser reputados nascidos de matrimônio legítimo e de homens livres.⁹⁸

No título VII, Melo Freire discorre sobre o poder do marido sobre a mulher. Explica que competia ao marido certo poder pelo fato de a mulher haver a ele se submetido por consentimento próprio ao casar. Melo Freire alerta, todavia, sobre a natureza do poder, que não se confundia com o *poder heril* – poder que exercia o senhor sobre o escravo. Tratava-se, na verdade, da “faculdade de dirigir as ações da mulher, defendê-la e castigá-la moderadamente quando desregrada”.⁹⁹ O poder do marido sobre a mulher compreendia os bens e as ações da mulher, a qual “sem consentimento e autoridade do marido nem sequer sobre os bens móveis é admitida em

⁹⁴ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 42.

⁹⁵ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 44.

⁹⁶ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 45.

⁹⁷ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 45.

⁹⁸ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 47.

⁹⁹ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 61.

juízo”¹⁰⁰. Por sua vez, o marido não podia, contra a vontade da mulher, alienar as coisas imóveis.¹⁰¹ Em nota, o autor esclarece que “a mulher não está sob o domínio e tutela do marido, mas sob seu poder, e tão sujeita a ele, como cabeça e chefe de família, quanto o parece exigir a natureza da sociedade conjugal”.¹⁰²

As ideias comentadas neste título também sustentam a hipótese de que não havia ainda, ao tempo de Melo Freire, uma teoria que explicasse o tema das pessoas com recurso a qualquer noção técnica de *capacidade*. Como se vê, Melo Freire não enxerga na mulher casada uma *incapacidade*¹⁰³ – fosse de adquirir direitos, fosse de praticar atos –, e nem mesmo vê o marido como seu tutor. A questão era apenas providenciar para a harmonia da família, cuja administração cabia ao marido.

Os próximos três títulos adentram matéria que hoje se considera objeto do Direito de Família, e que nenhuma relação guarda com o estudo da disciplina das pessoas no que aqui interessa. O título VIII se destina à comunhão de bens entre os cônjuges; o título IX, ao direito dos dotes; e o título X, por sua vez, às doações entre os cônjuges.

Já o título XI, de grande relevância para este trabalho, cuida das tutelas. “A tutela é a força e poder num homem livre, para proteger aquele que por sua idade não se pode defender.”¹⁰⁴ Percebe-se, aí, a ideia de *proteção* de quem não a tem pelo pátrio poder.

Quanto àqueles que se sujeitam à tutela, explica-se: “sob tutela apenas estão os pupilos, isto é, os impúberes órfãos de pai”¹⁰⁵. No entanto, extraordinariamente se dava tutor ao impúbere também em vida do pai, se este “se afastou para terras longínquas, se se tornou furioso, ou contraiu segundas núpcias”¹⁰⁶.

¹⁰⁰ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 61.

¹⁰¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 62.

¹⁰² FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 62.

¹⁰³ Como Freitas verá, posteriormente.

¹⁰⁴ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 111.

¹⁰⁵ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 112.

¹⁰⁶ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 113.

Aqueles que não podiam ser nomeados tutores testamentários são enumerados sem recurso à noção do que futuramente Freitas entenderá por *capacidade de direito*. Segundo Melo Freire, à época, não podiam ser nomeados tutores em testamento “os menores de vinte e cinco anos, os furiosos, os pródigos, os inimigos do pupilo, os pobres, os escravos, os religiosos, as mulheres”¹⁰⁷. E ainda esclarece, estabelecendo certa conexão entre a sujeição ao pátrio poder e a menoridade, no que toca à prática de atos da vida civil: “entre estes [os que não podem ser nomeados tutores em testamento] deve-se enumerar o filho de família, ou porque não é independente, não podendo, assim, cuidar como lhe cumpria dos bens pupilares, ou porque não pode ser admitido a exercer um ofício e cargo público, qual se diz ser a tutela”¹⁰⁸.

Segundo Melo Freire, “a *autoridade* do tutor é a aprovação, ou seja, a confirmação dos atos que o pupilo depois da infância realizou sozinho”¹⁰⁹. Dessa assertiva é possível inferir que o autor não relacionava a tutela a uma questão de *submissão* ou *sujeição*, que, posteriormente, no século XX, ligará a ideia de *incapacidade* a uma conotação negativa do vocábulo.

No título XII, Melo Freire cuida das curadorias. Logo de início observa: “diz-se curador, para distinguir do tutor, aquele que tem o cuidado, não do pupilo, mas do menor, do pródigo e do furioso, cujas pessoas e bens protege”¹¹⁰. E, em seguida, pontua: “os antigos costumes e leis nem sequer reconheceram esta diferença, bem como também não a diferença de nomes entre tutor e curador”¹¹¹. Ao tempo das Ordenações Afonsinas não se distinguia entre *tutela/curatela*, *tutor/curador*, mencionando-se apenas *guarda*, *guardador*.¹¹² No entanto, apesar da recepção pelo Direito português do tempo de Melo Freire dos termos distintos, ainda assim não havia diferença prática entre um e outro instituto. “Todas estas diferenças não têm hoje valor algum”, salienta o autor após discorrer sobre a disciplina diversa da tutela e da curatela no Direito

¹⁰⁷ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 115.

¹⁰⁸ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 115-116.

¹⁰⁹ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 120.

¹¹⁰ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 130.

¹¹¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 130.

¹¹² FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 112; PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Liv. 4 Tit. 82.

Romano. “Depois, são iguais os poderes do tutor e do curador, e significam absolutamente o mesmo a sua autoridade e consentimento.”¹¹³

Quanto à curadoria dos menores, veja-se a seguinte advertência:

Não se dá curador aos menores de vinte e cinco anos que tenham sido emancipados pelo pai, casado, ou obtido suplemento de idade do Desembargo do Paço, pois não se concedem a emancipação, o matrimônio e o suplemento de idade, se os menores não tiverem firme consciência de si.¹¹⁴

É possível, com razoável segurança, apontar no requisito *firme consciência de si* um antecessor do que posteriormente germinará e estabelecerá o *discernimento* como divisor de águas entre *capacidade* e *incapacidade* para a prática dos atos da vida civil.

Com relação à curadoria do furioso, Melo Freire alerta para a necessidade de se distinguir entre o *furioso* – designado pelas Ordenações Afonsinas, segundo ressalta, como *sandeu* –, e o *mentecapto* – designado como *desassisado* e *desmemoriado*¹¹⁵ –, aos quais se dava curador, e o *demente* “capaz de fazer pequenos serviços”, o *simples* e o *cego*, aos quais não se deveria dar curador.¹¹⁶

Ao pródigo, entendido como “aquele que dilacera os bens dos seus antepassados, amontoa dívidas e conduz os filhos à miséria”, e que não se confunde com o “homem muito dadivoso e liberal”, nem com o vicioso “que gasta todo seu dinheiro ao jogo”, dava-se também curador, à mesma maneira do furioso.¹¹⁷ A liberalidade, pontua Melo Freire, considerava-se virtude digníssima do homem nobre, assim como o vício se punia com o degredo, dependendo do grau de culpa.¹¹⁸

¹¹³ FREIRE. *Cit.* T. II. P. 131.

¹¹⁴ FREIRE. *Cit.* T. II. P. 133.

¹¹⁵ PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Liv. 4 Tit. 56.

¹¹⁶ FREIRE. *Cit.* T. II. P. 133.

¹¹⁷ FREIRE. *Cit.* T. II. P. 134-135.

¹¹⁸ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 134-135.

Finalmente, no título XIII, Melo Freire trata “de outras divisões das pessoas”, entre as quais se destaca a divisão em maiores e menores. Sobre esta, esclarece que se consideravam menores impúberes os homens até os quatorze anos, e as mulheres até os doze, e menores púberes os homens de quatorze até vinte e cinco anos, e as mulheres de doze a vinte e cinco.¹¹⁹ Aos dezoito anos atingia-se a *puberdade menos plena*, e, aos vinte e cinco, a *pleníssima*.¹²⁰

No parágrafo acerca do que os menores podiam e não podiam fazer, Melo Freire menciona apenas duas vedações e uma ressalva: a do exercício de ofícios públicos, para o qual se exigia puberdade pleníssima, não bastando nem mesmo o suplemento de idade, e a atuação como procurador em juízo, salvo se o menor tivesse título universitário.¹²¹ Para a atuação como procurador fora de juízo, por sua vez, bastava a puberdade menos plena.¹²²

No parágrafo denominado “outra divisão das pessoas”, Melo Freire enumera, ainda, os “varões ou fêmeas, jovens, velhos, solteiros, casados ou casadas, e viúvos ou viúvas”, além dos de reputação íntegra e infames, e assevera omitir outras divisões.¹²³ Sobre as diferenças decorrentes dessas divisões, Melo Freire lista alguns direitos especiais das mulheres, “por causa da timidez e fragilidade do sexo”: “só por grave delito são encarceradas; (...) não se obrigam, se intercederem por outrem; (...) nos delitos, devem ser mais brandamente castigadas”¹²⁴. O autor menciona também o direito de o maior de setenta anos se escusar da tutela, e de outros encargos públicos; o direito de os cônjuges entre si gozarem dos mesmos direitos, bem como o direito de o cônjuge maior se aproveitar do benefício da menoridade do outro; o direito da viúva de usar os direitos do marido, e gozar os mesmos privilégios; a rejeição

¹¹⁹ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 139-140.

¹²⁰ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 140.

¹²¹ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 141.

¹²² FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 141.

¹²³ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 145.

¹²⁴ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 145.

aos infames dos empregos e das honras públicas, bem como sua difícil admissão como testemunhas.¹²⁵

Dessa análise, pode-se concluir que, muito embora estivessem presentes na *disciplina das pessoas* nas *Instituições de Direito Civil Português* de Melo Freire alguns poucos elementos que viriam posteriormente a compor os conceitos integrantes da *teoria das capacidades*, ainda não havia, naquela obra, nenhuma noção técnica de *capacidade*.

2.2 A disciplina das pessoas nas Notas de uso prático de Lobão

Assim se refere ao famoso praxista português o Conselheiro Ribas: “ao grande nome de Melo Freire anda ligado, como a sombra ao corpo, o de Manuel de Almeida e Sousa, geralmente conhecido pelo apelido de Lobão, derivado da aldeia onde por longos anos residiu, e em avançada idade faleceu.”¹²⁶

Lobão publicou uma série de obras jurídicas, em geral na forma de notas ou de tratados. Muito embora tenha sido alvo constante de críticas quanto ao estilo, reconhecidamente confuso, não há dúvidas de que foi muito lido e utilizado tanto em Portugal quanto no Brasil.

Nas palavras do Conselheiro Lafayette,

Homem de grande talento, Lobão amalgamava em seu espírito qualidades as mais estranhas. Agudo e perspicaz, sem método e sem ordem, rude e indigesto, escrevendo em um estilo bárbaro, acrimonioso como um polemista do século XVI, ousado e tímido ao mesmo tempo, o advogado da Beira, a vastos conhecimentos do Direito Civil e Canônico juntava largas notícias das leis e costumes pátrios e grande lição das práticas forenses.

(...)

¹²⁵ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 146.

¹²⁶ RIBAS. *Curso*. Cit. P. 343.

Lobão exerceu extensa influência sobre a nossa jurisprudência. As suas opiniões gozam de certa autoridade no foro.¹²⁷

Uma de suas obras, talvez a mais conhecida e citada, intitula-se *Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações e remissões à imitação das de Muller a Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro segundo das Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Pascoal José de Melo Freire*.

Veja-se que a referida obra foi concebida como uma compilação de *notas, críticas, adições, ilustrações e remissões* à obra de Melo Freire, e como tal será tratada. Impende destacar que a divisão dos temas, inclusive, segue exatamente o plano das *Instituições* de Melo Freire.

Nas *Notas de uso prático* ou *Notas a Melo*, como ficaram conhecidas, Lobão explica, em comentário ao título I do livro do *Direito das Pessoas* de Melo Freire, que “esta palavra – *Pessoa* – na acepção jurídica é o homem considerado como em certo estado. O estado de certa qualidade do homem, conforme a qual goza de direitos diversos dos que gozam outros homens”¹²⁸.

Nesse ponto, Lobão se revela a meio caminho entre Melo Freire – e o estudo clássico das pessoas, de inspiração romana –, e o que posteriormente virá a compor uma *teorias das capacidades*. Isso porque o praxista já relaciona, desde sua primeira nota, os estados da pessoa ao *gozo de direitos*. É possível, com razoável segurança, inferir que Lobão foi influenciado pela ideia francesa de *jouissance de droits* – em uso na época, e justamente traduzida como *gozo de direitos* –, não apenas pela coincidência das noções, mas também porque ainda nesta primeira nota o autor cita o civilista francês Jean Domat¹²⁹, e, em outras notas, cita o Código Civil francês, que já conhecia.¹³⁰

¹²⁷ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. XXI-XXIII.

¹²⁸ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações e remissões à imitação das de Muller a Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro segundo das Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Pascoal José de Melo Freire*. Parte II. Lisboa: Imprensa Régia, 1818. P. 5.

¹²⁹ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 6.

¹³⁰ Lobão afirma que o segundo livro da obra – que ora se examina – data de 1805. No entanto, em razão de ter se perdido durante a invasão francesa a Portugal, só foi recobrado em 1817, quando o autor o reviu e publicou. (LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 4.)

Prosseguindo, Lobão explica que:

O estado do homem ou é vulgar ou civil: o vulgar compreende todo o estado que não induz discrepância dos direitos civis na cidade, e nesta inteligência se pode figurar em diversos estados e a diversos respeitos figurar diversas pessoas. O estado civil na República Romana respeita o uso e comércio do direito romano, e este é o estado da liberdade, da cidade, da família.

Os estados vulgares são infinitos: pelo sexo há diferenças e diversos direitos relativos entre os machos e fêmeas e hermafroditos; uns são nascidos, e estes ou vivos ou perfeitos ou monstruosos, legítimos ou ilegítimos, menores ou maiores, surdos ou mudos, pródigos, etc.; outros são póstumos e nascidos. Os estados civis se reduzem a três: 1º, o estado da liberdade ou da escravidão; 2º, o estado da cidade como distinção entre os cidadãos ou peregrinos e entre os cidadãos, com distinção entre os patrícios e plebeus; 3º, o estado das famílias considerado como sociedade doméstica desigual entre os cônjuges, filhos e criados, etc. Entre estes filhos há uns capazes, outros incapazes de sucessão, como os religiosos, mortos civilmente para o século; e uns emancipados, outros não.¹³¹

Veja-se que, no excerto, Lobão já se utiliza dos vocábulos *capazes*, *incapazes*, embora não, ainda, com um sentido técnico.

Nas notas ao título II, Lobão reforça que havia diferença entre naturais do reino, naturalizados e estrangeiros; e, entre os naturais do reino, em domiciliados e não domiciliados em certa cidade, ainda que residentes.¹³² Nelas, todavia, não se encontram elementos relacionados ao presente estudo.

Também nas notas ao título III, acerca da condição de nobre, patrício ou plebeu, não se encontram ideias que se relacionem com a hipótese em teste.

Nas notas ao título IV, Lobão assevera que o poder dos pais sobre os filhos era um instituto do *direito natural*.¹³³ Ocorre que, assim como para o autor o direito natural fundamentava e legitimava o poder, também importava em sua extinção, aos vinte e cinco anos completos, "idade madura, em que o filho já

¹³¹ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 5-6.

¹³² LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 18-19.

¹³³ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 72.

educado pode dirigir prudentemente as suas ações, e providenciar a sua conservação".¹³⁴ Lobão louva a consagração desse entendimento no Código Civil francês.¹³⁵ Todavia, o Direito português conservava a orientação do Direito Romano, em que a maioria por si só não extinguiu o pátrio poder.¹³⁶

Na primeira nota ao título V, Lobão assevera que eram nulos os sponsais contraídos por menor de sete anos, mas que se consideravam válidos os contraídos por maior de sete anos, independentemente do sexo.¹³⁷ Essa nota é relevante para indicar que ainda não havia, ao menos em Lobão, uma relação sistemática entre *menoridade* – *discernimento* – *validade de atos*.

Nas notas ao título VI, Lobão afirma que: "o estado da família, pois, é uma condição ou qualidade de pessoas que os faz respeitar como membros de uma família, e os faz participantes dos direitos e prerrogativas próprios e unidos a esta família."¹³⁸ Aqui, o autor discorre longamente sobre os direitos entre parentes, sobretudo o direito a alimentos, mas não aborda nenhuma questão de *capacidades*.

No título VII, em que discorre sobre o poder do marido sobre a mulher, Lobão o fundamenta em um *direito reverencial* da mulher para com o marido.¹³⁹ Como em Melo Freire, em Lobão também não se encontra qualquer ideia próxima da que Freitas conceberá como a da *incapacidade de fato* da mulher casada.

Assim como na seção anterior não se examinaram mais detidamente em Melo Freire os títulos VIII, IX e X, referentes à disciplina patrimonial do casamento, também não se cuidará das notas respectivas em Lobão.

Ao tratar da tutela, nas notas ao título XI, Lobão discute se poderia ou não o filho-família ser nomeado tutor, e relembra o posicionamento de Melo Freire no sentido da impossibilidade. Assevera, no entanto, que "nada há que

¹³⁴ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 72-73.

¹³⁵ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 74.

¹³⁶ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 73.

¹³⁷ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 167.

¹³⁸ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 296.

¹³⁹ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 298-300.

obste a esta tutela, porque os filhos-famílias não são incapazes de encargos públicos”¹⁴⁰. Cita, como fontes, o Direito Civil francês e a Ord. Liv. 1 Tit. 93 (*rectius*: 94¹⁴¹)¹⁴². Há aqui outro uso do vocábulo *incapazes*, porém, novamente, ainda sem um sentido técnico. A falta de sistematicidade que se depreende do contexto se confirma, ademais, pela discordância entre Lobão e Melo Freire, o que indica que ainda não havia uma construção sistemática acerca de *incapacidade* em geral para *aquisição de direitos* ou *prática de atos* em razão dos estados da pessoa.

Mais uma vez aparece um vocábulo relacionado com *capacidade*, e desta vez certamente por influência francesa, no seguinte comentário: “o moderno Cod. Civ. dos franceses, art. 442, incapacita para a tutela (...)”. Cabe destacar que, conquanto o texto do art. 442 do Código Napoleão (edição de 1804) não contivesse nenhum vocábulo relacionado com capacidade¹⁴³, a rubrica da seção respectiva era “da incapacidade, da exclusão e da destituição da tutela”.

Quanto à autoridade do tutor, Lobão se reporta ao Código Fredericiano (Código da Prússia de 1792) para pontuar que se tratava do “consentimento que ele dá ao ato feito pelo pupilo para suplementar o que lhe falta de inteligência e de juízo”¹⁴⁴. Comparando as palavras de Melo Freire e de Lobão neste ponto, é

¹⁴⁰ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 569.

¹⁴¹ O título 93, bastante curto, refere-se aos salários dos caminheiros.

¹⁴² “Ord. Liv. 1 Tit. 94. *Que não tenham ofícios públicos os menores de vinte e cinco anos, nem os homens solteiros*. Mandamos, que nenhuma pessoa sirva Ofício algum de Justiça, nem da Fazenda, de qualquer qualidade que seja, nem Governança das cidades, vilas e lugares de nossos Reinos, que lhes seja dado, nem o possa servir em nome de outrem, posto que tenha licença de Nós para isso, não passando de idade de vinte e cinco anos. E fazendo o contrário, perca o Ofício, se for seu, e nunca o mais haja. E não sendo seu, perderá a estimação dele, a metade para quem o acusar, e a outra para os Cativos. E sendo Juízes dos Órfãos, serão de idade de trinta anos, e daí para cima, como fica dito em seu Regimento.

1. E qualquer pessoa, a que for dado Ofício de julgar ou de escrever, não sendo casado, será obrigado a se casar dentro de um ano do dia, que lhe for dado, sob pena de perder o dito Ofício. E os que houverem de servir de Provedores de Comarcas, não serão providos, sem serem casados. E se depois dos ditos Oficiais se casarem, viuvarem, serão obrigados a se tornar a casar dentro de um ano do que dia em que assim viuvarem, sob a mesma pena; salvo se ao tempo, que houverem os Ofícios, ou ao tempo em que viuvarem, passarem de quarenta anos: porque em tal caso não serão obrigados a se casar.” (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Liv. 1 Tit. 94.)

¹⁴³ “Article 442. Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille.” Tradução livre: “Art. 442. Não podem ser tutores, nem membros dos conselhos de família”. (FRANÇA. Code Civil des Français. Paris: Imprimerie de la République, 1804. P. 81.)

¹⁴⁴ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 577.

interessante notar que neste há uma visão do pupilo mais como uma pessoa *menos apta* – a quem faltava *inteligência* e *juízo* –, enquanto, naquele, há uma visão do pupilo como uma pessoa *que se devia proteger*¹⁴⁵. A diferença é sutil, mas significativa.

Nas notas ao título XII, Lobão explica que os “suplementados na idade” passavam a ser havidos por maiores “para todos os atos e contratos judiciais e extrajudiciais”, deixando, pois, de gozar do benefício de restituição com relação aos atos praticados dali em diante.¹⁴⁶ Também esse comentário revela a ausência, ao menos em Lobão, de uma construção sistemática acerca de *menoridade* – *suplemento de idade* – *prática de atos* e *filho-família* – *pátrio poder* – *emancipação*.

Adiante, Lobão adverte que aos “*rudes, simples, grossolanos, como estúpidos, obtusos, e de juízo menos fino, e perspicaz, etc.*” não se dava curador, e que podiam “contratar, doar, e ainda testar”.¹⁴⁷ Mais uma vez se percebe ainda não haver uma ideia de que a *incapacidade* para a *prática de atos* se atrelasse à ideia de *discernimento* para praticá-los.

Outro dado indicativo de que ainda não havia coerência sistemática na *disciplina das pessoas* quanto ao que Freitas denominará *capacidades*, é a nota em que Lobão explica que, para se reputarem nulos os atos praticados pelo pródigo, não bastaria a sentença em que foi reconhecida a prodigalidade, nem a nomeação de curador: era, ainda, necessária a publicação de editais por meio dos quais se anunciasse ao público que não contratasse com o pródigo.¹⁴⁸ Exigência similar não era feita quanto aos mentecaptos e furiosos (Ord. Liv. 4 Tit. 103)¹⁴⁹.

¹⁴⁵ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 111.

¹⁴⁶ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 607-608.

¹⁴⁷ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 611.

¹⁴⁸ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 616.

¹⁴⁹ “Ord. Liv. 4 Tit. 103. *Dos Curadores, que se dão aos Pródigos e Mentecaptos*. Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte e cinco anos, se devem também dar Curadores aos Desassisados e desmemoriados, e aos Pródigos, que mal gastarem suas fazendas. Mandamos que tanto que o Juiz dos Órfãos souber que em sua jurisdição há algum Sandeu, que por causa de sua sandice possa fazer mal, ou dano algum na pessoa, ou fazenda, o entregue a seu pai, se o tiver, e lhe mande de nossa parte, que daí em diante ponha nele boa guarda, assim

Por fim, nas notas ao título XIII, cabe destacar as observações tecidas por Lobão acerca do caráter *extraordinário* do benefício de restituição, só facultado aos menores nos casos de atos por eles praticados *considerados válidos*, hipótese em que poderiam ser rescindidos se provada lesão. Havendo, no entanto, defeito formal ou referente a alguma solenidade, o caso seria *ordinário*, de nulidade.¹⁵⁰ Esse comentário é relevante, porquanto demonstra a ausência de um vínculo sistemático entre *menoridade* – *invalidade*, muito embora se buscasse proteger o menor, ainda que pela via extraordinária da *rescisão* do ato pelo benefício da restituição.

Conclui-se, pois, que também nas *Notas de uso prático* de Lobão há elementos que posteriormente serão tecidos na *teoria das capacidades* de Freitas, havendo, inclusive, o uso de vocábulos derivados de *capacidade*. Não se percebe ainda, todavia, uma construção teórica sobre a questão.

2.3 A disciplina das pessoas no Direito Civil de Portugal de Borges Carneiro

Em 1826, ao tempo em que o Brasil já era independente de Portugal, publicou o *Direito Civil de Portugal* o Desembargador Manuel Borges Carneiro.

Nas palavras do Conselheiro Ribas:

O desembargador Manuel Borges Carneiro com o seu *Direito Civil de Portugal* conquistou distinto lugar na pátria jurisprudência. Não é esta uma obra de discussão; as opiniões do autor são formuladas dogmaticamente em sucintas teses; em geral, porém, são sempre seguras.¹⁵¹

na pessoa, como na fazenda; e se cumprir, o faça aprizoar, em maneira que não possa fazer mal a outrem.

E, se depois que lhe assim for encarregada a guarda do dito se filho, ele fizer algum mal, ou dano a outrem na pessoa ou fazenda, o dito seu pai será obrigado a emendar tudo, e satisfazer pelo corpo e bens, por culpa e negligência, que assim teve em não guardar o filho.

E os bens que o Sandeu tiver, serão entregues ao dito seu pai por inventário, feito pelo Escrivão dos Órfãos, e o Juiz ordenará certa coisa ao dito pai pelo que haja de manter.” (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Liv. 4 Tit. 103.)

¹⁵⁰ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 644.

¹⁵¹ RIBAS. *Curso*. Cit. P. 344.

Segundo o Conselheiro Lafayette,

Espírito mais vasto do que profundo, muito versado na legislação pátria, dotado de notável senso jurídico, B. Carneiro deixou-nos um bom tratado do Direito das Pessoas.

Esse livro, rico de erudição e de extensas notícias das leis pátrias, seria um belo monumento, se tivesse mais rigor científico, mais elevação, e se as suas sínteses não afrouxassem, diluídas em uma série infinda de divisões e subdivisões, que só servem para emaranhar o assunto.¹⁵²

No prefácio da obra, adverte o autor: “Livro I. As pessoas e seus consequentes direitos estão classificadas pela sua naturalidade, qualidade ou condição, estado, consanguinidade, sexo, idade, e por vários acidentes, como demência, prodigalidade, ausência, infâmia etc.”¹⁵³

Cabe destacar que Borges Carneiro segue, em geral, o método de Melo Freire. São características da obra, por um lado, certa desordem – é que, por vezes, o autor começa a exposição de um tema referindo-se ao Direito antigo como se ainda vigesse, para, somente mais adiante, alertar para o que realmente vigorava –, e, por outro, a surpreendente extensão, abrangendo na disciplina das pessoas muito mais matérias que Melo Freire e Lobão.

O livro que aqui interessa – Livro I – Das Pessoas – encontra-se assim dividido: título I – natureza das pessoas e sua classificação; título II – dos naturais ou estrangeiros, e dos vizinhos; título III – dos livres ou escravos, e cativos; título IV – dos nobres ou plebeus; título V – dos eclesiásticos; título VI – jurisdição ativa e passiva dos eclesiásticos; título VII – recurso ao Juízo da Coroa; título VIII – dos religiosos; título IX – das ordens militares; título X – dos solteiros, e dos esposais; título XI – do matrimônio; título XII – direitos e obrigações dos cônjuges; título XIII – do matrimônio simples; título XIV – do matrimônio por dote ou com outros; título XV – dos bens dotais; título XVI –

¹⁵² PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. XXIII.

¹⁵³ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa Régia, 1851. P. I.

bens parafernais, receptícios, arras, doações nupciais; título XVII – do segundo matrimônio e do concubinato; título XVIII – dos parentes e afins; título XIX – alimentos dos parentes, criação dos expostos; título XX – dos pais e filhos; título XXI – dos pais de famílias e filhos-famílias; título XXII – dos direitos dos filhos ilegítimos; título XXIII – dos filhos legitimados e dos adotivos; título XXIV – das mulheres e seus direitos; título XXV – da idade: maiores de vinte e cinco anos; título XXVI – dos menores de vinte e cinco anos; título XXVII – administração das pessoas e bens dos menores; título XXVIII – da nomeação, incapacidade, escusa, ordem, confirmação, fiança, juramento, cessação e prêmio do tutor – salários dos empregados; título XXIX – dos *quase-maiores*; título XXX – dos dementes, irados, ébrios e dormentes; título XXXI – dos pródigos; títulos XXXII – dos doentes, surdos-mudos, cegos e miseráveis; título XXXIII – dos ausentes; título XXXIV – dos infames e indignos; título XXXV – das corporações; título XXXVI – aquisição de bens de raiz pelas corporações e clérigos; título XXXVII – das câmaras.

Logo após a introdução, Borges Carneiro abre o Livro I respondendo à indagação “quem são pessoas”: “pessoa é o homem considerado em seus direitos, qualquer que seja a sua idade, sexo, condição”¹⁵⁴. E esclarece: “os filhos-famílias e os escravos são, pois, verdadeiras pessoas”¹⁵⁵. A ressalva parece visar à dissipação de qualquer dúvida quanto à qualidade de *pessoas* dos entes sujeitos à autoridade de outrem, como o pátrio poder ou o poder do senhor.

Em seguida, volta a afirmar que:

As pessoas e seus consequentes direitos se podem classificar pela sua I Naturalidade (*nacionais, estrangeiros*); II Qualidade ou condição (*livres, escravos, pobres, peões*); III Estado (*eclesiásticos, seculares; aqueles, clérigos, religiosos; estes solteiros, casados, viúvos*); IV Sanguinidade (*pais, filhos e parentes*); V Sexo (*homem e mulher*); VI Idade (*maior, menor*); VII por vários acidentes

¹⁵⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. P. 65.*

¹⁵⁵ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. P. 65.*

(*dementes, pródigos, ausentes, cativos, miseráveis, infames, indignos*).¹⁵⁶

Convém destacar a nota do autor ao ponto “vários acidentes”, esclarecendo que “a *cor* não induz diferença entre os direitos do homem”.¹⁵⁷

Comentando as pessoas com relação à naturalidade (título II), Borges Carneiro explica que os direitos civis e políticos dos cidadãos tinham por base a *liberdade, a segurança e a propriedade*, garantidos pela Constituição. Quanto aos estrangeiros, observa que eram “admitidos, recebidos e tratados humanamente em Portugal, como prescreve o Direito das Gentes”¹⁵⁸. A naturalização era possível por graça do rei, e tornava o estrangeiro cidadão português.¹⁵⁹

Na abordagem das pessoas com relação à liberdade (título III), o autor repete a lição de Heinício no sentido de que os escravos, segundo o Direito Romano, “não são pessoas, mas coisas, e se reputam mortos”¹⁶⁰, e que, por essa razão, “são incapazes de todos os atos relativos ao Direito público e particular”¹⁶¹. A seguir, no entanto, ressalta que “a escravidão, objeto de tantos títulos de Direito Romano, e apoiada por tantos legisladores da antiguidade, é, contudo, oposta à dignidade da natureza humana”¹⁶².

Vale destacar o uso da ideia da *incapacidade* do escravo para a *prática de atos* mencionada por Borges Carneiro, citando Heinício. A ocorrência, no entanto, parece incidental, não se depreendendo do contexto que o autor visualizasse uma *teoria das capacidades*.

No título em que cuida da nobreza (título IV), nada se encontrou pertinente a este estudo.

¹⁵⁶ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 69.

¹⁵⁷ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 69.

¹⁵⁸ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 80.

¹⁵⁹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 90.

¹⁶⁰ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 97.

¹⁶¹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 97.

¹⁶² CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 101.

Na disciplina dos eclesiásticos (título V), muito embora trate dos atos e práticas a eles vedados, Borges Carneiro não se utiliza da ideia de *incapacidade*.¹⁶³

Também nada se encontrou pertinente a esta investigação nos títulos VI, sobre a jurisdição dos eclesiásticos, e VII, sobre os recursos ao Juízo da Coroa.

Sobre a vida religiosa (título VIII), Borges Carneiro explica, citando apenas o Direito justinianeu, que os filhos-famílias e os escravos podiam ingressar na vida monástica independentemente do consentimento do pai ou senhor, e que, com isso, conseguiriam sua emancipação e alforria.¹⁶⁴ Essa afirmação, que o autor deixa de situar no contexto da época, constitui um dado relevante para este estudo, porquanto mais tarde, na teoria desenvolvida por Freitas, os religiosos professos serão considerados *relativamente incapazes de fato*.

Ao cuidar da profissão religiosa, o autor nenhuma referência faz a uma *capacidade* ou *incapacidade* para a prática de atos da vida civil¹⁶⁵, muito embora, adiante, ao cuidar da sujeição dos religiosos ao poder civil, assevere, sem maiores explicações, que eram considerados mortos para o mundo¹⁶⁶. A eles era permitido, no entanto, adquirir bens, até mesmo imóveis, nos termos das leis aplicáveis¹⁶⁷, os quais compunham o patrimônio comum, porquanto não podiam ter patrimônio próprio. Em uso incidental da ideia de *incapacidade*, o autor afirma que “o religioso é incapaz de todo o domínio e posse”¹⁶⁸.

Na sequência, Borges Carneiro explica a impossibilidade de os religiosos celebrarem contratos ou revogarem ou elaborarem testamentos, porém sem nenhum recurso a qualquer ideia de *incapacidade*.¹⁶⁹

Na disciplina dos militares (título IX), o autor esclarece que os cavaleiros podiam livremente testar, e que os comendadores não podiam aforar os bens da

¹⁶³ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 175-178.

¹⁶⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 291.

¹⁶⁵ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 292-293.

¹⁶⁶ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 302.

¹⁶⁷ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 307-308.

¹⁶⁸ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 310.

¹⁶⁹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 311-314.

comenda, nem renovar aforamentos, senão observando os estatutos da ordem militar.¹⁷⁰ Mais uma vez Borges Carneiro não utiliza, no entanto, qualquer noção de *capacidade* na exposição.

No título X, o autor assevera que a disciplina das pessoas quanto a seus estados se encerra pela classificação em solteiras, casadas e viúvas.¹⁷¹ Aqui, o interessante é observar que na disciplina daqueles que podem contrair sponsais – ato que requer “vontade livre e consentimento espontâneo dos contraentes”¹⁷² – excluía-se os impúberes e os dementes, sem, mais uma vez, recurso a alguma ideia de *capacidade*.

Os títulos XI a XX têm conteúdo de Direito de Família e fogem ao escopo desta análise.

O título XXI, sobre os pais de família e filhos-famílias, no entanto, contém elementos relevantes para esta pesquisa. Aqui, Borges Carneiro explica que o filho permanecia sob pátrio poder mesmo se obtivesse suplemento de idade e mesmo na hipótese de demência do pai, podendo, neste caso, “fazer sem o seu consentimento o que sem ele não poderia fazer”.¹⁷³ Outro dado interessante é o fato de que, citando Heinécio, o autor afirma que o filho-família podia, independentemente de sua idade, tomar posse para seu pai.¹⁷⁴ Mais à frente, Borges Carneiro destaca – novamente citando Heinécio – que “o filho-famílias, nos negócios públicos e políticos, pertencentes ao D. Público, é havido como pessoa, cidadão e pai de famílias”, podendo, inclusive, se maior de idade, servir à magistratura e a outros cargos públicos.¹⁷⁵ Somados, esses pontos corroboram a ideia de que *se encontrar sob o pátrio poder, ser maior e poder praticar os atos da vida civil* eram questões ainda não explicadas por uma teoria que as agrupasse e organizasse em um sistema.

Os títulos XXII e XXIII voltam ao Direito de Família.

¹⁷⁰ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* P. 331-332.

¹⁷¹ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. T. II. Lisboa: Tipografia de Antônio José da Rocha, 1851. P. 3.

¹⁷² CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. II. P. 5.

¹⁷³ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. II. P. 269.

¹⁷⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. II. P. 189.

¹⁷⁵ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. II. P. 301.

No título XXIV, o autor cuida dos direitos das mulheres. Merecem destaque as afirmações iniciais de Borges Carneiro: “os homens são de melhor condição quanto à dignidade; as mulheres, quanto às coisas que a sua fragilidade desculpa. Pela sua delicadeza e sensibilidade se lhes devem muitas atenções e privilégios”¹⁷⁶. Na sequência, assevera que “a exclusão das mulheres de algumas faculdades políticas se funda em leis do pudor ou em costume meramente civil; não na incapacidade ou inabilidade do sexo: antes nele se desenvolve mais cedo o juízo e a puberdade”¹⁷⁷. Aqui se percebe o uso do substantivo *incapacidade*, não com o conteúdo técnico que virá a ter, mas com acepção pejorativa, aliás para revelar que o autor não enxergava a mulher, nesse sentido, como *inferior* ao homem.

Segundo Borges Carneiro, “as mulheres em tudo aquilo que não são excetuadas, ou especialmente mencionadas, seguem as disposições ordinárias de direito”¹⁷⁸.

No título XXV, sobre a idade, o autor assevera que “os maiores de vinte e cinco anos são hábeis para todos os ofícios públicos e particulares”¹⁷⁹, afirmativa que se assemelha à regra posteriormente positivada no Brasil no sentido de que *a menoridade cessa aos (tantos anos, variando de acordo com a época), ficando a pessoa habilitada para a prática de todos os atos da vida civil*.¹⁸⁰

No título seguinte, sobre os menores, Borges Carneiro explica que, aos que não têm pais, “pela sua fragilidade”, dava-se “tutor ou curador, que governe a sua pessoa e bens, e autorize seus negócios”¹⁸¹, e ressalta não distinguir entre *tutor* e *curador*¹⁸².

¹⁷⁶ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. T. III. Lisboa: Tipografia de Antônio José da Rocha, 1851. P. 3.

¹⁷⁷ CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 3-4.

¹⁷⁸ CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 5.

¹⁷⁹ CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 37.

¹⁸⁰ Art. 8º da *Consolidação das Leis Civis*, art. 9º do Código Civil de 1916 e art. 5º do Código de 2002.

¹⁸¹ CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 38.

¹⁸² CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 39.

A disciplina da tutela prossegue nos títulos XXVI e XXVII. Naquele, nada se encontra que se deva acrescentar aqui. Neste, porém, cumpre comentar a utilização do vocábulo *incapacidade* por Borges Carneiro para se referir aos casos de escusa legal ou voluntária dos tutores¹⁸³, e do adjetivo *incapazes* para se referir aos que não podiam ser nomeados tutores, nem em testamento¹⁸⁴. Convém destacar que o autor, citando, mais uma vez, Heinécio, discorda de Melo Freire e não inclui entre os *incapazes* de nomeação como tutores os filhos-famílias maiores de vinte e cinco anos, “pois são aptos para os cargos públicos”¹⁸⁵. Vale lembrar que também Lobão discorda de Melo Freire¹⁸⁶ neste ponto, citando o Direito Civil francês e a Ord. Liv. 1 Tit. 93 (*rectius*: 94).¹⁸⁷ Essa significativa discordância também aponta para a ausência de um *sistema de capacidades* no Direito português.

No título XXVIII o autor trata dos *quase-maiores*, ou seja, os que, embora menores, eram havidos por maiores, por terem obtido suplemento de idade ou se casado – neste caso, se contando com mais de vinte anos de idade. Segundo Borges Carneiro, acabava, para os órfãos que obtinham o suplemento de idade ou se casavam (sendo maiores de vinte anos), a sua tutoria e administração judicial, entregavam-se a eles seus bens para livremente administrá-los, e permitia-se que praticassem todos os atos judiciais e extrajudiciais independentemente de curador.¹⁸⁸ Em se tratando de filho-família, no entanto, a quem somente excepcionalmente se concedia a carta, não havia extinção do pátrio poder, mas se permitia ao menor praticar todos os atos que, sem a carta, somente poderia praticar com o consentimento do pai, desde que não prejudicassem este – com exceção de elaboração de testamento.¹⁸⁹

No título XXIX, Borges Carneiro cuida dos dementes, “que se chamam também delirantes, sandeus, furiosos, mentecaptos, desassisados,

¹⁸³ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 125-126.

¹⁸⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 127-130.

¹⁸⁵ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 127.

¹⁸⁶ FREIRE. *Instituições. Cit.* T. II. P. 115-116.

¹⁸⁷ LOBÃO. *Notas de uso prático. Cit.* P. 569.

¹⁸⁸ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 158 e 162.

¹⁸⁹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 161.

desmemoriados, insanos”¹⁹⁰. Constitui importante elemento desta análise a assertiva do autor no sentido de que “os dementes, pela falta de deliberação e vontade, são incapazes de todo ato civil extrajudicial ou judicial”¹⁹¹. O uso da locução *incapazes de todo ato civil* é significativo, bem como sua relação à falta de *deliberação* e *vontade* (ideias próximas de *discernimento* e *consentimento*), embora ainda falte, mesmo em Borges Carneiro, uma teoria em que se insira. Outro dado relevante é o fato de que o autor equipara aos dementes, para fins da nulidade dos atos praticados, os *irados* e *ébrios*, durante os acessos de ira e embriaguez.¹⁹² Ainda pontua: “não basta provar-se que o agente é acostumado a embriagar-se; antes, estes resistem mais aos efeitos do vinho do que os que se embebedam uma ou outra vez”¹⁹³.

O título XXXI é dedicado à disciplina do pródigo. Borges Carneiro assim abre o título: “não é do interesse público que ninguém desbarate as suas coisas e use mal delas; e por isso é que as leis deram providências para reprimir a prodigalidade”¹⁹⁴. Acertadamente pontua que, na apuração da condição de pródigo, sempre entrava algum arbítrio do juiz.¹⁹⁵ Esclarece, ademais, que “a inabilidade e nulidade” que eram a consequência da interdição não se estendiam aos atos praticados antes dela, “por mais notória que seja a prodigalidade”.¹⁹⁶

No *Direito Civil de Portugal* se encontra um título inteiro dedicado aos *doentes, surdos-mudos, cegos e miseráveis*. Segundo o autor, dava-se curador aos bens dos “doentes de doença perpétua” que lhes impedisse de administrá-los.¹⁹⁷ A doença, no entanto, por si só não tirava do doente a faculdade de fazer testamento ou praticar outro ato da vida civil, desde que não o privasse do uso da razão ou da faculdade de exprimir sua vontade.¹⁹⁸ Quanto aos surdos-

¹⁹⁰ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 164.

¹⁹¹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 167.

¹⁹² CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 176-179.

¹⁹³ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 176.

¹⁹⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 179.

¹⁹⁵ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 179.

¹⁹⁶ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 180.

¹⁹⁷ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 186.

¹⁹⁸ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. III. P. 186-187.

mudos – entendidos como os “absolutamente privados de falar e de ouvir”, o autor esclarece que podiam praticar todos os atos, à exceção da doação, ainda que sua condição fosse de nascença.¹⁹⁹ Admite, no entanto, que “a opinião mui recebida ensina que o surdo-mudo de nascimento não pode contratar”²⁰⁰. Quanto aos cegos, por sua vez, Borges Carneiro explica que somente eram privados dos atos para os quais tinham inabilidade física, não se sujeitando a curadoria.²⁰¹ Por fim, quanto aos miseráveis, a autor não tece nenhum comentário relevante para este estudo.

Deve-se observar que este título tangencia matéria que posteriormente comporá a *teoria das capacidades*, mas que ainda não se encontra, aqui, um sistema em que se expliquem os casos de *(in)aptidão para adquirir direitos* e de *(in)aptidão para praticar atos*.

No título XXXIII, sobre a ausência, interessa bastante o fato de que, segundo o autor, os ausentes gozavam do benefício de restituição.²⁰² Como se verá, à frente, entre os motivos que parecem ter levado Freitas a tecer a *teoria das capacidades* se encontram os entraves impostos pelo benefício de restituição ao progresso.

No título XXXIV, sobre os infames e indignos, convém mencionar que, segundo Borges Carneiro, “o infame é incapaz de honras, ofícios públicos e dignidades”.²⁰³ O indigno, por sua vez, era a pessoa *capaz* de suceder, mas que, em razão de um ato que praticou, perdia os bens que receberia – *bens ereptícios* – para o fisco. Explica o autor que:

Do indigno difere, pois, o incapaz, que não pode nem por um momento adquirir e haver a herança, legado ou outros bens; no qual caso a instituição ou deixa se tem por não escrita, e a herança ou legado se devolve não ao fisco, mas ao co-herdeiro, co-legatário ou ao herdeiro substituto escrito ou legítimo,

¹⁹⁹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 188-189.*

²⁰⁰ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 189.*

²⁰¹ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 192.*

²⁰² CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 212.*

²⁰³ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 246.*

segundo as regras ordinárias das sucessões: no que é o incapaz de melhor condição que o indigno.²⁰⁴

Deixando de lado a distinção entre a consequência da *indignidade* naquele momento e no Direito contemporâneo, que foge ao escopo desta pesquisa, é preciso destacar que Borges Carneiro se utilizava de vocábulos derivados de *capacidade* para explicar tanto a inaptidão para exercer cargos públicos, no caso dos infames, quanto para adquirir a propriedade por sucessão hereditária, no caso dos indignos, e, até mesmo, para se referir aos que, hoje, não se consideram *legitimados* para suceder.

Finalmente, os três últimos títulos – das corporações, das aquisições de bens de raiz pelas corporações, e das câmaras –, contêm matéria estranha ao objeto do presente estudo.

Como se viu, a obra de Borges Carneiro está repleta de elementos que Freitas, posteriormente, costurará em uma teoria com um sistema fechado de *capacidades*. Chama a atenção, aqui, a utilização de vocábulos derivados de *capacidade* e de locuções que comporão a teoria, como *aptidão para a prática de atos da vida civil*. Não obstante, não se depreende da obra que o autor concebesse uma *teoria das capacidades*.

2.4 A disciplina das pessoas no *Digesto Português* de Corrêa Telles

O *Digesto Português*, ou *Tratado dos Direitos e Obrigações Civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil* foi publicado por José Homem Corrêa Telles em 1835.

Segundo o Conselheiro Ribas, o autor “merece distinta menção”, e a obra, ao lado do *Ensaio de Jurisprudência Eremática*, revela “vasto conhecimento da legislação pátria e romana”, sendo “de grande uso no nosso foro”.²⁰⁵

²⁰⁴ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit. T. III. P. 251.*

²⁰⁵ RIBAS. *Curso. Cit. P. 345.*

O Conselheiro Lafayette, por sua vez, avalia o *Digesto* diversamente:

O *Digesto Português* ressen-te-se da precipitação com que foi escrito. É má a distribuição das matérias; os assuntos não são deduzidos em sua ordem lógica e natural; a doutrina trasladada no texto nem sempre é a fiel interpretação do Direito vigente: omissos em uns pontos, prolixo em outros, falta-lhe o espírito de unidade e de sistema.

Sem embargo, é um livro de valor.²⁰⁶

O método de trabalho do tomo I é fortemente influenciado pelo Código Napoleão.

Neste tomo não se encontra uma seção destinada à disciplina das pessoas, mas sim uma seção específica em que Corrêa Telles anuncia tratar “das pessoas capazes e incapazes de contratos”.

Se, à primeira vista, tal título passa a impressão de que o autor já concebia uma *teoria das capacidades*, o conteúdo da respectiva seção revela nada mais do que uma tradução e adaptação de um ponto do então art. 1.124 do Código Civil francês²⁰⁷, com algum acréscimo doutrinário.

De tão curta a passagem, cumpre aqui transcrevê-la:

Os menores de sete anos, os furiosos e mentecaptos são incapazes de fazer contrato algum.

Os maiores de sete anos, e os pródigos privados da administração de seus bens, podem estipular os contratos, que lhes são vantajosos; mas não podem validamente obrigar-se, sem intervir autoridade de seus tutores ou curadores.

Aquele que contratou com o menor ou pródigo não pode requerer se anule o contrato que com ele fez, fundado na falta de autoridade do tutor ou curador.

²⁰⁶ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. XXIV.

²⁰⁷ “De la capacité des Parties contractantes. (...) Article 1124. Les incapables de contracter sont, les mineurs, les interdits, les femmes mariés, dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats.” Tradução livre: “Da capacidade das partes contratantes. (...) Art. 1.124. São incapazes de contratar: os menores; os interditos; as mulheres casadas, nos casos expressos em lei; e, no geral, todos aqueles a quem a lei proíbe certos contratos”. (FRANÇA. *Code Civil des Français*. Cit. P. 220.)

Antes de fazer o contrato, deve informar-se se a pessoa com quem intenta contratar é ou não idônea.

Se o menor depois de ter maioridade expressa ou tacitamente ratifica o contrato e obrigação feita na menoridade, subsiste válida.

A mulher casada não pode fazer contrato algum sem autoridade do marido; exceto os casos providenciados nas leis.

Porém só o marido pode impugnar o contrato feito pela mulher sem sua autoridade.²⁰⁸

É no tomo II – *dos direitos e obrigações das pessoas de uma família* – que Corrêa Telles apresenta uma *disciplina das pessoas* próxima dos moldes seguidos por Melo Freire, Lobão e Borges Carneiro.

Neste tomo, o autor estrutura o trabalho em sete títulos e um apêndice: título preliminar – dos naturais e estrangeiros; título II – da fundação da família; título III – do matrimônio, seus impedimentos e formalidades; título IV – direitos e obrigações do pai; título V – dos tutores e curadores; título VI – do direito de sucessão; título VII – do direito de adir ou repudiar a herança; apêndice – título VIII – dos direitos dos criados.

Como se vê, o tomo abriga matéria não apenas de Direito das Pessoas, mas também de Direito de Família e Direito das Sucessões. Deve-se frisar que esta análise se limitará àquilo que for pertinente apenas à *disciplina das pessoas* como sede futura da *teoria das capacidades*.

No título I, Corrêa Telles explica que os direitos privativos de cidadão português tinham seu exercício suspenso por “incapacidade física ou moral da pessoa”²⁰⁹, nos termos do art. 9º, § 1º da Constituição de 1826²¹⁰. O autor, no entanto, não explora a referência a uma *incapacidade física ou moral*.

²⁰⁸ TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto Português ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*. T. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835. P. 40-41.

²⁰⁹ TELLES. *Digesto Português ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*. T. II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835. P. 6.

²¹⁰ “Art. 9º. Suspende-se o exercício dos direitos políticos: § 1º Por incapacidade física ou moral. § 2º Por sentença condenatória a prisão ou degredo, enquanto durarem seus efeitos.” (PORTUGAL. Constituição de 1826.)

Logo no início do título II, sobre a formação da família, o autor explica que os filhos-famílias, os menores de vinte e cinco anos e os menores órfãos podiam contrair esponsais, desde que tivessem o consentimento do pai, mãe, tutor ou curador, o qual podia ser suprido pelo juiz.²¹¹ Não há, todavia, nenhum recurso a alguma ideia de *capacidade*.

Quanto ao casamento, no título III, Corrêa Telles observa que podia casar o órfão que tivesse tutor ou curador, e que, se menor de vinte anos e casado sem a aprovação do conselho de família, ficava privado da administração dos seus bens.²¹² Os filhos e filhas de pais vivos, menores de vinte e cinco anos, por sua vez, dependiam do consentimento de ambos os genitores para casar.²¹³ Mais uma vez, não se utiliza qualquer noção de *capacidade*.

Ao cuidar da extinção do pátrio poder e da emancipação, no título IV, o autor explica que o emancipado menor de vinte e cinco anos não podia “vender, alienar, dar, trocar bens de raiz, nem arrendá-los por mais de três anos sem ser autorizado pelo pai, ou na falta dele pela mãe tutora, ou, na falta de ambos, pelo conselho de família”²¹⁴. Também aqui se percebe a distinção entre *emancipação*, *maioridade* e *capacidade* para a *prática de atos da vida civil*, encontrada nas obras anteriormente analisadas.

No título V, sobre os tutores e curadores, muito embora Corrêa Telles se valha do adjetivo *capaz* para explicar que “o irmão dos menores, que tiver mais de vinte e cinco anos, e for capaz, deve ser preterido aos tios”²¹⁵ como tutor – citando o Código Napoleão –, utiliza o adjetivo *ináveis* para se referir, posteriormente, àqueles que não podem ser nomeados tutores.²¹⁶

Para justificar que se nomeassem tutores²¹⁷ para os furiosos, mentecaptos e pródigos, Corrêa Telles não se vale de qualquer noção de *capacidade*, porém esclarece que tais pessoas “assemelham-se aos menores para os fins de se lhes

²¹¹ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 12-13.

²¹² TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 59-60.

²¹³ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 60.

²¹⁴ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 101.

²¹⁵ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 113.

²¹⁶ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 114.

²¹⁷ Não se faz distinção entre tutor e curador.

dar tutor”²¹⁸. Sobre a interdição – porém, sem usar este vocábulo –, Corrêa Telles pontua que:

Havendo contestação se uma pessoa está ou não alienada de juízo, ou se tem ou não capacidade para governar sua pessoa e bens, ou se é pródiga, pertence o conhecimento ao Juiz de Direito do domicílio; o qual, além dos fatos que se alegarem, deverá ouvir peritos e um Conselho de Família.²¹⁹

Nada se encontra de relevante para este estudo nos títulos VI e VII, os quais contêm matéria de Direito das Sucessões, nem no título VIII, no apêndice, acerca dos criados.

Pode-se afirmar, a título de conclusão, que também não há nesta obra, ainda, o que se possa considerar uma *teoria das capacidades*, muito embora estejam presentes alguns dos elementos que posteriormente a comporão.

2.5 A disciplina das pessoas no Curso de Direito Civil português de Liz Teixeira

Antônio Ribeiro de Liz Teixeira, professor da Universidade de Coimbra, publicou em 1845 o *Curso de Direito Civil Português*. Nesta época, o Brasil já havia formado bacharéis em Ciências Jurídicas e já desenvolvia sua própria legislação e sua própria doutrina. Obras portuguesas, no entanto, ainda eram largamente utilizadas.

Na opinião do Conselheiro Ribas, a obra de Liz Teixeira, assim como a publicada por Coelho da Rocha – que será analisada na seção a seguir –, contém doutrinas que constituem “sempre valiosos auxiliares para nós, embora não devam ser aceitas indistintamente, pois que as legislações portuguesa e

²¹⁸ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 123.

²¹⁹ TELLES. *Digesto Português*. Cit. T. II. P. 123.

brasileira têm sofrido depois de 1822 alterações diversas, e em parte importantíssimas”²²⁰.

Caracterizam o *Curso de Direito Civil Português* de Liz Teixeira as abordagens sempre mais históricas do que doutrinárias – e que muito o distinguem das *Instituições* de Coelho da Rocha –, e a forte influência, ainda – como alerta Giordano Bruno –, de Melo Freire.²²¹

O conceito jurídico de *pessoa* para Liz Teixeira – “todo o ser considerado como capaz de ter, ou de dever direitos, ou de ser sujeito ativo e passivo de direitos”²²² –, como se percebe, aproxima-se já de uma ideia de *capacidade jurídica* relacionada ao potencial para ser sujeito de direitos. Vale frisar que, como visto, ainda não havia nos manuais de Direito Civil português analisados anteriormente conceito similar.

Também aqui se encontra uma leitura do Direito Romano – similar à de Borges Carneiro, influenciado por Heinécio – no sentido de que faltaria ao escravo *capacidade* para ser sujeito de direitos e que, por essa razão, não seria considerado *pessoa*.²²³

Seguindo o plano romano – e guiado por Melo Freire –, Liz Teixeira se lança à *disciplina das pessoas* por meio da análise dos estados de liberdade, cidade e família.

A estrutura seguida é a seguinte: título I – dos homens livres e escravos; título II – dos naturais e estrangeiros; título III – dos nobres, cavaleiros e plebeus; título IV – do poder dos pais sobre os filhos; título V – quais são os modos, por que se adquire, e quais aqueles por que se perde o pátrio poder; título VI – dos direitos dos filhos para com os pais, e dos parentes entre si; título VII – do poder marital; título VIII – da comunhão de bens entre os cônjuges; título IX – do direito acerca dos dotes, ou do matrimônio pactício; título X –

²²⁰ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 345.

²²¹ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 66.

²²² TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845. P. 68.

²²³ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 68.

doações entre os casados; título XI – das tutelas; título XII – das curatelas; título XIII – doutras divisões de pessoas.

No título I, ao cuidar das pessoas livres e escravas, o autor tece considerações históricas, repudia incessantemente a escravidão, e insere na matéria a disciplina do trabalho, tratando de direitos dos criados, de sua remuneração e de outros temas correlatos.²²⁴

No título II, ao cuidar dos nacionais e estrangeiros, Liz Teixeira salienta que em Portugal o estrangeiro nunca fora visto como inimigo ou bárbaro, e que, ao revés, era visto como amigo, sendo reconhecidas sua civilização e cultura.²²⁵

Posteriormente, Liz Teixeira trata dos direitos políticos e civis dos portugueses, porém, ali, sem qualquer referência a alguma ideia de *capacidade*.²²⁶

Na disciplina da nobreza, no título III, o autor também tece considerações históricas. Também ali, nada se encontra pertinente a este estudo.²²⁷

Em seguida, no título IV, Liz Teixeira cuida do poder dos pais sobre os filhos. Interessante, aqui, é notar que já se utilizava a locução *poder parental*,²²⁸ e que se afirmava ser a *obrigação de educar* seu fundamento único.²²⁹

Toda a extensa disciplina deste ponto, quase sempre mais histórica do que técnico-jurídica, tem contornos do que hoje se considera Direito de Família. Somente ao tratar dos esponsais é que Liz Teixeira se refere a uma noção de *capacidade*, muito embora ainda não técnica, para afirmar que não a tinham apenas os furiosos e mentecaptos e os menores de sete anos de idade.²³⁰

Mais adiante, ao cuidar do casamento, o autor assevera que a validade do ato dependia da idade do contraente em razão da “habilidade física e moral”

²²⁴ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 70-124.

²²⁵ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 126.

²²⁶ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 146-150.

²²⁷ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 161-181.

²²⁸ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 189.

²²⁹ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 191.

²³⁰ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 245.

envolvida.²³¹ Liz Teixeira se utiliza do vocábulo *capacidade* para explicar que a Ord. Liv. 4 Tit. 81²³² admitia que os púberes – “varões” maiores de quatorze anos e “fêmeas” maiores de doze – elaborassem testamento, e equipara esta *capacidade para testar* à *capacidade para casar*.²³³ Ressalta, no entanto, que o Direito Canônico admitia o casamento do impúbere quando “a capacidade se antecipa”, o que não seria possível sob o Direito português.²³⁴

Interessa bastante a esta pesquisa o ponto em que o autor examina as causas extintivas do poder parental. Entre estas, Liz Teixeira cita a emancipação, explicando que o filho emancipado antes dos vinte e cinco anos “não fica com a plenitude dos direitos, quanto ao uso e administração dos bens, pois que antes da maioridade perfeita não pode vender, dar e trocar imóveis, nem ainda arrendá-los por mais de três anos, sem autorização do pai, ou da mãe, quando tutora, ou do conselho de família”.²³⁵ A fonte mencionada pelo autor, aqui, é a *Novíssima Reforma Judiciária* – Decreto de 21 de maio de 1841. Não obstante a nova legislação, verifica-se que, até aquele momento, a emancipação continuava se referindo apenas à extinção da autoridade parental sobre o filho, e não à *maioridade* ou *capacidade* para a *prática de atos jurídicos*.

O que teria mudado, na opinião de Liz Teixeira, é que a partir da *Novíssima Reforma Judiciária* o instituto do suplemento de idade teria perdido sua utilidade. A explicação do autor, no entanto, é confusa e inconclusiva, e demonstra, mesmo, a falta de *sistematicidade* da matéria naquele tempo:

Hoje, porém, que não só o pai, mas a mãe, sendo tutora, ou o Conselho de família, tendo o Órfão tutor estranho, habilitam com seu consentimento o menor varão na idade de 20 anos, e a

²³¹ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 271.

²³² “Ord. Liv. 4 Tit. 81. *Das pessoas, a que não é permitido fazer testamento.* O Varão menor de quatorze anos, ou a Fêmea menor de doze, não podem fazer testamento, nem o furioso. Porém, se não tiver o furor contínuo, mas por luas, ou de lúcidos intervalos, valerá, o testamento, que fizer em estando quieto, e fora do furor, constando disso claramente; como também valerá o testamento, que antes do furor tiver feito. E isto, que dissemos do furioso, se entenderá também, no que nasceu mentecapto, ou que veio a carecer de juízo por doença, ou qualquer outra maneira. (...)” (PORTUGAL. *Ordenações Filipinas.* Liv. 4 Tit. 81.)

²³³ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 272.

²³⁴ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 272.

²³⁵ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 299-300.

fêmea na de 18, para obter Alvará de emancipação do Conselho de Distrito, segundo os arts. 454, 455, 456 e 457 da *Novíss. Ref. Jud.* anteriormente apontados, cessou toda a utilidade quanto às Cartas de suplemento de idade, segundo nossa opinião.²³⁶

Posteriormente, Liz Teixeira afirma que nos termos da *Novíssima Reforma Judiciária*, art. 453²³⁷, alterara-se a orientação antiga, proveniente do Direito Romano, e passara-se a considerar *ipso iuri* emancipado o filho ao atingir a maioridade.²³⁸

Nos títulos VI a X, Liz Teixeira cuida de temas de Direito de Família – direitos de parentesco, poder marital, comunhão de bens, direitos referentes ao dote e doações entre casados – que fogem ao escopo deste trabalho.

Nos títulos XI e XII, todavia, volta a tratar de pontos importantes para esta pesquisa, ao disciplinar a tutela e a curatela. Logo na introdução do tema, Liz Teixeira explica que

Prescindindo do exame das pessoas com respeito à sua particular situação, qualidade, ou estado na família, e estudadas com referência à capacidade ou impotência, em que elas podem achar-se para se conservar e defender, em razão de causas gerais, como a fraqueza do sexo e da idade, ou das particularidades, como a demência, ou uma longa enfermidade, levam-se elas ao ponto em que necessitam de um protetor, devendo dar-lho, em tais alturas, as leis.²³⁹

As observações introdutórias de Liz Teixeira corroboram o entendimento defendido neste trabalho no sentido de que, antes de a *teoria das capacidades* passar ao centro da *disciplina das pessoas*, a nomeação de tutores e curadores para certas pessoas se justificava pela necessidade de se dar proteção a quem não se encontrava sob uma autoridade protetora, como o pai ou o marido.

²³⁶ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 301.

²³⁷ “Art. 453. O menor fica emancipado: 1º completando vinte e cinco anos; 2º pelo casamento; 3º tomando ordens sacras; 4º sendo bacharel formado; 5º sendo oficial do exército ou marinha, que tenha completado vinte e um anos.” (PORTUGAL. Decreto de 21 de maio de 1841 que contém a *Novíssima Reforma Judiciária*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866. P. 103.)

²³⁸ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 305.

²³⁹ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 517.

É importante, também, notar que o autor se utiliza do vocábulo *capacidade*, aproximando-se de uma noção técnica – por influência francesa –, porém, ainda, vacilando, propondo o sinônimo *impotência*, que não se consagrou.

O vocábulo *capacidade* aparece novamente, adiante, quando Liz Teixeira observa que não pode ser nomeado tutor em testamento o menor de vinte e cinco anos, porque o exercício da tutela “lhe é proibido inteiramente pela natureza das coisas, pois que, não podendo ele, segundo as leis, administrar o que é seu, por falta de capacidade, não pode por maior força de razão, administrar o que é alheio”.²⁴⁰ Esclarece que o mesmo se dá quanto ao furioso, equiparado ao menor.²⁴¹ Vale lembrar que a *incapacidade* do menor de vinte e cinco anos para ser nomeado tutor, já apontada por Melo Freire, fora combatida por Lobão e por Borges Carneiro – este, inspirado por Heinécio –, os quais consideravam o menor *capaz* para os atos de Direito Público.²⁴²

Nos comentários seguintes ao tema, o autor utiliza frequentemente os vocábulos derivados de *capacidade* – *incapacidade*, *capazes*, *incapazes*, etc. Aparentemente, a influência é francesa, o que se conclui das diversas referências feitas ao Código Napoleão, em que os termos eram usados. No entanto, deve-se ressaltar que o uso ainda não revela noções técnicas, e que ainda não se identifica, no contexto, uma *teoria das capacidades*.

Outro dado que revela a ausência de uma *teoria das capacidades* naquele momento é o fato de que o tutor deveria chamar o pupilo às deliberações “passada a idade da infância, e quando já se descobre alguma capacidade no pupilo, principalmente nos assuntos mais importantes e graves”²⁴³.

Na distinção entre a tutela e a curatela proposta por Liz Teixeira encontra-se, mais uma vez, a utilização do vocábulo *capacidade*:

²⁴⁰ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 527.

²⁴¹ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 527.

²⁴² LOBÃO. *Notas de uso prático. Cit.* P. 569; CARNEIRO. *Direito Civil*. T. I. P. 301 e T. III. P. 127.

²⁴³ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 547.

Se uma causa geral, como o foi em algum tempo a do sexo, e em todo ele a fraqueza de idade, punha as pessoas na impotência de exercitar seus direitos, tinham elas um tutor, entre os Romanos, como acabamos de ver. Mas quando uma causa particular e incidente produzia esta falta de capacidade, que sem aquela não existiria, nomeava-se-lhe curador.²⁴⁴

Por fim, Liz Teixeira conclui a *disciplina das pessoas* com a análise das “outras divisões das pessoas”, “pelas qualidades, que as distinguem na ordem da natureza”²⁴⁵.

O primeiro critério que Liz Teixeira examina, seguindo Melo Freire, é o da idade, que divide as pessoas em *menores* e *maiores*. Aqui, o autor utiliza ideia próxima da que posteriormente se consolidará como *capacidade de fato* para explicar que “a lei, que fixa no vigésimo quinto ano de vida a maioridade das pessoas, ou a sua capacidade para os atos ordinários do trato civil ou social, é uma lei positiva, mas fundada na natureza”²⁴⁶. E, adiante, ressalva:

A natureza varia, e faz diferença de indivíduo para indivíduo. A lei civil, que deve ser simples e uniforme, estabelece para todos regras gerais e comuns; e os legisladores, adotando um meio termo, guiados pela observação, determinam a idade, antes da qual não se dá capacidade para cada um se conduzir, e administrar os seus bens.²⁴⁷

O que mais uma vez corrobora a ausência, ainda, de uma *teoria das capacidades*, é a polêmica abordada pelo autor sobre a validade dos atos judiciais e extrajudiciais praticados pelo menor sem a participação do tutor. Liz Teixeira afirma concordar com um posicionamento de Melo Freire segundo o qual “o menor com capacidade e inteligência bastante para saber o que faz, ainda mesmo (ampliamos) que do contrato lhe resulte prejuízo, fica obrigado naturalmente, ou em consciência”²⁴⁸.

²⁴⁴ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 564.

²⁴⁵ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 586.

²⁴⁶ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 587.

²⁴⁷ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 588.

²⁴⁸ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 598.

Revela, ademais, falta de sistematicidade quanto ao tema o que Liz Teixeira expõe sobre o benefício de restituição. Afirma que os atos que, nos termos da *Novíssima Reforma Judiciária*, arts. 458 e 459,²⁴⁹ o menor emancipado não podia praticar, consideravam-se nulos de pleno direito. E, na presença de remédio ordinário, o remédio extraordinário da restituição não seria cabível.²⁵⁰

À guisa de conclusão, é possível afirmar que também na obra de Liz Teixeira se identificam elementos que posteriormente comporão a *teoria das capacidades*, sem que o autor, no entanto, ainda a vislumbrasse.

2.6 A disciplina das pessoas nas Instituições de Direito Civil Português de Coelho da Rocha

Por fim, cabe examinar as *Instituições de Direito Civil Português*, de Manuel António Coelho da Rocha, também professor da Universidade de Coimbra, publicadas a partir de 1848.

Conforme aponta Giordano Bruno, Coelho da Rocha ainda é influenciado por Melo Freire, assim como os demais autores consultados.²⁵¹

Mais atualizado e inovador, no entanto, para a *disciplina das pessoas* Coelho da Rocha propõe a análise das seguintes divisões, correspondentes a seis seções:

Na 1ª consideraremos as pessoas quanto ao estado de cidade: *portugueses e estrangeiros*.

Na 2ª e 3ª, quanto ao estado de família: *cônjuges, pais, e filhos*.

²⁴⁹ "Art. 458. O menor antecipado não poderá, antes de completar vinte e cinco anos, vender, alhear, dar ou trocar bens de raiz, nem arrendá-los por mais de três anos, sem autorização do pai ou mãe (quando for tutora), ou do conselho de família que examinará escrupulosamente a necessidade urgente, que ele tiver para celebrar esses contratos." "Art. 459. O menor emancipado não poderá, antes de completar vinte e cinco anos, passar recibo geral ao tutor por sua administração, sem que as contas sejam examinadas e aprovadas pelo conselho de família com audiência do curador". (PORTUGAL. Decreto de 21 de maio de 1841. *Cit.* P. 104.)

²⁵⁰ TEIXEIRA. *Curso*. *Cit.* P. 602.

²⁵¹ ROBERTO. "O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império." *Cit.* P. 66.

Na 4ª, quanto ao estado de parentesco.

Na 5ª, quanto ao estado de incapacidade para se reger: *menores e interditos*.

Finalmente na 6ª, quanto ao estado de *ausentes*.²⁵²

Como se vê, não se trata mais do estado de liberdade, e se alça a divisão das pessoas quanto à sua *capacidade para se reger* a um estado próprio.

Convém frisar que o manual de Coelho da Rocha sobressai por sua qualidade *sistemática*, muito distinta do caráter mais *histórico* de Liz Teixeira.

Em razão de o autor ter dedicado um espaço próprio para a matéria que interessa a esta pesquisa, somente se comentará, quanto às demais seções, o que for pertinente à testagem da hipótese e que ainda não tiver sido abordado na análise dos manuais precedentes.

Na seção 2ª, na disciplina dos esponsais, ao mencionar aqueles que podem contraí-los, Coelho da Rocha se vale da ideia de *consentimento* para afirmar que os esponsais “não podem ser validamente contraídos por aqueles que não podem consentir, como os dementes, furiosos, infantes”²⁵³. Como se sabe, a ideia de *consentimento*, somada à de *discernimento*, estará nas bases do *esquema de capacidades* brasileiro do século XX.

A mesma assertiva aparece, adiante, quanto àqueles que podem se casar.²⁵⁴

Ao tratar dos direitos referentes ao casamento, Coelho da Rocha explica que ao marido compete a administração da família, dos bens do casal e dos bens da mulher, sendo vedado, no entanto, obrigar ou alienar de qualquer forma os bens de raiz sem o consentimento da mulher.²⁵⁵ Esta, por sua vez, “em virtude da reverência marital, não pode contratar, nem alienar, contrair dívidas, nem por qualquer modo dispor dos bens, ou sejam do *casal*, ou seus *próprios*,

²⁵² ROCHA, Manuel António Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. P. 136.

²⁵³ ROCHA. *Instituições*. *Cit.* P. 143.

²⁵⁴ ROCHA. *Instituições*. *Cit.* P. 147.

²⁵⁵ ROCHA. *Instituições*. *Cit.* P. 157-158.

tanto *móveis*, quanto *de raiz*, sem o consentimento do marido”²⁵⁶. Percebe-se que a questão se aproxima mais do tema da *outorga do cônjuge* exigida para certos atos do que para uma *incapacidade* da mulher casada para a *prática de atos da vida civil* – como aparecerá na *teoria das capacidades* de Freitas.

Na seção 3^a, sobre pais e filhos, Coelho da Rocha cuida da emancipação – definindo-a como ato por meio do qual o filho fica habilitado para administrar sua pessoa e bens e se isenta do poder do pai –, sem a distinguir do suplemento de idade.²⁵⁷

O autor abre a seção 5^a – a que mais interessa a este estudo – asseverando que:

Segue-se tratar das pessoas, que se acham em *estado* de não poder reger-se, nem administrar seus bens, e que por isso as leis sujeitam à *tutela*. Destas, umas são pela lei declaradas incapazes *ipso iuri* pela falta de idade: tais são os *menores*; outras precisam ser julgadas tais por sentença, em razão do seu desarranjo intelectual, ou falta de siso: estes são os *interditos*.²⁵⁸

Tal introdução revela um passo decisivo em direção à formação de uma verdadeira *teoria das capacidades*, técnica e sistemática, tendo Coelho da Rocha já bem estabelecido que havia *incapazes* por natureza, em razão de critério etário, e outros que somente se consideravam tais após *sentença de interdição*, reconhecida sua falta de discernimento.

Dali por diante, todavia, o autor se lança à disciplina da tutela – que não distingue da curatela –, pouco inovando quanto aos demais autores, e se desviando de uma *teoria das capacidades*, até o ponto em que cuida da *tutela dos interditos*. Aqui, explica Coelho da Rocha que:

Chamam-se *interditos* aquelas pessoas que por sentença são declaradas incapazes de se governar, e portanto sujeitas à tutela. As leis reputam hábil para os atos e negócios civis todas

²⁵⁶ ROCHA. *Instituições*. Cit. P. 160.

²⁵⁷ ROCHA. *Instituições*. Cit. P. 215.

²⁵⁸ ROCHA. *Instituições*. Cit. P. 246.

as pessoas maiores; e somente mandam declarar inábeis aquelas que constar serem: a) *mentecaptos*, isto é, que pelo desarranjo habitual de suas faculdades não têm o juízo necessário para se regerem, ainda que aliás tenham intervalos lúcidos; b) ou *pródigos*, isto é, aquelas que sem conhecido desarranjo intelectual são dominadas de tal paixão pelo desperdício e despesas inúteis que se põe em perigo de ficarem reduzidas à miséria elas e a sua família.²⁵⁹

O interessante, neste ponto, é que o autor provê uma leitura mais técnica e sistemática do tema, muito embora as leis a que se refere sejam ainda as Ordenações Filipinas e outros atos esparsos, como a *Novíssima Reforma Judiciária*.

Por fim, na seção 6ª, em que cuida do tema da ausência, Coelho da Rocha assevera que a partir do trânsito em julgado da sentença que a declarou o ausente já “não adquire direitos, nem obrigações, nem por conseguinte sucede na herança de qualquer, que venha a falecer depois, exceto se se provar que realmente vivia a este tempo”²⁶⁰. É justamente nesse sentido que Freitas, posteriormente, enquadrará, em seu quadro de *incapacidades*, o ausente declarado tal como *absolutamente incapaz de fato*.

Conclui-se, pois, que os elementos de *capacidades* presentes na obra de Coelho da Rocha já se aproximam mais do sistema que será desenvolvido por Freitas. No entanto, ainda não havia, nas *Instituições de Direito Civil Português*, uma construção que se pudesse denominar *teoria das capacidades*.

²⁵⁹ ROCHA. *Instituições*. Cit. P. 261-262.

²⁶⁰ ROCHA. *Instituições*. Cit. P. 271.

Capítulo 3 – A disciplina das pessoas no Direito Romano

Considerando que ao tempo de Teixeira de Freitas os textos romanos eram usados no Brasil como complementares dos portugueses, este capítulo se destina à análise da disciplina das pessoas no Direito Romano.

Para tanto, selecionaram-se três obras que se encontram entre as mais estudadas no Brasil no século XIX: as *Institutas* do Jurisconsulto Gaio, do século II, e duas partes do *Corpus Iuris Civilis*, organizado por ordem do Imperador Justiniano no século VI: as *Institutas* e o *Digesto*.

Deve ficar claro que a análise que será feita dessas obras as toma como *fontes subsidiárias* do Direito brasileiro na fase imperial. Logo, em vez de expor detalhadamente a disciplina das pessoas em cada texto, a investigação buscará elementos que justifiquem ou complementem o Direito Civil do século XIX em Portugal e no Brasil.

3.1 A disciplina das pessoas nas *Institutas* do Jurisconsulto Gaio

É das *Institutas* do Jurisconsulto Gaio a famosa assertiva “todo o direito que usamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações”²⁶¹.

As *Institutas* estabelecem que

A principal divisão do direito das pessoas é esta: todos os homens são livres ou escravos. Por sua vez, dos homens livres uns são ingênuos, outros libertinos. *Ingênuos são os nascidos livres, libertinos são os manumitidos de justa escravidão*. Por outro lado, três são as espécies de libertinos, pois são cidadãos romanos, latinos ou incluídos no número dos dedítícios.²⁶²

²⁶¹ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 38.

²⁶² GAIO. *Institutas*. Cit. P. 38.

Começa-se por explicar que deditícios eram os que haviam lutado contra Roma, depois feitos escravos, e, posteriormente, manumitidos. No entanto, se o escravo manumitido não houvesse lutado contra Roma, tornar-se-ia latino ou romano. Romano, se maior de trinta anos, pertencente ao senhor por direito dos Quirites, e manumitido por justa e legítima manumissão; latino, na ausência de alguma dessas condições.²⁶³

Sobre as diferenças entre latinos e deditícios, explica-se que aqueles não podiam fazer testamento, receber por testamento – salvo por fideicomisso –, nem ser dados por tutores em testamento; estes, por sua vez, eram sujeitos às mesmas proibições, mas nem por fideicomisso podiam suceder, e, ademais, não podiam obter a cidadania romana, nem residir em um raio de menos de cem milhas da cidade de Roma.²⁶⁴ Deve-se destacar que, neste ponto, não se utiliza nenhuma ideia de *capacidade*, bem como nenhum vocábulo derivado.

Após disciplinar a obtenção da cidadania romana pelos latinos e os modos de manumitir, passa-se a mais uma divisão das pessoas:

Segue-se outra divisão a respeito do direito das pessoas, pois umas são *sui iuris* e outras são *alieni iuris*. Das sujeitas a direito alheio (*alieni iuris*), umas estão sob o poder alheio, outras em poder do marido, e outras são como que compradas (*in mancipio*).²⁶⁵

Sobre o poder dos senhores sobre os escravos, observa-se que abrangia o “poder de vida e morte, e tudo o que o escravo adquire, para o senhor o adquire”²⁶⁶. Em seguida, adverte-se: “mas atualmente, nem aos cidadãos romanos, nem a quaisquer outros homens, sob o império do povo romano é lícito castigar exageradamente, e sem causa, os escravos”²⁶⁷. Aqui, importante destacar que nada se menciona sobre *personalidade* ou *personalidade* do escravo, muito menos *capacidade*. Não há referência ao escravo como *coisa*; ao contrário, o

²⁶³ GAIO. *Institutas. Cit.* P. 39.

²⁶⁴ GAIO. *Institutas. Cit.* P. 40-41.

²⁶⁵ GAIO. *Institutas. Cit.* P. 45.

²⁶⁶ GAIO. *Institutas. Cit.* P. 45.

²⁶⁷ GAIO. *Institutas. Cit.* P. 45.

tema é estudado no *Direito das Pessoas*. O mais próximo de *coisificar* o escravo – dependendo da interpretação – é uma única afirmativa no sentido de que “dizemos que o escravo está sob o poder do senhor, se ele for incluído entre os seus bens”²⁶⁸. Nada se infere sobre a impossibilidade de o escravo praticar atos jurídicos; apenas se observa que “tudo o que o escravo adquire, para o senhor o adquire”²⁶⁹.

Na sequência, passa-se ao poder dos pais sobre os filhos.

Os cidadãos romanos têm, assim, os filhos sobre seu poder, se se casarem com mulheres romanas, ou também com latinas ou peregrinas com quem tiverem conúbio. Como, pelo conúbio, os filhos seguem a condição paterna, ocorre que os filhos não só se tornam cidadãos romanos como também ficam sob o pátrio poder.²⁷⁰

Curiosamente, em vez de explicar em que consistiria esse poder, as *Institutas* disciplinam os temas do casamento, da liberdade e da cidadania dos filhos, e da adoção, explicando com quem podiam os romanos casar, qual a condição dos filhos nascidos de diversos casamentos – se livres ou escravos, romanos ou latinos –, e como se dava a adoção.²⁷¹

Em seguida, entra-se no tema da *manus*, direito exclusivo de cidadão romano exercido sobre as mulheres.

Homens e mulheres, regra geral, estão sob o poder de outrem, mas só as mulheres caem sob a *manus*. Assim, outrora, de três modos se ficava sob a *manus*: pelo *uso*, pela *confarreatio* e pela *coemptio*. Ficava *in manu* pelo *uso* a mulher que permanecesse casada sem interrupção, durante um ano, pois era usucapida, como por posse anual, e passava para a família do marido, ocupando o lugar de filha, *in loco filiae*. (...)

Ficavam as mulheres *in manu* pela *confarreatio*, por uma espécie de sacrifício feito a Júpiter Fárreo. (...)

²⁶⁸ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 46.

²⁶⁹ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 45.

²⁷⁰ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 46.

²⁷¹ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 46-56.

Além disso, a mulher pode recorrer à *coempção* não só com o marido, mas também com o estranho, ou seja, a coempção é feita ou pelo matrimônio ou pela fidúcia. A coempção feita com o marido, de modo a ficar com ele em lugar de filha, diz-se ter sido feita pela coempção, quer com o marido, quer com estranho, por outra causa, isto é, para evitar a tutela, diz-se ter feito coempção por fidúcia.²⁷²

Do excerto não se depreende nenhuma questão de *capacidade* da mulher para *adquirir direitos* ou *praticar atos*. A ideia da *manus*, do que se depreende do contexto, era a de organizar a família romana.

As *Institutas* explicam, então, a situação das pessoas *in mancipio*. Trata-se de pessoas – escravos, mulheres e mesmo homens romanos – que saíram do poder de alguém – senhor ou pai – e passaram, pelo ato da *mancipação*, ao poder de outrem.²⁷³

Prosseguindo, passa-se aos modos pelos quais se libertavam os que se encontravam sob o poder de outrem.²⁷⁴

A próxima divisão das pessoas de que tratam as *Institutas* é a dos que se encontravam sob tutela, sob curatela, ou que não estavam sujeitas nem a uma, nem a outra.

Nesse ponto, não se explica, exatamente, o que significasse estar sob tutela ou curatela. Percebe-se, todavia, um fundo de *proteção*, nas referências ao fato de que as mulheres se encontrariam sob tutela “em razão da instabilidade de seu caráter”²⁷⁵, e de que os impúberes também se encontrariam sob tutela, “pois é conforme à razão sujeitar-se à tutela de outrem quem ainda não atingiu a idade legal”²⁷⁶.

O que merece destaque, nesta parte final da disciplina das pessoas nas *Institutas* de Gaio, é a explicação das *capitis deminutiones*. Isso porque, muito embora a disciplina em nada se assemelhe à *teoria das capacidades* que Freitas

²⁷² GAIO. *Institutas*. Cit. P. 56-57.

²⁷³ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 58-59.

²⁷⁴ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 59-64.

²⁷⁵ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 65.

²⁷⁶ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 71-72.

desenvolverá, é nela que se encontra, em texto romano, a utilização do vocábulo *capacidade*, que parece ter inspirado os juristas dos séculos XVIII e XIX.

Alteração de capacidade é a mudança do estado anterior, que surge de três modos, sendo esses modos a *capitis deminutio* máxima, a *menor*, chamada por alguns de *média*, e a *mínima*. Alteração da capacidade máxima é a que atinge concomitantemente a cidadania e a liberdade, o que ocorre com os não recenseados, mandados vender *pelo censo*. Esse direito não está muito em uso, em nossos dias, pois, atualmente, pela Lei Élia Sência, os compreendidos entre os deditícios perdem a liberdade, como sanção, se fixarem residência em Roma, contrariando o que está disposto nessa lei. Também as mulheres, pelo *senatusconsulto* Claudiano, se tornam escravas dos senhores com os escravos aos quais se unirem, contra a vontade dos senhores e denunciadas por eles.

A alteração da capacidade é menor, ou média, quando se perde a cidadania, conservando-se, porém, a liberdade, o que ocorre com exilado, ou seja, com aquele a quem se proibiu o uso da água e do fogo. Mínima é, por fim, a alteração da capacidade, quando a pessoa conserva a cidadania e a liberdade, alterando-se, porém, o estado (o *status*), o que ocorre com os adotados, assim como com os que fazem a coempção, aos dados em mancipio e aos manumitidos depois da mancipação, e isso ocorre de tal modo que ele sofre alteração de capacidade tantas vezes quantas o for mancipado ou manumitido.²⁷⁷

Em suma, é esta a disciplina das pessoas nas *Institutas* de Gaio, no que aqui interessa. Como se vê, não há na obra praticamente elemento nenhum dos que, posteriormente, comporão a *teoria das capacidades*.

3.2 A disciplina das pessoas nas *Institutas* do Imperador Justiniano

As *Institutas* compiladas por ordem do Imperador Justiniano, cumpre inicialmente observar, mantêm muito das *Institutas* de Gaio, embora sejam mais organizadas e completas.

²⁷⁷ GAIO. *Institutas*. Cit. P. 67.

A obra se apresenta organizada em quatro livros, os quais, por sua vez, subdividem-se em títulos. Os títulos III a XXVI do livro I tratam do Direito das Pessoas.

No título III – Direito das Pessoas, após se repetirem as assertivas das *Institutas* de Gaio no sentido de que “todo direito que usamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações” e que “a suprema divisão do direito das pessoas é esta: todos os homens são livres ou são escravos”, explica-se:

§ 1º - Liberdade, de onde vem a denominação *liberi*, livres, é a faculdade natural daquele a quem é lícito fazer tudo quanto deseja, a não ser que seja impedido pela força ou pelo direito.

§ 2º - Escravidão é o instituto do direito das gentes, pelo qual alguém é, contra a natureza, sujeito ao domínio de outrem.²⁷⁸

Na sequência, os títulos IV a VII cuidam, respectivamente – e de forma sintética –, dos ingênuos, dos libertos, dos que não podem manumitir e por quais motivos, e da ab-rogação da Lei Fúfia Canínia. Destes títulos, vale destacar que, quanto aos libertos, tinham todos, ao tempo de Justiniano, cidadania romana – extinguiram-se as classes dos latinos e dos deditícios –²⁷⁹, e que, quanto aos que não podiam manumitir, não se utiliza nenhuma noção de *capacidade*²⁸⁰.

No título VIII, explica-se que outra divisão das pessoas é a que as classifica em *sui iuris* ou *alieni iuris*. Este título pouco difere do correspondente excerto nas *Institutas* de Gaio, e não contém nada que deva ser aqui destacado. O mesmo se aplica ao curtíssimo título IX, sobre o pátrio poder.

Na sequência, os títulos X e XI são dedicados, respectivamente, ao casamento e a adoção. Para explicar os que não podiam casar e aqueles com quem não se podia casar, não se utiliza nenhuma noção de *capacidade*. O mesmo se diga quanto aos que não podiam adotar.

²⁷⁸ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 27.

²⁷⁹ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 30.

²⁸⁰ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 31-33.

O título XII, sobre os modos pelos quais se extingue o poder sobre outrem, não contém nenhum elemento pertinente a esta pesquisa.

No título XIII, sobre as tutelas, encontra-se a seguinte explicação:

§ 1º - Tutela é, conforme definiu Sêrvio, o direito e o poder com autoridade sobre pessoa livre, dada e permitida pelo direito civil, para proteger aquele que pela idade não pode se defender.

§ 2º - Tutores são os que têm esse poder e essa autoridade, e, desse mesmo fato, tiraram o nome, pois se chamam tutores, quer dizer, *tutores*, ou defensores, do mesmo modo por que se chamam de *aeditui* os que zelam (*tuentur*) pelos edifícios (*aedes*).²⁸¹

No título XIV cuida-se dos que podem nomear tutor por testamento, sem nenhuma referência, no entanto, a qualquer ideia de *capacidade*.

O próximo título esclarece que, na falta de tutor testamentário, eram tutores legítimos os agnados.

O título XVI – da diminuição de capacidade (*capitis deminutio*) – pouco difere do excerto correspondente nas *Institutas* de Gaio.

Prosseguindo, os títulos XVII a XX, respectivamente, sobre a legítima tutela dos patronos, legítima tutela dos ascendentes, tutela fiduciária, e sobre os tutores atiliano e o dado pela Lei Julia e Titia, nada contém referente ao presente estudo.

No título XXI, sobre a autoridade dos tutores, explica-se que, em geral, era lícito ao pupilo melhorar sua condição, não podendo, porém, piorá-la, salvo com a intervenção do tutor.²⁸² “Donde se conclui que, nos casos em que nascem obrigações recíprocas, como vendas, locações, conduções, mandatos, depósitos, se não houver intervenção do tutor, os que contratam com o pupilo se obrigam, mas o pupilo não fica obrigado para com eles.”²⁸³ Neste ponto deve-se destacar que a orientação do Direito Romano afasta a disciplina da tutela da *teoria das*

²⁸¹ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 48.

²⁸² JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 60.

²⁸³ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 60.

capacidades que se desenvolverá no Direito brasileiro, em que a consequência da *incapacidade de fato* do sujeito é a invalidade do ato por ele praticado.

No título XXII, sobre os modos por meio dos quais se extingue a tutela, explica-se, em síntese, que a tutela se extingue quando o pupilo atinge a puberdade.²⁸⁴

O título XXIII se destina às curatelas, e de início se pontua: “os púberes, homens e mulheres, até os vinte e cinco anos completos, têm curadores, porque, embora sejam púberes, não se acham ainda em estado de defender seus interesses”²⁸⁵. Adiante, esclarece-se que também os loucos e pródigos, ainda quando maiores de vinte e cinco anos, sujeitavam-se à curatela.²⁸⁶ Também se dava curador aos “mentecaptos, surdos, mudos e enfermos de moléstia incurável, porque não podem superintender seus negócios”²⁸⁷.

Por fim, nos títulos XXIV a XXVI, respectivamente, sobre a fiança dos tutores e curadores, escusa dos tutores e curadores, e sobre os tutores e curadores suspeitos, nada se encontrou que deva ser destacado neste trabalho.

Conclui-se, pois, que também nas *Institutas* de Justiniano pouco há que se assemelhe ao que posteriormente virá a constituir a *teoria das capacidades* de Freitas.

3.3 A disciplina das pessoas no *Digesto* do Imperador Justiniano

A obra que ficou conhecida como *Digesto* ou *Pandectas* do Imperador Justiniano consiste, na verdade, em uma compilação – ordenada pelo Imperador – de fragmentos de vários juristas romanos, entre os quais Gaio, Paulo e Ulpiano.²⁸⁸

²⁸⁴ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 61.

²⁸⁵ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 63.

²⁸⁶ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 63.

²⁸⁷ JUSTINIANO. *Institutas*. Cit. P. 63.

²⁸⁸ MEIRA, Silvío. *História e fontes do Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1966. P. 184.

A obra contém três títulos que tratam de matéria relacionada a esta pesquisa: título V – do *status* dos homens; título VI – dos que são *sui iuris* ou *alieni iuris*; título VII – das adoções e emancipações e dos outros modos pelos quais a *potestas* se dissolve.

O que se poderia considerar a *disciplina das pessoas* no *Digesto*, para fins desta análise, pouco difere da correspondente disciplina nas *Institutas* de Gaio, as quais, aliás, são a fonte de muitos dos fragmentos que compõem os títulos referidos. Por vezes, o *Digesto* é mais detalhado, por conter fragmentos de outros juriconsultos. No entanto, a disciplina em Gaio é mais extensa, e abrange mais questões.

Concluída a análise do volume, verificou-se que, após o que se narrou sobre as *Institutas* de Gaio e de Justiniano, muito embora o *Digesto* tenha sido importante fonte subsidiária do Direito brasileiro no século XIX, nada há, na obra, que acrescente a esta pesquisa – a não ser o significativo fato de que nada havia nela que se assemelhasse à *teoria das capacidades* de Freitas.

Capítulo 4 – A disciplina das pessoas nas obras brasileiras de Direito Civil

A partir da década de 1850, o Brasil começa a produzir obras de Direito Civil.

No entanto, durante o período imperial, apenas dois manuais significativos de Direito Civil foram publicados: as *Instituições de Direito Civil brasileiro*, de Lourenço Trigo de Loureiro (1851), e o *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antônio Joaquim Ribas – o Conselheiro Ribas – (1865). Outras importantes obras sobre temas de Direito Civil também foram publicadas, das quais o *Direitos de família*, de Lafayette Rodrigues Pereira – o Conselheiro Lafayette – (1869), contém matéria pertinente a esta pesquisa.

As três obras a serem analisadas, por conseguinte, são as *Instituições* de Loureiro, o *Curso* de Ribas, e os *Direitos de família* de Lafayette.

4.1 A disciplina das pessoas nas *Instituições de Direito Civil brasileiro* de Trigo de Loureiro

Conforme asseverado anteriormente, quando da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, o compêndio oficial adotado para o ensino do Direito Civil foram as *Instituições de Direito Civil português* de Melo Freire.²⁸⁹

No início da década de 50, no entanto, as *Instituições* de Melo Freire foram substituídas pelas *Instituições de Direito Civil brasileiro* do professor Lourenço Trigo de Loureiro, baseadas nas portuguesas, passando a funcionar como compêndio oficial.

Em carta ao leitor, Loureiro explica que

Sendo geralmente reconhecida a necessidade de um sistema de ensino do Direito Civil Brasileiro para uso das aulas da nossa Academia de Ciências Sociais e Jurídicas na parte relativa a esse ramo do Direito Positivo Brasileiro, e determinando-nos a suprir essa necessidade, pareceu-nos que nada melhor podíamos fazer, do que seguir o sistema do exímio Jurisconsulto Português Paschoal José de Mello Freire, extraindo do seu excelente Compêndio de *Instituições de Direito Civil Lusitano*, pela mesma ordem dele, tudo quanto continua a ter aplicação entre nós, e adicionando-lhe nos lugares competentes a substância das Leis propriamente Brasileiras, publicadas desde 1822 a 1850.²⁹⁰

Segundo Giordano Bruno,

²⁸⁹ ROBERTO. "O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império." *Cit.* P. 66.

²⁹⁰ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil brasileiro, extraídas das Instituições de Direito Civil lusitano do exímio Jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as Instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das Leis Brasileiras*. Recife: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851. P. I.

O texto é mais apropriado ao ensino do que o de Melo Freire. Não repete as informações que não são relevantes em relação ao direito brasileiro, como, por exemplo, as que se referem à divisão dos cidadãos em nobres e plebeus. Além disso, inclui dados ministrados por fontes legislativas nacionais, citando, por exemplo, regras impostas pela Constituição do Império e pelos Códigos Criminal e Comercial.²⁹¹

Entre os aspectos negativos da obra, por sua vez, Giordano Bruno aponta o “servilismo ante outros escritores” e a “constante apropriação do pensamento alheio”.²⁹² É que Loureiro, por vezes, transcreve trechos inteiros de outras obras – em geral, de Melo Freire, mas também de outros autores, como Coelho da Rocha –, sem fazer a devida indicação.

O Livro I é dedicado ao “Direito em relação às pessoas”²⁹³.

A estrutura do livro é a seguinte: título I – dos homens livres, e escravos, e primeiramente das leis, por que o Brasil se governa; título II – dos cidadãos e estrangeiros; título III – do poder dos pais sobre os filhos; título IV – por que modo se adquire, e dissolve o poder paterno; título V – do direito dos filhos, e dos parentes entre si; título VI – do poder marital; título VII – da comunhão dos bens entre os cônjuges; título VIII – do direito dos dotes; título IX – das doações entre marido e mulher; título X – das tutorias; título XI – das curadorias; título XII – de outras divisões das pessoas.

No título I, logo no § 2º, Loureiro explica que “todos os direitos, que nos pertencem na nossa Cidade, ou se referem à nossa *personalidade*, ou às *coisas externas*, ou aos meios de os fazer valer em Juízo, chamados *ações*”²⁹⁴. Apesar da semelhança com o trecho respectivo em Melo Freire (inspirado em Gaio), destaca-se a utilização do vocábulo *personalidade*, ausente na obra portuguesa (e nas *Institutas*).

Sobre a disciplina da escravidão no Brasil, Loureiro anota:

²⁹¹ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 169.

²⁹² ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 169.

²⁹³ LOUREIRO. *Instituições.* *Cit.* P. 1.

²⁹⁴ LOUREIRO. *Instituições.* *Cit.* P. 2.

Entre nós os escravos faziam-se, e nasciam. Faziam-se pela compra de negros na Costa d'África, e sua importação para o Brasil, onde eram vendidos pelos que se ocupavam nesse gênero de comércio. Felizmente para a humanidade, esse infame tráfico cessou de ser tolerado entre nós no ano de 1829, por virtude da Convenção celebrada entre o Brasil e a Grã-Bretanha aos 23 de Nov. de 1826. Por força porém das circunstâncias, que nos cercam, a escravidão ainda ficou subsistindo a respeito dos escravos, que então havia no Brasil, e de sua futura descendência; donde se segue que hoje entre nós os escravos nascem, porém não se fazem. A respeito pois ainda vogam entre nós a Ord. liv. 3 tit. 56 § 3º, que repele o testemunho do escravo; liv. 4 tit. 17, que faculta enjeitar-se em seis meses o escravo, que tinha doença, ou manqueiras ao tempo da venda; tit. 63 §§ 7, 8 e 9 que permite revogar-se a doação da alforria por legítima causa de ingratição; tit. 81 § 4º, que veda aos escravos a facção ativa de testamento; tit. 102, § 1º, que repele o escravo do cargo da tutela, e outras mais.²⁹⁵

Loureiro não faz nenhuma referência à *personalidade jurídica* do escravo, nem, como se depreende do excerto transcrito, faz qualquer referência à sua *capacidade*, ao enumerar o que lhe era vedado.

No título II, em que brevemente trata dos nacionais ou estrangeiros, o autor utiliza noções de *capacidade*, porém sem conteúdo técnico, ao explicar que

Como o exercício dos direitos políticos requer capacidade física e capacidade intelectual, porque sem a primeira não se podem exercer os atos físicos, de que ele depende, e sem a segunda não pode ser regulado conforme o pedem as convenções sociais, daí vem que se suspende exercício dos direitos políticos: 1º, por incapacidade física ou moral; Constit. art. 8º § 1º; 2º, por sentença condenatória a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos; cit. art. 8º § 2º.²⁹⁶

O título III é dedicado ao poder dos pais sobre os filhos. Nele, quase não há inovação em comparação com o título respectivo nas *Instituições* de Melo Freire. Vale destacar que, em nota à definição de família, Loureiro salienta que

²⁹⁵ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 2-3.

²⁹⁶ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 29.

Entre os Romanos, em uma terceira acepção, a família compreendia também os escravos, ainda que eles não lhes pertencessem senão como coisas; esta terceira acepção tem aplicação entre nós não só aos criados, considerados como pessoas, senão também aos nossos escravos, os quais também consideramos, não como coisa, mas como pessoas, ainda que privados do direito de liberdade, de cidade, e família.²⁹⁷

Na sequência, o autor explica que os filhos têm “direito perfeito a que seus pais curem da sua conservação, e perfeição quanto couber em suas próprias forças”²⁹⁸, e justifica o comando da família pelo pai na felicidade doméstica.²⁹⁹

Nesse sentido, Loureiro pontua que “por *poder parental* entende-se a autoridade que as Leis conferem ao pai sobre a pessoa e ações de seus filhos”³⁰⁰.

Não se faz nenhuma referência a alguma *incapacidade* do filho sob o poder parental. Ao contrário, Loureiro explica, no parágrafo acerca da responsabilidade dos pais pelos filhos, que o pai era responsável pelas obrigações assumidas pelos filhos, ainda que sem o seu consentimento, se houvesse obtido proveito; que o pai igualmente se obrigava pelos contratos celebrados pelos filhos por mandato, ou com seu consentimento, ou como seu preposto.³⁰¹

No título IV, o autor cuida dos modos por meio dos quais se adquire e dissolve o poder paterno. Aqui, é de se destacar o seguinte trecho:

Sendo os *esponsais* a promessa feita, e mutuamente aceita sobre o negócio de contrair matrimônio entre pessoas aptas para ele segundo as Leis Canônicas, e Civis, é evidente que nos sponsais de filhos-famílias, e menores, é essencial para a sua validade o mútuo consentimento dos promitentes, e conhecimento do que fazem, ou capacidade para consentirem.³⁰²

²⁹⁷ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 16.

²⁹⁸ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 16.

²⁹⁹ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 16.

³⁰⁰ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 16-17.

³⁰¹ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 23.

³⁰² LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 25.

Em nota, Loureiro esclarece que por Direito Canônico podiam contratar validamente os esposais os filhos e filhas-famílias, e os pupilos maiores de sete anos, desde que com o consentimento dos pais.³⁰³

Apesar da utilização do vocábulo *capacidade* somado à ideia de *consentimento*, ainda não é possível afirmar que Loureiro pensasse em um *conceito* de *capacidade* sistemático e técnico, como aparecerá posteriormente na *teoria das capacidades* de Freitas.

Encontram-se outros usos de vocábulos derivados de *capacidade* na explicação sobre a validade do casamento. Após afirmar que nossas leis não fixavam a idade núbil, Loureiro observa que “podemos porém concluir que na capacidade, que a Ord. liv. 3 tit. 41 § 8 e liv. 4 tit. 81 in princ. concede aos varões maiores de quatorze anos, e às fêmeas maiores de doze, está implicitamente reconhecida, por identidade de razão, a capacidade para casar”³⁰⁴.

Quanto à extinção do poder paterno, Loureiro explica haver diferença entre a emancipação e o suplemento de idade.³⁰⁵ Vale lembrar que os autores portugueses do tempo de Loureiro já haviam deixado de distinguir esses institutos.³⁰⁶

O título V – dos direitos dos filhos, e dos parentes entre si – cuida de matéria de Direito de Família, e em nada contribui para este estudo.

No título VI, Loureiro cuida do poder marital, sem, todavia, valer-se de nenhuma noção de *incapacidade* da mulher casada.

Os títulos VII – da comunhão dos bens entre os cônjuges, VIII – do direito dos dotes, e IX – das doações entre marido e mulher, contêm matéria estranha ao objeto desta pesquisa.

³⁰³ LOUREIRO. *Instituições. Cit.* P. 25.

³⁰⁴ LOUREIRO. *Instituições. Cit.* P. 31.

³⁰⁵ LOUREIRO. *Instituições. Cit.* P. 41.

³⁰⁶ TEIXEIRA. *Curso. Cit.* P. 301; ROCHA. *Instituições. Cit.* P. 215.

No título X, por sua vez, encontra-se a importante disciplina das tutorias. Aqui, Loureiro parafraseia Melo Freire quanto à sua visão sobre a tutoria³⁰⁷, definindo-a como “o poder e autoridade, que as Leis conferem ao tutor para defesa do pupilo, que por sua pouca idade não se pode defender”³⁰⁸. Impende lembrar que a essa visão de Melo Freire sobre a tutela, mais no sentido de *proteção*, opunha-se a de Lobão, mais no sentido do suprimento da *falta de inteligência* do tutelado.³⁰⁹

Ao enumerar os que não podiam ser nomeados tutores em testamento, Loureiro não se utiliza de alguma ideia de *capacidade*. Refere-se a eles como os que “não podem ser dados por tutores em testamento”³¹⁰. Em nota ao respectivo parágrafo, o autor esclarece que o Decreto de 31 de outubro de 1831 alterara a idade legítima e perfeita de vinte e cinco para vinte e um anos, e afirma que não podiam ser nomeados tutores os que, mesmo contando com essa idade, estivessem sob o poder parental. Nesse ponto, mesmo sem o citar expressamente, Loureiro segue Melo Freire³¹¹, em oposição a Lobão³¹² e Borges Carneiro³¹³.

No título XI, sobre as curadorias, Loureiro explica que não se dava curador aos menores de vinte e um anos que houvessem casado ou obtido suplemento de idade, porquanto o casamento ou a obtenção da carta de suplemento implicava emancipação.³¹⁴

Explicando a curadoria do furioso, o autor utiliza o vocábulo *capacidade* ao afirmar que o furioso “por enfermidade acidental, ou vício natural não tem a capacidade e discernimento”³¹⁵ necessários para se reger. Chama atenção o uso de *capacidade*, mais uma vez, ao lado de *discernimento*. Todavia, não é possível

³⁰⁷ “A tutela é a força e poder num homem livre, para proteger aquele que por sua idade não se pode defender.” (FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 111.)

³⁰⁸ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 92.

³⁰⁹ LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 577.

³¹⁰ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 95.

³¹¹ FREIRE. *Instituições*. Cit. T. II. P. 115-116.

³¹² LOBÃO. *Notas de uso prático*. Cit. P. 569.

³¹³ CARNEIRO. *Direito Civil*. Cit. T. III. P. 127.

³¹⁴ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 105.

³¹⁵ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 106.

inferir que a referência seja técnica, e que Loureiro já concebesse uma *teoria das capacidades*.

Quanto à curadoria dos pródigos, interessante destacar a nota em que Loureiro esclarece:

Exige-se do Juiz muita circunspecção, muita sisudez, e muita cautela, para que não tome por prodigalidade o que muitas vezes não é senão liberalidade um pouco excessiva, ou profusão, que talvez não excede aos rendimentos anuais da pessoa; e para que não se deixe iludir por falsas provas de prodigalidade, a que às vezes recorrem parentes ambiciosos, e cobertos de vícios.³¹⁶

Por fim, no título XII, o autor trata de outras divisões das pessoas, começando pela divisão em maiores ou menores. Aqui, Loureiro salienta que se trata de *estado natural* – e não civil –, e que se consideram menores os impúberes, os púberes até os vinte e um anos, e, por equiparação, os furiosos, mentecaptos e pródigos.³¹⁷ Tal equiparação, da maneira como foi posta, é bastante significativa, considerando-se que são as *consequências* da menoridade, segundo o Direito anterior à codificação, as que mais se assemelharão aos efeitos da *incapacidade de fato*, na teoria de Freitas posteriormente positivada. No entanto, o autor ainda não se vale de nenhuma noção de *capacidade* para explicar quais atos os menores e maiores podiam praticar.

Por sua vez, um dado que revela a ausência, naquele momento, de uma construção sistemática sobre o tema é o fato de que, conforme esclarece Loureiro,

Os que tem a idade de vinte e um anos completos, e daí para cima, dizem-se maiores, e são admissíveis a todos os cargos Públicos Civis, Políticos, e Militares, segundo os seus talentos, e virtudes, e julgados habilitados para todos os mais atos da vida civil, se não estão mais em poder de seu pai: Decret. de 31 de

³¹⁶ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 107.

³¹⁷ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 110.

Out. de 1831, que revogou as Ordenações na parte, em que estabeleciam a maioridade aos vinte e cinco anos.³¹⁸

O destaque é para a exclusão dos filhos-famílias dos efeitos da maioridade.

No breve comentário, finalmente, sobre a divisão das pessoas em “varões, fêmeas, moços, ou velhos, ou solteiros, ou casados, marido, mulher, viúvo, ou viúva, &c.”, nada se encontrou acerca de *capacidades*.

Conclui-se, pois, que a *disciplina das pessoas* nas *Instituições* de Loureiro pouco difere da disciplina das pessoas nas obras anteriormente analisadas, salvo pela falta de influência do Direito Civil francês, possível razão pela qual a obra contém poucos dos elementos que, alguns anos depois, comporiam a *teoria das capacidades* de Freitas.

4.2 A disciplina das pessoas no Curso de Direito Civil brasileiro do Conselheiro Ribas

Em 1865 publicou o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, professor da Academia de São Paulo, o seu *Curso de Direito Civil brasileiro*. Segundo Giordano Bruno, no entanto, o texto já estaria pronto desde 1862, ano em que foi aprovado pela Congregação da Academia.³¹⁹

Giordano Bruno salienta que característica marcante da obra é “o seu pendor para a tradição jurídica germânica”³²⁰. Isso provavelmente explica o fato de a estrutura do *Curso* ser tão distinta das obras de Loureiro e dos civilistas portugueses aqui analisados.

A obra é originalmente dividida em dois volumes. O primeiro volume contém três títulos: I – da ciência do Direito Civil; II – das fontes do Direito

³¹⁸ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 115.

³¹⁹ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” Cit. P. 314.

³²⁰ ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” Cit. P. 317.

Civil; III – das leis civis. O segundo volume, por sua vez, contém dois títulos: IV – dos elementos constitutivos dos direitos; V – da literatura jurídica. É no título IV que se encontra a matéria objeto desta pesquisa. A divisão dos temas é a seguinte, em seis capítulos: I – dos elementos constitutivos dos direitos em geral; II – do sujeito dos direitos – noções gerais; III – do sujeito dos direitos – as pessoas naturais; limites da sua existência; IV – do sujeito dos direitos – as pessoas naturais; suas classificações; V – do sujeito dos direitos – as pessoas jurídicas; VI – das coisas. Serão analisados, nesta pesquisa, os capítulos I a IV.

No capítulo I, Ribas anota que “considerado como faculdade de obrar, o direito não pode existir sem um sujeito onde resida, ou que o exerça; esse sujeito denomina-se *pessoa*”³²¹. Como se observa, não apenas pela assertiva, mas pela própria organização dos temas, Ribas se revela influenciado pela noção de *relação jurídica*, bem desenvolvida por Savigny – autor que, conforme revela Giordano Bruno, é o mais citado pelo Conselheiro ao longo da obra: nada menos que 112 vezes³²².

Na sequência, Ribas utiliza o adjetivo *capazes* para explicar que “a lei, à imitação da natureza, criou outras pessoas ou entidades, que ela tornou capazes de direitos; e outras vezes, em oposição a ela, despojou da personalidade alguns dos seres a quem a natureza a havia concedido”³²³.

Dessas duas afirmativas pode-se afirmar que Ribas já concebia noções técnicas de *pessoa* e *capacidade*, pois as emprega não apenas quanto às pessoas naturais, mas também às pessoas jurídicas, e, sobretudo, porquanto aponta ser a *lei*, e não a *natureza*, a ordem que concede ou nega *personalidade* e *capacidade*.

³²¹ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 1.

³²² ROBERTO. “O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.” *Cit.* P. 318.

³²³ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 2.

É de grande importância salientar que o autor revela, como fontes deste capítulo, dentre outras, o *Sistema Atual do Direito Romano* de Savigny,³²⁴ e tanto a Introdução da *Consolidação das Leis Civis* quanto a *Nova Apostila*, de Freitas.³²⁵

Ribas abre o capítulo II asseverando que “o sujeito dos direitos, ou o ente capaz de adquirir e exercer direitos, é a pessoa”³²⁶. Adiante, adverte: “devemos lembrar que a pessoalidade é sempre um atributo imaterial, mas que, ou pela natureza, ou pela lei, está ligada a um ente existente no mundo físico, ou por ele se manifesta”³²⁷.

Sem dúvida, tais afirmações revelam uma visão *teórica* de *personalidade* e *capacidade*. Cabe apontar, no entanto, que mais uma vez Ribas revela como fonte deste capítulo, entre outros autores, apenas um brasileiro: Freitas. E, justamente, cita as duas de suas obras em que, como se verá, desenvolve-se no Brasil a *teoria das capacidades*: a *Nova Apostila* e o *Esboço de Código Civil*. Ribas, inclusive, tacha de “dispensável” o “neologismo de que usa o nosso ilustre colega o Dr. A. T. de Freitas – pessoas de existência visível e invisível”.³²⁸

As assertivas iniciais do capítulo III também são bastante significativas:

Segundo o direito racional todo o homem é pessoa, e toda a pessoa é homem. No direito positivo, porém, assim não sucede; se por um lado a lei criou outras pessoas que não o homem, - as pessoas jurídicas; por outro lado privou até certo ponto alguns homens da qualidade de pessoa, tais são os escravos.³²⁹

É certo que ideia semelhante já havia aparecido em Borges Carneiro³³⁰, o qual revela como fonte Heinécio, jurista germânico do século XVII. No entanto, é somente em Ribas que a exposição das ideias aparece de tal forma

³²⁴ O *Sistema Atual do Direito Romano* frequentemente aparece como *Tratado de Direito Romano*, tradução do título que recebeu na tradução francesa – *Traité de Droit Romain* –, a qual foi lida pelos juristas da geração de Freitas.

³²⁵ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 5.

³²⁶ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 7.

³²⁷ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 7.

³²⁸ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 7.

³²⁹ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 8-9.

³³⁰ CARNEIRO. *Direito Civil. Cit.* T. I. P. 97.

sistemizada, técnica. Cumpre observar que, como se verá, essas noções foram exploradas e teorizadas, no Direito pátrio, por Freitas, tanto no *Esboço* quanto, principalmente, na *Nova Apostila*, obras em que Ribas confessa se basear.

Descambando para a vetusta discussão romana sobre que entes seriam considerados *homens*, Ribas faz outra afirmativa importante ao estatuir que “para gozar da capacidade jurídica não é suficiente que, durante um parto prolongado, dê o filho sinais de vida, se vier a morrer antes de completamente separado da mãe”³³¹. O uso da locução *capacidade jurídica* também demonstra, aqui, que Ribas já lidava com um conceito *técnico, sistemático*, e que não utilizava a expressão acidentalmente. O mesmo se pode concluir deste outro trecho em que o autor utiliza a locução: “mas é certo que esta condição [da maturidade do feto] só se refere à mãe para poder gozar do benefício do dito Sen-cons. Tertiliano, e não ao filho para adquirir a capacidade jurídica”³³². E, novamente, em: “posto que seja necessário que o filho esteja completamente separado da mãe para que comece a gozar de capacidade, considera-se contudo já nascido, para o que é do seu interesse, desde o momento em que é concebido”³³³. Vale frisar, ademais, que esta discussão sobre o *início da personalidade da pessoa natural* não se encontrava na disciplina das pessoas nas obras anteriormente consultadas de Direito português e brasileiro.

Também merece destaque a afirmativa inicial do capítulo III: “já vimos que a expressão – *pessoa* não é sempre idêntica consigo mesmo; posto que signifique sempre um ente capaz de direitos, não determina a mesma extensão desta capacidade em todos os casos”³³⁴. Neste ponto, não obstante, cumpre notar que Ribas se encontra a meio caminho entre a disciplina anterior das pessoas e a nova disciplina que se consagrará no Direito brasileiro. É que, muito embora maneje com técnica as ideias de *personalidade* e *capacidade*, Ribas dedica este capítulo ao estudo da pessoa em diversos *estados* e as respectivas “classificações” das pessoas quanto à liberdade, nacionalidade, família, quanto

³³¹ RIBAS. *Curso*. Cit. P. 13.

³³² RIBAS. *Curso*. Cit. P. 16.

³³³ RIBAS. *Curso*. Cit. P. 17.

³³⁴ RIBAS. *Curso*. Cit. P. 25.

ao parentesco, ao sexo, à idade, saúde, religião, profissão, à consideração civil e ao domicílio – resquício do estudo das pessoas baseado no Direito Romano.

O entendimento de Ribas, quanto à liberdade, no sentido de que “os direitos do senhor sobre o escravo constituem domínio e poder; em relação ao domínio o escravo é coisa, em relação ao poder é pessoa”³³⁵, também o revela ao mesmo tempo técnico e retrógrado. Desaponta que, tendo os civilistas portugueses desde Melo Freire, como visto, repudiado a escravidão, um civilista brasileiro exponha a matéria com técnica, mas sem dar sinal de repúdio.

Ao tratar da nacionalidade, da família e do parentesco, Ribas não faz nenhuma referência a ideias de *personalidade* e *capacidade*.

A cuidar das mulheres, todavia, o autor explica que, em Roma, as mulheres sofriam “certas restrições de capacidade”, pelo que não podiam exercer as funções públicas e a tutela, nem postular em juízo ou servir de testemunhas em testamento.³³⁶

Como era de se esperar, é na disciplina das pessoas quanto à idade que Ribas volta às ideias de *capacidades*, porém, mais uma vez, inicialmente, para explicar o Direito Romano.³³⁷

No entanto, ao chegar ao Direito pátrio, Ribas enumera “certas restrições de capacidade” decorrentes da menoridade.³³⁸ A razão pode ser o fato de que, muito embora Ribas lidasse com noções técnicas de *capacidade* e *personalidade*, o Direito vigente ainda não as acolhera. O objetivo do ponto, afinal, era expor o Direito, e não discutir teoria.

A mesma postura se encontra na disciplina das pessoas quanto à saúde, em que Ribas enumera “diversas categorias de incapacidades, mais ou menos amplas”³³⁹ dos *enfermos* – expressão que o autor usa para se referir

³³⁵ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 30.

³³⁶ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 43-44.

³³⁷ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 46-54.

³³⁸ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 55.

³³⁹ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 64.

genericamente aos impotentes, surdos-mudos, furiosos, mentecaptos e dementes³⁴⁰, aos quais, posteriormente, afirma se equipararem quanto à incapacidade os pródigos³⁴¹.

Também ao cuidar da religião e da profissão, Ribas não faz nenhuma referência a ideias de *personalidade* e *capacidade*.

Ao tratar da consideração civil, Ribas volta a utilizar ideias de *capacidade*, para explicar as consequências da infâmia e da indignidade em Roma³⁴², e, posteriormente, nas nações modernas³⁴³.

Por fim, na disciplina das pessoas quanto ao domicílio, o autor somente tangencia algum tema relacionado a *personalidade* e *capacidade* ao explicar os efeitos civis da ausência.

Como visto, a obra de Ribas contém conceitos técnicos de *personalidade* e de *capacidade jurídicas*, certamente influenciados pela teoria de Freitas, em que o autor confessa se basear – ao menos, parcialmente –, ao tempo em que – talvez em razão do Direito vigente – ainda expõe uma disciplina das pessoas menos técnica e mais nos moldes do Direito Romano.

4.3 A disciplina das pessoas nos Direitos de família de Lafayette Rodrigues Pereira

Lafayette Rodrigues Pereira – ou Conselheiro Lafayette, como ficou para sempre conhecido – publicou em 1869 sua obra *Direitos de família*.

O afastamento da tradição portuguesa dos *Cursos* e *Instituições* e a opção por escrever um livro específico de *Direitos de família* parecem se explicar pela

³⁴⁰ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 64.

³⁴¹ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 74.

³⁴² RIBAS. *Curso. Cit.* P. 84-92.

³⁴³ RIBAS. *Curso. Cit.* P. 92-98.

classificação do Direito Civil usada, à época, na Alemanha³⁴⁴, e que Lafayette confessa ter adotado: “aceitamo-la, não porque nos parecesse a mais perfeita, senão como das inventadas a melhor e a mais acomodada para uma distribuição regular das diversas instituições do Direito Civil”³⁴⁵.

Desta obra, interessam, para a presente análise, três capítulos, em que Lafayette cuida: (1) do poder marital e incapacidade da mulher; (2) da tutela; (3) da curatela.

O capítulo I da seção II – relações entre o marido e a mulher; poder marital e incapacidade da mulher – chama a atenção já pelo título. É que não havia, em nenhuma das demais obras analisadas, referência a uma *incapacidade da mulher casada*.

Neste capítulo, Lafayette explica que, “criação da lei, a incapacidade da mulher não resulta de defeito natural: tanto que são capazes as viúvas e solteiras emancipadas”³⁴⁶. E prossegue: “uma semelhante incapacidade não é, pois, absoluta; antes sofre exceções, variando de graus segundo o regime do casamento e cessando acidentalmente para fins determinados”³⁴⁷.

Veja-se, no entanto, que Lafayette utiliza a ideia de *incapacidade* com um sentido mais técnico, porém sem uma visão sistemática.

Na sequência, enumera os atos que a mulher, em regra, não pode praticar sem a outorga do marido, e sua impossibilidade de estar em juízo.³⁴⁸ Aqui, Lafayette faz referência a Mourlon³⁴⁹ e Marcadé³⁵⁰, civilistas franceses, bem como ao Código Civil francês de 1804³⁵¹. Como se verá, no Direito codificado francês começam a surgir noções técnicas de *capacidades*, as quais terão forte influência na formação da teoria no Direito Civil brasileiro.

³⁴⁴ Parte Geral: Pessoas, Coisas, Atos jurídicos; Parte Especial: Direito das Coisas, Direito das Obrigações, Direito de Família, Direito das Sucessões.

³⁴⁵ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. V.

³⁴⁶ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 71.

³⁴⁷ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 71.

³⁴⁸ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 71-75.

³⁴⁹ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 72.

³⁵⁰ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 73.

³⁵¹ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 73.

A exposição de Lafayette quanto aos atos que a mulher, em regra, não pode praticar sem a outorga do marido, todavia, remete mais à questão da outorga do cônjuge para a prática de certos atos – decorrência do regime de bens do casamento – do que à *incapacidade* da mulher casada para a *prática, por si, dos atos da vida civil* que aparece em Freitas. Essa conclusão se corrobora pela assertiva do autor no sentido de que “o consentimento dado pelo marido, ou suprido de autoridade da justiça, tem por efeito fazer cessar a incapacidade da mulher casada como tal, a fim de que possa ela validamente perfazer os atos a que alude a autorização”³⁵². Como se verá, na *teoria das capacidades* que se desenvolve na obra de Freitas a ideia de *incapacidade* que se firma não cessa pelo fato de o assistente do incapaz autorizar a prática de um ato.

O capítulo I da seção V é dedicado à tutela. A definição de Lafayette pouco difere das apresentadas nas obras anteriormente analisadas: “*tutela* é o poder conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora da ação do pátrio poder”³⁵³. Em nota, o autor explica que:

Se o órfão é impúbere (homem, menor de quatorze anos; mulher, de doze) o tutor *representa*, praticando sem necessidade de intervenção dele os atos que lhe dizem respeito. (...)

Se o órfão é púbere, obra em seu próprio nome, tão somente com assistência do tutor. Consiste a função do tutor, não em *representá-lo*, mas em *assisti-lo*, com a sua intervenção (autoridade) para completar-lhe o consentimento.³⁵⁴

Está aí uma visão da tutela que, conquanto ainda não mencione nenhuma ideia de *capacidade*, aproxima-se mais da noção de tutela que prevalecerá no Direito brasileiro.

Adiante, Lafayette cuida do tema da *incapacidade* para ser tutor, e, em nota, salienta que

³⁵² PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 83.

³⁵³ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 263.

³⁵⁴ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 264.

Não se deve confundir a *incapacidade* para tutor com a *escusa*. A incapacidade importa proibição absoluta para exercer a tutela. Os antigos escritores denominavam *escusa necessária* (*excusatio necessaria*). A *escusa* é a dispensa concedida por justa causa ao que pudera ser tutor, se quisesse: *excusatio voluntaria*.³⁵⁵

Merece atenção a assertiva no sentido de que a *incapacidade* para ser tutor implica proibição absoluta do exercício da tutela. É que Freitas havia justamente relacionado o conceito que atribuiu à *incapacidade de direito*, como se verá no título seguinte deste trabalho, à proibição da prática de certos atos.

Vale destacar que também neste capítulo Lafayette, em nota, cita o Código Civil francês de 1804 e Mourlon³⁵⁶. A referência ao *Code* é, especificamente, ao art. 442, que se encontra sob a rubrica da “da incapacidade, das exclusões e das destituições da tutela”. Mais uma vez, parece ser o Direito francês a inspiração para o uso de ideias de (*in*)*capacidades* na obra *Direitos de família*.

No capítulo II da seção V, Lafayette afirma haver três tipos de curatelas: a dos loucos; a dos pródigos; a dos bens dos ausentes.³⁵⁷

O autor utiliza ideia de *incapacidade* – não técnica, aparentemente – para explicar que não podiam se eximir da curatela “todos os que, não estando sujeitos à tutela nem ao pátrio poder, todavia, ou por fraqueza de espírito ou por perturbação das faculdades mentais, são incapazes de reger suas pessoas e bens”³⁵⁸.

Lafayette é bem técnico, no entanto, ao observar que a sentença de interdição “não cria a incapacidade do demente; – verifica e declara tão somente um fato preexistente que lhe serve de causa”. Por essa razão, consideravam-se anuláveis os atos praticados posteriormente à sentença, dispensando-se outra

³⁵⁵ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 271-272.

³⁵⁶ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 272; 276; 283; 286.

³⁵⁷ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 303.

³⁵⁸ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 305.

prova, e, por sua vez, igualmente anuláveis os atos anteriores, desde que se provasse que a causa da incapacidade já subsistia à época da prática do ato.³⁵⁹

Ao tratar da curatela do pródigo, o autor ressalta que não se consideravam pródigos:

1º, os que, gastando desordenadamente as suas rendas, não tocam no capital; 2º, os que estragam seus haveres nos jogos, porque têm em vista um ganho, embora falível; 3º os que aventuram toda a sua fortuna em empresas arriscadas, comerciais, agrícolas ou industriais, porque fazem-no com vistas em um fim útil.³⁶⁰

Como se vê, a distinção é bastante interessante, e parece útil ainda hoje, em que se mantém o pródigo entre os *relativamente incapazes de fato*.

Mais à frente, Lafayette explica que a *incapacidade do pródigo* é distinta da *incapacidade do demente*:

1º A incapacidade do pródigo só começa a existir depois da publicação da interdição, porque ela é antes um efeito da lei do que de causa natural.

São, portanto, válidos todos os atos que o pródigo pratica antes daquela data.

2º A incapacidade do pródigo é tão somente para os atos que entendem com o direito de propriedade, porque ela tem por causa legal única o vício da dissipação.

Donde resulta que o pródigo pode ocupar cargos públicos, exercer atos de sua profissão, residir onde lhe aprouver, contrair matrimônio, enfim, dispor livremente de sua pessoa.³⁶¹

Ao tratar da curadoria dos bens do ausente, por fim, Lafayette não menciona nenhuma *incapacidade* do ausente.

No capítulo sobre a curatela, Lafayette cita Pothier,³⁶² Mourlon³⁶³ e o Código Civil francês³⁶⁴.

³⁵⁹ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 310.

³⁶⁰ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 313.

³⁶¹ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 316.

Da precedente análise conclui-se que Lafayette já conhecia algumas noções de *capacidades*, que colhia, é seguro afirmar, do Direito francês.

Capítulo 5 – A disciplina das pessoas na *Consolidação das Leis Civis*

Conclui-se da análise realizada nos capítulos anteriores que não se depreendia das fontes formais do Direito Civil nas primeiras décadas do Brasil Império o que se pudesse considerar propriamente uma *teoria das capacidades*.

Na década de 50, o Governo Imperial finalmente deu um passo em direção à codificação do Direito Civil determinada pelo art. 179, XVIII da Constituição de 1824. Em 1855, o Ministro dos Negócios da Justiça – Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo –, impelido a iniciar o processo de codificação, mas amarrado pela falta de recursos orçamentários do Ministério, contrata seu grande amigo e ex-colega de graduação, o Conselheiro Augusto Teixeira de Freitas, para consolidar o Direito Civil vigente.

É o que explica Joaquim Nabuco, filho e biógrafo do Ministro:

O orçamento geral no exercício era de 31 mil contos e o da Justiça de 2.427 contos. Para um ministro empreendedor como Nabuco a estreiteza de tais recursos será um verdadeiro ecúleo e por mais que se reduzisse ele teve por vezes que exceder a verba. Por isso, ao passo que os ultra-conservadores diziam – frase ouvida por Paranhos – que se ele continuasse no governo “*era capaz de reformar a Bíblia*”, os censores de todo aumento na despesa pública tinham-no por gastador. Paraná queixava-se das despesas do ministro da Justiça e o Imperador tomava sempre o partido mesmo das pequenas economias.

(...)

Já nesse tempo pensava ele no Código Civil, mas como conseguir, com o espírito de restrição da época, autorização

³⁶² PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 302; 306; 309; 316.

³⁶³ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 310

³⁶⁴ PEREIRA, L. R. *Direitos de família*. Cit. P. 313.

para semelhante projeto, que aliás ele mesmo decretará em seu seguinte ministério?³⁶⁵

Segundo Sílvio Meira, um dos mais importantes biógrafos de Teixeira de Freitas, “era difícil encontrar outro tão capacitado para o trabalho, com exclusividade, muito embora já houvesse em nosso país muitas figuras de jurisconsultos notáveis”, pois

Estes, no entanto, em sua maioria, se viam atraídos para a vida política, elegiam-se deputados e senadores, ocupavam altos cargos ministeriais, recusando dedicar-se integralmente à tarefa de gabinete, sem os fulgores que a política proporciona aos homens de talento.³⁶⁶

Por sua relevância histórica, convém transcrever o contrato de 15 de fevereiro de 1855:

CONTRATO PARA COLIGIR E CLASSIFICAR TODA A LEGISLAÇÃO PÁTRIA E CONSOLIDAR A CIVIL

Aos quinze dias do mês de fevereiro de mil oitocentos e cinquenta e cinco compareceu perante o Exmo. Conselheiro José Tomás Nabuco de Araujo, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, e por ele foi dito que pelo presente se obriga a fazer a classificação e consolidação de toda a Legislação Pátria, sob as seguintes condições:

1ª) Coligirá e classificará toda a Legislação Pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as Leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas, que forem peculiares àquele Reino e não contiverem alguma disposição geral, que estabeleça regra de Direito.

2ª) A classificação guardará as divisões do Direito Público ou Administrativo, e Privado, assim como as subdivisões respectivas: – será feita por ordem cronológica, contendo, porém, índice alfabético por matérias.

³⁶⁵ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. P. 339-340.

³⁶⁶ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 91.

3ª) Consolidará toda a Legislação Civil Pátria com as mesmas condições da classificação. Consiste a consolidação em mostrar o último estado da Legislação.

A consolidação será feita por títulos e artigos, em os quais serão reduzidas a proposições claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a Lei que autoriza a disposição, e declarar o costume que estiver estabelecido contra ou além do texto.

4ª) A impressão, tanto da Legislação classificada quanto da consolidada, depois de aprovados os trabalhos pelo Governo, será feita por conta do Ministério da Justiça, que mandará tirar o número e exemplares que julgar conveniente. – Metade desta primeira edição pertencerá ao Governo, e a outra metade ao autor. – Depois da primeira edição, as que se seguirem serão impressas por conta deste e de sua propriedade exclusiva.

5ª) A classificação e consolidação da Legislação, nos termos das condições antecedentes, deverá ficar concluída dentro de cinco anos, contados do primeiro de janeiro passado, e durante esses cinco anos perceberá o referido Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, a título de gratificação, a quantia de quinhentos mil réis mensais.

6ª) Se os trabalhos ficarem concluídos antes do prazo marcado na condição anterior, o Autor continuará a perceber a gratificação até completá-la.

7ª) Se o Autor não levar a efeito os referidos trabalhos ou por falecimento, ou por qualquer impedimento que o inabilite, passarão os trabalhos no estado em que se acharem a ser propriedade do Governo. – Se houver impedimento temporário, a juízo do Governo, poderá ser prorrogado o prazo do contrato.

8ª) Findos os cinco anos, cessará a gratificação mensal, e se o dito Bacharel Augusto Teixeira de Freitas não der pronto o trabalho a que se obriga, o Governo lhe marcará um prazo, para dentro dele apresentá-lo, e se ainda no fim deste não estiver concluído, ou não for entregue, será obrigado a restituir as gratificações que houver recebido.

E pelo Exmo. Conselheiro José Tomás Nabuco de Araujo, Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça, foi dito que aceita o presente contrato com as condições nele inseridas, obrigando-se ele, por parte do Governo Imperial, e o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, por sua pessoa e bens, ao fiel cumprimento do mesmo contrato, e assinaram ambos. E eu, Josino do Nascimento Silva, Oficial Maior da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, o escrevi.

José Tomás Nabuco de Araujo

Deve-se destacar que Freitas não tomou a tarefa de consolidar as leis civis no sentido da mera justaposição de normas. Compreendeu-a como algo muito mais amplo:

Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e consequências de umas e outras, eis o laborioso processo que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação.

Para achar porém os limites do Direito Civil, e a norma da exposição das matérias que lhe pertencem, recorreremos a estudos de outra natureza, consultamos os monumentos legislativos, revimos e meditamos as tradições da ciência, e com toda a liberdade de espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.³⁶⁸

Freitas se debruçou sobre o trabalho durante menos de três anos. Ainda em 1857, a Tipografia Universal de Laemmert imprimiu a primeira edição, antes mesmo da aprovação do Governo, a qual viria mais tarde, em 4 de dezembro de 1958, por meio do parecer da comissão encarregada de examinar o trabalho, composta pelo Visconde de Uruguai, por Caetano Alberto Soares e pelo próprio Nabuco de Araujo, nos seguintes termos:

A Comissão encarregada por Aviso de 9 de fevereiro do corrente ano de examinar a *Consolidação das Leis Civis*, elaborada pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas por virtude do contrato que com ele celebrou o Governo Imperial em 15 de fevereiro de 1855, vem dar conta a V. Exa. do resultado do seu trabalho, o qual não podia deixar de ser demorado sem deixar de ser consciencioso, visto como dependia do exame detalhado das leis consolidadas.

Por meio do exame a que procedeu a Comissão chegou ela à justa apreciação dessa elaboração, que, a par do estudo

³⁶⁷ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 94.

³⁶⁸ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. X.

profundo, erudição vasta e método didático, dá testemunho do zelo, dedicação e constância do seu distinto autor; e recomenda, e atesta, sua habilitação para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante.

(...)

A Comissão conclui que a *Consolidação* merece aprovação e louvor do Governo Imperial.³⁶⁹

O parecer foi acolhido pelo Imperador em seção de 24 de dezembro de 1858. O Ministro da Justiça, então, comunicou a Teixeira de Freitas oficialmente que “S. M. o Imperador dignou-se aprovar a referida *Consolidação*; e manda louvar o zelo, inteligência e atividade com que Vm. se dedicou ao importante trabalho de que fora incumbido”³⁷⁰.

Vale anotar a opinião de um jurista do século XX sobre a obra. Nas palavras de Pontes de Miranda, a *Consolidação* é obra “ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção”³⁷¹.

Na busca por um *sistema* de Direito Civil, Freitas estruturou a *Consolidação* em uma *Parte Geral*, acerca das *Pessoas* e das *Coisas*, e uma *Parte Especial*, acerca dos *Direitos Pessoais* e dos *Direitos Reais*, opção bastante inovadora para a época.

É na disciplina das pessoas que Freitas reuniu as normas então vigentes acerca daqueles que gozavam de proteção especial da ordem jurídica em razão de seu estado civil – que, futuramente, viriam a ser denominados *incapazes*.

Logo no art. 8º, em que se distinguem as pessoas em razão da idade, é que aparece, em nota, o vocábulo *capacidade*, porém ainda sem conteúdo preciso:

³⁶⁹ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. XVIII e XXVI.

³⁷⁰ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. XXVII.

³⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 80.

Art. 8º As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um anos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os atos da vida civil (3).

(...)

(3) Resol. de 31 de Outubro de 1831, Av. de 28 de Novembro de 1834. Existe a prática de obrigar os que se tornam maiores a prestar uma justificação inútil de capacidade, e a tirar a Carta de emancipação. É um abuso, contra o qual se pronuncia o Av. de 23 de Novembro de 1855.³⁷²

Os artigos subsequentes continuam a disciplina dos menores, e, posteriormente, dos loucos e dos ausentes.

Os menores se encontram disciplinados nos arts. 8º a 28.

Art. 9º Excetua-se os Expostos, que logo aos vinte anos completos são havidos por maiores (4).

Art. 10. A disposição do Art. 8º não é aplicável aos filhos-famílias, enquanto não ficarem legalmente isentos do pátrio poder (5).

(...)

(4) Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8º.

(5) Ord. L. 4º T. 81 § 3º *ibi* – *de qualquer idade que seja*. – Quanto aos direitos políticos, a Const. Art. 92 também faz esta distinção.

Art. 11. Os menores são especialmente protegidos pela Lei (1). A administração de suas pessoas e seus bens será encarregada a Tutores e Curadores (2), sob a privativa jurisdição dos Juizes de Órfãos (3), e dos Juizes de Direito em correição (4).

Art. 12. O benefício de restituição é concedido aos menores, a fim de poderem rescindir os atos extrajudiciais, e judiciais, em que forem lesos durante o tempo da menoridade (5).

(1) Os favores, de que gozam os menores, serão indicados nos lugares próprios.

(2) Ord. L. 4º T. 102, e T. 104 § 6º, Av. de 19 de Agosto de 1835, e nº 71 de 14 de Abril de 1847.

(3) Ord. L. 1º T. 88, e T. 89, excitadas pelo A. de 24 de Outubro de 1814, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 1º § 4º, Regul. De 15 de Março de 1842 Art. 4º e 5º.

³⁷² FREITAS. *Consolidação. Cit. P. 3.*

(4) Regul. nº 834 de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5º Seç. 1ª. Anteriormente a Ord. L. 1º T. 62 §§ 28 a 38 – O Juízo de Órfãos da corte está isento da correição – Art. 57 § 3º do Regul.

(5) Ord. L. 1º T. 88 § 28, L. 3º T. 20 §§ 19 a 32, T. 21 § 22, T. 41 princ. e §§ 1º, 2º e 7º, T. 42 §§ 1º, 3º e 4º, T. 86 § 6º, T. 88, L. 4º T. 61 § 7º, T. 79 § 2º, T. 96 § 21, Decis. nº 74 de 19 de Junho de 1848.

Art. 13. Este benefício é extraordinário, só se concede em falta de remédio ordinário, e nos casos, e pela forma, que o Direito determina (1).

Art. 14. A restituição pode ser requerida até a idade de vinte e um anos, e mais quatro anos, que são vinte e cinco; e ainda depois, se por legítimo impedimento os menores foram privados de a requerer (2).

Art. 15. Estão sujeitos à indenização de lesão, que os menores sofrerem, nem só os bens dos seus Tutores ou Curadores, culpados ou negligentes; como subsidiariamente os dos Juizes, que tais tutores nomearão, ou confirmarão (3).

Art. 16. Antes de terminada a menoridade, é lícito aos menores requerer Provisão de suplemento de idade, se tiverem chegado a vinte anos sendo varões, e a dezoito sendo de outro sexo (4).

(1) Ord. L. 3º T. 41 §§ 2º e 7º. Refere-se ao Direito Romano. – Os menores não são socorridos contra a disposição da Lei. Alv. de 15 de Setembro de 1696.

(2) Ord. L. 3º T. 41 § 6º, harmonizada com a Resol. de 31 de Outubro de 1831. – Cit. Decis. de 19 de Junho de 1848.

(3) Ord. L. 1º T. 88 §§ 3º, 16, 18, e 24; L. 3º T. 41 §§ 3º e 9º, e L. 4º T. 102 § 8º *in fine*, Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8º.

(4) Ord. L. 1º T. 3º § 7º, T. 88 §§ 27 e 28, L. 3º T. 42 princ. e § 1º, Regim. do Desemb. Do Paço § 13, Alv. de 24 de Julho de 1713. As nossas leis confundem o suplemento de idade, e a emancipação. Veja-se o final do § 3º da Ord. L. 3º T. 9º.³⁷³

Art. 17. O suplemento de idade será concedido pelos Juizes de Órfãos, precedendo as diligências e informações necessárias sobre a capacidade do menor para reger seus bens (1).

Art. 18. O casamento habilita o órfão menor para receber seus bens, e estes ser-lhe-ão entregues, tendo ele dezoito anos, se houver casado com autorização do Juiz (2).

Art. 19. Não tendo havido autorização do Juiz, a posse e administração dos bens lhe é negada, até chegar à idade de vinte anos; sendo que o casamento fosse desvantajoso, segundo a qualidade do menor, e sua fortuna (3).

(1) Ord. L. 1º T. 88 § 27.

(2) Cit. Ord. § 19.

³⁷³ FREITAS. *Consolidação. Cit. P. 3-5.*

Art. 20. Do mesmo modo proceder-se-á com aquele que sem autorização do Juiz casar com alguma órfã; salvo se o Juiz ordenar que lhe sejam os bens entregues, justificando o pretendente capacidade para regê-los, e merecendo por sua probidade e boa conduta tal concessão (1).

Art. 21. O que menor que obtiver suplemento de idade, ou for casado e de idade de vinte anos, será de então em diante havido por maior; mas não se lhe permite sem consentimento do Juiz alienar ou hipotecar bens de raiz, pena de nulidade dos contratos (2).

(1) Ord. L. 1º T. 88 § 19, Regim. do Desemb. do Paço § 79, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 8º, Av. nº 271 de 16 de Dezembro de 1852. Por tal concessão paga-se meio por cento dos bens entregues. § 40 da Tabela anexa à Lei de 30 de Novembro de 1841.

(2) Ord. L. 1º T. 88 § 28, L. 3º T. 42 §§ 1º e 2º, Regim. do Desemb. do Paço § 93, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 3º. Mas os menores comerciantes podem validamente alienar e hipotecar os seus bens de raiz. – Art. 26 do Cod. do Com. – Quanto aos direitos políticos a Const. do Imp. Art. 92 § 1º, também exceptua os casados, porém com a diferença de exigir 21 anos. A qualidade de Bacharéis Formados, e Clérigos de Ordens Sacras, não carece de declaração depois da Resol. de 31 de Outubro de 1831, porque ninguém pode ser Bacharel, ou Clérigo, sem ter 21 anos.

Art. 22. Suprida a idade, ou sendo o menor casado e de idade de vinte anos, cessa o benefício da restituição; e não o pode mais implorar, ainda que seja lesão em qualquer contrato posteriormente feito (3), e mesmo no judicialmente autorizado sobre bens de raiz (4).

Art. 23. A restituição contudo aproveita aos cônjuges, uma vez que um deles seja menor de vinte anos (5).

Art. 24. Se for alguma coisa devida ao menor, com a condição de a poder haver, quando tiver idade cumprida e legítima, o suplemento de idade nada influirá com tal obrigação (6).

(3) Ord. L. 3º T. 42 §§ 1º e 3º. Para os atos anteriores, parece que o quadriênio da restituição deve correr dos vinte anos.

(4) Ord. L. 1º T. 88 § 28. – Foi inútil portanto a declaração do Art. 26 do Cod. do Com., negando o benefício de restituição aos menores comerciantes.

(5) Ord. L. 3º T. 42 § 4º.

(6) Cit. Ord. § 5º.

Art. 25. O menor até a idade de quatorze anos, e a menor até doze anos, serão ativa e passivamente representados em Juízo por seus Tutores (1). (Art. 461)

Art. 26. Depois dessa idade, os menores, que forem autores, têm intervenção própria; e se forem réus, devem ser especialmente

citados, e mais seus Curadores, pena de nulidade do processo (2). (Art. 462)

Art. 27. Não se entende esta disposição com os menores, que são havidos por maiores, ou por terem obtido suplemento de idade, ou por terem casado sendo de vinte anos (3).

Art. 28. Quando a causa do menor correr à revelia, o Juiz dela dar-lhe-á um curador à lide, que sob juramento, e com informação do Tutor ou Curador, defenderá o menor, pena de nulidade do processo (4). (Art. 309)

(1) Ord. L. 3º T. 29 § 1º, T. 41 § 8º, e T. 63 § 5º.

(2) Cit. Leis.

(3) Ord. L. 3º T. 41 § 8º *in fine*.

(4) Cit. Ord. § 9º - Quando a causa não core à revelia do menor, manda somente esta Ord., que se dê juramento ao Procurador do menor; mas, por costume do Foro, há sempre uma nomeação especial de Curador à lide.

Como se vê, ainda havia no Brasil, ao tempo da *Consolidação*, a diferença entre a emancipação e o suplemento de idade, conforme sustentava Loureiro.³⁷⁴

Os dois pontos que mais merecem destaque, na disciplina dos menores, são: (1) a relevância do benefício de restituição, como principal medida de proteção, para a qual se reservaram seis dos vinte artigos; (2) a enorme quantidade de atos normativos esparsos que Freitas precisou conjugar às Ordenações para expor o Direito vigente.

Na sequência, os arts. 29 e 30 cuidam dos loucos de todo gênero.

Art. 29. Os loucos de todo gênero, e os pródigos, são equiparados aos menores, e a Lei do mesmo modo os protege (1).

Art. 30. Eles são igualmente socorridos com o benefício de restituição (2).

(1) Ord. L. 4º T. 103, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 4º, e Regul. de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5º Seção 1ª. Desprezei a variada terminologia de leis antigas sobre os loucos, usando da expressão geral do Art. 10 § 2º do Cod. Crim.

(2) Ord. L. 3º T. 41 § 4º.

³⁷⁴ LOUREIRO. *Instituições*. Cit. P. 41.

Aqui, deve-se enfatizar: (1) Freitas adotou a locução utilizada pelo Código Criminal e, em vez de se reportar aos *furiosos, mentecaptos, sandeus, desassisados, desmemoriados*, passou a designá-los todos *loucos de todo gênero*; (2) mais uma vez o benefício de restituição aparece destacado.

Os arts. 31 a 39, por fim, cuidam dos ausentes.

Art. 31. Os bens e direitos dos ausentes serão pelos Juizes dos Órfãos encarregados à administração e vigilância de Curadores (3), e fiscalizados pelos Juizes de Direito em correição (4), nos casos seguintes:

(3) Ord. L. 1º T. 90 princ., Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1º e 2º, Av. de 28 de Agosto de 1833, Av. de 25 de Fevereiro de 1834, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º §§ 7º, 10 e 11.

(4) Regul. de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5º Seção 4ª. Nessa fiscalização se teve mais em vista os interesses da Fazenda Nacional, que os dos ausentes.

§ 1º Quando o ausente se achar em lugar incerto, sem se saber se é morto ou vivo, não tendo mulher, ou pai sob cujo poder estivesse, ou procurador na terra (1), e ficando seus bens desamparados (2). (Art. 329).

§ 2º Tratando-se de heranças, que pertençam a herdeiros ausentes, ascendentes ou descendentes (3), não tendo estes no lugar procuradores legalmente autorizados para receber o que lhes pertencer, ou não existindo presentes, cônjuge sobrevivente, ou testamentário que aceite a testamentaria (4). (Art. 330)

(1) Ord. L. 1º T. 90 princ. nas palavras – *e ses bens desamparados por não haver quem deles tenha carregos*. – Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 26.

(2) Ord. L. 1º T. 78 § 7º, T. 90 princ. Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 11, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 2º Arts. 2º e 24.

(3) Quanto a herdeiros colaterais – *ainda que notoriamente conhecidos* – a ausência nada influi; porque a sua presença no lugar não impede a arrecadação da herança. O Art. 1º § 1º do Regul. de 27 de Junho de 1845 alterou a disposição do Art. 11 do Regul. de 9 de Maio de 1842. Esta inteligência foi contrariada pelo Av. nº 84 de 28 de Julho de 1845, mas firmada depois pelo Av. nº 257 de 23 de Novembro de 1853, e Av. anexo de 12 de Janeiro de 1846.

(4) Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 3º, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 1º, e Arts. 2º, 11 e 24; Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1º §§ 1º, 2º e 3º; Decis. nº 72 de 5 de Julho de 1845, Decis. nº 34 de 14 de Abril de 1846.

§ 3º Havendo herdeiros ausentes de qualquer qualidade que sejam, e sem procuradores no lugar (1), quando as heranças não são arrecadadas, por estarem na posse do cônjuge cabeça de casal, ou de testamenteiros, ou de herdeiros ascendentes ou descendentes (2). (Art. 331)

Art. 32. Se a ausência exceder de dez anos, e se suspeitar a morte do ausente, observar-se-á o disposto nos Arts. 334 e seguintes (3).

Art. 33. A mesma providência tem lugar no caso de reputar-se perdido o navio, e falecidas as pessoas que nele partiram, por não haver notícia de sua chegada ao porto do destino, nem a algum outro porto, dentro de dois anos nas viagens mais dilatadas (4).

(1) Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1º § 3º.

(2) Cit. Regul. Art. 1º §§ 1º e 2º, e Art. 2º.

(3) Ord. L. 1º T. 62 § 38, Regim. Do Desemb. do Paço § 50, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1º e 2º, Disp. Prov. Art. 20, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º §§ 7, 10 e 11, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 12.

(4) Dec. De 15 de Novembro de 1827. Não é o caso de sucessão definitiva, porque o Dec. refere-se à Ord. L. 1º T. 62 § 38. Quanto ao prazo, concorda com o Art. 17 da Regulação de Seguros aprovada pelo Alv. de 11 de Agosto de 1791, e com o Art. 720 do Cod. do Com. Não concorda com os Arts. 242 e 244 do Regul. das Alfândegas de 22 de Junho de 1836.

Art. 34. Quando falecer algum estrangeiro sem testamento, não havendo cônjuge ou herdeiros presentes, a quem pertença ficar em posse da herança; ou mesmo com testamento, se forem estrangeiros os herdeiros, e estiverem ausentes, e ausentes também os testamenteiros; não haverá nomeação de Curador, e procederá o Juiz na forma da legislação especial para estes casos (1). (Art. 1.260)

Art. 35. Quanto a herdeiros ausentes dos sócios de sociedades comerciais, ou de pessoas que tenham credores comerciantes, cumprir-se-ão as disposições do Código do Comércio (2).

(1) Reg. nº 855 de 8 de Novembro de 1851 Arts. 2º e seguintes. Este modo de proceder, nos termos do Art. 24 do citado Regul., é só admissível a respeito dos súditos daquelas Nações com as quais, em virtude de acordo, for a reciprocidade estabelecida por meio de notas reversais, acedendo Decreto do Governo. Por ora está em vigor para com Portugal. Decr. nº 882 de 9 de Dezembro de 1851, Confederação Suíça – Decr. nº 1062 de 6 de Novembro de 1852, e Ducado de Parma – Dec. nº 1143 de 12 de Abril de 1853.

(2) Arts. 309 e 310 do Cod. do Com. Art. 9º do citado Decr. de 8 de Novembro de 1851.

Art. 36. Aos que se acham ausentes por motivo de serviço público concede-se o benefício de restituição, e gozam deste benefício:

§ 1º Os ausentes no Exército em tempo de guerra, que por tal motivo não podem comparecer no lugar, para onde são citados.

§ 2º Os ausentes em Embaixadas, Legações, e Comissões extraordinárias e temporárias de qualquer natureza que sejam, cuja duração pode ser de qualquer modo definida (1).

Art. 37. Não gozam de tal benefício os que se acharem ausentes em Embaixadas, Legações e Comissões ordinárias (2).

Art. 38. Em todos os casos de Embaixadas, Legações e Comissões ordinárias, não deve contudo ter lugar contra o ausente a citação em começo de demanda; seguindo-se a este respeito o que se acha disposto nas Leis do Processo sobre a citação dos Agentes Diplomáticos (3).

(1) Alv. de 21 de Outubro de 1811 § 3º.

(2) Cit. Alv. § 3º *in fine*.

(3) Cit. Alv. § 4º. As Leis do Processo, a que se refere o Art., são a Ord. L. 3º T. 4º, e T. 33 § 5º.

Art. 39. Aos ausentes em lugar incerto, ou em lugar certo mas perigoso, que tiverem de ser demandados, permite-se citar por editos; informando-se primeiro o Juiz por inquirição sobre a necessidade desta citação excepcional. Procedendo-se de outra maneira, é nulo o processo, que da citação resultar (1).

(1) Ord. L. 2º T. 53 § 1º, e L. 3º T. 1º § 8º. A Lei não manda nomear Curador a estes ausentes, mas o Juiz da Causa, justificada a ausência, sempre o nomeia. Esta é a praxe do Foro.

Repetem-se, aqui, os dois pontos que mais merecem destaque: (1) a enorme quantidade de atos normativos esparsos que Freitas precisou conjugar às Ordenações para expor o Direito vigente; (2) o benefício de restituição, novamente, como importante medida de proteção (2).

Em conclusão, é possível afirmar que, em termos de *estrutura*, a disciplina das pessoas a quem a ordem jurídica oferecia especial proteção aparece, sem dúvidas, mais organizada na *Consolidação* do que nas Ordenações Filipinas, e oferece uma boa síntese de uma quantidade enorme de atos normativos esparsos (avisos, decretos, regulamentos, alvarás, etc.) que Freitas conjugou às Ordenações. No entanto, em termos de *conteúdo*, ainda não se encontram novidades – como, aliás, nem era de se esperar, dada a natureza da

obra. O uso do vocábulo *capacidade* ainda aparece sem precisão técnica, e ainda não se depreende o que se possa denominar *teoria das capacidades*.

TÍTULO II – A FORMAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES NO BRASIL: AS IDEIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS

No título precedente foram examinadas algumas das principais obras de Direito Civil em circulação no Brasil Império até a década de 1860. Duas obras de grande relevância, por sua vez, não foram analisadas: uma crítica ao projeto de Código Civil Português do Visconde de Seabra – a *Nova Apostila* –, e o primeiro anteprojeto de Código Civil brasileiro, apelidado de *Esboço*, ambas da lavra do Conselheiro Augusto Teixeira de Freitas.

A razão dessa omissão é simples. É que, tendo-se constatado a ausência de uma *teoria das capacidades* nos mais famosos textos de Direito Civil português e de Direito Romano, nos primeiros manuais brasileiros, e na legislação vigente, foi justamente nas mencionadas obras de Freitas que se encontrou a construção sistemática que se pode considerar uma *teoria das capacidades*. Para elas, pois, dedica-se todo este título, para que se possa examinar a construção de Freitas com seus respectivos conceitos e influências.

Capítulo 1 – A teoria das capacidades na Nova Apostila

Ao mesmo tempo em que Augusto Teixeira de Freitas concluía no Brasil a *Consolidação das Leis Cíveis* e já pensava, com o Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo – seu amigo e Ministro dos Negócios da Justiça – em um projeto de Código Civil, em Portugal, Antonio Luiz de Seabra – o Visconde de Seabra –, nascido deste lado do Atlântico, cuidava do projeto do Código Civil Português.

O *Projeto* do Visconde foi primeiramente publicado pela Imprensa da Universidade de Coimbra em 1857, e chegou às mãos de Freitas no início de 1859 – ano em que seria, mais tarde, incumbido do projeto do Código Civil brasileiro. Vale lembrar que o Governo Imperial acabara de aprovar com louvor a *Consolidação*, em dezembro de 1858.

A bondade de um respeitável amigo, a quem o Sr. Antônio Luiz de Seabra favorece com as suas relações, permitiu-nos, ao começar deste ano, ter em mãos por alguns dias o Projeto do Código Civil Português. O conhecimento desta recente produção de um Jurisconsulto tão distinto era por nós ansiosamente desejado, e várias circunstâncias excitavam a sofreguidão de nossa curiosidade.³⁷⁵

Posteriormente, chegou ao conhecimento de Freitas uma obra em que o Visconde de Seabra se defendia das censuras que foram dirigidas ao *Projeto* por Alberto Antonio de Moraes Carvalho: a *Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português*, dividida em três volumes.

Mesmo sem ter lido as censuras de Moraes Carvalho,³⁷⁶ Freitas lançou-se à crítica das respostas do Visconde, com rispidez e ferocidade antes desconhecidas em um texto seu, e as publicou com o título de *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português*.

A primeira parte da *Nova Apostila* foca a questão do *método*, do *sistema* do *Projeto* de Seabra; é na segunda parte que se encontra a discussão de Freitas sobre o tema das *capacidades*.

Deve-se ressaltar que este capítulo se dedica à análise das ideias de *Freitas* na obra referida. Salvo quando for imprescindível o fazer desde logo, o exame do *Projeto* de Seabra e da *Apostila* será realizado no Capítulo 4 deste título, destinado a verificar as ideias que influenciaram a teoria de Freitas.

³⁷⁵ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 5.

³⁷⁶ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 8.

Inicialmente, cabe destacar que a discussão de Freitas sobre *capacidades* na *Nova Apostila* representa uma fase reflexiva. Provocado e inspirado pelo debate entre Moraes Carvalho e Seabra, Freitas desenvolve uma exposição teórica que avança, em muito, com relação à *Consolidação*, e que prepara as bases para o que virá no *Esboço*. No texto, Freitas começa a discutir – o que não fizera antes – *noções* de *capacidades*, indicando que em Direito Civil as locuções derivadas do vocábulo, como, por exemplo, *capacidade jurídica* e *capacidade civil*, têm conteúdo técnico. É posteriormente no *Esboço* que Freitas tecerá, com todo cuidado, os diversos *conceitos* que comporão sua teoria.

Cabe ressaltar que, na *Nova Apostila*, Freitas não segue a ordem da *Apostila*, e ora rebate uma crítica de um volume, ora de outro, seguindo, no entanto, mais ou menos, uma ordem *temática*. Aqui, será mantida a ordem da *Nova Apostila*, sendo omitidas as censuras e respectivos desdobramentos que fugirem ao tema em análise.

A primeira censura tem o seguinte conteúdo (resumido pelo Visconde de Seabra na *Apostila*; o texto é mais extenso na obra de Moraes Carvalho³⁷⁷): “confunde-se (diz o douto censor) a capacidade civil com a capacidade jurídica, empregando-se estas locuções, sem distinção, em diversos artigos)”³⁷⁸.

Neste ponto, Freitas defende a ideia de que *capacidade jurídica* é gênero que comporta a *capacidade civil* e a *capacidade política*. No entanto, ainda não apresenta *conceitos*. Em resposta à *Apostila*, assevera apenas que “a capacidade jurídica, significando o complexo da capacidade política e civil, não consiste na simples qualidade de ser humano, na posse possível de direitos, na suscetibilidade de direitos e obrigações,”³⁷⁹ sem, no entanto, explicar melhor

³⁷⁷ CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Observações sobre a Primeira Parte do Projeto de Código Civil Português do Exmo. Conselheiro Antonio Luiz de Seabra*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857. P. 1.

³⁷⁸ SEABRA, Antonio Luiz. *Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português*. T. II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858. P. 7.

³⁷⁹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 91-92.

suas ideias – como, aliás, observou o Visconde na sua resposta à *Nova Apostila*, a *Novíssima Apostila*, também de 1859.³⁸⁰

Adaptando um trecho da *Apostila*, Freitas afirma que “a capacidade jurídica, como noção geral da capacidade política e da capacidade civil, para quem aplica o que lê a realidade das coisas, não é o *potestas* de Leibnitz [*sic*], a *autonomia* de Kant, a *personalidade* de Ahrens, – o *título e princípio justificativo da ação*.”³⁸¹ Veja-se o voo teórico que Freitas começa a alçar, pretendendo apresentar um sistema *diverso* do desenvolvido por nomes significativos da filosofia do Direito e do Direito natural na Europa.

Percebe-se, neste ponto, que Freitas distingue a noção de *personalidade* – entendida, como se infere do contexto, como *suscetibilidade para ser sujeito de direitos* – da noção de *capacidade*. Ocorre que a ideia sustentada pelo Visconde de Seabra, expressa no art. 1º do *Projeto*, era justamente a contrária: “somente o homem é suscetível de direitos e obrigações. É nisto que consiste a sua capacidade jurídica”. Partindo dessa premissa, o Visconde entendia que a capacidade jurídica era “só uma, e indivisível”³⁸². Para Freitas, no entanto, essa ideia é falsa, porque a noção de *capacidade* é plural: “para nós, para quem sabe Direito Civil, para todos os Códigos e Legislações, a capacidade civil não é uma e indivisível, porque efetivamente há muitas capacidades”³⁸³.

Freitas, no entanto, não aprofunda desde logo a questão da pluralidade das *capacidades*, e passa à próxima censura de Moraes Carvalho. Interessa, no entanto, a terceira: “a palavra *homem*, empregada no artigo, poderia ser substituída, com mais propriedade, pela palavra *pessoas*, de acordo com a divisão delas em *físicas* e *morais*, e com a verdadeira significação jurídica”³⁸⁴.

³⁸⁰ “Em que consiste pois essa capacidade? Era forçoso que o nosso adversário nos dissesse precisamente em que consistia.” (SEABRA. *Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto do Código Civil Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859. P. 126.)

³⁸¹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 92.

³⁸² SEABRA. *Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português*. T. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858. P. 18.

³⁸³ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 92.

³⁸⁴ SEABRA. *Apostila*. Cit. T. II. P. 7-8.

Na *Apostila*, Seabra se defende dessa crítica de Moraes Carvalho com aspereza:

A emenda proposta importa, nada menos, que um *progresso retrógado* de mais de vinte séculos (segundo a expressão de Marcadé) na ordem das ideias jurídicas: propõe-se o restabelecimento de uma antigualha (*velharia* no moderno estilo parlamentar) condenada desde muito pela Filosofia do Direito (com vênia do douto censor) e repelida de todas as codificações modernas. Entre os Romanos a palavra *pessoa* tinha uma significação privativa e importante; porque nem todos os homens eram *pessoas*: mas hoje, que essa distinção absurda tem desaparecido da jurisprudência de todos os povos, sem exceção daqueles que admitem ainda a escravatura, a que fim restabelecer semelhante terminologia?³⁸⁵

Mais à frente, o Visconde recusa a divisão das pessoas em *físicas* e *morais*, explicando que a ideia de *pessoas morais* como designativa das corporações, associações e demais entidades coletivas serve apenas para as distinguir das entidades singulares, dando a entender que não haveria categoria em que coubessem tanto esses entes, coletivos e singulares, quanto o *ser humano*.

Ora, já vê o douto censor que implica contradição, que um ente abstrato seja ao mesmo tempo um ente físico. Não há dúvida que se tem empregado a denominação de *pessoas morais* para designar as corporações, associações, as entidades jurídicas coletivas – mas não por antítese ou contraposição a *pessoas físicas*, mas sim às entidades jurídicas singulares: e aqueles Jurisconsultos, que tem indigitado semelhante divisão (de *pessoas físicas* e *morais*) ou não eram por certo muito fortes na Filosofia do Direito – ou abusavam evidentemente dos termos empregando-os com a maior impropriedade.³⁸⁶

Freitas não se conforma com essa resposta, e rebate:

³⁸⁵ SEABRA. *Apostila. Cit.* T. II. P. 8.

³⁸⁶ SEABRA. *Apostila. Cit.* T. II. P. 10.

É justíssima a censura, e, se pecou, foi somente por não ter usado de uma linguagem terminante, como deve fazer todo o homem que não se satisfaz com meias convicções; e pecou também, por não ter dito tudo o que a simples leitura desse Art. 1º sugere. A palavra *homem*, aí empregada, deveria (e não simplesmente poderia) ser substituída pela palavra *pessoas*, sendo que por mero luxo se quisesse conservar esse Art., e se tratássemos de um Projeto capaz de servir com alguns retoques.

O hábil Apostilador não desvaneceu a censura e só muito descarnadamente a sofismou. Não tem cabimento responder-se que a proposta emenda importava o restabelecimento da extinta distinção do velho Direito Romano entre *homem* e *pessoa*; quando claramente se deu a perceber que não se tivera em mente essa distinção banida do Direito moderno, senão unicamente a distinção entre pessoas *físicas* ou *naturais* e *morais* ou *jurídicas*.³⁸⁷

Após esclarecer que “em boa-fé não se responde a isto, senão para render culto à verdade”³⁸⁸, Freitas se lança em uma reflexão complexa e filosófica – que começa a concretizar o que virá a compor a sua *teoria das capacidades* –, explicando que a *personalidade* é contemplada pela Ciência do Direito em três gradações:

Fração, unidade e pluralidade são as três gradações, que a análise psicológica descobre na contemplação da personalidade, contemplação verificada na vida real, e atestada pelas tradicionais locuções dos monumentos legislativos, e de uma Ciência feita.³⁸⁹

Na primeira gradação, que Freitas explica com recurso à origem etimológica de *pessoa*, a personalidade é considerada com relação a um dos papéis que a pessoa representa na cena jurídica, e, por isso, com relação apenas a certos direitos da pessoa.³⁹⁰ A consequência é que,

³⁸⁷ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 93.

³⁸⁸ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 93.

³⁸⁹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 104.

³⁹⁰ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 104-105.

Na primeira gradação, restringe-se a ideia primitiva de *pessoa*, ou recusando a certos indivíduos a capacidade de ter direitos em parte, o que pode ir a quase zero, como na Legislação romana, e nos países de escravidão; ou considerando-se distintamente um estado jurídico, e os direitos que o constituem.

Na segunda gradação, por sua vez, a preocupação do Direito não é com o *homem* como “bípede implume”, mas como “entidade moral”.³⁹¹ Parte-se da unidade natural para a unidade abstrata, em que se equiparam, quanto à *personalidade*, todos os entes humanos.

Ora a personalidade é considerada em sua natureza viva, e aí aparece a noção de unidade, – a unidade natural e verdadeira, que é a de cada um dos indivíduos que compõem a espécie humana; – unidade física, origem de desigualdades, que na ordem moral se esvaecem, medidas pelo padrão da *vontade*, – que é sempre uma e indivisível.³⁹²

Na terceira gradação, por sua vez, a personalidade é considerada abstratamente como uma só *pessoa jurídica*, conquanto represente uma pluralidade de pessoas ou de interesses individuais.³⁹³

Na terceira gradação, amplia-se a ideia primitiva de pessoa, transportando-se a capacidade de direito para fora do indivíduo, criando-se artificialmente uma pessoa jurídica; mas reduzindo-se a pluralidade de indivíduos a essa única abstração personificada, como se fora a unidade verdadeira, e reduzindo-se também (pois que não pode ser de outro modo) os limites da capacidade de direito.³⁹⁴

Por essa razão, a ideia correta é, segundo Freitas, a de que o ente suscetível de direitos é a *pessoa*, gênero que engloba tanto as *pessoas físicas* ou

³⁹¹ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 96-99.

³⁹² FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 105.

³⁹³ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 105.

³⁹⁴ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 106.

naturais – que remontam ao ente humano – quanto as *peças morais* ou *jurídicas* – as quais são tomadas desprendidas dos entes humanos que as originaram.³⁹⁵

Enfim, conclui: “se tal é a realidade da vida humana, não compreendemos como essa distinção de *peças* possa ser dispensada em um Código Civil, e possa ser um *manancial de obscuridades e embaraços*” – parafraseando, em itálico, a *Apostila*³⁹⁶.

Mais adiante, Freitas passa a outra censura, esta rebatida pelo Visconde de Seabra no tomo I da *Apostila*: “a capacidade civil, envolvendo (diz o douto censor), segundo os princípios do Projeto, os direitos e obrigações das peças nas suas recíprocas e diversas relações sociais, pode ter uma significação muito lata”³⁹⁷. Freitas logo assevera: “é tempo de mostrar, que o Projeto e *Apostila* laboram em ideias errôneas sobre o que se deva entender por – *capacidade civil*, e *capacidade política*, ideias que foram reunidas na ideia genérica de – *capacidade jurídica*”³⁹⁸.

É aqui que Freitas começa a explicar sua ideia de que há *capacidades* no plural. Sua teoria parte de duas premissas estabelecidas pelo próprio Visconde de Seabra.

A primeira é a de que a *capacidade* não se confunde com os *atos* que ela autoriza o sujeito a praticar. “Para nós a capacidade é só uma, e indivisível – e uma coisa é essa capacidade e outra coisa é a sua ação, são os atos que ela pode praticar”³⁹⁹.

Segundo Freitas, “se a capacidade civil do Projeto é a *capacidade de querer* [expressão de Freitas], e se a *Apostila* reconhece que a ação dessa capacidade é variável; bem claro está, que à possibilidade dessa ação variável necessariamente corresponde uma outra capacidade – a *capacidade de obrar*”⁴⁰⁰.

³⁹⁵ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 96-99.

³⁹⁶ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 106.

³⁹⁷ SEABRA. *Apostila*. Cit. T. I. P. 15.

³⁹⁸ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 118.

³⁹⁹ SEABRA. *Apostila*. Cit. T. I. P. 18.

⁴⁰⁰ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 119.

Freitas, aqui, passa a distinguir, partindo dessas ideias de *capacidade de querer* e de *capacidade de obrar*, a *capacidade de ter direitos em geral* da *capacidade de exercer direitos* – expressões da *Nova Apostila*.⁴⁰¹ Explica:

Sim: uma coisa é a capacidade de querer, e outra coisa a capacidade de obrar; uma coisa é a capacidade de ter direitos em geral, e outra coisa a capacidade de exercer direitos; – uma coisa é a vontade humana, e outra coisa a ação da vontade; – uma coisa é a igualdade da lei, e outra coisa a desigualdade real dos homens.⁴⁰²

Essa importante distinção, como se verá no Capítulo 2, constitui o germe dos conceitos de *capacidade de direito* e de *capacidade de fato*, que imprimirão toque peculiar à *teoria das capacidades* de Freitas.

A segunda premissa é a de que a lei regula o exercício da *capacidade civil*. “O contrato, o testamento são atos jurídicos. A lei pode regular o exercício da capacidade civil nesses atos.”⁴⁰³ Nesse sentido, o *Projeto* de Seabra contemplou diversas hipóteses de *incapacidade do exercício de direitos civis* (linguagem do *Projeto*): uma *incapacidade por menoridade* (arts. 96 a 99), uma *incapacidade por demência* (arts. 328 a 346), uma *incapacidade por surdo-mudez* (arts. 347 a 349), uma *incapacidade por prodigalidade* (arts. 350 a 360), uma *incapacidade acidental* (art. 361) e uma *incapacidade por efeito de sentença condenatória* (arts. 362 a 381).

Segundo Freitas, “se o Projeto trata da incapacidade por menoridade, da incapacidade por demência, e de outras incapacidades; também é claro que a esse estado de *incapacidade legal* necessariamente corresponde um estado de capacidade”.

Aí surge um problema. Se o estado contrário ao da *incapacidade* é o da *capacidade*, e a *capacidade jurídica* “é só uma, e indivisível”⁴⁰⁴, é “uma

⁴⁰¹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 120.

⁴⁰² FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 120.

⁴⁰³ SEABRA. *Apostila*. Cit. T. I. P. 18.

⁴⁰⁴ SEABRA. *Apostila*. Cit. T. I. P. 18.

prerrogativa inauferível do homem, como ente livre e inteligente”⁴⁰⁵, como quer Seabra; “se o Projeto e a Apostila empregaram o termo para exprimir simplesmente a personalidade humana, qual será o seu vocábulo para significar o estado oposto ao dessa *incapacidade legal* ou *civil*?”⁴⁰⁶. Segundo Freitas, “deve-se rigorosamente concluir que os menores, mentecaptos e outros incapazes do Projeto não têm a *capacidade de querer*, e portanto não são *pessoas*”⁴⁰⁷ – ideia que a própria *Apostila*, com razão, rejeita⁴⁰⁸.

Com isso, Freitas considera inescapável a conclusão de que há *diversas capacidades* com suas respectivas *incapacidades*.

Passa, então, à análise da *capacidade de obrar* – tomada como estado geral ao qual se opõem as *diversas incapacidades* de exercício de direitos. Veja-se:

Ora, se a vontade do homem é só uma e indivisível, ao passo que a capacidade de obrar é variável; se a capacidade de obrar é sempre limitada, e jamais correspondente à plenitude da capacidade de querer; essa capacidade de obrar nada menos vem a ser do que uma perpétua incapacidade, – do que uma série de incapacidades, exprimindo o que cada homem não pode fazer, ou seja pela imperfeição normal de sua natureza, ou seja por acidentes excepcionais, ou pelo império das circunstâncias exteriores.

(...)

Mas, se neste primário aspecto todos os homens são incapazes, ao passo que nessa incapacidade a Legislação tem achado uma capacidade, distinguindo os capazes dos incapazes; infalivelmente existe um *criterium*, uma causa determinante dessa incapacidade legal.

Esse *criterium* não podia ser outro, senão, ou o estado em que fosse absolutamente impossível exercer direitos, ou apenas possível exercer alguns direitos em determinado número; ou então o estado em que se pudesse exercer o maior número possível de direitos. Marcada um dessas gradações extremas da escala jurídica, ter-se-ia a distinção entre as pessoas capazes e incapazes. Estabelecido o caráter distintivo da incapacidade, saber-se-ia quais eram os capazes; e, *vice-versa*, declarando-se

⁴⁰⁵ SEABRA. *Apostila. Cit.* T. I. P. 18.

⁴⁰⁶ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 119.

⁴⁰⁷ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 120.

⁴⁰⁸ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 120.

em que consistia a capacidade, estaria dito quais eram os incapazes.

O Direito Civil científico, e o Direito Civil legislado, consideraram a capacidade civil como regra geral, e a incapacidade como exceção. Fizeram consistir a capacidade civil das pessoas – *na faculdade de se poderem obrigar por si mesmas, e sem o ministério, representação, ou autorização de outra* –. E, sob este aspecto, tem unicamente designado os casos de exceção, fora dos quais ficava entendido que prevalece a regra geral.⁴⁰⁹

Neste ponto cabe destacar duas questões: Freitas começa a desenvolver a ideia de que a *incapacidade de exercer direitos* é ou a causa ou a consequência de uma *representação necessária* – ideia que será posteriormente concluída no *Esboço*; considerando-se que as *incapacidades* – no plural, referindo-se cada uma a um direito – constituem a *exceção*, a disciplina jurídica das pessoas deve limitar-se a esse tema. Vale lembrar que, até então, a disciplina das pessoas no Direito luso-brasileiro não prescindia das noções de *estados*.

Em um Código Civil, portanto, e mesmo em um Livro de doutrina sobre este ramo do Direito, tratando-se da *capacidade civil*, isto é, das *peçoas*, – um dos elementos das relações jurídicas, no ponto de vista da *capacidade civil*; não há outras distinções ou divisões de *peçoas* a fazer, por maior que seja o número dos aspectos possíveis, senão restritivamente aquelas que exprimirem um caso de *incapacidade civil*, – uma turma de *peçoas incapazes*. – Todas as outras divisões são ociosas, são distinções inúteis, que logo denunciam conhecimentos imperfeitos e não digeridos.⁴¹⁰

Na verdade, Freitas já prescindira da análise dos *estados* das pessoas na própria *Consolidação*. Neste ponto da *Nova Apostila*, inclusive, ele se ressentia das críticas que recebeu a esse respeito:

(...) soou em nossos ouvidos a notícia de censuras, em que incorremos por não termos exibido no 1º Título da Parte Geral

⁴⁰⁹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 120-121.

⁴¹⁰ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 122.

um lindo painel de Gregos e Troianos, frades, aleijados, tortos e cegos, e não sabemos o que mais! A nossa resposta foi o silêncio, um sorriso de piedade.⁴¹¹

Em seguida, Freitas explica sua ideia de que a *incapacidade* comporta uma *gradação*:

Ou as *peçoas* são absolutamente incapazes de obrar, e seus atos não produzem efeito em caso algum. Ou, sendo incapazes apenas até um certo ponto, seus atos podem ter valor em certas circunstâncias, e debaixo de certas condições. Há pois uma *incapacidade absoluta*, e uma *incapacidade relativa*; como, por exemplo, no primeiro caso a dos *menores impúberes*, no segundo caso a dos *menores adultos*.⁴¹²

Aqui, ainda não desenvolve com maior profundidade a ideia, a qual, como se percebe à frente, ainda se encontrava em fase de amadurecimento:

Também as mulheres casadas (livres de toda a influência das ideias do Direito Romano) são até certo ponto incapazes, têm uma incapacidade senão absoluta ao menos relativa; visto que não podem obrar por si sós, visto que em regra são representadas pelo marido, e visto que em regra são nulos todos os seus atos praticados sem esta autorização e suplemento de capacidade.⁴¹³

É no *Esboço* que Freitas concluirá essa noção.

Por fim, acerca do tema das *capacidades*, a última discussão da *Nova Apostila* é sobre a *incapacidade por efeito de sentença condenatória* disciplinada pelos arts. 362 a 381 do *Projeto* de Seabra, a qual causou profunda repugnância em Freitas, tanto pelo lado humanístico – a privação dos direitos civis – quanto pelo lado da lógica jurídica – a patente inconstitucionalidade.

O que, no entanto, interessa a este estudo, é a ideia transitória de Freitas no sentido de que a proibição do exercício de certos atos, conquanto represente

⁴¹¹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 123.

⁴¹² FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 123.

⁴¹³ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 132-133.

uma *incapacidade*, não se encontra “no mesmo caso das incapacidades propriamente ditas do Direito Civil”⁴¹⁴. Diz-se *ideia transitória* porquanto, na fase posterior – a do *Esboço* – a proibição do exercício de atos entrará no conceito que Freitas tecerá para a *incapacidade de direito*. O trecho da *Nova Apostila* a seguir será, mais tarde, desmentido pelas ideias traçadas no *Esboço*:

Todas as proibições, por exemplo, dos Arts. 363 e 375 tinham lugares próprios onde deveriam estar, sem que houvesse necessidade de se as reputar como espécies de incapacidades. A de ser tutor, protutor, e curador, no Artigo 239, a de ser procurador em Juízo no Art. 1.411, a de ser testemunha em atos públicos nos Arts. 2.883, 2.884, e 2.885, a do exercício do poder paternal no Art. 141, a do exercício do poder marital no Art. 1.238.

Não admira que essas diferentes proibições fossem consideradas como outras tantas incapacidades, porque as noções do Projeto a tal respeito são tão escuras e vagas, que no Art. 361 ainda achamos outra espécie de incapacidade com o nome de *acidental*, onde nem ao menos transparece a ideia de proibição alguma. Trata-se aí do direito de rescindir os atos e contratos celebrados por pessoas acidentalmente privadas do uso da razão por algum acesso de delírio, embriaguez ou outra causa semelhante.⁴¹⁵

Como se verá no capítulo a seguir, Freitas acabará aceitando a ideia da *incapacidade acidental*, senão como interferindo no *estado geral* da pessoa, pelo menos como fundamento da declaração de nulidade de um ato específico praticado por pessoa temporariamente incapaz (*Esboço*, art. 509, §§ 3º e 4º).

Em conclusão, percebe-se que o embate de Freitas com Seabra produziu um momento reflexivo, de amadurecimento e de preocupação sistemática, cujo grande fruto será o *esquema de capacidades* do *Esboço*.

⁴¹⁴ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 142-143.

⁴¹⁵ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 144.

Capítulo 2 – A teoria das capacidades no Esboço de Código Civil

Após a bem-sucedida conclusão da *Consolidação das Leis Civis*, publicada em 1857, e aprovada com louvor pelo Governo Imperial em 1858, Freitas foi contratado para elaborar um projeto de Código Civil em 1859.⁴¹⁶

Como se viu no capítulo precedente, durante o ano de 1859 Freitas labutou sobre o tema das *capacidades* em seu embate com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português.

Em seguida, em 1860, Freitas publicou a primeira parte dos seus próprios trabalhos de codificação, que denominou *Esboço*, conclamando o público a lhe auxiliar no empreendimento, por meio de críticas.⁴¹⁷

O volume publicado em 1860 contém um *título preliminar*, denominado “do lugar e do tempo”, e o *Livro Primeiro da Parte Geral*, denominado “dos elementos dos direitos”, contendo três seções: I. das pessoas; II. das coisas; III. dos fatos.⁴¹⁸

Antes de se proceder à análise dos conceitos que compõem a *teoria das capacidades* de Freitas, convém, para que se possa situar a teoria no *sistema do Esboço*, transcrever os dispositivos em que ela se revela.

PARTE GERAL

LIVRO PRIMEIRO

Dos elementos dos direitos

SEÇÃO I

Das pessoas

TÍTULO I

Das pessoas em geral

⁴¹⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860. P. III.

⁴¹⁷ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. III-IV.

⁴¹⁸ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. V-VIII.

Art. 16. Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são *peessoas*.

Art. 17. As pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão somente ideal. Elas podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos casos, e pelo *modo*, e *forma*, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua *capacidade*, e *incapacidade civil*.

(...)⁴¹⁹

Art. 21. A capacidade civil é de *direito*, ou de *fato*. Consiste a *capacidade de direito* no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos.

Art. 22. Consiste a *capacidade de fato* na aptidão, ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível para exercerem por si os atos da vida civil.

Art. 23. Aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são *incapazes de direito*, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos.

Art. 24. Aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral de obrar, ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer atos da vida civil, são *incapazes de fato*.

Art. 25. *Incapazes*, sem mais outra denominação, são todas as pessoas incapazes de fato, ou por sua dependência de uma representação necessária, ou que vem a ficar na dependência de uma representação necessária. *Incapacidade* designa essa dependência, *capacidade* o estado contrário.

Art. 26. A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas *domiciliadas* em qualquer seção do território do Brasil, ou sejam nacionais ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis deste Código, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro.

Art. 27. A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas *domiciliadas* fora do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionais, serão julgadas pelas leis do seu respectivo *domicílio*, ainda que se trate de atos praticados no Império, ou de bens existentes no Império.

Art. 28. O disposto nos dois artigos antecedentes não se refere unicamente às qualificações pessoais dos capazes e incapazes; compreende também os efeitos legais dessas qualificações.

⁴¹⁹ Os arts. 18 a 20 foram omitidos por não conter matéria relacionada à teoria das capacidades, mas sim à divisão de Freitas dos direitos civis em *peessoais* e *reais*.

Art. 29. A capacidade ou incapacidade de direito (arts. 21, nº 5º, e 23) serão sempre julgadas pelas leis deste Código (art. 2).

(...)⁴²⁰

TÍTULO II

Das pessoas de existência visível

Art. 35. Todos os entes, que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, são *pessoas de existência visível*.

Art. 36. Sempre se entenderá que lhes são permitidos todos os atos, e todos os direitos, que lhes não forem expressamente proibidos.

Art. 37. Os direitos que elas podem adquirir, de que trata este Código, são independentes da qualidade de cidadão brasileiro, e da capacidade política.

Art. 38. São aptos para adquiri-los todos os cidadãos brasileiros designados no art. 6º da Constituição do Império, e todos os estrangeiros, tenham ou não domicílio ou residência no Império.

Art. 39. Na aquisição destes direitos, e no exercício dos atos da vida civil, não tem alguma influência, nem a disposição do art. 7º da Constituição, nem quaisquer disposições do Código Penal, ou de outras leis, sobre perda, privação ou suspensão de direitos.

CAPÍTULO I

Dos modos de existência visível das pessoas

Art. 40. As pessoas de existência visível são *capazes*, ou *incapazes*. Reputar-se-ão *capazes* todos os que neste Código não são expressamente declarados *incapazes*.

Art. 41. A *incapacidade* é *absoluta*, ou *relativa*. São absolutamente incapazes:

1º As pessoas por nascer.

2º Os menores impúberes.

3º Os alienados declarados por tais em juízo.

4º Os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito.

5º Os ausentes declarados por tais em juízo.

Art. 42. São também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer:

⁴²⁰ Os arts. 30 a 34 foram omitidos por se referir exclusivamente ao tema do domicílio.

1º Os menores adultos.

2º As mulheres casadas.

3º Os comerciantes falidos declarados por tais em juízo.

4º Os religiosos professos.

Art. 43. Este Código protege os incapazes, mas só para o efeito de suprir os impedimentos de sua incapacidade, dando-lhes representação como nele se determina; e sem que lhes conceda o *benefício de restituição*, ou qualquer outro benefício ou privilégio.

Art. 44. Incumbe a representação dos incapazes:

1º Das pessoas por nascer a seus pais, e, na falta ou incapacidade destes, a curadores.

2º Dos menores impúberes, e adultos, a seus pais; e, na falta ou incapacidade destes, a tutores.

3º Dos alienados, surdos-mudos, e ausentes, a seus pais; e, na falta ou incapacidade destes, a curadores.

4º Das mulheres casadas a seus maridos.

5º Dos comerciantes falidos aos representantes designados no Código do Comércio.

6º Dos religiosos, e religiosas, aos superiores ou superioras dos respectivos claustros ou conventos, na forma de seus Institutos.

(...)⁴²¹

Bem mais adiante, retoma-se o tema na disciplina dos *atos*.

PARTE GERAL

LIVRO PRIMEIRO

Dos elementos dos direitos

SEÇÃO III

Dos fatos

TÍTULO III

Dos modos da existência dos fatos

Capítulo II

Dos atos jurídicos

⁴²¹ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 15-55.

§ 1º

Da capacidade civil dos agentes

Art. 507. Tem capacidade civil para os atos jurídicos todos aqueles, que neste § não são declarados incapazes, ou que não se manda que assim se julguem por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade.

Art. 508. Não tem capacidade para os atos jurídicos:

1º Os *incapazes por incapacidade absoluta*. (Arts. 25, 41 e 449 nº 1º)

2º Os *incapazes por incapacidade relativa* quantos aos atos, que só por si não podem praticar, ou que dependem da autorização dos seus representantes necessários. (Arts. 25, e 42.)

3º Os *incapazes de direito*, isto é, as pessoas a quem neste Código se proibir o exercício por si ou por outrem do ato de que se tratar. (Art. 23)

Art. 509. Serão julgados incapazes para os atos jurídicos por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade:

1º Os *alienados* não declarados por tais judicialmente, se não praticaram o ato em lúcido intervalo. (Art. 449 nº 2º)

2º Os *surdos-mudos* não declarados por tais judicialmente, que não sabem dar-se a entender por escrito.

3º Os que praticaram o ato privados do uso da razão por delírio febril, sonambulismo natural ou provocado por operação magnética; e por fortes emoções de medo ou terror, cólera, ou vingança.

4º Os que praticaram o ato em estado de *embriaguez completa*.

Art. 510. Quanto aos menores impúberes, e aos adultos, não se admitirá prova alguma contra a sua incapacidade, ainda mesmo que eles não tenham pai ou tutor.

Art. 511. Quanto aos alienados declarados por tais judicialmente, também não se admitirá prova alguma contra sua incapacidade, a pretexto de terem praticado o ato em lúcido intervalo. (Art. 449 nº 2)

Art. 512. Quanto aos alienados não declarados por tais judicialmente, sempre se presumirá que praticaram o ato com discernimento, enquanto não se provar que já estavam alienados no dia do ato.

Art. 513. Provando-se que já estavam alienados no dia do ato, não se presumirá que o praticaram em lúcido intervalo, enquanto a tal respeito não houver prova especial.

Art. 514. Quanto aos surdos-mudos declarados por tais judicialmente, não se admitirá também prova alguma contra a

sua incapacidade, a pretexto de terem praticado o ato sabendo já dar-se a entender por escrito.

Art. 515. Quanto aos surdos-mudos não declarados por tais judicialmente, também não se presumirá que praticaram o ato com discernimento, enquanto não se provar que no dia do ato já sabiam dar-se a entender por escrito.

Art. 516. Não se presumirá outrossim que a embriaguez tem privado os agentes do uso da razão, se a tal respeito não houver prova especial.⁴²²

1.1 Personalidade jurídica

Freitas abre a disciplina das pessoas no *Esboço* com um conceito inovador: *pessoa é todo ente suscetível de aquisição de direitos* (art. 16).

A inovação reside na afirmação de que a *pessoa* se define pela suscetibilidade de aquisição de direitos, enquanto a ideia preponderante era a de que esta seria um consectário daquela. O que se percebe é que Freitas busca um critério determinante de *quem seja pessoa* como ponto de partida do Direito Civil, para evitar o risco de a lei não acompanhar a realidade e não reconhecer a personalidade de entes que efetivamente atuam no plano do Direito.⁴²³

Segundo ele, “na observação da primeira análise acha-se o *homem* em sua manifestação visível como o único sujeito que adquire direitos, e contrai obrigações”⁴²⁴. Entretanto, “observa-se logo depois que o sujeito dos direitos e obrigações nem sempre obra para si, pois que representa entidades que não são ele”⁴²⁵. É então que ele trabalha a ideia de que atuam na cena jurídica *entes de existência visível* – os seres humanos – e *entes de existência ideal*, representados por seres humanos. E justifica solenemente sua constatação: “há dois mundos, o

⁴²² FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 313-315.

⁴²³ O que, aliás, acabou ocorrendo no Brasil. Trabalhando com a ideia inversa, de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres (a qual o Código Civil de 2002 ainda mantém, no art. 1º), o Direito pátrio não consegue reconhecer a personalidade de entes que não se enquadram nos conceitos vigentes de pessoa natural e pessoa jurídica, conquanto não possa negar a atuação desses entes – denominados *despersonalizados* – na cena jurídica.

⁴²⁴ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 15.

⁴²⁵ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 15.

visível, e o *ideal*, e desconhecer a existência deste na esfera jurídica, fora não sentir os efeitos de todos os dias, fora negar a realidade de toda a vida individual e social.”⁴²⁶

Infelizmente, no entanto, o completo desenvolvimento dessas ideias Freitas indica figurar em uma *Introdução ao Esboço*, a qual, todavia, em nota prefacial da edição de 1860, ele mesmo revela ter omitido da publicação.⁴²⁷

O que se sabe é que, mais adiante, Freitas se mantém firme na distinção entre *personalidade* e *capacidade* – como já o fizera na *Nova Apostila* – ao explicar seu conceito de *capacidade de direito*. Após asseverar que atribui à locução significado diverso do empregado por Savigny, Freitas explica que:

Para este Escritor, que generalizara o Direito Romano, a *capacidade de direito* é, e não podia deixar de ser, o caráter distintivo dos seres humanos que aquele Direito reputava pessoas, por contraposição aos que privava de personalidade. Para nós, para a civilização atual, todo homem é *pessoa*; pois que não há homem sem a suscetibilidade que não chamo *capacidade de direito* tratando-se de *pessoas*, porque só o seria em relação a entes que não são *pessoas*. Quem, para distinguir a *pessoa* do que não é *pessoa*, empregar a expressão – *capacidade de direito* – *capacidade jurídica*, como fazem os escritores de Direito Natural, confundir-se-á a si mesmo e aos outros; e, ou cairá na teoria do *status* e *capitis deminutio* do Direito Romano, ou não terá terminologia própria para exprimir a *capacidade de direito* das legislações modernas.⁴²⁸

⁴²⁶ FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. 16.

⁴²⁷ “Antes de apresentar ao Governo Imperial o Projeto de Código Civil, cuja redação me foi encarregada por Decreto de 11 de janeiro de 1859, entendi que o devia depurar com a estampa das diversas partes deste longo trabalho, que por ora tem o título de Esboço. Expor-me à censura de todos, facilitar minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas; eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa.

“Fora ela primitivamente talhada em proporções muito mais largas, do que vai agora exhibir a sua execução; e tanto assim que nem se achará na parte aqui publicada a Introdução a que se referem as notas do art. 16, nem nas partes subsequentes serão abundantes as ilustrações do texto, só reservadas para os pontos que as não puderem absolutamente dispensar. Mas o tempo é veloz, e eu receio de sua escassez para o pontual desempenho de uma tarefa, que deve estar terminada em dezembro do ano próximo futuro.” (FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. III.)

⁴²⁸ FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. 23.

Reconhece-se que uma das características dos comentários de Freitas ao seu trabalho é a presunção de que o leitor dialoga com ele. Diversas ideias e argumentos, lamentavelmente, são omitidos, como se o leitor já os conhecesse; como se não fosse necessário explicitá-los. Assim é que a análise do *Esboço* demanda um esforço maior de interpretação sistemática, o qual se pretende aqui conseguir.

Prosseguindo na ideia de que há dois mundos a considerar, Freitas assevera, no art. 17, que as pessoas são de *existência visível* ou de *existência ideal*. No respectivo comentário, em apertadíssima síntese, menciona a confusão dos juristas franceses ao buscar os conceitos de *pessoa*, *pessoa civil*, *pessoa moral*, *pessoa fictícia*, *capacidade* e *estado*, e alfineta – também aqui – o *Projeto* do Código Civil português do Visconde de Seabra, cujo art. 1º afirmava que “só o homem é pessoa”. Conclui, então, sem maiores explicações: “mas como fugir à divisão do nosso texto, seja qual for a denominação que se adote? A realidade da vida aí está, basta observá-la”.⁴²⁹

Cumprе destacar que à época da publicação desta parte do *Esboço* a teoria da pessoa jurídica ainda não se encontrava consolidada na doutrina europeia⁴³⁰ – nem, também, na americana –, e ainda não fora sistematizada em um Código Civil. Daí a seguinte confissão de Freitas, ao abrir, bem mais à frente, a disciplina das pessoas de existência ideal:

Com algum receio apresento este Tít. 3º sobre as *pessoas de existência ideal*, não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, aliás meramente exterior, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito, e sem a qual entretanto não se pode conhecer a *teoria das pessoas*, e toda a beleza e majestade do Direito Civil. Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais, em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico em jurisprudência.⁴³¹

⁴²⁹ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 18.

⁴³⁰ Como, aliás, se viu em ideias do Visconde de Seabra comentadas no capítulo anterior.

⁴³¹ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 181.

Continuando na sua justificativa do título III – das pessoas de existência ideal, Freitas aprofunda sua noção de *personalidade jurídica*, ao pontuar que:

Este nosso título não versa unicamente sobre as pessoas, que em geral se tem chamado *morais*, e em sentido menos lato *pessoas jurídicas*. Nada mais comum na jurisprudência prática do que dizer-se, *que uma pessoa faz as vezes de duas ou mais pessoas a diferentes respeitos*. Segundo as tradições, os Romanos originariamente chamavam *persona* a máscara dos atores, – o caráter que estes representavam; e com o tempo, pois que a vida social bem se compara com um grande drama em que cada homem representa o seu papel a palavra *pessoa* veio a designar, e com rigorosa exação, atestadas pelas relações cotidianas, cada um dos indivíduos considerado, não só em si mesmo, como no ponto de vista de suas *qualidades representativas* –, das diversas *representações* ou *figuras* por ele desempenhadas, tendentes a reproduzir fisicamente entidades que sem este meio não teriam ação exterior em um lugar e tempo dado.

Se estas são as tradições, se não há um só Escritor que não as confirme, não diga explicitamente e por uma teoria completa, mas pela sua linguagem que naturalmente exprime a realidade da vida jurídica e sobretudo, se a observação dos fatos aí está para atestá-las; era de mister adotar uma expressão mais genérica, uma denominação mais ampla do que as adotadas de *pessoas morais*, *pessoas jurídicas*, capaz de compreender todas as *representações* possíveis, todas as entidades suscetíveis de aquisição de direitos, todas as *pessoas*, em suma, que não fossem *pessoas de existência visível*.⁴³²

Impende frisar que essa noção ampla de *pessoas de existência ideal* comporta sem dificuldades os entes hoje denominados *despersonalizados* – os quais a doutrina sofre em tentar situar na teoria das pessoas, dada a ausência das características consideradas essenciais das *pessoas jurídicas*, e o princípio da tipicidade.

Em conclusão do tema da *personalidade jurídica*, pode-se afirmar que, para Freitas, ao jurista cabe apenas, analisando a “realidade de toda a vida social e individual”, identificar os entes suscetíveis de aquisição de direitos, cuja personalidade jurídica deve, pois, ser reconhecida, tenham eles existência

⁴³² FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 182-183.

visível ou ideal. Posteriormente, em se tratando de direitos civis, deve-se passar à análise da *capacidade civil*, a qual é atribuída pela lei.

1.2 Capacidade civil

Segundo o art. 17, as *peçoas* “podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos *casos*, pelo *modo*, e *forma*, que no mesmo se determinar”⁴³³. Freitas, então, conclui, ao final do dispositivo: “daí dimana sua *capacidade*, e *incapacidade civil*”⁴³⁴.

Ou seja, reconhecida a *personalidade jurídica* de um ente, quer dizer, sua condição de *peçoas*, sua suscetibilidade de aquisição de direitos, passa-se à análise dos direitos que, segundo a legislação civil, o ente pode adquirir – o que Freitas denomina *capacidade civil*.

Essa noção é desdobrada no art. 21, em que se estabelece que “a capacidade civil é de *direito*, ou de *fato*”⁴³⁵.

1.3 Capacidade de direito

No art. 21, Freitas conceitua a *capacidade de direito* – desdobramento da *capacidade civil* – como “grau de aptidão de cada classe de peçoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos”⁴³⁶.

É preciso muito cuidado ao analisar esse conceito, por se tratar do que mais sofreu alterações no Direito posterior, como se verá na Parte II deste trabalho.

⁴³³ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 17.

⁴³⁴ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 17.

⁴³⁵ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 23.

⁴³⁶ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 23.

O primeiro elemento fundamental dessa noção consiste na natureza da *capacidade de direito* como *grau de aptidão*. O próprio Freitas, em nota, reitera: “não digo *aptidão*, porque não há pessoa sem *capacidade de direito*, por maior que fosse o número das proibições do Código”. Toda pessoa, pois, tem *capacidade de direito*, em maior ou menor grau.

O segundo elemento fundamental do conceito consiste no objeto da aptidão: a *aquisição de direitos* e a *prática por si ou por outrem de atos não proibidos*. Primeiramente, a *capacidade de direito* se refere ao grau de aptidão para *adquirir direitos*. Havendo *capacidade de direito*, pois, pode o sujeito adquirir direitos *independentemente* da sua *capacidade de fato*. O próprio Freitas, no entanto, julgou conveniente deixar mais clara ainda a ideia que tinha em mente, e enfatizou a prática *por si ou por outrem de atos não proibidos*. É o que explica no excerto a seguir:

Para adquirir direitos: estas palavras traduziriam todo o meu pensamento, como no art. 17, sem acrescentar as outras – *exercer atos* –, se não achasse conveniente, para maior clareza, especificar as duas formas, em que as proibições aparecem.⁴³⁷

Impende atentar para o seguinte esclarecimento:

Quando os direitos são adquiríveis por fatos independentes da vontade de quem pode adquiri-los, o Código proíbe a própria aquisição; como, por exemplo, quando proíbe que os filhos ilegítimos herdem de seus pais por sucessão legal. Quando, porém, os direitos são adquiríveis por atos voluntários, a proibição recai sobre esses atos; pois que, proibidos, proíbe-se, por isso mesmo, a aquisição. Não se diz – *para exercer direitos* –, porque só os incapazes são os que não os podem exercer; ao passo que podem adquirir direitos não só os capazes, como os incapazes.⁴³⁸

⁴³⁷ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25.

⁴³⁸ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25.

Apesar da ressalva, essa característica do conceito de *capacidade de direito* de Freitas se perdeu, e caiu de tal forma no esquecimento que, mais tarde, a doutrina precisou usar a ideia de *legitimidade* – originária do Direito Processual – para explicar os atos que o Código Civil proíbe expressamente a certas classes de pessoas, como, por exemplo, a venda de ascendente a descendente sem consentimento expresso do cônjuge e dos demais descendentes.

1.4 Capacidade de fato

No art. 22 Freitas apresenta seu conceito de *capacidade de fato* – o outro desdobramento da *capacidade civil*: “consiste a *capacidade de fato* na aptidão, ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível para exercer por si os atos da vida civil”.⁴³⁹

Esse conceito é bastante influenciado por ideias que Freitas colheu do Direito europeu, conforme ele próprio explica:

*Capacidade de fato: – capacidade de obrar – na expressão de Savigny, o que é o mesmo. Esta capacidade de obrar é designada pelos Escritores Franceses com as palavras – exercício de direitos –, por contraposição ao chamado – gozo de direitos civis – do Cod. Nap. Veja-se Marcadé Tom. 1º pag. 83, e Demolombe Tom. 1º pag. 142. Distingue-se em Direito Francês por esta forma a capacidade de direito em geral, quero dizer, a personalidade, da capacidade de fato: e como, sendo assim, estas capacidades já são direitos civis, não há expressão para designar os direitos adquiridos.*⁴⁴⁰

A primeira inovação neste conceito é a ideia de que a *capacidade de fato* admite três graus: o máximo, da *capacidade plena*, na terminologia que posteriormente se consolidou; o intermediário, da *capacidade relativa*, mais conhecida por *incapacidade relativa*; e o mínimo, da *ausência* de capacidade, a que

⁴³⁹ FREITAS. *Esboço. Cit. P. 26.*

⁴⁴⁰ FREITAS. *Esboço. Cit. P. 26.*

mais comumente se refere por meio da ideia de *incapacidade absoluta*. Logo, tanto há pessoas plenamente capazes de pessoalmente praticar os atos da vida civil, quanto há aquelas absolutamente impedidas de o fazer, quanto há as que são impedidas apenas relativamente. A análise dessa gradação da *capacidade de fato*, no entanto, será feita na subseção acerca da *incapacidade de fato*.

Quanto ao objeto da aptidão, em se tratando de *capacidade de fato*, impende destacar que consiste no *exercício por si dos atos da vida civil* – o que não se confunde com o objeto da *capacidade de direito*. Sobre essa distinção, o próprio Freitas esclarece:

Atos da vida civil: o que exprime muito mais do que os atos, de cujo exercício se falou no art. 21 sobre a capacidade de direito. Ali os atos são tão somente os *atos jurídicos*, de onde resulta aquisição de direitos. Aqui são compreendidos todos os atos da vida civil, não só aqueles, como os de exercício em todo o sentido, e livre disposição, dos direitos adquiridos. Ali somente a aquisição; aqui, aquisição, e também administração, conservação, e transmissão, do já adquirido. E pois que só se trata de *atos*, está excluída a aquisição de direitos, de que aliás se falou no Art. 21, quando é só produzida por fatos independente da vontade de quem os adquire; a menos que para a aquisição de tais direitos também não seja preciso um ato, como, por exemplo, o da aceitação das heranças.⁴⁴¹

Ademais, deve-se observar que a aptidão, aqui, é apenas para a prática *por si* de atos, o que leva à importante conclusão de que não se veda a pessoa alguma o exercício dos atos da vida civil. Apenas, em alguns casos, impede-se o exercício *pessoal*, com o intuito de proteger certas classes de pessoas. O ato, no entanto, pode ser praticado – desde que não se encontre entre aqueles proibidos, a que se refere a *capacidade de direito*.

⁴⁴¹ FREITAS. *Esboço. Cit. P. 27.*

1.5 Incapacidade de direito

No art. 23 trata-se da *incapacidade de direito*: “aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são *incapazes de direito*, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos”⁴⁴².

Aqui vale uma observação: o conceito de *capacidade de direito* de Freitas não sobreviveu nos projetos posteriores de Código Civil, como se verá na Parte II deste trabalho, nem na doutrina que se consolidou, e foi substituído por noções que mais se aproximam do conceito de *personalidade jurídica*. Ocorre que essas noções não comportam uma *ausência de capacidade* – é a ideia de que “toda pessoa é capaz” –, razão pela qual apenas em Freitas se encontra uma *incapacidade de direito*.

O conteúdo do art. 23 nada mais é do que a interpretação *a contrario sensu* do art. 21, como admite o próprio Freitas: “ideia oposta à do Art. 21, e que não omiti pela necessidade de bem fixá-la; já que sobre esta matéria reina uma incerteza lamentável”⁴⁴³. Quer dizer, ele próprio reconhece que, também neste ponto, está na disputa pela fixação de um conceito que não se encontra largamente aceito. Vale lembrar que ele próprio, na *Nova Apostila*, rejeitara a noção que agora defende.⁴⁴⁴

Mais se verá sobre esta incapacidade na seção dedicada a distingui-la da *incapacidade de fato*.

⁴⁴² FREITAS. *Esboço. Cit. P. 27.*

⁴⁴³ FREITAS. *Esboço. Cit. P. 27.*

⁴⁴⁴ FREITAS. *Nova Apostila. Cit. P. 143.*

1.6 Incapacidade de fato

A noção de *incapacidade de fato* de Freitas foi o elemento da sua *teoria das capacidades* que sobreviveu mais intacto e que, até hoje, mantém-se como um dos principais pontos da disciplina das pessoas no Direito brasileiro.

No entanto, um dado que se perdeu na sequência de projetos até o Código de 1916 foi o aspecto *dúplice* da *incapacidade de fato*, que, em Freitas, tanto era, com relação a certos casos, determinada *a priori* pela lei, quanto, em outros, apurada *in casu* pelo julgador.

Segundo o art. 24, “aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral de obrar, ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer os atos da vida civil, são *incapazes de fato*”⁴⁴⁵.

Aqui, que o critério definidor da *incapacidade de fato* consiste na própria *impossibilidade física ou moral de agir* da pessoa. É preciso, no entanto, recorrer à nota ao artigo para expandir a ideia que o dispositivo pretende transmitir:

Neste Art. indica-se a *incapacidade de fato* em geral, em todas as suas manifestações, naturais ou acidentais, permanentes ou passageiras, notórias ou dependentes de prova; e as causas de todas estas incapacidades são: 1º impossibilidade física de obrar; 2º impossibilidade moral de obrar; 3º impossibilidade de obrar por motivo de dependência. O Código neste assunto não proíbe *a priori*, reconhece apenas a impossibilidade de obrar para protegê-la e regulá-la, e por isso proíbe.⁴⁴⁶

Impende destacar que, ao menos na explicação de Freitas, o preceito pretende abranger todas as hipóteses de impossibilidade de agir, sejam elas *naturais* ou *acidentais*, *permanentes* ou *passageiras*, *notórias* ou *dependentes de prova*. Assim é que a noção enquadra tanto a *incapacidade de fato* por *menoridade* (arts.

⁴⁴⁵ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 27-28.

⁴⁴⁶ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 28.

41 e 42), a qual é *natural, permanente*⁴⁴⁷ e *notória*, quanto as *incapacidades de fato* por *hipnose* e por *embriaguez* (§§ 3º e 4º do art. 508), as quais são *acidentais, passageiras e dependentes de prova*.

A norma do art. 24 é completada pelo art. 509, cujo *caput* estabelece que “serão julgados incapazes para os atos jurídicos por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade”. Ou seja, em ação em que se discuta a validade de um determinado ato jurídico, pode o julgador reconhecer a incapacidade *in casu*, com relação apenas *àquele ato*. As hipóteses mencionadas pelo dispositivo são a dos *alienados mentais* que não foram declarados tais judicialmente – dir-se-ia, hoje, que não foram *interditados* –, salvo se houverem praticado o ato em *lúcido intervalo*; os *surdos-mudos* que não foram declarados tais judicialmente, salvo se souberem dar-se a entender por escrito; os que praticaram o ato privados do uso da razão, seja por “*delírio febril*”, “*sonambulismo natural ou provocado por operação magnética*”, ou por “*fortes emoções de medo ou terror, cólera ou vingança*”.⁴⁴⁸

O art. 25, por sua vez, cuida de hipóteses mais específicas de *incapacidades de fato*, as quais são determinadas pela necessidade jurídica de *representação* – a qual, por sua vez, decorre, na origem, da impossibilidade física ou moral de agir (obrar).

Assim como no caso do art. 24, no entanto, a noção pensada por Freitas não está clara no texto do dispositivo. Veja-se: “*incapazes*, sem mais outra denominação, são todas as pessoas incapazes de fato, ou por sua dependência de uma representação necessária, ou que vem a ficar na dependência de uma representação necessária. *Incapacidade* designa essa dependência, *capacidade* o estado contrário”⁴⁴⁹.

Nos respectivos comentários, todavia, a ideia é mais desenvolvida:

⁴⁴⁷ Diz-se que a *incapacidade de fato por menoridade* tem caráter permanente no sentido de que, enquanto durar a menoridade, não haverá alteração da *incapacidade*.

⁴⁴⁸ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 31-314.

⁴⁴⁹ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 28.

Particulariza-se a incapacidade de fato generalizada no Art. 24, e o que a particulariza é a *dependência de uma representação necessária*. As incapacidades deste Art. resultam somente do fato dessa dependência, de que em alguns casos são a consequência, e em outros são a causa determinante. As incapacidades do Art. 24 resultam em geral da incapacidade de obrar, estejam ou não os incapazes de fato na dependência de uma representação necessária; e só referem-se a esta nos casos em que a incapacidade de obrar é a sua consequência. As deste Art. são notórias por si mesmas, ou por fatos públicos com o valor de prova pré-constituída; as outras incapacidades podem depender de prova ulterior. As deste Art. imprimem nas pessoas uma qualidade que as distingue perpetuamente, ou com mais ou menos duração, e de que provém o que se tem chamado – *estados* –; as outras, em parte só distinguem as pessoas quando são efeito da dependência de uma representação necessária, em parte podem distinguir se sobrevém a dependência, em parte nunca distinguem as pessoas por serem passageiras e concernentes a um certo ato dado. As deste Art. afetam a existência das pessoas, influenciando sobre a sua incapacidade de obrar no todo, ou em grande parte; o que não se observa nas outras. Destas trata-se na presente Seção, como *modos gerais da existência das pessoas*; das outras trata-se na 3ª Seção desta Parte Geral Tit. II Cap. II, por ocasião dos atos jurídicos, como influenciando na capacidade dos agentes. A representação necessária é determinada, já pela própria natureza das pessoas, já por fatos acidentais ou voluntários; e por isso se diz no texto – *ou por sua dependência de uma representação necessária, – ou que vem a ficar na dependência de uma representação necessária.* – Dependem de representação necessária por sua própria natureza as pessoas por nascer, os menores, surdos-mudos, e as pessoas de existência ideal. Vem a ficar nessa dependência por fatos acidentais, ou voluntários, os alienados, ausentes, falidos, mulheres casadas, e religiosos professos. E assim, não há representação necessária sem incapacidade de fato; mas há incapacidade de fato sem haver representação necessária.⁴⁵⁰

1.7 Distinção entre incapacidade de direito e incapacidade de fato

É tão notório o cuidado de Freitas na distinção entre a *incapacidade de direito* e a *incapacidade de fato* que se faz necessário um espaço para examinar os comentários em que se aprofunda essa diferença. Segundo ele mesmo alerta,

⁴⁵⁰ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 29.

“esta distinção é muito importante para o exato conhecimento dos limites locais da aplicação das leis do Código Civil, e não se a tem feito”⁴⁵¹.

Quando os atos são diretamente proibidos, as pessoas são *incapazes de direito*; quando não são diretamente proibidos, mas há impedimento de praticá-los, as pessoas são *incapazes de fato*. Os pais não podem dispor em testamento além da sua terça; eis uma incapacidade de direito, havendo capacidade de fato. Os menores não podem comprar bens, mas por eles os pode comprar o tutor, autorizado pelo juiz: eis uma incapacidade de fato, havendo capacidade de direito.⁴⁵²

Prosseguindo:

Em ambos os casos as disposições apresentam o caráter de leis proibitivas, mas com esta diferença. Nas incapacidades de direito a proibição é direta, e determinada por motivos de utilidade pública, abstração feita da incapacidade de fato. Nas incapacidades de fato a proibição é indireta, só determinada pelas mesmas incapacidades, e uma consequência delas.⁴⁵³

Em síntese, pode-se asseverar que a *incapacidade de direito* decorre de uma norma de ordem pública, que visa a regular uma determinada situação. A *incapacidade de fato*, por sua vez, decorre da impossibilidade de a pessoa praticar pessoalmente determinado ato, por uma razão *jurídica* – a *necessidade de representação* – ou *natural*. Se, por uma razão qualquer, o ordenamento quer resguardar a eventual sucessão dos descendentes, estabelece a *incapacidade de direito* do ascendente quanto à venda para seus descendentes. O ato, pois, é proibido. Se, no entanto, a ordem jurídica quer proteger a criança e seu patrimônio, estabelece sua *incapacidade de fato* para a prática dos atos da vida civil. O ato, pois, não pode ser praticado pela criança pessoalmente. Pode, no entanto, ser praticado por aquele a quem a lei incumbiu a *representação* da

⁴⁵¹ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25.

⁴⁵² FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25.

⁴⁵³ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25-26.

criança – alguém que se entende apto a suprir a falta de discernimento suficiente da criança, e que atua, portanto, como *protetor* tanto da pessoa quanto de seus interesses.

1.8 Incapacidade de fato absoluta

Conforme asseverado, outro ponto inovador da *teoria das capacidades* de Freitas consiste em sua gradação da *capacidade de fato*, concebendo a *capacidade plena*, a *incapacidade relativa* e a *incapacidade absoluta*.

Muito embora esta gradação tenha sobrevivido no Direito Civil brasileiro, impende destacar que as noções de *incapacidade relativa* e de *incapacidade absoluta* no *Esboço* não são as mesmas que aparecem no Direito posterior.

Em Freitas, a gradação se estabelece quanto à *abrangência* da *incapacidade*, ou seja, quanto ao número de atos abrangidos, e não quanto à *intensidade*, ou seja, quanto ao discernimento maior ou menor do incapaz. Em se tratando de *incapacidade absoluta*, não há ato algum da vida civil que o incapaz possa praticar pessoalmente.

Segundo o art. 41, são *absolutamente incapazes*: as pessoas por nascer; os menores impúberes; os alienados declarados tais em juízo; os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito; os ausentes declarados tais em juízo.

1.9 Incapacidade de fato relativa

Em se tratando de *incapacidade relativa*, há atos que o incapaz não pode pessoalmente praticar, ou que não pode *por certo modo* praticar, havendo *capacidade* quanto a todos os demais.

É o que estabelece o *caput* do art. 42: “são também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer”.

Curiosamente, redação semelhante apareceu nos Códigos de 1916 e de 2002,⁴⁵⁴ os quais, todavia, não enumeraram esses atos, ou modos, o que levou o intérprete a dar outro sentido à relatividade da *incapacidade*.

Em nota, Freitas explica o seguinte:

Sendo relativa a incapacidade, cumpre indicar a relação, isto é, os atos que a incapacidade abrange, ou o modo que a constitui. É o que se não tem feito com clareza em Código algum, amalgamando-se as incapacidades de direito com as incapacidades de fato, e isto por consequência inevitável de teorias mal estudadas. Daí vem tanta incerteza, tantos erros, tantos pleitos e tão cruéis decepções.⁴⁵⁵

Também aqui é lamentável que Freitas não tenha dissertado mais sobre o que tinha em mente. O que se sabe, apenas, é que ele visualizava uma série de problemas práticos causados pela noção falha da *incapacidade de fato*, e almejava evitá-la. Provavelmente, considerando-se sua larga experiência como advogado, tinha em mente casos reais.

Capítulo 3 – O contexto da formação da teoria de Freitas

Koselleck adverte que “todo conceito só pode enquanto tal ser pensado e falado/expressado uma única vez”⁴⁵⁶. Por essa razão, é preciso empreender uma análise, ainda que perfunctória, do contexto em que se inseria Freitas ao

⁴⁵⁴ Art. 6º do Código de 1916 e art. 4º do Código de 2002: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer.”

⁴⁵⁵ FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. 51.

⁴⁵⁶ KOSELLECK. Uma história dos conceitos. *Cit.* P. 4-5.

formular seus conceitos para que se possa refletir sobre o que o teria levado a pensá-los.

Dos estudos realizados, conclui-se que três questões marcam o panorama da construção teórica de Freitas acerca das *capacidades*: (1) a escravidão no Brasil; (2) o embate com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português; (3) o processo de industrialização do país e o benefício de restituição.

3.1 A escravidão no Brasil

Já na *Introdução à Consolidação das Leis Civis* Freitas havia se posicionado sobre o tema da escravidão no Brasil, que muito o incomodava:

Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade; fique o – *estado de liberdade* – sem o seu correlativo odioso.⁴⁵⁷

Vale ressaltar que, no mesmo ano de 1857, em que se publicou a primeira edição da *Consolidação*, Freitas participou de um debate no Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) que marcaria para sempre a sua história.

Recém-eleito presidente do Instituto, Freitas foi convidado a opinar sobre uma questão doutrinária acerca da liberdade ou não dos filhos de uma escrava manumitida em testamento com cláusula de servir a herdeiro ou legatário em vida deste. Com a questão, Freitas recebeu o parecer do presidente anterior do IAB, Caetano Alberto Soares, no sentido de que os filhos eram *livres*. Em seu parecer, no entanto, Freitas concluiu que os filhos eram *escravos*.

⁴⁵⁷ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. XI.

Em sua narrativa dos desdobramentos da questão, Freitas explica que:

Sugeri ao Sr. Dr. Caetano Alberto a ideia de levar essa questão ao Instituto, ao que ele tanto mais prontamente anuiu, porque já era esse o seu desígnio. Pensando logo depois sobre esta ocorrência, confesso que me arrependi do passo que havia dado.

O Sr. Dr. Caetano Alberto escrevera uma memória sobre o melhoramento da sorte dos escravos, publicada em 1847, e lida ao Instituto na sessão geral de 1845. Eram-me conhecidas suas mui louváveis tendências em favor da liberdade, tendências que nestas matérias, ainda mesmo com subversão dos princípios, o fazem sempre propender para a sua ideia predileta. Arreceei-me, pois, de que o forte licor da liberdade, que na ordem política tantas calamidades há causado, toldasse os espíritos no exame de uma questão jurídica, que aliás deveria ser calmo e refletido.

Minhas previsões não falharam.⁴⁵⁸

Para Freitas, tratava-se de um debate jurídico, o qual deveria, portanto, ser realizado com base em argumentos jurídicos:

Em questões abstratas de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira ideia, e arrebatamentos do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio.⁴⁵⁹

No entanto, o debate, do qual participavam muitos jovens, acabou resvalando para um manifesto abolicionista de Caetano Alberto, que conquistou o público:

O Sr. Dr. Caetano Alberto, em cujo coração não puderam ainda os anos esfriar a energia dos mais nobres sentimentos, levou a questão ao Instituto, relatou-a pateticamente: e, assim excitadas

⁴⁵⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857. P. 46-47.

⁴⁵⁹ FREITAS. *Carta*. *Cit.* P. 45.

as generosas emoções de tantos jovens, que hoje dão vida à corporação, ele preveniu desde logo, que intensa seria a sua mágoa, se resolvida fosse a questão por maneira diversa da que ele esperava.

(...)

Observei logo que a maioria das opiniões ficara magnetizada pelos enlevos do Sr. Dr. Caetano Alberto.⁴⁶⁰

Na verdade, o cerne da questão é bastante simples. Caso se concluísse que a mãe era escrava, sucedia-se que o filho também o era. Caso se concluísse que a mãe era livre, o filho, por conseguinte, também o seria.

Caetano Alberto, no entanto, segundo Freitas, concluiu que “se a mãe (note-se bem) *tem direito à liberdade*, esse direito pertence também ao filho nascido depois de ser concedida a liberdade”⁴⁶¹. Ocorre que esse direito à liberdade da mãe sujeitava-se a uma condição suspensiva – a de que ela sobrevivesse o herdeiro ou legatário. Sem o implemento da condição, o direito condicional, como se sabe, não se considera adquirido.

Freitas muito se preocupou, após o sofisma de Caetano Alberto, que manipulou a conclusão imposta por suas premissas, com o rumo que a argumentação dos demais debatedores passou a tomar.

Falou outro membro no mesmo sentido. Afirmou que os filhos da escrava eram livres, mas dizendo (conclusão inexplicável!) que – *a liberdade os não eximia de servir enquanto durasse a mesma obrigação por parte da mãe!*

Um outro membro deu ainda mais expansão à sua sensibilidade, porque entendeu serem os filhos livres, visto que – *sua mãe (note-se bem) alcançou a manumissão desde logo, sendo esta unicamente limitada pela obrigação de prestar serviços, limitação que de modo algum altera a liberdade!!*

(...)

Por muitas vezes retumbaram em meus ouvidos as palavras *coração! liberdade!* As efusões foram tão francas, que equiparou-

⁴⁶⁰ FREITAS. *Carta. Cit.* P. 47-48.

⁴⁶¹ FREITAS. *Carta. Cit.* P. 48.

se o serviço obrigado do escravo a qualquer gênero de serviço voluntário!

Houve quem dissesse que o escravo libertado com a cláusula de servir por algum tempo estava no mesmo caso de um empregado público! A força passou a ser direito, a coação transformou-se em vontade, identificou-se a liberdade com a escravidão! Que belo ideal! Quem nos ouvisse poderia crer, que no Brasil não existem escravos, e que nós já chegamos a esse estado normal que todos desejam!⁴⁶²

Mais adiante:

Também se disse que se podia ser livre sem gozar de todos os direitos civis!

Ainda se comparou o estado servil do escravo com a obrigação do locador que presta serviços!⁴⁶³

Ora, o fato de um debate no Instituto dos Advogados Brasileiros lidar tão levemente com o grave tema da escravidão, a ponto de equipará-la ao estado de liberdade, não podia deixar de inquietar um homem da severidade de Freitas. Este, pois, renunciou à presidência do Instituto.

Estas suas ponderações, na carta de renúncia, revelam como o tema da *personalidade* e da *capacidade* estava para ele, desde aquela ocasião, amarrado à situação da escravidão, o que o levaria a ser tão rigoroso nas ideias do *Esboço* para sedimentar o solo para a abolição:

Se a dominação é absoluta, o ente passivo perde o caráter de liberdade, perde portanto a personalidade. Eis a *escravidão*. É pois que a natureza criada compõe-se de pessoas, e coisas; eis porque nos países, onde houver escravidão, os escravos são, e devem ser coisas. Se eles não são pessoas, passam a ser coisas, porquanto a força, o abuso, a lei assim quer que eles sejam. Se quereis que o escravo seja pessoa, acabai com a escravidão. Se quereis a escravidão, o escravo será coisa.

⁴⁶² FREITAS. *Carta. Cit.* P. 48-50.

⁴⁶³ FREITAS. *Carta. Cit.* P. 54-55.

Mas como a escravidão é só obra da lei, obra que não aniquila a essência humana, a lei que tira a liberdade, por mais bárbara que seja, não suprime todos os direitos; e quando benigna, pode alargar a esfera desses direitos. Não implica, portanto, que o escravo não tenha direitos para que deixe de ser coisa. É o que se observa no direito romano, é o que acontece entre nós, e acontecerá em todos os países, onde existir essa tão má instituição legal.

Se quereis portanto melhorar entre nós a sorte do escravo, já que não podeis abolir a escravidão, colocai esse homem desventurado na sua real posição, e outorgai-lhe todo o favor possível; mas não lhe troqueis o nome. Desta maneira, se ornais o escravo com o fagueiro título de livre, agrava com o escárnio a vossa tirania, e também insultais a liberdade.

A liberdade é indivisível. Se, por explosão de entusiasmo, o escravo da vossa questão é um homem livre, vós não lhe podeis tirar um ceutil dos direitos, que constituem a liberdade. (...)

Se o escravo da vossa questão é um homem livre, sua capacidade civil deve ser completa. Nas relações de família, ele poderá ser tutor e curador. Nas relações civis, poderá fazer todos os contratos, ser comerciante, adquirir livremente, responder pelo dano proveniente de seus delitos e quase-delitos.

Quanto aos atos jurídicos, poderá fazer testamento, demandar e ser demandado em juízo.

(...)

Mas vós pensais que se pode ser livre sem ter todos os direitos civis, e trazeis o exemplo do menor, como podereis trazer o de todas as pessoas incapazes. Enganai-vos.

Estudai primeiro o que vem a ser *direitos civis* para evitarde outros erros graves, que não evitou recentemente o livro intitulado *Direito Público Brasileiro*. Vós confundis a capacidade de direito, a aptidão jurídica, com a capacidade de obrar.

O serviço coato do escravo é um fato excepcional, que nada tem de comparável com qualquer outro ato da vida civil, que a nossa vontade possa dominar.

Esse serviço absorve a liberdade, constitui o homem no estado oposto ao de um homem livre; e o estado oposto à liberdade é a escravidão.

(...)

Descei toda a escala dos contratos até chegar ao último anel, e achareis a locação de serviços, e particularmente dos serviços

domésticos. Daí à escravidão ainda vai um distância tão grande, como de tudo ao nada, como da vontade à coação.⁴⁶⁴

Conclui, bem mais à frente:

As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negardes o brilho do sol, não direis que tendes uma opinião, direis que sois cegos. Bem conheço que o meu modo de enunciação, natural consequência da retidão do meu espírito, é o menos próprio para carear a benevolência de todos; porém estou resignado, não quero posições artificiais, nem essas reputações falsas, cobertas de elogios, que tanto abundam em nosso país.

(...)

Peço-vos humildemente que me dispenseis, quero a posição subalterna de simples membro, que só dar-me-á direito a falar as vezes que me competirem, sem que eu abuse, sem que dê mostras de alguma superioridade. Quando o meu modo de pensar não se conformar com o da maioria do Instituto, eu protestarei e farei publicar o meu voto em separado, para que o direito não fique reduzido a uma ciência extravagante, em que cada um pode dizer o que quiser.⁴⁶⁵

É certo que, tendo vivido esse episódio, a preocupação de Freitas com a disciplina das pessoas no Código Civil, poucos anos mais tarde, haveria de ser ainda maior, fruto de reflexão e estudo.

E, de fato, o que se encontrou no *Esboço* foi rigor. Freitas, trabalhando um conceito de *pessoa* – *todo ente suscetível de aquisição de direitos*⁴⁶⁶ – pretende, por meio da lei, garantir a personalidade de todo ser humano. “Para nós, para a civilização atual, todo o homem é *pessoa*; pois que não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos.”⁴⁶⁷ Anteriormente, já havia afirmado,

⁴⁶⁴ FREITAS. *Carta*. Cit. P. 60-63.

⁴⁶⁵ FREITAS. *Carta*. Cit. P. 79-80.

⁴⁶⁶ *Esboço*, art. 16.

⁴⁶⁷ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 23.

categoricamente, que “todo o *homem é pessoa*, ainda mesmo em um país de escravos”⁴⁶⁸.

3.2 *O embate com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português*

Da análise da *Nova Apostila* realizada no Capítulo 1 deste título, observa-se que o embate com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português, em 1859, marcou o trabalho codificador de Freitas, provocou-o e o inspirou a ter mais cuidado na elaboração de seu sistema.

No texto ele revela a preocupação, como codificador, com *conceitos – definições*, na palavra por ele usada – preocupação que parece se lhe tornar tanto maior quanto mais problemas ele encontra no *Projeto* de Seabra. Neste trecho, ele revela esta angústia:

Na doutrina, uma definição pouco exata ou vaga é um erro, que pode causar noções falsas, e uma confusão portanto nas consequências. Na lei, uma definição restrita exclui da disposição casos, que nela se desejaria compreender; e muito vaga, estende essa disposição a casos, que não tinha em vista: é uma falta, cujos resultados são injustiças, e muitas vezes antinomias ou contrariedades, que são o mal que mais se deve recear em uma legislação.⁴⁶⁹

No *Esboço*, Freitas não estabelece um diálogo com a *Novíssima Apostila* de Seabra, a qual, simplesmente, ignora. Logo, quanto ao embate com o Visconde, é suficiente o que se apresentou no Capítulo 1, que será completado na primeira seção do capítulo a seguir.

⁴⁶⁸ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 18.

⁴⁶⁹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 115-116.

3.3 O processo de industrialização e o benefício de restituição

Na década de 1850, o país viveu o processo de industrialização representado, sobretudo, pelos empreendimentos de Irineu Evangelista de Sousa, futuro Barão e, posteriormente, Visconde de Mauá, de quem Freitas foi advogado.⁴⁷⁰

Em 1854 o Rio de Janeiro foi iluminado pelos lampiões a gás da *Companhia de Iluminação a Gás do Rio de Janeiro*, fundada pelo Barão em 1851.⁴⁷¹ No mesmo ano, no processo de ligação da Corte a Minas Gerais, foi inaugurado o primeiro trecho da Estrada de Ferro de Petrópolis pela *Companhia de Estrada de Ferro de Petrópolis*, também fundada pelo Barão, em 1852.⁴⁷² O primeiro trecho da ferrovia, ligando o Porto Estrela à raiz da Serra de Petrópolis, foi o primeiro trecho de estrada de ferro do Brasil.

Ademais, em 1855 – ano da contratação de Freitas para a consolidação da legislação civil pátria, e das reformas hipotecárias empreendidas pelo Ministro Nabuco de Araujo,⁴⁷³ Mauá ainda funda o *Banco Mauá & C.*, que logo contaria com filiais em cada uma das capitais das então vinte províncias brasileiras, bem como em Londres e Paris⁴⁷⁴.

Não é de se admirar, pois, que Freitas estivesse envolvido pelo fenômeno da industrialização do enorme país agrário, e que se impressionasse pelo relevante papel do Direito nesse processo.

Consultado anteriormente por Nabuco de Araujo, Freitas escrevera, sobre a reforma hipotecária:

⁴⁷⁰ Segundo o atesta o próprio Freitas, em carta transcrita em: MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 261.

⁴⁷¹ SOUZA, Irineu Evangelista de. *Exposição do Visconde de Mauá aos Credores de Mauá & C. e ao Público*. Rio de Janeiro: Tip. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1878. P. 12.

⁴⁷² SOUZA. *Exposição*. Cit. P. 23.

⁴⁷³ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. P. 268 e ss.

⁴⁷⁴ SOUZA. *Exposição*. Cit. P. 114-115.

Uma nação peculiarmente agrícola, que pode tirar o melhor partido de sua imensa riqueza territorial, cuja propriedade imóvel e rural se acha amortecida e, não inspirando a necessária confiança, torna a condição dos proprietários sumamente desvantajosa em relação a de outras classes da sociedade, que maior benefício pode esperar de seu governo do que uma boa legislação hipotecária?

(...)

Se para ter uma boa lei hipotecária cumpre que no variado concurso de direitos haja dados seguros e certos que as outras matérias da legislação nos devem fornecer, como será possível desempenhar bem a pretendida reforma sem rever ao mesmo tempo toda a legislação civil que nos rege, alterando-a profundamente, fixando-a em muitos pontos, e suprimindo todas as suas lacunas?⁴⁷⁵

Essas ideias reapareceram, posteriormente, na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, especificamente da seção denominada “relações econômicas”, em que Freitas assevera:

A civilização moderna, que tanto se distingue por seus progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama o movimento constante de toda a sorte de valores. E quais os fenômenos que manifestam-se na realização desse destino providencial?

As transações distribuem os instrumentos da produção por todos os ramos de atividade, os capitais aproximam-se a todas as necessidades, para que tenham uma direção mais fecunda; e o poderoso motor dessa rotação contínua é o – *direito* –. Com o seu impulso os capitais fixos transformam-se em capitais rolantes, e o comércio e a indústria reproduzem quotidianamente suas forças.⁴⁷⁶

Ocorre que, até então, um dos pontos centrais da disciplina das pessoas na Direito pátrio consistia na concessão do *benefício de restituição* aos incapazes, segundo consta, até mesmo, da *Consolidação*:

⁴⁷⁵ FREITAS. In: NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. P. 269-270.

⁴⁷⁶ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. CLXXIII-CLXXIV.

Art. 12. O *benefício de restituição* é concedido aos menores para poderem rescindir os atos extrajudiciais, e judiciais, em que forem lesos durante o tempo da menoridade.

(...)

Art. 29. Os loucos de todo gênero, e o pródigo, são equiparados aos incapazes. A Lei do mesmo modo os protege.

Art. 30. Eles são igualmente socorridos com o benefício de restituição.⁴⁷⁷

Freitas, no entanto, considerava tal benefício “um privilégio irracional, (...) uma proteção exagerada dos incapazes, cuja utilidade não compensa os males que causa à sociedade”⁴⁷⁸. Ainda segundo ele, em razão do benefício de restituição “torna-se vacilante a confiança das aquisições, impede-se a certeza do direito de propriedade, e levanta-se um grande embaraço para a adoção de um bom regime hipotecário”⁴⁷⁹.

Não é de admirar, pois, que Freitas tenha aproveitado da liberdade de *codificador* para, no *Esboço*, revolucionar a questão, como fez no art. 43: “este Código protege os incapazes, mas só para o efeito de suprir os impedimentos de sua incapacidade, dando-lhes representação como nele se determina; e sem que lhes conceda o *benefício de restituição*, ou qualquer outro benefício ou privilégio”.

A Parte Geral do Código com uma firme disciplina das pessoas assentada em uma teoria coerente de *capacidades* certamente parecia a Freitas mais apta a alavancar, do ponto de vista jurídico, o desenvolvimento do país.

3.4 Considerações acerca da teoria de Freitas no contexto de sua formação

Como se verá na Parte II deste trabalho, a *teoria das capacidades* de Freitas inspirou, em maior ou menor medida, todos os projetos de Código Civil do

⁴⁷⁷ FREITAS. *Consolidação*. Cit. P. 4-10.

⁴⁷⁸ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 52.

⁴⁷⁹ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 53.

Império e da República Velha. Todos receberam, no mínimo, a enumeração dos *incapazes de fato* logo no início da *disciplina das pessoas*.

Ora, como se viu, a teoria de Freitas surge em um contexto bem específico, marcado, sobretudo, por sua preocupação com o estabelecimento da *personalidade* de todos os seres humanos, por sua busca pela perfeição do sistema – sobretudo após o embate com Seabra –, e por sua visão de que o Direito deveria contribuir para o progresso da nação, garantindo segurança às relações negociais.

O esquema das capacidades proposto por Freitas no *Esboço*, de fato, analisado internamente,⁴⁸⁰ atende a esses anseios: permite que se desloque a questão dos escravos para a *capacidade de direito* e para a *capacidade de fato*, sem que se lhe rejeite a *personalidade*; prima pela coerência sistêmica, oferecendo um conceito para cada um dos pontos que a teoria deve dar conta de explicar; e oferece maior segurança jurídica, pelo fato de previamente indicar quais pessoas se reputam *incapazes* de praticar pessoalmente os atos da vida civil e desde logo determinar a nulidade dos atos praticados sem a devida representação.

Em outro contexto, a teoria poderia ter gerado *outros esquemas*, por exemplo, após os avanços científicos acerca do discernimento dos menores e do sofrimento mental, e dos avanços sociais acerca da equiparação dos gêneros, o esquema poderia manter apenas a *incapacidade de fato in casu*, do art. 24 combinado com o art. 509, que levaria à análise sempre de *situações concretas*, independentemente da “classe” da pessoa (em Freitas, *menor púbere*, *menor impúbere* ou *maior*; *são* ou *alienado*; *marido* ou *mulher*; etc.).

⁴⁸⁰ Pois não se está levando em conta a eficácia que esquema teria alcançado se o *Esboço* tivesse se transformado em Código.

Capítulo 4 – Influências estrangeiras sobre Teixeira de Freitas

Segundo se depreende da análise do *Esboço*, Freitas propôs sua *teoria das capacidades*, sobretudo, com base no embate que travou com o Visconde de Seabra acerca do projeto do Código Civil português; nos seus estudos do Código Civil francês e da doutrina respectiva; e, ainda, nos seus estudos do *Sistema Atual do Direito Romano* de Savigny.

Considerando-se que na fase da análise sincrônica da metodologia da *história dos conceitos* investiga-se a disputa por sua fixação, este capítulo se dedica a buscar as ideias que inspiraram Freitas quando do esboço de sua teoria.

4.1 Influências portuguesas: o Projeto de Código Civil Português de Seabra e a Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho

Conquanto o embate entre Freitas e Seabra não seja comumente estudado no Brasil em questões de *capacidades* – que se referem, com mais frequência, a textos franceses e alemães –, o *Projeto* do Visconde e, sobretudo, a *Apostila* constituem grande inspiração da teoria de Freitas.

Muito preocupado com a Filosofia do Direito e com a organização do Direito Civil, Seabra elaborou um projeto metodologicamente inovador, segundo ele próprio confessa:

Mas que ordem deveríamos seguir na codificação da lei civil, de forma que pudesse preencher todas as condições indicadas? – Objeto foi este que nos ocupou por largo tempo. Os nossos estudos a este respeito sairão brevemente à luz, pois se acham já no prelo, e então se verá que não deixamos sem maduro exame nenhum dos métodos legalmente adotados, nenhuma das teorias adotadas pelos mais doutos juristas.

Mas qual foi o resultado de nossas investigações?

A convicção de que nenhum desses métodos podia ser adotado, – a convicção de que os maiores esforços do espírito humano jamais poderão resolver cabalmente este problema, por efeito da mesma natureza complexa do direito, – e que o mais, a que poderíamos aspirar, seria fazer alguma coisa menos defeituosa, do que isso que até aqui se havia feito.⁴⁸¹

Seabra concluiu que todo o Direito Civil podia ser sintetizado em quatro pontos: natureza do ente jurídico; seus meios de vida; fruição de tais meios; conservação.⁴⁸² Estruturou seu *Projeto*, então, em quatro partes, correspondentes a cada um desses pontos, respectivamente: I – da capacidade civil; II – da aquisição dos direitos; III – do direito de propriedade; IV – da ofensa dos direitos e sua reparação.⁴⁸³

Ocorre que, na mesma época, Freitas também se empenhava em buscar o melhor sistema de Direito Civil, e a ideia que o guiava, já manifestada na *Consolidação* (1857), era a de que o Código deveria conter uma Parte Geral, sobre *pessoas e bens*,⁴⁸⁴ e uma Parte Especial, sobre os *direitos pessoais* (nas relações de família e nas relações civis) e os *direitos reais*. Em sua própria síntese, “nós vamos ver como na distinção dos *direitos reais*, e dos *direitos pessoais*, repousa todo o sistema do Direito Civil”⁴⁸⁵.

Por essa razão, tão logo Freitas entrou em contato com o *Projeto* português, repudiou-o. “O rápido exame, que logo fizemos do Projeto do Código Civil Português, foi para nós uma decepção tremenda.”⁴⁸⁶ Confessou: “dissemos, entre nós, que o nobre autor seguia talvez a opinião dos que nenhuma importância davam a questões de método”⁴⁸⁷. Admirou-se, no entanto, ao entrar em contato com a *Apostila*, em que Seabra com detalhes tratou de Filosofia do Direito e de questões metodológicas:

⁴⁸¹ SEABRA. *Apostila. Cit.* T. I. P. 10-11.

⁴⁸² SEABRA. *Apostila. Cit.* T. I. P. 14.

⁴⁸³ SEABRA. *Projeto. Cit.* P. I-XVI.

⁴⁸⁴ Os fatos, que não constavam da *Consolidação*, aparecerão no *Esboço*.

⁴⁸⁵ FREITAS. *Consolidação. Cit.* P. XL.

⁴⁸⁶ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 6.

⁴⁸⁷ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 7.

Com surpresa observamos que o exímio autor, dando pelo contrário às questões de metodologia toda a importância que merecem – *no ensino e no estudo dos conhecimentos humanos* –, e maiormente – *quando esse estudo e ensino tem por objeto os interesses práticos da vida, as relações jurídicas do homem* –, desenvolve as bases de seu plano, e julga mesmo ter achado o método mais *lógico, simples e natural*, que melhor promete explicar em exposição, que já se encontra nos prelos.

Poderíamos esperar que esse novo trabalho viesse à luz, para que se nos não taxasse de precipitados; porém cremos de mais nada carecer.⁴⁸⁸

A decepção de Freitas se tornou ainda maior em razão do tom ácido e sarcástico da *Apostila*, do desdém – palavra sua – com o qual Moraes Carvalho foi tratado. De fato, este se ressentiu mais ainda que Freitas, como se percebe da sua polida, porém áspera, *Resposta à Primeira Apostila do Senhor Antônio Luiz de Seabra*.⁴⁸⁹

Freitas acabou por se fechar para o diálogo e, em vez de procurar debater com Seabra – o que, talvez, fosse mesmo inviável, como parece indicar a *Apostila* –, preferiu de imediato advogar contra o *Projeto*.

O nobre autor do Projeto, que pela sua *Apostila* instigou-nos a rever novamente seu trabalho, e a fazer desde já um exame que tínhamos reservado para mais tarde, chegou pelas suas investigações a adotar um método tão artificial, repugnante, e de tão funesta influência para o fundo do Direito Civil, que, muito a pesar nosso, e só por amor da Ciência, cumprimos o dever de opor-lhe a mais vigorosa resistência.⁴⁹⁰

Ocorre que, ainda que a atenção que Freitas concedeu ao *Projeto* e a *Apostila* tenha sido nesse sentido da *mais vigorosa resistência*, o fato é a que essa resistência fez com que Freitas precisasse enfrentar questões que, posteriormente, frutificaram no *Esboço*.

⁴⁸⁸ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 7.

⁴⁸⁹ CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Resposta à Primeira Apostila do Senhor Antônio Luiz de Seabra*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1858.

⁴⁹⁰ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 9.

Seabra pretendia inovar na organização do Código Civil e, no *Projeto*, reagrupou a tradicional *disciplina das pessoas* sob a rubrica de *capacidade civil*, começando, no art. 1º, por preceituar que “somente o homem é suscetível de direitos obrigações” e que “é nisto que consiste a sua capacidade jurídica”.⁴⁹¹

A estrutura guarda alguma semelhança com a abertura do Código Civil francês, o qual, como se verá, começa a disciplina das pessoas tratando do *exercício* e do *gozo de direitos*.⁴⁹²

Seabra, no entanto, distingue-se em dois pontos. Enquanto o Código francês não foca propriamente no *exercício* e no *gozo de direitos*, senão, antes, na distinção entre o *nacional*, o *estrangeiro* e o *cidadão* – como se verá na seção seguinte – o *Projeto* de Seabra trata, antes, do *homem*, sem nenhuma distinção. Ademais, enquanto o Código francês ficou apenas no aspecto normativo, o *Projeto* de Seabra tem um quê de doutrinário, uma preocupação com os conceitos e ideias de que necessitará a utilização do Código.

Nesses dois pontos Seabra e Freitas se aproximaram, como demonstram o *Projeto* e o *Esboço*. A divergência se encontra, não obstante, justamente nos *diferentes conceitos e ideias* que cada um defendia.

Com o intuito de modernizar o Direito Civil, Seabra fugiu do vocábulo *pessoa* em razão do seu histórico romano, e quis usar as ideias de *capacidades* como substitutivo. Chamou a *suscetibilidade de aquisição de direitos* de *capacidade jurídica*, e de *capacidade civil* a *capacidade jurídica* quanto aos *direitos civis*.⁴⁹³

Freitas, por sua vez, percebeu que o uso da ideia de *capacidade jurídica* para explicar a *suscetibilidade de aquisição de direitos* – a qual devia ser uma prerrogativa inviolável de todo ente humano – gerava um problema quanto às limitações sempre impostas pela lei com relação a certos entes, quanto a certos direitos. Reservou, então, para aquele conceito a locução *personalidade jurídica*, e cunhou – no *Esboço* – a ideia de *capacidade de direito*, como atributo da

⁴⁹¹ SEABRA. *Projeto*. Cit. P. 1.

⁴⁹² FRANÇA. *Code Civil des Français*. Cit. P. 3.

⁴⁹³ SEABRA. *Projeto*. Cit. P. 1-5; *Apostila*. Cit. P. 7 e ss.

personalidade, para explicar o *grau de aptidão* de cada ente para a aquisição de direitos. A ideia correlata, da *incapacidade de direito*, explica os direitos cuja aquisição a lei proíbe a certas pessoas.

Ademais, Freitas percebeu que não bastava à teoria do Direito Civil uma única *capacidade – jurídica*, ou, especificamente, *civil* – como queria Seabra, para quem a *capacidade* era “uma só, e indivisível”⁴⁹⁴.

Como visto, Seabra distinguiu entre a *capacidade* e os *atos* cuja prática ela autoriza, asseverando que “uma coisa é essa capacidade e outra coisa é a sua ação, são os atos que ela pode praticar”⁴⁹⁵. Ocorre que, como notou Freitas, se há apenas uma capacidade – a *capacidade de ter direitos* –, como explicar a possibilidade ou impossibilidade de *exercê-los*, senão admitindo que “uma coisa é a capacidade de ter direitos em geral, e outra coisa a capacidade de exercer direitos”⁴⁹⁶? Daí o conceito de *capacidade de fato* que Freitas acabou por tecer no *Esboço*.

4.2 Influências francesas: o Código Napoleão e a Escola da Exegese

No evento da comemoração do centenário da morte de Freitas realizado pela *II Università di Roma*, Pierre Villard, então diretor da *Université de Paris V*, discursou sobre a obra do juriconsulto brasileiro.

A tradição jurídica francesa parece ter exercido uma poderosa atração sobre Augusto Teixeira de Freitas, como testemunham a *Consolidação das Leis Cíveis* e o *Esboço do Código Civil*. Nenhum estrangeiro do Novo Mundo possuiu talvez tanto quanto o ilustre advogado brasileiro uma cultura tão extensa – enciclopédica mesmo – no domínio do direito civil, segundo a

⁴⁹⁴ SEABRA. *Apostila. Cit.* P. 18.

⁴⁹⁵ SEABRA. *Apostila. Cit.* P. 18.

⁴⁹⁶ FREITAS. *Nova Apostila. Cit.* P. 120.

sua acepção mais larga, no que toca à legislação ou à doutrina elaboradas na França.⁴⁹⁷

Vale lembrar que, ao tempo de Freitas, diversos países europeus e americanos usaram o Código Civil francês com sua respectiva doutrina como base de seus Códigos Civis. Freitas, no entanto, manteve-se crítico: “um dos primeiros, ele ousou criticar de maneira nova as disposições do Código civil e passou ao crivo de um espírito particularmente aguçado as obras doutrinárias francesas”⁴⁹⁸.

Em 1804 fora outorgado o *Código Civil dos Franceses*, o qual, em 1807, passou a ser oficialmente denominado *Código Napoleão* (“*Code Napoléon*”). As matérias foram divididas em três livros: I. das pessoas; II. dos bens, e das diferentes modificações da propriedade; III. das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade.⁴⁹⁹

Após a promulgação do *Code*, surgiu na França uma escola de pensamento segundo a qual ensinar Direito Civil era *ensinar o Código Napoleão*. Alguns manuais, inclusive, foram intitulados *Curso do Código Civil* – como o de Charles Demolombe, muito citado por Freitas, e que será examinado nesta seção. Tal escola entrou para a história como *Escola da Exegese*.

O livro das pessoas do Código Napoleão é dividido em onze títulos, que cuidam dos seguintes temas: I. do gozo e da privação dos direitos civis; II. dos atos do estado civil; III. do domicílio; IV. dos ausentes; V. do casamento; VI. do divórcio; VII. da paternidade e da filiação; VIII. da adoção e da tutela oficiosa;

⁴⁹⁷ Tradução livre de: “la tradition juridique française semble avoir exercé une puissante attraction sur Augusto Teixeira de Freitas comme en témoignent la *Consolidação das Leis Civis* et l’*Esboço do Código Civil*. Aucun étranger du Nouveau Monde n’a, peut-être, possédé autant que l’illustre avocat brésilien une culture aussi étendue – encyclopedique même – dans le domaine du droit civil, selon l’acception la plus large, qu’il s’agisse de la législation ou de la doctrine élaborée em France”. (VILLARD, Pierre. *La tradition juridique française dans l’ouvre de Teixeira de Freitas*. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Sandro Schipani (org.). Padova: Cedam, 1983. P. 269.)

⁴⁹⁸ Tradução livre de: “l’un des premiers, il a osé critiquer de façon nouvelle des disposition du Code civil et il a passe au crible d’un esprit particulièrement aiguisé les ouvres doctrinales françaises”. (VILLARD. *Op. Cit.* P. 271).

⁴⁹⁹ FRANÇA. *Code Civil des Français*. *Cit.* P. 421-436.

IX. do poder parental; X. da menoridade, da tutela e da emancipação; XI. da maioridade, da interdição e do conselho judiciário.

Um primeiro dado que impende ressaltar, nessa fase *comparativa*, em que se quer entender a *disputa* pela fixação dos conceitos que compõem a *teoria das capacidades*, é o fato de que o Código Napoleão não continha um título, nem artigos, reservados a tratar *especificamente* da *personalidade jurídica* e das *capacidades*. Nisso, portanto, difere sobremaneira do *Esboço* de Freitas, em que a primeira preocupação, na Parte Geral, era determinar o sentido jurídico de *pessoa* e entendê-la com relação a suas *capacidades* e *incapacidades*.

Os dois primeiros dispositivos do título primeiro do *Code Napoléon* ("de la *jouissance et de la privation des droits civils*") têm o seguinte conteúdo:

7

O exercício dos direitos civis é independente da qualidade de *Cidadão*, a qual somente se adquire e se conserva conforme a lei constitucional.

8

Todo Francês gozará de direitos civis.⁵⁰⁰

É na doutrina que aparecerão discussões acerca do conceito de *pessoa* e das noções daquilo que se viria a denominar *capacidades*.

Em suas *Notas elementares sobre o Código Civil*, Saint-Prix inicia seus comentários asseverando que "a palavra *pessoa* vem de *persona*, máscara do teatro; com efeito, ela designa os diversos papéis jurídicos dos seres humanos"⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Tradução livre de: "7. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *Citoyen*, laquelle ne s'aquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. 8. Tout Français jouira des droits civils." (FRANÇA. *Code civil des français*. Cit. P. 3.)

⁵⁰¹ Tradução livre de: "le mot *personne* vient de *persona*, masque de théâtre; en effet, il désigne les divers rôles juridiques des êtres humains." (SAINT-PRIX, Félix Berriat. *Notes Élémentaires sur le Code Civil*. Paris: Videcoq Père et Fils, 1845. P. 14.)

Toullier, por sua vez, em seu *Direito Civil Francês segundo a ordem do Código*, afirma que “o mesmo indivíduo pode representar diversas pessoas”.⁵⁰² Freitas observa que adota essa ideia também Deslisle.⁵⁰³

Já Marcadé, em seu *Curso Elementar de Direito Civil*, discorda dessa noção, que reputa adequada apenas à explicação do Direito Romano, e afirma que “por *pessoa* compreende-se ordinariamente um *homem*, um *indivíduo*; e, para nós, é este também o sentido que lhe atribuiu nosso legislador”⁵⁰⁴.

Duranton, no *Curso de Direito Civil segundo o Código Civil*, segue a mesma linha de Marcadé.⁵⁰⁵

Quanto a esse dissenso, Freitas comenta que “admira como até agora ainda discutem os Escritores franceses sobre o que seja *pessoa*”⁵⁰⁶.

A diferença parece estar na situação *política*. Enquanto o Código Napoleão surge na fase de consolidação da nova França pós-Revolução, em meio ao nascimento do *Estado Nacional*, Freitas elaborava um projeto de Código Civil para um país que se tornara independente pacificamente, e que, no geral, recepcionara bem as tradições jurídicas anteriores, da época de colônia.

De fato, o *Code* já abre a disciplina das pessoas com a questão do *exercício dos direitos* (“*exercice des droits*”), no art. 7º, e do *gozo dos direitos* (“*jouissance des droits*”), no art. 8º,⁵⁰⁷ assegurando a todos os *franceses* o gozo dos *direitos civis*, e seu exercício, independentemente da qualidade de *cidadão* – esta, apenas exigida para o gozo e exercício dos *direitos políticos*.⁵⁰⁸ Nesse contexto, o conceito jurídico de *pessoa* não protagonizou a discussão, mas sim o de *nacional*.

⁵⁰² Tradução livre de: “le même individu peut représenter plusieurs personnes.” (TOULLIER, Charles B. M. *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*. T. I. 2. ed. Paris: Warée, 1819. P. 143.)

⁵⁰³ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 18.

⁵⁰⁴ Tradução livre de: “par *personne* on entend ordinairement un *homme*, un *individu*; et, selon nous, c'est là aussi le sens que lui a donné notre législateur.” (MARCADÉ, Victor. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. T. I. Paris: Cotillon, 1850. P. 74.)

⁵⁰⁵ DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*. T. I. 4. ed. Paris: Thorel-Guilbert, 1844. P. 74-75.

⁵⁰⁶ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 17.

⁵⁰⁷ FRANÇA. *Code Civil des Français*. Cit. P. 3.

⁵⁰⁸ SAINT-PRIX. *Notes Élémentaires*. Cit. P. 16.

No Brasil, por sua vez, a questão da *nacionalidade* e da *cidadania* não conduziam a atenção de Freitas, o qual se preocupava, no entanto, em firmar a *personalidade jurídica* de todo *ente humano* em um país escravocrata.

Aqui, o que importava era não deixar dúvida de que todo *ser humano* tinha aptidão para adquirir direitos, medida importante no processo de abolição da escravidão, enquanto, na França, o que importava era não deixar dúvida de que *todo francês* gozava de direitos civis, cidadão ou não.⁵⁰⁹

É o que se vê em Demolombe, em seu *Curso do Código Civil*, o qual nem sequer adentra a discussão sobre o conceito de *pessoa*, e que explica:

A qualidade de Francês não é então suficiente para que se tenha direitos políticos; é preciso também ser *cidadão*; e este título, neste caso, não é mais, como muito frequentemente, sinônimo de Francês, de reinícola; ele indica especialmente a aptidão para exercer os direitos políticos.

Assim, todos os Franceses gozam dos direitos civis.

Mas apenas os Franceses *cidadãos* gozam dos direitos políticos.

Uns, os direitos civis, são a finalidade mesmo da sociedade; eles são o prêmio e a compensação dos sacrifícios que ela impõe a cada um de seus membros, sem distinção; todos tem aí, então, igual direito.

Os outros, os direitos políticos, são sobretudo os meios; eles supõem, eles exigem certas garantias de capacidade e de interesse, que cabe ao legislador determinar, de acordo com os tempos e o progresso dos costumes constitucionais e da educação pública.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ Vale registrar, sobre essas diferentes preocupações, a explicação de Duranton: “o estado tem um sentido restrito aos direitos e aos deveres resultantes do contrato civil; *id est, ius civitatis* (...) Assim, mesmo com relação a nós, é verdadeiro dizer que o estrangeiro tem um estado qualquer, que ele é uma *pessoa*”. Tradução livre de: “l'état a un sens restreint aux droits et aux devoirs résultant du contrat civil, *id est, ius civitatis* (...) Ainsi, même par rapport a nous, il est vrai de dire que l'étranger a un état quelconque, qu'il est une *personne*.” (DURANTON. *Cours. Cit.* P. 76.)

⁵¹⁰ Tradução livre de: “La qualité de Français ne suffit donc pas pour avoir les droits politiques; il faut de plus être *citoyen*; et ce titre dans ce cas n'est plus, comme très-souvent, le synonyme de Français, de regnicole; il indique spécialement l'aptitude à exercer les droits politiques.

“Ainsi, tous les Français jouissent des droits civils.

“Mais les Français *citoyens* jouissent seuls des droits politiques.

“Les uns, les droits civils, sont le but même de la société; ils sont le prix et la compensation des sacrifices qu'elle impose à chacun de ces membres, sans distinctio; tous y donc un égal droit.

Na sequência, cabe analisar a distinção, no Direito francês, entre o *gozo* e o *exercício dos direitos civis*, a qual constituiu importante ferramenta para Freitas na fixação dos seus conceitos de *capacidade de direito* e *capacidade de fato*.

Quanto a essa diferença, Saint-Prix esclarece que “*exercício...* falando-se de direitos civis, opõe-se a *gozo*. Gozar de um direito é recolher os benefícios que dele resultam; exercê-lo, é praticar os atos necessários para adquiri-lo, conservá-lo ou aliená-lo”⁵¹¹. Marcadé, por sua vez, explica que

É preciso distinguir o *gozo* dos direitos civis do *exercício* desses direitos. O gozo é, por assim dizer, a propriedade do direito, e o exercício é a faculdade de usá-lo. O exercício, então, não pode existir sem o gozo; mas o gozo existe sem que o exercício o acompanhe. Assim, esse exercício é recusado no todo ou em parte 1º aos menores; 2º às mulheres casadas; 3º aos interditos; 4º a quaisquer outros nos casos determinados pela lei (art. 8).

O gozo dos direitos civis pertence, 1º ao indivíduo que tem a qualidade de Francês, contanto que ele não tenha sido privado desses direitos em consequência de uma condenação; 2º ao estrangeiro admitido por autorização do Governo a estabelecer seu domicílio na França.⁵¹²

“Les autres, les droits politiques, sont plutôt le moyen; ils exigent certaines garanties de capacité et d'intérêt, qu'il appartient au législateur de déterminer, suivant les temps et les progrès des mœurs constitutionnelles et de l'éducation publique.” (DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Civil*. T. I. Bruxelas: J. Stienon, 1854. P. 60-61.)

⁵¹¹ Tradução livre de : “*exercice...* en parlant des droits civils, est opposé à *jouissance*. Jouir d'un droit, c'est recueillir les bénéfices qui en résultent; l'exercer, c'est faire les actes nécessaires pour l'acquérir, le conserver ou l'aliéner.” (SAINT-PRIX. *Notes Élémentaires*. Cit. P. 15.)

⁵¹² Tradução livre de: “Il faut distinguer la *jouissance* des droits civils, de l'*exercice* de ces droits. La *jouissance* est pour ainsi dire la propriété du droit, l'*exercice* est la faculté d'en user. L'*exercice*, donc, ne peut pas exister sans la *jouissance*; mais la *jouissance* existe bien sans que l'*exercice* l'accompagne. Ainsi, cet *exercice* est refusé en tout ou partie 1º aux mineurs; 2º aux femmes mariées; 3º aux interditos; 4º à quelques autres dans les cas déterminés par la loi (art. 8).

“La *jouissance* des droits civils appartient, 1º à tout individu ayant la qualité de Français, pourvu qu'il n'en est pas privé par l'effet d'une condamnation; 2º à l'étranger admis par autorisation du Gouvernement à établir son domicile en France.” (MARCADÉ. *Cours Élémentaire*. Cit. P. 171.)

Ora, não há dúvida de que essas ideias inspiraram Freitas a compor seus conceitos de *capacidade de direito* e *capacidade de fato*. Todavia, é preciso observar que os conceitos não *correspondem*, como, aliás, o próprio Freitas já ressaltara.

Preliminarmente, cabe destacar que no Direito francês ainda nem sequer se fazia, àquele tempo, uso da palavra *capacidade* em um sentido sistemático; somente posteriormente se difundiriam as locuções *capacidade de gozo* ("*capacité de jouissance*") e *capacidade de exercício* ("*capacité d'exercice*"), as quais não são usadas nas obras da *Escola da Exegese* consultadas.⁵¹³ O uso de ideias de *capacidade*, nesse momento, ainda é genérico e não técnico, como se vê, por exemplo, neste fragmento de Marcadé: "aqueles aos quais a lei recusa o exercício dos direitos de que se goza recebem o nome genérico de *incapazes*"⁵¹⁴.

Quanto aos conceitos de *gozo dos direitos civis* e de *capacidade de direito*, vejam-se os pontos dissonantes: (1) no Direito francês, previa-se o *gozo* para o *nacional*, e se o negava ao *estrangeiro*; em Freitas, toda *persona* tem *capacidade de direito* em algum grau, não havendo quem não a tenha ainda que em grau mínimo;⁵¹⁵ (2) no Direito francês, o *nacional* pode ser privado do *gozo* em consequência de uma condenação; em Freitas, a *persona* nunca é privada da *capacidade de direito* por tal motivo;⁵¹⁶ (3) o *gozo* é a condição para o *exercício*; em Freitas, a *capacidade de direito* e a *capacidade de fato* são independentes, podendo haver *capacidade de direito* na falta de *capacidade de fato*, bem como *capacidade de fato* na ausência de *capacidade de direito*.⁵¹⁷ Na verdade, como pontua o próprio Freitas, a ideia do *gozo de direitos* acaba se aproximando mais da sua noção de *personalidade*.⁵¹⁸

Quanto aos conceitos de *exercício dos direitos civis* e de *capacidade de fato*, eis os pontos distintivos: (1) no Direito francês, o critério para a vedação do

⁵¹³ As *Notas Elementares* de Saint-Prix, o *Curso Elementar* de Marcadé, o *Curso de Direito Civil* de Durantou, o *Direito Civil francês* de Zachariae, o *Curso do Código Civil* de Demolombe e o *Direito Civil francês* de Toullier.

⁵¹⁴ Tradução livre de: "ceux à qui la loi refuse l'exercice des droits dont ils jouissent, reçoivent le nom génériques d'*incapables*." (MARCADÉ. *Cours. Cit.* P. 83.)

⁵¹⁵ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 23-24.

⁵¹⁶ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 24.

⁵¹⁷ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 25.

⁵¹⁸ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 26.

exercício dos direitos civis é natural e consiste no que hoje se chamaria de *discernimento*, e que Marcadé chamava de *capacidade moral*,⁵¹⁹ e Duranton de *faculdades morais*⁵²⁰; em Freitas, o primeiro critério é o da *incapacidade de obrar (agir)*, com base na ideia de Savigny, que pode determinar incapacidades *in casu*, e o segundo é o da *representação necessária*, que determina incapacidades *a priori*, e é amplo ao ponto de abarcar as pessoas de existência ideal, os ausentes, os falidos, os religiosos professos; (2) no Direito francês dessa época, falava-se genericamente em *exercício dos direitos civis*, em contraposição ao seu *gozo*; o próprio Freitas chama a atenção para o fato de que seu conceito de *capacidade de fato* se refere à *prática de atos*, o que não é o mesmo: “ainda que algumas vezes o ato seja o exercício de um direito, não se deve confundir esse ato com o direito, ou o exercício do direito com o direito”;⁵²¹ (3) no Direito francês, explicava-se a vedação ao *exercício dos direitos civis* ainda com recurso a ideias de *estado* – o *status* do Direito Romano;⁵²² Freitas prescinde dessa noção.⁵²³

4.3 Influências germânicas: o Sistema Atual do Direito Romano de Savigny

Freitas teve notícias do Direito germânico, sobretudo, por meio da obra de Savigny, em especial o *Sistema Atual do Direito Romano – System des heutigen römischen Rechts* – na tradução para o francês, de Charles Guenoux, denominada *Traité de Droit Romain*.⁵²⁴

No *Sistema*, Savigny explica o Direito Romano, ao tempo em que o atualiza de acordo com o Direito vigente na Alemanha da época.

⁵¹⁹ MARCADÉ. *Cours*. T. II. P. 181-182.

⁵²⁰ TOULLIER, Charles B. M. *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*. T. II. 5. ed. Bruxelas: Wahlen et Compagnie, 1824. P. 197.

⁵²¹ FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. 26.

⁵²² MARCADÉ. *Cours*. *Cit.* P. 79; ZACHARIAE, Karl S. *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code Napoléon*. T. I. Tradução para o francês da 5. ed. alemã. Paris: Auguste Durand, 1854. P. 59.

⁵²³ FREITAS. *Esboço*. *Cit.* P. 24.

⁵²⁴ Vale lembrar que, por essa razão, há muitas referências à obra como *Tratado de Direito Romano*.

Um dos pontos-chave da exposição é a noção de *relação jurídica*. Para expender a noção de *sujeito* dessa relação, Savigny se vale de ideias de *capacidades*: “quem pode ser sujeito de uma relação jurídica? Essa questão concerne à posse possível de direitos ou à *capacidade de direito*, e não à sua aquisição possível ou *capacidade de agir*”⁵²⁵.

Veja-se que Savigny denomina *capacidade de direito* a ideia que Freitas atribui à *personalidade*; e que a distingue da *capacidade de agir*.

É possível especular que foi provavelmente de Savigny que Freitas colheu a locução *capacidade de direito*, tradução literal da expressão francesa *capacité de droit*, usada na versão consultada por Freitas. Adaptou-a, no entanto, para se referir a outra ideia:

Capacidade de direito. Não se entenda esta expressão no mesmo sentido em que a emprega Savigny. Para este escritor, que generalizara o Direito Romano, a *capacidade de direito* é, e não podia deixar de ser, o caráter distintivo dos seres humanos que aquele Direito reputava *peçoas*, por contraposição aos que privava de personalidade. Para nós, para a civilização atual, todo o homem é *peçoas*: pois que não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos, suscetibilidade que não chamo *capacidade de direito* tratando-se de *peçoas*, porque só o seria em relação a entes que não são *peçoas*. Quem para distinguir a *peçoas* do que não é *peçoas* empregar a expressão – *capacidade de direito* – *capacidade jurídica*, como fazem os escritores de Direito Natural, confundir-se-á a si mesmo e aos outros; e, ou cairá na teoria do *status* e *capitis deminutio* do Direito Romano, ou não terá terminologia própria para exprimir a *capacidade de direito* das legislações modernas.⁵²⁶

Vale destacar que Freitas, sempre muito elogioso de Savigny, não deixa de esclarecer que a divergência com relação às ideias atribuídas à locução se justifica pelos diferentes contextos com que ele e Savigny trabalham. O mesmo

⁵²⁵ Tradução livre de: “Qui peut être sujet d’un rapport de droit? Cette question concerne la possession possible des droits ou la *capacité du droit*, non leur acquisition possible ou la *capacité d’agir*”. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de Droit Romain*. Trad. do alemão para o francês por Charles Guenoux. T. II. Paris: Firmin Didot Frères Libraires, 1841. P. 1.)

⁵²⁶ FREITAS. *Esboço*. Cit. P. 23.

não se aplica, todavia, a Seabra, o qual se enquadra na ressalva final do excerto transcrito.

Com relação à *capacidade de direito* no *Sistema*, cabe destacar que Savigny parte da ideia de que “cada indivíduo e apenas o indivíduo tem capacidade de direito”⁵²⁷ para, em seguida, explicar que o Direito positivo pode, no entanto, negá-la a alguns, total ou parcialmente, bem como pode estendê-la para fora do indivíduo, criando as *peçoas jurídicas*.⁵²⁸

Devido à semelhança entre essa ideia, sintética em Savigny, e a extensa e complexa lição de Freitas sobre as diferentes gradações da *personalidade* na *Nova Apostila*, sobretudo considerando-se que Freitas expressamente cita Savigny em diversas passagens, é seguro concluir que a primeira inspirou a segunda. Freitas, com base em Savigny, aprofundou a explicação e alterou o signo usado para expressar a ideia chave – de *capacidade de direito* passa-se a *personalidade*.

Todo o Tomo II do *Sistema* se dedica à análise da *capacidade de direito*, que Savigny denomina *capacidade natural* com relação aos entes humanos (§§ LCI a C). Seu conteúdo influenciou bastante sobre Freitas, sobretudo com relação à *teoria da pessoa jurídica* (§ CI a CIII).

Para que se mantenha o foco, no entanto, deve-se continuar no encaço da influência sobre a *teoria das capacidades* de Freitas, o que remete a análise ao Tomo III do *Sistema*, no início do qual Savigny cuida da *capacidade de agir*.

Savigny não conceitua a *capacidade de agir*, embora a parafraseie como *capacidade* do “exercício livre e completo da inteligência”⁵²⁹. Abre o tema com a seguinte questão: “quais são as condições pessoais da *capacidade de agir*, ou, mais explicitamente, quais impedimentos anulam ou restringem essa capacidade?”⁵³⁰

⁵²⁷ SAVIGNY. *Traité*. Cit. P. 2.

⁵²⁸ SAVIGNY. *Traité*. Cit. P. 2.

⁵²⁹ Tradução livre de: “l'exercice libre et complet de l'intelligence”. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de Droit Romain*. Tradução do alemão para o francês por Charles Guenoux. T. III. Paris: Firmin Didot Frères Libraires, 1843. P. 22.)

⁵³⁰ SAVIGNY. *Traité*. Cit. T. III. P. 22.

No *Sistema*, as causas listadas são a *imaturidade*, a *alienação mental*, a *interdição* e a *natureza das pessoas jurídicas*.⁵³¹ No texto são analisadas, então, detidamente, a questão da *idade*, desde a infância até a puberdade; da *alienação mental* com seus lúcidos intervalos; da *interdição por prodigalidade* e seus efeitos; e da *incapacidade natural de agir* das pessoas jurídicas, as quais sempre dependem de que entes humanos ajam por elas.⁵³² Em seguida, apresenta-se o meio de *supressão da incapacidade de agir*: a *representação*, a cujo estudo procede Savigny com foco no Direito Romano.⁵³³

Equiparando o conceito proposto por Freitas para a *capacidade de fato* e sua correlação com a ideia de *representação* com o tema da *capacidade de agir* no *Sistema*, conclui-se que aquele consiste na expressão sistemática e atualizada das ideias expendidas originalmente por Savigny.

⁵³¹ SAVIGNY. *Traité. Cit.* T. III. P. 22.

⁵³² SAVIGNY. *Traité. Cit.* T. III. P. 25-86.

⁵³³ SAVIGNY. *Traité. Cit.* T. III. P. 86-94.

PARTE II – ANÁLISE DIACRÔNICA: OS CONCEITOS QUE COMPÕEM A TEORIA DAS CAPACIDADES NA TRAJETÓRIA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Seguindo a metodologia da história dos conceitos, tendo-se empreendido o estudo da *formação* da *teoria das capacidades* no Direito Civil brasileiro, por meio de análise sincrônica, é preciso avançar para o estudo da *trajetória no tempo* dos conceitos fixados, em análise, pois, diacrônica.⁵³⁴

Considerando-se que as três principais obras de doutrina relacionadas com o tema desta pesquisa, publicadas no Brasil império,⁵³⁵ já foram consultadas na Parte I, e que há apenas três obras doutrinárias publicadas na República antes da promulgação do Código Civil de 1916 que contêm elementos relevantes para este trabalho,⁵³⁶ optou-se por estruturar a análise diacrônica tendo como marcos os projetos de Código Civil elaborados após o *Esboço*, até o próprio Código de 1916.

⁵³⁴ KOSELLECK. “Uma história dos conceitos”. *Cit.* P. 5.

⁵³⁵ A referência é às *Instituições de Direito Civil brasileiro* de Trigo de Loureiro, ao *Curso de Direito Civil* de Ribas, e ao *Direitos de família* de Lafayette.

⁵³⁶ O *Direito de Família* e a *Teoria Geral do Direito Civil* de Clovis Bevilacqua, e o *Sistema de Direito Civil Brasileiro* de Eduardo Espínola.

TÍTULO I – PROJETOS DE CÓDIGO CIVIL NO IMPÉRIO

Pelo contrato de 10 de janeiro de 1859, Freitas tinha até 31 de dezembro de 1861 para entregar ao Governo Imperial o projeto de Código Civil.⁵³⁷ O prazo, no entanto, foi posteriormente prorrogado para 23 de junho de 1864.

Entre os dias 24 a 30 de dezembro de 1863, o Governo Imperial nomeou comissão para revisar as partes do projeto que já haviam sido publicadas. A formação original da comissão era a seguinte: o Visconde do Uruguai (presidente), Nabuco de Araujo, José Mariani, Lourenço José Ribeiro, Francisco J. Furtado, Antônio Joaquim Ribas, Braz Florentino Henriques de Souza e Caetano Alberto Soares.⁵³⁸ O então Ministro dos Negócios da Justiça era Sinimbu.

Diversas vicissitudes atrasaram os trabalhos da comissão e alteraram sua composição. A primeira reunião somente ocorreu em 20 de abril de 1865,⁵³⁹ e a comissão só trabalhou até agosto daquele ano.⁵⁴⁰ Tão longas foram as discussões acerca de cada artigo do Título Preliminar, que pouco se avançou nesse tempo,⁵⁴¹ até que, em 31 de agosto, os trabalhos foram oficialmente suspensos.⁵⁴²

Nessa época, Freitas já não mais recebia a remuneração de seus serviços pelo Governo, em razão de findo o prazo contratual, o que o levou, em 9 de julho de 1866, a escrever a Nabuco pedindo o adiantamento do prêmio final, em parcelas mensais.⁵⁴³ Uma crise ministerial, no entanto, instaurou-se, e Nabuco

⁵³⁷ Sílvio Meira primeiramente menciona 1862, mas, adiante, refere-se a 1861, como Joaquim Nabuco. (MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 185; 218; NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 512.)

⁵³⁸ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 217; NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 512.

⁵³⁹ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 218.

⁵⁴⁰ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 218.

⁵⁴¹ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 218-243.

⁵⁴² MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 245.

⁵⁴³ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 512.

acabou deixando o Ministério sem ter a oportunidade de atender à solicitação.⁵⁴⁴

Em 20 de novembro de 1866, Freitas deu um passo decisivo na história do *Esboço*. Escreveu ao então Ministro dos Negócios da Justiça, Martim Francisco:

Tenho resolvido abrir mão dos trabalhos do Projeto de Código Civil, que me foram encarregados pelo Governo Imperial. Em um País, onde almas nobres não acham estímulos para abnegações, não posso por mais tempo resistir ao meu desalento. Não devo, pela pura e simples expectativa de uma tênue recompensa pecuniária (avultadíssima para muitos), e essa mesma, se não incerta, infalivelmente sujeita a dependências e humilhações, completar a ruína de minha saúde, nem sacrificar uma diminuta fortuna, só adquirida pelo trabalho.⁵⁴⁵

Martim Francisco respondeu, por sua vez, rejeitando a desistência, de forma polida, apelando para o civismo de Freitas.⁵⁴⁶

Pouco mais tarde, Freitas viajou para o Rio da Prata. É que, em 1864, Vélez Sarsfield fora incumbido de elaborar o Código Civil da Argentina, e, tomando conhecimento do *Esboço*, decidira adotá-lo como inspiração, o que muito animou Freitas.⁵⁴⁷

De volta ao Brasil, Freitas acabou convencido de que não fazia sentido concluir um projeto de Código Civil, mantendo-se o Código Comercial de 1850. Em 20 de setembro de 1867, novamente escreveu a Martim Francisco:

Há desarmonia profunda, Exmo. Sr., entre o meu pensamento atual sobre tais assuntos e as vistas do Governo Imperial.

Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor malcontente. Deseja o Governo a

⁵⁴⁴ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 512.

⁵⁴⁵ FREITAS. In: MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 341.

⁵⁴⁶ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 342.

⁵⁴⁷ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 267-316.

terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado Projeto de Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto de Código Civil o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob o título de – *Esboço*.⁵⁴⁸

A ideia, que não cabe aqui explorar, era a da elaboração de dois Códigos, um Geral, e o outro, Civil:

No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam.

O Código Geral para os homens da ciência, os outros códigos para o povo.

O projetado Código Geral será muito mais que um código de definições.

Compreenderá todas as matérias do 1º Livro – do nosso Esboço do Código Civil sobre pessoas, coisas e fatos, elevando-as, porém, a sua derradeira altura.

(...)

Desta sorte ficará limitado o projetado Código Civil às disposições do 2º e 3º Livros do Esboço já publicado, e do 4º Livro ainda não publicado, menos as definições. Ganhará, porém, e apresentará em seus lugares próprios, todas as matérias do atual Código do Comércio, ainda que não excrescentes no sentido do último Relatório desta Repartição, que não forem de Direito Administrativo ou não pertencerem às leis do processo.⁵⁴⁹

Submetida a proposta à Seção de Justiça do Conselho de Estado, foi emitido parecer, em 1º de junho de 1868, redigido por Nabuco de Araujo e assinado também por Torres Homem e por Montezuma, em que se aceitava a proposta.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ FREITAS. In: MEIRA. *Teixeira de Freitas. Cit.* P. 352.

⁵⁴⁹ FREITAS. In: MEIRA. *Teixeira de Freitas. Cit.* P. 354-355.

⁵⁵⁰ MEIRA. *Teixeira de Freitas. Cit.* P. 356; NABUCO. *Um estadista do império. Cit.* T. III. P. 518-520.

Era então Ministro dos Negócios da Justiça José de Alencar, o qual, todavia, não promoveu o andamento da proposta aceita pela Seção de Justiça do Conselho de Estado, e a deixou cair no esquecimento.⁵⁵¹

Em 1872, assumiu a pasta da Justiça Duarte de Azevedo, enquanto ainda pendia, inconclusa, a proposta dos Códigos Geral e Civil. Após encontros e correspondências com Freitas, Duarte de Azevedo deu o contrato de 1859 por oficialmente resolvido:

Ministério dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, em 18 de novembro de 1872. Não podendo o Governo Imperial aceitar o plano proposto por V. S.^a em suas comunicações de 20 de novembro de 1866 e 20 de setembro de 1867, códigos, um geral e outro especial, tem considerado rescindido, como também a V. S.^a parece em sua declaração de 8 do corrente, o contrato de 10 de janeiro de 1859, que com V. S.^a celebrara para a redação do Projeto de Código Civil do Império, já pelo tempo decorrido, já porque V. S.^a declarou, na sua mencionada representação, que, pela desarmonia profunda entre o seu pensamento e as vistas do Governo Imperial, julga-se inabilitado para redigir aquele projeto.

Isto posto, e para que fique exonerado das obrigações de seu contrato, queira V. S.^a entregar a esta secretaria de estado os manuscritos, que tiver, para complemento do Esboço do Código Civil, aos quais V. S.^a se refere em suas comunicações de 20 de novembro de 1866 e 20 de setembro de 1867.

Cabe-me a satisfação de agradecer e louvar a V. S.^a, em nome do Governo Imperial, pelo serviço prestado com o Esboço do Código Civil, que, se não é ainda projeto do código, é trabalho de incontestável utilidade e merecimento.⁵⁵²

O período imperial ainda veria dois projetos de Código Civil, além do *Esboço*: o de Nabuco de Araújo, cujos trabalhos datam de 1872 a 1878, mas que não chegou a ser concluído, em razão da morte do seu autor, e o de Felício dos Santos – cuja primeira versão data de 1881, sendo a segunda de 1882 –, o qual, como se verá, sobreviveu até a República, mas acabou esquecido no Congresso.

⁵⁵¹ MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 357-362.

⁵⁵² AZEVEDO. In: MEIRA. *Teixeira de Freitas*. Cit. P. 362.

Capítulo 1 - Projeto de Nabuco de Araujo

Resolvido oficialmente o contrato de Freitas para a elaboração do projeto de Código Civil, o novo jurista escolhido para a tarefa foi ninguém menos que Nabuco de Araujo, o qual, ainda em 1872, assinou com o Governo Imperial, por meio do Ministro Duarte de Azevedo, contrato com termo inicial em 1º de janeiro de 1873, e com prazo de cinco anos.

Nabuco optou por manter o esquema proposto por Freitas na *Consolidação das Leis Civis* e adotado no contrato de 10 de janeiro de 1859.⁵⁵³ Na carta em que expôs a Duarte de Azevedo sua escolha, no entanto, observou o seguinte:

O que se pode prometer é que o Projeto não exorbite do objeto do Código Civil, que não confunda a legislação com a doutrina; que, por causa do valor científico, não sacrifique o valor prático, que convém a uma legislação que é a mais intimamente ligada à vida real do povo, e deve, quanto for possível, estar ao alcance dele.⁵⁵⁴

Durante o prazo do contrato, Nabuco de Araujo dedicou-se a organizar o material do Código, ao mesmo tempo em que prosseguia em suas atividades políticas.⁵⁵⁵ O contrato, todavia, proibia-o de advogar.⁵⁵⁶

Ao final do prazo, não tendo ainda redigido um anteprojeto, Nabuco solicitou prorrogação de oito meses, a qual lhe foi concedida sem remuneração, porém com autorização para exercer a advocacia.⁵⁵⁷

Foi nesse período que Nabuco se dedicou à redação de seu anteprojeto – o qual, todavia, não chegou a ser concluído:

⁵⁵³ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 522.

⁵⁵⁴ ARAUJO. In: NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 522.

⁵⁵⁵ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 522.

⁵⁵⁶ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 522.

⁵⁵⁷ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 522-523.

É, então, urgido pelas circunstâncias, que Nabuco começa a articular seguidamente o seu Código, tomando o que podia conservar do Esboço de Teixeira de Freitas, para, quanto possível, a obra ser comum. Ninguém pode, entretanto, dizer se esse esboço era o princípio da obra, ou simplesmente a escolha, por eliminação, dos materiais a que depois ele imprimiria o seu cunho individual e da qual faria nascer o verdadeiro Código. Infelizmente para o país, no começo desse trabalho, sob a pressão das condições adversas em que desde então o tinha de executar, Nabuco falece, levando consigo a chave dos trabalhos que deixou.⁵⁵⁸

O grande volume do trabalho deixado consistia em uma “massa de apontamentos de toda ordem”⁵⁵⁹. Apesar disso, Nabuco teria proclamado que o Código se encontrava pronto.⁵⁶⁰ Na biografia de seu pai, Joaquim Nabuco explica:

Vendo esses apontamentos breves, elípticos, enigmáticos; esses artigos de outros códigos marcados a lápis; essas páginas dobradas, às vezes cortadas, de tantos volumes com referência a outras obras; essas cruces que são como que o sinal de tantas ideias mortas com ele, nenhum perito em composição intelectual duvidará que tudo isso era o Código que ele dizia estar pronto.⁵⁶¹

O material que Joaquim Nabuco e seu irmão Sizenando entregaram ao Governo Imperial tem a forma de um esboço, contendo um título preliminar com 118 artigos e o começo da parte geral, com 182 artigos. Esse material foi publicado por ordem da Câmara dos Deputados em 1882, pela Tipografia Nacional, como aditamento do *Projeto do Código Civil Brasileiro* de Joaquim Felício dos Santos.⁵⁶²

⁵⁵⁸ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 523.

⁵⁵⁹ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 528.

⁵⁶⁰ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 528.

⁵⁶¹ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 528.

⁵⁶² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os*

Apesar de o *Projeto* de Nabuco⁵⁶³ ter conservado muito do *Esboço* de Freitas, sua condição de *estadista*, em contraste com a de Freitas, de *jurisconsulto*, determinou as diferenças entre as linhas seguidas por um e outro.⁵⁶⁴ Joaquim Nabuco observa que:

Teixeira de Freitas fechava-se ou na lei escrita ou no conceito, dentro, sempre, da esfera do Direito; Nabuco nunca se isolou no Direito, considerou-o sempre como uma *relatividade* social, como as outras, subordinada à existência da comunhão. Teixeira de Freitas lidava assim com uma só função do Estado, Nabuco com a vida toda do organismo. O código de um tinha que ser forçosamente teórico, abstrato, espécie de arquétipo universal; o do outro, prático, positivo, político, *utilitário*. Teixeira de Freitas faria um código para uso de qualquer nação; Nabuco faria um código para o Brasil, mas que refletisse o progresso, o maior aditamento da civilização; Teixeira de Freitas não se preocuparia de reforma social, nem de respeito ao direito antiquíssimo, à tradição secular; Nabuco seria influenciado por estes dois espíritos simultaneamente: o de reforma e o de veneração. Para Teixeira de Freitas, o *desideratum* seria um código que apresentasse a mais original e elevada classificação e as mais perfeitas definições dos fatos e espécies jurídicas; para Nabuco, seria a lei geral que encerrasse o maior número de leis (bem feitas) *socialmente úteis*, isto é, que melhor servissem o seu pensamento primordial: a conservação moral evanescente da família e do Estado. O código de Nabuco seria um código ao mesmo tempo liberal e tradicional; se tivesse alguma originalidade, seria somente pela harmonia, clareza, e combinação dos matizes; o de Teixeira de Freitas seria uma contribuição de ideias e concepções pessoais para a nova ciência do direito, todo ele tirado do seu próprio fundo. (...) A um bastava a beleza da concepção jurídica *in se*; como uma obra de arte; outro queria vê-la na aplicação, em seus efeitos, sobretudo em relação à estatística moral do país.⁵⁶⁵

Apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.

⁵⁶³ Apesar de o título do material publicado referir-se a ele como *Apontamentos*, este era, na verdade, o título do primeiro projeto de Felício dos Santos. No interior da publicação o título do esboço de Nabuco aparece denominado *Projeto*.

⁵⁶⁴ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 538.

⁵⁶⁵ NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 538-540.

De fato, é possível visualizar as observações de Joaquim Nabuco, ainda que parcialmente, ao menos na análise dos *esquemas de capacidades* de um e de outro projeto.

1.1 O esquema de capacidades do Projeto de Nabuco de Araujo

O *esquema de capacidades* de Nabuco de Araujo considerado nesta pesquisa é o que se encontra no *Projeto* publicado pela Câmara dos Deputados em 1882.

PARTE GERAL

LIVRO I

Dos elementos dos direitos

TÍTULO I

DAS PESSOAS

SEÇÃO I

DAS PESSOAS EM GERAL

Art. 1º As pessoas são naturais ou jurídicas.

Art. 2º Pessoas naturais são todos os entes humanos sem distinção de qualidades ou de quaisquer acidentes físicos ou intelectuais.

Art. 3º Pessoas jurídicas são *entes de razão* suscetíveis de direitos relativos aos bens.

Art. 4º As pessoas naturais ou jurídicas são nacionais ou estrangeiras.

SEÇÃO II

DAS PESSOAS NATURAIS

CAPÍTULO I

Disposições preliminares

Art. 5º Não há diferença entre nacionais e estrangeiros para a aquisição e exercício dos direitos civis.
(Art. 34 – Tít. Único – Disp. gerais.)

Art. 6º Não tem outrossim influência alguma quanto à perda, privação ou suspensão dos direitos civis o art. 7º da Constituição só relativo aos direitos políticos e à plenitude dos direitos individuais.

(Arts. 16 e 26 – Tít. único – Disp. gerais.)

CAPÍTULO II

Do estado e capacidade das pessoas

Art. 7º O estado e capacidade civil das pessoas são regulados pelas Leis da nação à qual elas pertencem.

(Art. 35 – Tít. único – Disp. gerais.)

Art. 8º Todavia o estado e capacidade civil das pessoas serão regulados subsidiariamente pelo domicílio ou residência:

§ 1º Quando a pessoa não tiver pátria por havê-la perdido em um país e não havê-la adquirido em outro;

§ 2º Quando a pessoa tiver duas pátrias em razão do conflito, não resolvido, das Leis do nascimento e origem.

(Art. 36 – Tít. único – Disp. gerais.)

(...)

Art. 11. A capacidade geral para adquirir e exercer direitos que este código compreende, é inerente a todas as pessoas naturais.

Art. 12. Esta capacidade só é limitada:

§ 1º Quanto à aquisição de direitos, pela expressa proibição legal de adquirir certos e determinados direitos;

§ 2º Quanto ao exercício de direitos pelas incapacidades declaradas nos arts. 15 e 16, ou por leis especiais.

Art. 13. Completando a pessoa a idade de vinte e um anos fica habilitada para o exercício de todos os atos da vida civil, sem dependência de qualquer formalidade ou autorização.

Art. 14. Considera-se capacidade especial aquela que este Código outorga antes da idade determinada para o exercício dos direitos.

CAPÍTULO III

Dos incapazes

Art. 15. São absolutamente incapazes:

§ 1º As pessoas por nascer;

§ 2º Os menores impúberes;

§ 3º Os alienados;

§ 4º Os surdos-mudos;

§ 5º Os ausentes.

Art. 16. São relativamente incapazes:

§ 1º Os menores púberes;

§ 2º As mulheres casadas;

§ 3º Os falidos, declarados por tais em juízo;

§ 4º Os religiosos professos;

§ 5º Os pródigos;

§ 6º Os cegos.

Art. 17. Este código protege os incapazes, suprindo pela representação a sua incapacidade, mas não lhes concede o benefício de restituição, que *fica abolido*.

Art. 18. Na parte especial deste código se determinará a competência, o exercício, e forma da representação dos incapazes.⁵⁶⁶

Mais adiante há outro artigo relevante:

SEÇÃO III

DAS PESSOAS JURÍDICAS

(...)

Art. 157. As pessoas jurídicas têm a mesma capacidade que este Código confere às pessoas naturais, salvo a restrição legal ou convencional, ou a incompatibilidade que provém da natureza delas.⁵⁶⁷

É preciso lembrar que, apesar de Freitas e Nabuco terem sido contemporâneos, a análise comparativa dos projetos de um e outro será feita por viés *diacrônico*, a fim de questionar como foi o percurso dos conceitos fixados por Freitas nos projetos subsequentes de Código Civil.

De imediato se percebe que, do *Esboço* para o *Projeto*, desapareceram os *conceitos* – salvo *noções* de *pessoas naturais* e *pessoas jurídicas* nos arts. 2º e 3º –, como era de se esperar do trabalho de Nabuco. Vale lembrar que ele próprio prometera que seu *Projeto* não exorbitaria do objeto do Código, e que não confundiria a legislação com a doutrina.⁵⁶⁸ Imprescindível também lembrar o que Nabuco, em seu parecer de 1º de julho de 1868, acerca da proposta dos Códigos Geral e Civil, havia pontuado:

⁵⁶⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. 15-20.

⁵⁶⁷ ARAUJO. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. 25.

⁵⁶⁸ NABUCO. *Um estadista do império*. *Cit.* T. III. P. 522.

A lei não deve definir, porque supõe a existência da doutrina preestabelecida; mas, com razão, pergunta o autor [Freitas]: – onde está a doutrina?

Certo, quando, em vez da doutrina, só há dúvida, a falta das definições legais arrisca as leis a controvérsia e a contradições na execução.⁵⁶⁹

Foi neste parecer que Nabuco, Torres Homem e Montezuma se posicionaram favoráveis à elaboração dos dois Códigos por Freitas.

Tratando-se de seu próprio projeto, após a massa enorme do *Esboço*, cabe indagar se não consideraria Nabuco que, naquele momento, já havia *doutrina* – a de Freitas. Ao redigir os arts. 11 e 12, teria Nabuco em mente os conceitos de Freitas? Considerando-se a proximidade entre Freitas e Nabuco, a natureza dos trabalhos deste último segundo o relato de seu filho Joaquim, e, por fim – e, sobretudo – a análise comparativa dos dois esquemas levando em conta a disputa pela fixação dos conceitos de *capacidades* que enfrentara Freitas, é seguro afirmar que o art. 11 do *Projeto* de Nabuco se refere ao que Freitas conceituara como *capacidade civil*, que o § 1º do art. 12 refere-se à *capacidade de direito* de Freitas, e que o § 2º refere-se à *capacidade de fato*. Os arts. 15, 16 e 17, quase idênticos aos arts. 41, 42 e 43 do *Esboço*, não deixam dúvida quanto à sua inspiração. Outro dado que revela a utilização dos conceitos de Freitas por Nabuco é o recurso a ideia de *representação* para tratar da *incapacidade de fato*.

Em linhas gerais, do *Esboço* de Freitas para o *Projeto* de Nabuco, o que se percebe é que a *teoria das capacidades* perdeu sua profundidade científica para se limitar à objetividade normativa. É, de fato, o que se devia esperar. A doutrina já estava elaborada; os conceitos já estavam fixados. Cabia à lei, então, traçar os preceitos respectivos – foi o que fez Nabuco.

O que merece nota especial, por seu significado histórico, é o fato de o art. 16 ter se referido a *relativamente incapazes* sem especificar “mas só aos atos

⁵⁶⁹ ARAUJO. In: NABUCO. *Um estadista do império*. Cit. T. III. P. 519.

que forem declarados, ou ao modo de os exercer”, como fazia o *Esboço*, o que abre as portas para uma nova *hermenêutica* da *incapacidade de fato relativa*.

Capítulo 2 - Projeto de Felício dos Santos

Em visita à casa do Conselheiro Lafayette em 1878, Joaquim Felício dos Santos, atento à circunstância da morte do Conselheiro Nabuco de Araujo, questionou aquele, então Ministro da Justiça, sobre as intenções do Governo Imperial de contratar novo jurisconsulto para a elaboração de um projeto de Código Civil para o Império. Ante a negativa de Lafayette, Felício dos Santos se ofereceu para, independentemente de contrato com o Governo, elaborar um projeto ele próprio, ideia que Lafayette recebeu de bom grado.⁵⁷⁰

Tal é a versão do próprio Felício dos Santos, documentada em um ofício de sua lavra enviado ao Governo Imperial em 1882.⁵⁷¹

Felício dos Santos dedicou-se ao trabalho por três anos, e, em março de 1881, apresentou ao Ministro da Justiça – então, Manoel Pinto de Souza Dantas – um manuscrito com o título de *Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro*.⁵⁷² Em julho deste ano foi nomeada uma comissão para avaliá-lo, composta por Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antônio Coelho Rodrigues e Antônio Ferreira Vianna.⁵⁷³ O parecer da comissão foi proferido no dia 27 de setembro de 1881, e concluía que

⁵⁷⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VIII.

⁵⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VIII-IX.

⁵⁷² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VIII.

⁵⁷³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. III.

(...) tendo os *Apontamentos para o projeto do Código Civil brasileiro* subido mérito, como trabalho preparatório, pode o seu autor, retocando-os com arte, aparelhar um projeto em condições de franca revisão; no ponto em que param não subministram base suficiente.⁵⁷⁴

Em novembro do mesmo ano, foi nomeada comissão para elaborar um projeto a partir dos *Apontamentos*. Compunham-na Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antônio Coelho Rodrigues, Antônio Ferreira Vianna e o próprio Felício dos Santos.⁵⁷⁵

Ocorre que, até março de 1882, a comissão não produziu trabalho algum, segundo relata Felício dos Santos no ofício em que pediu para dela se demitir, datado de 6 de março do referido ano.⁵⁷⁶

Dez dias apenas após o pedido de demissão, Felício dos Santos ofereceu à Câmara dos Deputados, por meio de seu sobrinho – o Deputado Antônio Felício dos Santos – um projeto, o qual foi apresentado em 25 de março de 1882:

CÓDIGO CIVIL
CÂMARA DOS DEPUTADOS
1881-1882 – N. 48
1ª SESSÃO
PROJETO

A assembleia geral decreta:

Art. 1º Fica aprovado para servir como código civil do Império o projeto apresentado à câmara dos deputados pelo Dr. Joaquim Felício dos Santos e que é assim recebido.

Sala das sessões, 25 de março de 1882. – *A. Felício dos Santos*. – *Matta Machado*. – *J. Vieira de Andrade*. – *Montandon*. – *Afonso Celso Junior*. – *Soares*.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VI.

⁵⁷⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VII.

⁵⁷⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos. *Cit.* P. VII.

O *Projeto* de 1882 contava com 2.690 artigos. Era dividido em um *título preliminar*, uma *Parte Geral – Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em geral* e uma *Parte Especial – Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em particular*.

Entre 1884 e 1887, Felício dos Santos publicou cinco tomos da obra intitulada *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário por Joaquim Felício dos Santos*, a qual funcionou como defesa e justificativa do *Projeto*.

No entanto, na Câmara, ao que parece, o *Projeto* não andou.

Paralelamente, manteve-se a comissão nomeada em novembro de 1881, com Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Coelho Rodrigues e Antônio Ferreira Vianna. Esta só foi dissolvida oficialmente em fevereiro de 1886.⁵⁷⁸

Em 1889, outra comissão foi nomeada, contando com o Barão de Sobral, como secretário – a quem ficou incumbida a Parte Geral –, com o Conselheiro Olegário – a cargo do Direito das Coisas –, com o Conselheiro Costa e Silva – para o Direito das Obrigações –, com Coelho Rodrigues – para o Direito de Família –, e com Afonso Pena – para o Direito das Sucessões.⁵⁷⁹ Segundo o relato de Coelho Rodrigues, esta comissão reuniu-se semanalmente, sob a presidência do Imperador, de julho até o advento da República, sem cuidar do *Projeto* de Felício dos Santos.⁵⁸⁰

Em maio de 1890, já proclamada a República, Coelho Rodrigues foi encarregado pelo Ministro dos Negócios da Justiça – à época, Campos Sales – de elaborar, o quanto antes, um projeto de Código Civil.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos*. *Cit.* P. 1.

⁵⁷⁸ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro precedido da história documentada do mesmo e dos antecedentes*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1897. P. 238.

⁵⁷⁹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. *Cit.* P. 239.

⁵⁸⁰ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. *Cit.* P. 239-240.

⁵⁸¹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. *Cit.* P. 240.

Não obstante, em 1891 o *Projeto* de Felício dos Santos foi reimpresso por ordem do Ministro da Fazenda – Tristão Alencar Araripe –, para ser apresentado ao Congresso Nacional.⁵⁸²

Em 1893, quando Coelho Rodrigues concluiu o seu, o *Projeto* de Felício era “patrocinado pelo venerando Saldanha Marinho”⁵⁸³ no Senado – em que se encontrava seu próprio autor, como senador (1891-1895) –, e, segundo Coelho Rodrigues, contava também com o apoio do então Ministro da Justiça – Fernando Lobo Leite Pereira.⁵⁸⁴ Coelho Rodrigues, por essa razão, foi levado a publicar, em 1884, suas *Observações críticas sobre o projeto do Código Civil, n. 9 de 1891, do Sr. Senador Dr. Joaquim Felício dos Santos*, em que pedia preliminarmente que se resolvesse sobre a preferência entre os dois projetos e, em seguida, passava à crítica do seu concorrente.⁵⁸⁵

Como se verá no título seguinte, os dois projetos acabaram preteridos no Congresso Nacional pelo *Projeto* de Clovis Bevilacqua – encomendado pelo Governo em 1899.⁵⁸⁶ Em razão da questão de preferência, o Senado não deu andamento ao *Projeto* de Felício, aguardando o desfecho do *Projeto* de Coelho Rodrigues. Este, por sua vez, foi rejeitado em 1893, pela comissão nomeada pelo Governo para examiná-lo, e, mais tarde, em 1896, foi rejeitado pelo Senado, que determinou seu aproveitamento, não obstante, como base para que uma comissão elaborasse um novo projeto.⁵⁸⁷ Esta, no entanto, não chegou a ser nomeada.⁵⁸⁸

⁵⁸² BRASIL. Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Senador Joaquim Felício dos Santos: publicado por autorização do Ministro da Fazenda T. de Alencar Araripe para ser apresentado ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

⁵⁸³ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 240.

⁵⁸⁴ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 240.

⁵⁸⁵ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 240-241.

⁵⁸⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 11. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. P. 17.

⁵⁸⁷ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 223.

⁵⁸⁸ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 223.

2.1 O esquema de capacidades do Projeto de Felício dos Santos

O *esquema de capacidades* de Felício dos Santos considerado nesta pesquisa é o que se encontra no *Projeto* aprovado e publicado pela Câmara dos Deputados em 1882. Frise-se que o mesmo esquema se encontra na obra *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário por Joaquim Felício dos Santos*, publicada entre 1884 e 1887.⁵⁸⁹

PARTE GERAL

Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em geral

LIVRO 1º

DAS PESSOAS EM GERAL

CAPÍTULO 1º

Disposições preliminares

Art. 74. As pessoas são naturais ou jurídicas.

Art. 75. A capacidade geral para adquirir e exercer direitos civis é inerente a todas as pessoas.

Art. 76. Esta capacidade só é limitada:

§ 1º Quanto à aquisição de direitos, pela expressa proibição legal de adquirir certos e determinados direitos.

§ 2º Quanto ao exercício de direitos, pela incapacidade declarada pela lei.

CAPÍTULO 2º

Das pessoas naturais

SEÇÃO 1ª

DA INCAPACIDADE DAS PESSOAS NATURAIS

Art. 77. São incapazes:

1º As pessoas por nascer;

2º Os menores;

3º Os alienados;

4º Os surdos-mudos;

5º Os ausentes;

6º As mulheres casadas;

7º Os pródigos.

⁵⁸⁹ Na versão de 1891 os preceitos originais foram mantidos, porém a numeração é diversa.

Art. 78. A lei protege os incapazes suprindo, pela representação, a sua incapacidade.

Art. 79. Se entre os incapazes e seus representantes legais se derem conflitos de interesses, cuja resolução depende da autoridade pública, o juiz dará àqueles representante especial, que os defenda.

Art. 80. A disposição do artigo antecedente não tem aplicação à mulher casada, cuja incapacidade cessa para o caso especial da defesa de seus direitos em conflito com os do marido.

Art. 81. Podem ser anulados:

§ 1º Os atos dos incapazes praticados sem a intervenção de seus representantes legais.

§ 2º Os atos praticados pelos incapazes, ainda com a intervenção de seus representantes legais:

1º No caso em que estes não estejam autorizados a praticá-los;

2º Quando autorizados, não se observaram as formalidades legais;

§ 3º Os atos praticados só pelos representantes legais dos incapazes em qualquer dos casos do parágrafo antecedente.

Art. 82. Os atos praticados com as solenidades legais, e nos casos em que os representantes legais dos incapazes estão autorizados a praticá-los, ou sejam praticados pelos incapazes com a intervenção de seus representantes legais, ou sejam praticados só por estes, não podem ser anulados, ainda que desses atos tenha resultado prejuízo aos incapazes.

Art. 83. Não pode ser anulado o ato de incapaz, que fraudulentamente ocultou sua incapacidade.

Parágrafo único. A simples declaração, ou inculca de ser capaz, feita pelo que é incapaz, não basta para constituir a fraude.

Art. 84. Se o ato for anulado em razão da incapacidade de quem o praticou, este só é obrigado a restituir o que conserva em seu poder em virtude do ato, e a indenizar até a importância do proveito que teve.

Art. 85. O representante legal do incapaz pode, em nome deste, demandar e ser demandado em juízo, salvo os casos e restrições especialmente declarados na lei.

Art. 86. Se o incapaz não for destituído de suficiente inteligência, poderá, pelos atos que praticar, ser condenado em perdas e danos, havendo procedido com dolo e má-fé.

Em linhas gerais, o *Projeto* de Felício dos Santos aproveitou dados do *Projeto* de Nabuco, como, por exemplo, os arts. 74 a 76, transcritos *ipsis litteris*. Há, no entanto, ruptura com a *teoria das capacidades* de Freitas em alguns pontos.

No primeiro tomo da obra *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário por Joaquim Felício dos Santos*, publicado em 1884, Felício dos Santos, logo nos primeiros comentários acerca da disciplina das pessoas, relembra que “quando as ideias são conhecidas, melhor é o legislador não definir”⁵⁹⁰. Apesar de o comentário se referir especificamente ao art. 74 (“as pessoas ou são naturais ou jurídicas”), já adverte que, provavelmente, se a disciplina de algum tema no *Projeto* não tratar de conceitos, é porque seu autor os considerava conhecidos. Quanto a essa questão, o *Projeto* de Felício assemelha-se ao de Nabuco.

Sobre o art. 75, escreve Felício dos Santos:

Todas as pessoas são capazes de adquirir e exercer direitos; esta é a regra, a incapacidade é exceção. A decisão em sua generalidade compreende não só as pessoas naturais como as jurídicas.⁵⁹¹

E sobre o art. 76:

A capacidade das pessoas, que é a regra, só pode ser limitada pela lei em casos especiais. Quanto à aquisição de direitos há diversas disposições, que os limitam. Assim as corporações de mão morta não podem possuir bens de raiz sem autorização (art. 168). O tutor não pode comprar bens do seu tutelado, nem o juiz ou escrivão bens do menor (art. 2.048).

Quanto ao exercício de direitos, a incapacidade também deve ser declarada na lei. Os menores, as mulheres casadas, os interditos, não podem exercer certos atos da vida civil, mais ou menos absolutamente.⁵⁹²

⁵⁹⁰ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário por Joaquim Felício dos Santos*. T. I. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884. P. 79-80.

⁵⁹¹ SANTOS. *Projeto e Comentário*. Cit. T. I. P. 80.

⁵⁹² SANTOS. *Projeto e Comentário*. Cit. T. I. P. 80-81.

Da análise desses dispositivos é possível concluir que Felício dos Santos trabalha com o conceito de *capacidade de direito* de Freitas, ainda que não contemple os detalhes da teoria freitiana.

Como visto, as principais fontes doutrinárias estrangeiras no Brasil do tempo de Felício dos Santos eram os autores do Direito português, os da Escola da Exegese, bem como Savigny, e – como igualmente visto – a distinção entre *capacidade para adquirir* e *capacidade para exercer* direitos só é marcante em Freitas, porquanto a primeira, nos diversos conceitos estudados, é sempre absoluta – uma atribuição necessária do *homem* (em Seabra), do *nacional* (no Direito francês) e do *indivíduo* (em Savigny). Somente Freitas usava a noção de *capacidade para adquirir direitos*, que no *Esboço* denominou *capacidade de direito*, para explicar os casos em que o ordenamento proíbe a certas pessoas a aquisição de certos direitos ou a prática por si ou por outrem de certos atos. E é essa a noção que aparece em Felício dos Santos, confirmada pelos exemplos citados – os quais serão posteriormente no Direito brasileiro explicados por meio da noção de *legitimidade*: a *incapacidade* das corporações para adquirir bens de raiz sem autorização, a *incapacidade* do tutor para comprar bens do tutelado, e as *incapacidades* do juiz e do escrivão para comprar bens do menor.

Percebe-se em Felício também a utilização do conceito de *capacidade de fato* de Freitas. No entanto, Felício rompe com a teoria freitiana ao rejeitar a distinção entre *incapacidade de fato absoluta* e *relativa*. Veja-se o que argumenta:

Alguns escritores dividem a incapacidade em absoluta e relativa.

Dizem que são absolutamente incapazes:

1º As pessoas por nascer;

2º Os menores impúberes;

3º Os loucos;

4º Os surdos-mudos;

5º Os ausentes.

Os mais são relativamente incapazes.

Não compreendo a razão jurídica desta distinção. À exceção das pessoas por nascer, não há pessoa alguma absolutamente incapaz.

Todo e qualquer incapaz pode ocupar as coisas de livre ocupação (art. 1.299). Se um impúbere, um louco, acha um diamante, um tesouro, um objeto abandonado, perderá o achado por ser ele absolutamente incapaz? Será necessária a intervenção do tutor ou do seu representante legal?

(...)

Não há linha divisória que separe de modo absoluto capacidade e a incapacidade de fato. Há loucos, justamente interditos, que mostram mais senso que muita gente capaz e de posse da administração dos seus bens. Há menores de 12 a 14 anos mais sensatos que qualquer púbere. É incontestável a regra *malitia supplet aetatem*.

Há exemplos de tutores entregarem aos loucos a administração de certos bens, e de impúberes dirigindo muitos de seus negócios.

Não há, nem pode haver uma regra certa sobre a incapacidade absoluta ou relativa das pessoas. Se o incapaz pratica um ato sem autorização do seu tutor, o ato deve ser somente anulável, como veremos adiante, e em nenhum caso absolutamente nulo, porque pode ser revalidado pelo seu representante legal, se o ato é útil ao incapaz.⁵⁹³

Ao usar o exemplo da ocupação das coisas sem dono como indicativo de que há atos válidos que os *incapazes de fato* podem praticar pessoalmente, sem intervenção, Felício não deixa dúvidas de que entende a *capacidade de fato* no sentido apontado por Freitas, que não se refere a *exercício de direitos*, mas a *prática por si só de atos*. O argumento, curiosamente, é usado para romper com Freitas, rejeitando-se que houvesse casos de *incapacidade de fato absoluta*.

Felício rompe novamente com a teoria de Freitas ao inovar na consequência dos atos praticados pelos *incapazes de fato*.

No *Esboço*, previa-se a *nulidade* dos atos praticados *sem representação*.

Felício, por sua vez, com vistas à aplicabilidade do Código, descarta a *nulidade*, somente admitindo a *anulabilidade*. E inova, mais uma vez, ao cuidar

⁵⁹³ SANTOS. *Projeto e Comentário*. Cit. T. I. P. 81-82.

da matéria com mais minúcia, prevendo a possibilidade de anulação até mesmo em certos casos em que o ato foi praticado com a devida intervenção.

Veja-se o que explica ao comentar o art. 78:

Este artigo prova a inutilidade da distinção entre incapacidade absoluta e relativa.

Se diz que o ato praticado pela absolutamente incapaz é radicalmente nulo. Um louco, por exemplo, compra um prédio: a compra é nula, o vendedor tem direito de desfazer o negócio, o juiz pode pronunciá-la *ex officio*, qualquer terceiro interessado pode alegá-la.

(...) Se o tutor do louco entender que a compra feita por este lhe é vantajosa, poderá ratificá-la, e se tornará ela perfeita.

Da mesma forma se um impúbere fizer um contrato, e for-lhe este vantajoso, ao tutor cumpre confirmá-lo; o ato não é em si nulo; mas se conhecer que é prejudicial ao impúbere, deve requerer sua anulação.

(...)

Qual a razão para anularem-se atos, que as partes interessadas querem sustentar?

(...)

O legislador nem sempre pode estabelecer teses absolutas; os fatos variam, e as leis devem acompanhá-los em suas variações.⁵⁹⁴

Enquanto no *Esboço*, em razão de seu contexto, Freitas precisou descer a questões teóricas e estender seu esquema, no *Projeto*, Felício dos Santos sintetiza o esquema, abreviando a parte teórica, detendo-se na questão prática dos atos praticados pelos *incapazes*, afastando ao mesmo tempo sua nulidade e o benefício de restituição, optando pela anulabilidade em casos específicos.

Convém notar que mais tarde, quando o *Projeto* de Felício dos Santos chegou a competir no Congresso – em certa medida – com o *Projeto* de Coelho Rodrigues, este publicou uma crítica àquele *Projeto*, em que salientou, como aspecto negativo do *esquema de capacidades*, que Felício dos Santos “de passagem

⁵⁹⁴ SANTOS. *Projeto e Comentário*. Cit. T. I. P. 84-85.

parece abolir a diferença entre os atos nulos e os anuláveis (art. 85)⁵⁹⁵ assim como o benefício da restituição *in integrum*⁵⁹⁶. O *Projeto e Comentário*, no entanto, revela que não se tratou de extinguir a diferença, nem que tenha sido questão “de passagem”, conforme se depreende das observações transcritas anteriormente. O ponto era que Felício dos Santos, justamente distinguindo entre nulidade e anulabilidade, não via, com vistas à prática, razão para a nulidade em decorrência da *incapacidade*, preferindo sempre a anulabilidade. Curiosa a falácia de Coelho Rodrigues, que também em seu *Projeto* considerou tão somente *anuláveis* os atos por *incapacidade* do agente (art. 361), não contemplando, quanto ao tema, hipótese de nulidade.

⁵⁹⁵ A referência é a versão de 1891; na versão de 1882, o preceito constava do art. 81.

⁵⁹⁶ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 246.

TÍTULO II – PROJETOS DE CÓDIGO CIVIL NA REPÚBLICA

Após a Proclamação da República e antes de ser promulgado um Código Civil, dois projetos foram elaborados: o de Antônio Coelho Rodrigues, concluído em 1893, e o de Clovis Bevilacqua, iniciado e concluído em 1899. Neste mesmo ano, antes de Bevilacqua concluir seu trabalho, Carlos Augusto de Carvalho publicou a obra *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes em 11 de agosto de 1899*, a qual, muito embora formalmente não consista em um *projeto* de Código Civil, *materialmente* pode ser analisada como tal.

Respeitando a ordem cronológica, este título será dividido em três capítulos destinados a analisar a *teoria das capacidades* no *Projeto* de Coelho Rodrigues, na *Nova Consolidação* de Carlos de Carvalho – como ficou mais conhecida a obra –, e no *Projeto* de Clovis Bevilacqua.

Antes, porém, cabe registrar que, das obras significativas de doutrina relacionadas ao tema, publicadas entre 1889 e 1916, duas – o *Direito de Família* (1896) e a *Teoria Geral do Direito Civil* (1908) – são da lavra de Clovis Bevilacqua, razão pela qual serão analisadas em conjunto com seu *Projeto*. A terceira, todavia, da lavra de Eduardo Espinola – *Sistema do Direito Civil Brasileiro* (1908) – não se relaciona com os trabalhos da codificação, razão pela qual será mencionada aqui na introdução deste título.

A formação de Eduardo Espinola – professor de Direito Civil da Faculdade Livre de Direito da Bahia – foi eminentemente germânica, como ele próprio confessa no frontispício do *Sistema*.⁵⁹⁷

Segundo Espinola, “personalidade e capacidade jurídica são expressões idênticas”⁵⁹⁸. Distingue, no entanto, seguindo autores alemães, a *capacidade de ter direitos* – a *capacidade jurídica* – da *capacidade de exercê-los* – a *capacidade de agir*.

⁵⁹⁷ ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Reis & C., 1908.

⁵⁹⁸ ESPINOLA. *Sistema. Cit.* Vol. I. P. 268.

O autor explica que há pessoas que “tendo capacidade jurídica, não podem exercer os seus direitos, isto é, há certas causas que fazem suspender, por certo tempo, no sujeito do direito, a capacidade de praticar atos jurídicos”.⁵⁹⁹ Esclarece que:

Às vezes, a incapacidade se refere a uma faculdade única, p. ex. a de alienar. Quando a lei não reconhece no sujeito do direito capacidade de agir, dá-lhe um representante civil, que em seu lugar pratica atos jurídicos. É claro que tal representação não se estende aos direitos que, por seu caráter essencialmente pessoal, só pela própria pessoa podem ser exercidos. A capacidade jurídica e a capacidade de agir são reguladas por normas de direito coativo.⁶⁰⁰

Vê-se, pois, que Espinola não adota os conceitos da *teoria das capacidades* de Freitas, que trabalha com noções diferentes. O próprio Freitas, aliás, sinalizara para as distinções entre as noções portuguesas, francesas e germânicas de *capacidades* ao propor sua teoria.

Capítulo 1 - Projeto de Coelho Rodrigues

Viu-se anteriormente que Antônio Coelho Rodrigues foi incumbido da elaboração de um projeto de Código Civil em 1890, pelo então Ministro dos Negócios da Justiça, Campos Sales.⁶⁰¹

Coelho Rodrigues, o qual, além de político, era também professor de Direito em Recife, já participara da comissão nomeada em 1881 para elaborar um projeto a partir do *Projeto* de Felício dos Santos,⁶⁰² e da comissão nomeada

⁵⁹⁹ ESPINOLA. *Sistema. Cit.* Vol. I. P. 269.

⁶⁰⁰ ESPINOLA. *Sistema. Cit.* Vol. I. P. 269-270.

⁶⁰¹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 240.

⁶⁰² RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 238.

em 1889 para elaborar livremente um projeto, esta presidida pessoalmente pelo Imperador⁶⁰³.

Coelho Rodrigues optou por retirar-se para a Suíça para realizar seu trabalho, “a fim de não ocupar-me de outra coisa durante ele”⁶⁰⁴.

Durante sua ausência, no entanto, o Ministro da Fazenda – Alencar Araripe – mandou, em 1891, reimprimir o *Projeto* de Felício dos Santos para enviá-lo ao Congresso.⁶⁰⁵ No Senado, do qual fazia parte o próprio Felício dos Santos, o senador Saldanha Marinho propôs, para aprová-lo, o Projeto nº 45, também de 1891, elaborado por ele e por Américo Lobo, Pinheiro Machado, Paranhos e Ramiro Barcellos:

Art. 1º Fica adotado como código civil da República dos Estados Unidos do Brasil o projeto apresentado pelo senador Joaquim Felício dos Santos.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.

S.R.

Senado Federal, 21 de setembro de 1891.

*Saldanha Marinho – Américo Lobo – Pinheiro Machado – Paranhos – Ramiro Barcellos.*⁶⁰⁶

A Comissão de Justiça e Legislação, todavia, propôs, em 20 de outubro de 1891, que o Projeto nº 45 fosse temporariamente retirado de discussão, em razão do contrato celebrado com Antônio Coelho Rodrigues, o qual se encontrava em execução, devendo-se aguardar o desfecho deste.⁶⁰⁷ Após a aprovação desse parecer, Felício dos Santos pediu ao Senado a retirada do seu *Projeto*, o que, no entanto, foi indeferido.⁶⁰⁸

⁶⁰³ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 239.

⁶⁰⁴ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. V.

⁶⁰⁵ BRASIL. Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Senador Joaquim Felício dos Santos. Cit.

⁶⁰⁶ In: RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 127.

⁶⁰⁷ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 127-129.

⁶⁰⁸ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 129.

Coelho Rodrigues concluiu seus trabalhos em 1893, quando era Ministro de Estado e Justiça e Negócios Interiores⁶⁰⁹ um desafeto seu, Fernando Lobo Leite Pereira, o qual, segundo Coelho Rodrigues, ainda era amigo íntimo de Felício dos Santos, além de irmão de um dos autores do Projeto nº 45 do Senado (Américo Lobo)⁶¹⁰. Enganado por uma notícia falsa de um jornal parisiense, que divulgara a demissão do Ministro, Coelho Rodrigues logo comunicou ao Marechal Floriano a conclusão do seu projeto, e retornou ao Brasil.⁶¹¹ Fernando Lobo, todavia, que não havia se demitido, ofereceu, segundo Coelho Rodrigues, diversas barreiras ao seu trabalho.⁶¹²

O parecer da comissão nomeada para examinar o *Projeto* de 1893, proferido ainda em julho daquele ano, concluiu que:

A má compreensão das instituições fatalmente traria consigo não só a má distribuição das matérias, como o inexato e insuficiente desenvolvimento dado às mesmas.

Acrescentem-se a isso a lamentável redação ou forma dada a quase todas as disposições do projeto, a falta de lógica na dedução das consequências resultantes dos princípios estabelecidos, as antinomias flagrantes, que são abundantes, e a conclusão será forçada; o projeto não tem as condições necessárias para ser aceito, ainda mesmo nos termos da proposta feitas nas – Disposições adicionais e transitórias –, como base de revisão para o futuro Código Civil da República.⁶¹³

Insatisfeito, Coelho Rodrigues, então senador, tomou a iniciativa de apresentar seu *Projeto* ao Senado, o que fez em 29 de agosto de 1893. Na mesma data, o Senado aprovou o Projeto nº 42, o qual aprovava provisoriamente o *Projeto* e o submetia ao exame de uma comissão especial.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ Denominação que substituiu a de “Ministro dos Negócios da Justiça” em 1892, e que foi usada até 1967.

⁶¹⁰ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. VIII.

⁶¹¹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. VIII-IX.

⁶¹² RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. IX e ss.

⁶¹³ In: RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 76.

⁶¹⁴ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 129-130.

O parecer dessa comissão, que foi composta por Gonçalves Chaves, João Barbalho e J. L. Coelho e Campos, no entanto, só veio em 1896, e concluiu propondo ao Senado o Projeto nº 26 de 1896.⁶¹⁵ Este, por sua vez, aprovava o *Projeto* de Coelho Rodrigues como base do Código Civil, o qual seria, no entanto, elaborado por uma comissão a ser nomeada pelo Presidente da República, composta por membros do Supremo Tribunal Federal, professores de Direito dos cursos oficiais, e advogados notáveis.⁶¹⁶

Mais uma vez inconformado, Coelho Rodrigues, ainda senador, ofereceu, entre 31 de agosto e 3 de setembro, ferrenha oposição ao parecer, na forma de debate.⁶¹⁷ Lamentou, inicialmente, a composição da comissão, por considerar suspeitos dois de seus membros: um ele havia certa vez reprovado, como professor no Recife; outro dele se tornara inimigo, quando ambos se enfrentaram como advogados em certo processo.⁶¹⁸

O resultado foi a rejeição, em 4 de agosto de 1896, tanto do *Projeto* de Coelho Rodrigues quanto do Projeto nº 26 da comissão especial.⁶¹⁹

Preocupado com a codificação, Coelho Rodrigues chegou a propor a retomada do *Projeto* de Felício dos Santos, o qual falecera no ano anterior, e começou a distribuir entre os senadores suas *Observações*, para fins de revisão do projeto original.⁶²⁰ Nesse ínterim, todavia, o senador Justo Chermont apresentou o Projeto nº 35 de 1896, autorizando o Governo a contratar um jurisconsulto para revisar o *Projeto* de Coelho Rodrigues.⁶²¹ Após análise da Comissão de Justiça e Legislação, a proposta acabou aprovada com o seguinte texto:

⁶¹⁵ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 145.

⁶¹⁶ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 145-146.

⁶¹⁷ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 146-223.

⁶¹⁸ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 147-148.

⁶¹⁹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 223.

⁶²⁰ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 223.

⁶²¹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história. Cit.* P. 223.

REDAÇÃO FINAL DO PROJETO DO SENADO Nº 35 DE 1896

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica o Governo autorizado a contratar com um jurisconsulto ou com uma comissão de jurisconsultos brasileiros a revisão do projeto do Código Civil organizado pelo Dr. Antônio Coelho Rodrigues, devendo apresentar o resultado desse trabalho ao Congresso Nacional na sessão de 1898 e solicitando para isso a verba necessária.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Comissões, 6 de novembro de 1896. – J. S. Rego Mello. – Gil Goulart.⁶²²

Encaminhado o Projeto nº 35 para a Câmara, esta, no entanto, não lhe deu andamento,⁶²³ o que acabou por conferir ao *Projeto* de Coelho Rodrigues o mesmo destino que tivera o de Felício dos Santos.

1.1 O esquema de capacidades do Projeto de Coelho Rodrigues

O *esquema de capacidades* de Coelho Rodrigues considerado nesta pesquisa é o que se encontra no *Projeto* publicado em 1893.

PARTE GERAL

LIVRO I

DAS PESSOAS

TÍTULO I

DISPOSIÇÃO GERAL

(...)

TÍTULO II

DIVISÃO DAS PESSOAS

⁶²² In: RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 224.

⁶²³ BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. P. 653.

CAPÍTULO I DAS PESSOAS EM GERAL

Art. 2º Todo aquele que nasce com vida e forma humana é considerado pessoa natural e capaz de direitos civis.

Art. 3º A capacidade civil da pessoa natural começa do seu nascimento; mas, desde a concepção do feto humano, a lei o considera existindo para conservar-lhe os direitos que há de adquirir se nascer vivo.

(...)

Art. 11. Suspende-se o exercício da capacidade civil das seguintes pessoas naturais:

§ 1º Da menor de quatorze anos e do menor de dezesseis.

§ 2º Dos dementes de qualquer espécie.

§ 3º Dos surdos-mudos ou cegos de nascença.

§ 4º Dos ausentes declarados na conformidade do liv. 3º da Parte Especial.

Art. 12. A demência compreende todos os estados mórbidos ou patológicos, que invalidam a volição ou inteligência, e não se presume.

Art. 13. Os surdos-mudos ou cegos de nascença, que justificarem educação especial e bastante, poderão pedir um simples curador a seus bens.

Art. 14. Restringe-se o exercício da capacidade civil das seguintes pessoas naturais:

§ 1º Dos púberes de qualquer sexo, até a sua emancipação.

§ 2º Dos presos em cárcere privado ou em cumprimento de sentença, enquanto não cessar o seu constrangimento.

§ 3º Dos pródigos durante o efeito da sua interdição.

§ 4º Dos falidos desde a data da falência até a sua reabilitação.

§ 5º Dos insolváveis declarados na conformidade do livro 1º da Parte Especial.

§ 6º Das mulheres casadas, enquanto se acharem sob a tutela marital.

Art. 15. Consideram-se incapazes as pessoas mencionadas no art. 11, e interditas as mencionadas nos §§ 1º a 5º do artigo antecedente, assim como os surdos-mudos e cegos, de que trata o art. 13.

Art. 16. As pessoas incapazes devem ser representadas por seus pais, tutores ou curadores em cada um dos atos que possam importar para elas alguma obrigação; as interditas e as mulheres casadas devem intervir nos referidos atos com

assistência de seus pais, tutores, curadores ou maridos, ou com a prova autêntica do seu consentimento, ou do suprimento deste, quando tenha lugar.

Art. 17. A infração da disposição antecedente poderá, conforme os casos, autorizar nulidade ou rescisão do ato em que ocorrer; mas nenhuma pessoa jurídica ou natural gozará de meio extraordinário para anular seus atos válidos, ainda que prejudiciais aos seus interesses.⁶²⁴

Na *disciplina dos atos jurídicos*:

Art. 361. Pode em geral ser anulado o ato jurídico:

§ 1º Quando faltar ao agente a capacidade;

(...)⁶²⁵

De imediato se percebe o rompimento de Coelho Rodrigues com a tradição seguida desde Freitas.

Primeiramente, rompe-se com a *teoria concepcionista*, aceita nos projetos anteriores, para se adotar a *teoria natalista*, com a ressalva dos direitos do nascituro, condicionados ao nascimento com vida.

Ademais, a redação do art. 3º, ignorando as críticas de Freitas, confunde a *personalidade* com a *capacidade*, como fizera Seabra.

Os arts. 11 e 14, por sua vez, abandonam o conceito de *capacidade de fato*, e propõem a *interrupção* e a *suspensão* da *capacidade civil* – à moda do que se passa com os prazos – para explicar os casos que, em Freitas, são de *incapacidade de fato absoluta e relativa*.

Até mesmo em sua justificativa do esquema adotado, na *Exposição de Motivos do Projeto*, Coelho Rodrigues não observa os conceitos de *capacidades* até então discutidos, chegando a escrever que há incapazes que “gozam de um

⁶²⁴ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro precedido de um Projeto de Lei Preliminar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. P. 3-5.

⁶²⁵ RODRIGUES. *Projeto do Código Civil Brasileiro precedido de um Projeto de Lei Preliminar*. Cit. P. 50.

exercício limitado” – os *interditos* –, misturando vocábulos tradicionalmente ligados a conceitos diversos – *capacidade de gozo*, *capacidade de exercício*, e seus equivalentes:

O tit. 2º divide as pessoas em naturais e jurídicas e subdivide aquelas em capazes e incapazes, incluindo nesta classe não só as que não podem exercer os seus direitos (*incapazes* propriamente ditas) como as que gozam de um exercício limitado (*interditas*).⁶²⁶

Não é de se admirar, pois, a crítica que se fez a esse esquema no parecer da comissão de 1893 – e que corrobora as conclusões desta pesquisa:

A personalidade física e a jurídica, e a capacidade civil, são tratadas de modo tal que antes confundem, do que preparam o espírito de quem queira entrar no conhecimento do direito.

(...)

A capacidade civil é tratada de modo injusto, e com terminologia nova, não superior à antiga, e inexata para o próprio projeto.⁶²⁷

Em sua resposta ao parecer, Coelho Rodrigues é tão vazio em sua defesa quanto o foi na *Exposição de Motivos*, e limita-se ao seguinte:

A nova terminologia sobre a capacidade cifra-se em chamar-se incapaz aquele, cuja pessoa e bens estão sujeitos à administração de outrem, e interdito aquele que administra seus bens, assistido de um curador.⁶²⁸

No longo debate acerca do *Projeto* e do segundo parecer a seu respeito que ocorreu no Senado em 1896, entre 31 de agosto e 3 de setembro, transcrito

⁶²⁶ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 19.

⁶²⁷ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 69.

⁶²⁸ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 81.

por Coelho Rodrigues no *Projeto do Código Civil precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores*, não se tocou no assunto do *esquema das capacidades*.⁶²⁹

A opção de Coelho Rodrigues por distinguir entre *incapazes* e *interditos* o levou a distinguir entre a proteção de uma e de outra classe de pessoas: segundo o art. 16, os incapazes ficavam sujeitos a *representação*, mas os interditos deviam interferir em seus atos. Trata-se da primeira vez em que, nas obras consultadas, aparece a distinção que posteriormente se consolidará entre *representação* e *assistência*. O fato é bastante significativo na história da *teoria das capacidades*.

Por fim, observe-se que na *disciplina dos atos jurídicos* Coelho Rodrigues prevê a anulabilidade por incapacidade, apesar de o art. 17 ter, anteriormente, previsto que a infração ao art. 16 poderia ensejar a nulidade ou a possibilidade de rescisão (anulabilidade). Poder-se-ia pensar que a nulidade, então, ocorreria nos casos de falta de intervenção dos interditos, os quais Coelho Rodrigues não considerava incapazes. No entanto, não parece fazer sentido concluir que a consequência do falta de intervenção dos interditos em seus atos fosse considerada mais grave do que a falta de representação dos incapazes. Ademais, não há, no art. 357, que cuida das hipóteses de nulidade do ato jurídico, nenhuma hipótese que se relacione diretamente com os casos previstos no art. 16.

Capítulo 2 – A Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho

Dado o insucesso das tentativas de codificação do século XIX, e a “incerteza do direito vigente”⁶³⁰ por todos sentida, e mesmo às vésperas de se iniciar no Congresso Nacional o exame de um novo projeto de Código Civil, Carlos de Carvalho optou, segundo ele próprio explica, por publicar uma *Nova*

⁶²⁹ RODRIGUES. *Projeto precedido da história*. Cit. P. 146-223.

⁶³⁰ CARVALHO. *Nova Consolidação*. Cit. P. II.

Consolidação das Leis Civis – como ficou mais conhecida – ou *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, para

(...) auxiliar a revista do conjunto das instituições de direito, obrigando-as a enfileirar-se em frente do legislador para revelar se em verdade é um organismo, embora defeituoso ou incapaz das funções correspondentes às exigências psicológicas, morais, políticas, jurídicas e econômicas de um estado social de aspirações e tendências mal definidas ainda, mas de progressiva reação contra o direito individualista.⁶³¹

Não fez obra inútil, pois entre a *Nova Consolidação* e a entrada em vigor no país do futuro Código Civil decorreram-se dezessete anos.

2.1 O esquema de capacidades de Carlos de Carvalho

PARTE GERAL

LIVRO ÚNICO

Dos elementos dos direitos

TÍTULO I

Das Pessoas

Art. 69. As pessoas são naturais ou jurídicas; adquirem e exercem direitos nos casos, pelo modo e forma que a lei determina, nisso consistindo a sua capacidade civil.

(...)

SEÇÃO III

Da capacidade

Art. 90. A capacidade civil (art. 69) das pessoas naturais quanto à aquisição de direitos e ao seu exercício sofre restrições que tendem a fazer prevalecer princípios de ordem pública ou a

⁶³¹ CARVALHO. *Nova Consolidação. Cit. P. I.*

proteger e garantir o exercício dessa capacidade e os direitos de terceiros.

Art. 91. São incapazes:

I absolutamente:

- a) as pessoas por nascer;
- b) os impúberes;
- c) os alienados ou loucos;
- d) os surdos-mudos que não souberem exprimir-se por escrito ou quando o defeito físico, importando demência, priva-os da consciência dos motivos, consequência e moralidade de seus atos e da faculdade de agir segundo concepção normal;
- e) os ausentes, declarados tais em juízo;

II relativamente:

- a) os menores púberes;
- b) as mulheres casadas;
- c) os menores casados;
- d) as mulheres divorciadas e as quinquagenárias;
- e) os sexagenários;
- f) os pródigos;
- g) os falidos;
- h) os loucos nos intervalos lúcidos, que aliás não se presumem;
- i) os que não gozam de consideração civil.

Art. 92. A lei protege os incapazes:

- a) suprindo-lhes pela representação a incapacidade;
- b) atribuindo a alguns deles determinados benefícios;
- c) proibindo, restringindo ou sujeitando a formalidades especiais a disposição dos bens;
- d) recebendo em depósito nos cofres públicos os bens dos órfãos, das pessoas a eles equiparadas e dos ausentes;
- e) sujeitando a prisão os tutores e curadores e a fiança os escrivães dos órfãos.

§ Único. Os índios ou silvícolas são equiparados aos órfãos.

(...)⁶³²

A influência do esquema do *Esboço* é tão marcante em Carlos de Carvalho que aquela é a obra de Freitas que logo vem à memória ao se

⁶³² CARVALHO. *Nova Consolidação*. Cit. P. 23; 28-29.

examinar o esquema da *Nova Consolidação*, e não o da *Consolidação das Leis Civis* – apesar de a obra se pretender uma “nova” *Consolidação*.

O curioso é que não se trata de um projeto de lei, o qual atribuiria a seu autor maior liberdade, mas sim de um trabalho de recopilação ou consolidação. Daí o *conteúdo* diverso, prevendo, por exemplo, a *incapacidade* do pródigo e o benefício de restituição. A estrutura, no entanto, é a freitiana, enxugada das disposições doutrinárias, assim como a ideia geral de uma *capacidade civil* que compreende *aquisição* e *exercício* de direitos também provém da teoria de Freitas.

Vale destacar que Carlos de Carvalho usa até mesmo a gradação da *incapacidade de fato*, que não fora utilizada nem por Felício dos Santos, nem por Coelho Rodrigues.

Capítulo 3 – Projeto de Clovis Bevilaqua

Em 1898, assumiu a presidência da República justamente aquele que, como Ministro dos Negócios da Justiça, em 1890, contratara Coelho Rodrigues para a elaboração de um projeto: Manoel Ferraz de Campos Sales, o qual, desde o início do novo regime, já se preocupava com o Código Civil.

Não é de se estranhar, pois, que uma das primeiras providências do novo presidente tenha sido incumbir o Ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, de contratar um juriconsulto para elaborar um novo projeto.

Epitácio Pessoa, por sua vez, no início de 1899, convidou para a missão, em carta de 25 de janeiro de 1899,⁶³³ seu amigo Clovis Bevilaqua, professor da Faculdade de Direito do Recife. Na *Exposição de Motivos* que encaminhou a Campos Sales em 1900, assim justificou sua escolha:

⁶³³ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 17.

Como sabeis, em princípio do ano passado convidou o Governo o Dr. Clovis Bevilaqua, lente catedrático de legislação comparada na Faculdade de Direito do Recife, para elaborar o Projeto do nosso Código Civil, aproveitando, tanto quanto possível, os trabalhos congêneres que já possuímos e os bons elementos do direito vigente. O Dr. Clovis Bevilaqua estava como que naturalmente indicado para a grandiosa empresa, não só como um dos nossos mais profundos juriconsultos, mas também por já haver desenvolvido, em eminentes obras de doutrina – o *Direito de Família*, o *Direito das Obrigações*, o *Direito das Sucessões* – quase todo o Direito Civil.⁶³⁴

Apesar da vasta produção de Bevilaqua, a comunidade jurídica apostava anteriormente em outros nomes para a missão, sobretudo nos de Lafayette Rodrigues Pereira, de Ruy Barbosa, e, novamente, de Coelho Rodrigues.⁶³⁵

O fato é que Bevilaqua já encontrou, desde sua escolha, dois contundentes adversários: o próprio Ruy Barbosa, e Inglês de Sousa.

O primeiro, já em março de 1899, começou a publicar a sua oposição, como narra o próprio Bevilaqua:

Em dois eloquentes artigos publicados na *Imprensa*, que, então, dirigia, o eminente Senador Ruy Barbosa mostrava enxergar, claramente, no futuro, que a pressa dada à empresa da codificação civil, “forçosamente” haveria de produzir uma obra “tosca, indigesta, aleijada”. O escolhido era um noviço ainda não amadurecido para empresa de tal porte: A “sua escolha para codificar as nossas leis civis fora um rasgo do coração, não da cabeça”. Sobretudo, faltava-lhe “um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência da sua língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever. E o teor de um código há de ser irrepreensível. Qualquer falha na sua estrutura idiomática assume proporções de deformidade”.⁶³⁶

⁶³⁴ PESSOA. In: BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. *Cit.* Vol. I. P. 651.

⁶³⁵ MEIRA, Silvio. *Clovis Bevilaqua: sua vida, sua obra*. Fortaleza: Edições da Universidade Federal do Ceará, 1990. P. 146.

⁶³⁶ BEVILAQUA. *Código Comentado*. *Cit.* P. 18-19.

Inglês de Sousa, por sua vez, na mesma época, houve por bem advogar contra a codificação:

O Dr. Inglês de Sousa augurava mal do Projeto, porque as codificações pareciam obras inadequadas ao nosso tempo: “Não se justifica, por nenhuma conveniência pública, a codificação das nossas leis civis, nem a opinião está preparada para essa ingente tarefa, nem o momento é azado para pensar em traçar, definitivamente, o círculo em que hão de girar as atividades sociais, nas relações de direito privado”.⁶³⁷

A despeito das forças adversas, Bevilaqua elaborou seu projeto entre abril e outubro de 1899,⁶³⁸ tempo brevíssimo, comparado com seus antecessores.

O *Projeto* – que ficou conhecido como *Projeto Primitivo* – foi imediatamente encaminhado a dois jurisconsultos para que emitissem seu parecer: Duarte de Azevedo – o mesmo que, como Ministro dos Negócios da Justiça, dera por oficialmente resolvido o contrato com Freitas –, e Olegário d’Aquino e Castro – o qual participara da comissão de 1881.⁶³⁹

Ainda não satisfeito, o Governo nomeou uma comissão revisora composta pelo próprio Olegário, e por Joaquim Barradas, Anfilófilo Carvalho, Lacerda de Almeida e Bulhões Carvalho, presidida por Eptácio Pessoa, a qual discutiu o *Projeto Primitivo* até agosto de 1900.⁶⁴⁰ Em seguida iniciou-se uma nova etapa da revisão, com a presença de Bevilaqua na comissão,⁶⁴¹ cujo resultado foi o *Projeto Revisto*, encaminhado a Campos Sales em novembro de 1900.⁶⁴²

Neste capítulo, serão analisados os esquemas de capacidades do *Projeto Primitivo* e do *Projeto Revisto*.

⁶³⁷ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 19.

⁶³⁸ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 18.

⁶³⁹ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 19.

⁶⁴⁰ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 20-21.

⁶⁴¹ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. P. 21.

⁶⁴² MEIRA. *Clovis Bevilaqua*. Cit. P. 154.

3.1 O esquema de capacidades do Projeto Primitivo

Eis o *esquema de capacidades* do *Projeto Primitivo*, concluído por Clovis Bevilacqua em outubro de 1899:

PARTE GERAL
LIVRO PRIMEIRO
Das pessoas
(...)

TÍTULO II
Divisão das pessoas
CAPÍTULO I
DAS PESSOAS NATURAIS

Art. 2º Todo ser humano é capaz de ter direitos e contrair obrigações, no círculo das relações de ordem privada.

Parágrafo único. A lei não reconhece distinção entre nacionais e estrangeiros para aquisição e gozo dos direitos civis.

Art. 3º A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.

Art. 4º São absolutamente incapazes de exercer por si os atos da vida civil:

1º Os nascituros;

2º Os menores de quatorze anos de ambos os sexos;

3º Os alienados de qualquer espécie;

4º Os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade;

5º Os ausentes declarados tais em juízo.

Art. 5º São incapazes relativamente a certos atos ou ao modo de exercê-los:

Os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um anos.

Art. 6º As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, sob a direção de seus maridos, sofrerão na sua capacidade jurídica, as restrições constantes do livro I da parte especial, título II, capítulo III.

Art. 7º Os impedimentos oriundos da incapacidade absoluta ou relativa são suprimidos pela representação legal regulada na parte especial deste código.

Art. 8º Na proteção que o Código Civil dispensar aos incapazes não se compreende o benefício da restituição, nem quaisquer privilégios para a anulação de seus atos válidos, ainda que prejudiciais aos seus interesses.

Art. 9º O menor que tiver completado dezoito anos poderá ser declarado maior, isto é, capaz de exercer por si todos os atos da vida civil.

Se o menor estiver submetido ao pátrio poder, essa declaração será feita por quem exercer esse poder, e homologada pelo juiz.

Se o menor estiver sob tutela, será feita a declaração judicialmente, a requerimento do menor, autorizado pelo tutor.⁶⁴³

Na *disciplina dos atos jurídicos*:

LIVRO TERCEIRO

Do nascimento e extinção de direitos

TÍTULO I

Dos atos jurídicos

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

Art. 87. As pessoas absolutamente incapazes devem ser representadas por seus pais, tutores ou credores,⁶⁴⁴ em cada um dos atos que possam importar para elas alguma obrigação; as relativamente incapazes devem intervir nos referidos atos.

(...)

CAPÍTULO V

DAS NULIDADES

⁶⁴³ BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos. *Cit.* Vol. I. P. 97-98.

⁶⁴⁴ Na obra utilizada como fonte consta, de fato, "credores" e não "curadores", o que é aparentemente um erro tipográfico.

Art. 156. É nulo o ato jurídico:

1º Quando o agente for absolutamente incapaz;

2º Quando a lei proibir ao agente o exercício do ato de que se trata;

(...)

Art. 159. Pode ser anulado o ato jurídico:

1º Quando o agente for relativamente incapaz;

(...)⁶⁴⁵

À primeira vista, percebe-se que, na *disciplina das pessoas*, ainda sem adentrar nos *conceitos*, Bevilacqua retoma, de forma sintética e parcial, o esquema geral de Freitas, rejeitando as inovações de Coelho Rodrigues. Isso, cabe lembrar, a despeito de se tratar de um professor de legislação comparada, bastante versado no Direito europeu e no Direito americano, como se depreende de suas diversas obras.

Não obstante, é importante analisar em conjunto com o esquema do *Projeto Primitivo* alguns excertos de Bevilacqua que revelam os conceitos que tinha em mente, muito embora publicados em obras posteriores. Valem, no entanto, se não como indicadores dos conceitos que influenciaram a elaboração do esquema do *Projeto Primitivo*, como indicadores dos conceitos que se amarraram posteriormente a esse esquema, cuja estrutura geral sobreviveu até a Lei nº 3.071.

Veja-se, primeiramente, que Bevilacqua usa distintamente as ideias de *capacidade* e de *personalidade*, nos arts. 2º e 3º, e que não aceita que o ordenamento rejeite *capacidade (civil)* a qualquer ente humano que seja. Nesse sentido, observem-se as palavras do próprio Bevilacqua sobre o art. 2º, por ocasião da discussão do *Projeto* na Câmara dos Deputados:

⁶⁴⁵ BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos. *Cit.* Vol. I. P. 108; 115-116.

O ilustre relator diz que acha desnecessária essa disposição, porque o Código, no art. 1º, já declarou que vai tratar de pessoas naturais e jurídicas.

Parece-me, porém, que, tendo anunciado o Código que vai ocupar-se dos direitos e obrigações das pessoas naturais, nem por isto a afirmação que se contém no art. 2º está incluída no 1º, porquanto há uma tese nova que é a que afirma que todo ser humano é capaz de direitos e obrigações. Pode o Código tratar de pessoas naturais e jurídicas e recusar direitos a certos entes, e o art. 2º vem declarar que todo ente humano é capaz de direitos. Há, pois, uma ideia nova.

Depois, deste artigo se extraem consequências de alta importância.

Em primeiro lugar se exclui a necessidade da forma humana como requisito da capacidade; e sabe V. Exa. que isto é uma questão que se agita em doutrina e é a opinião que se manifesta em compêndios e códigos, inclusive o do Sr. Dr. Coelho Rodrigues. Afasta também o pressuposto da viabilidade.

Depois há ainda a afirmação categórica feita pelo legislador brasileiro de que toda legislação que seja compressiva da liberdade humana não poderá produzir efeitos no Brasil.

A servidão e a escravidão aqui não existem e, ainda que existam em países estrangeiros, aqui não produzem efeito.⁶⁴⁶

Essa questão remete aos arts. 16 e 21 do *Esboço* e aos respectivos comentários de Freitas.⁶⁴⁷

No entanto, se não no momento da elaboração do *Projeto Primitivo* – do qual o material disponível para análise é inconclusivo –, ao menos mais tarde os conceitos usados por Bevilacqua – inconscientemente, ao que parece – começam a distanciá-lo dos conceitos originais de Freitas. Na sua *Teoria Geral do Direito Civil*, Bevilacqua observa que:

Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações. Na ordem política, toma ordinariamente a feição de cidadania, que é a aptidão para exercer direitos políticos, e é soberania, quando atribuída ao

⁶⁴⁶ BEVILAQUA. In: BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919. P. 358-359.

⁶⁴⁷ FREITAS. *Esboço. Cit.* P. 15-17; 23-24.

Estado, que, aliás, tem igualmente uma personalidade civil e outra internacional, ou antes, a sua personalidade é uma figura de três faces: a política (interna), a civil e a internacional.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem esta última, não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira.

(...)

Cumprido distinguir a personalidade da *capacidade*, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, como diz Teixeira de Freitas, “o modo de ser geral das pessoas”.

Podemos definir capacidade a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil. É o que muitos civilistas denominam *capacidade de fato*, diversa da *capacidade de direito*, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem.⁶⁴⁸

A noção de *personalidade* é bastante próxima do conceito de Freitas, abrangendo, inclusive, a questão da *personalidade psíquica*, bem trabalhada na *Nova Apostila*.⁶⁴⁹

Contudo, é importante observar que, quanto a *capacidade*, antes de usar conceitos oriundos de Freitas, Bevilacqua usa um conceito que não se encaixa diretamente na teoria freitiana – de que a *capacidade* seria a “*extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade*” – e o remata citando Freitas impropriamente. Este afirmara, em nota ao art. 40 do *Esboço*, que “os *incapazes* porém são classificados e se distinguem por qualificações pessoais que correspondem a outros tantos *modos gerais de existir*”⁶⁵⁰. Não afirmara, todavia, que a *capacidade* consistiria no “modo de ser geral das pessoas”. Vale destacar que Bevilacqua refere-se a *capacidade* sem qualquer qualificação, o que, em Freitas, corresponderia mais propriamente à *capacidade jurídica*, ou à *capacidade civil*. Ademais, o fato de que Bevilacqua não registrou a fonte do excerto – contrariando sua prática habitual – parece sugerir que a citação lhe ocorreu espontaneamente, de memória, e não que tenha sido devidamente transcrita do

⁶⁴⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908. P. 80-82.

⁶⁴⁹ FREITAS. *Nova Apostila*. Cit. P. 105.

⁶⁵⁰ FREITAS. *Esboço*. Vol. I. Cit. P. 48.

Esboço. Não obstante, no parágrafo seguinte Bevilaqua usa conceitos freitianos, e revela como fonte, em nota, os comentários de Freitas aos arts. 21 e 22 do *Esboço*.

Anos mais tarde, em seu *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Bevilaqua pontua que:

Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Todo ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos.

(...)

Capacidade é a extensão dada aos poderes de ação, contidas na personalidade. Neste artigo não se trata da *capacidade de fato*, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define, antes, a personalidade, que equivale à capacidade de direito.⁶⁵¹

Tal passagem corrobora a conclusão de que Bevilaqua, propositadamente ou não, adota apenas alguns dos conceitos da teoria de Freitas. Apesar da manutenção das noções de *personalidade* e de *capacidade de fato*, Bevilaqua não aproveita o conceito de *capacidade de direito*, e o utiliza – como observara o próprio Freitas –⁶⁵² no sentido em que Savigny empregara a locução, como equivalente à *personalidade*.

A dissolução do conceito freitiano de *capacidade de direito* do *Esboço* para o *Projeto* de Bevilaqua – e, posteriormente, para o Código Civil de 1916 – constitui um dos fatos mais significativos da história da *teoria das capacidades*. Isso porquanto o abandono do conceito freitiano de *capacidade de direito* eliminou do esquema – como temia Freitas –⁶⁵³ noção que explicasse a aptidão mais ou menos abrangente de cada classe de pessoas para adquirir direitos e praticar atos, ou, no mínimo, certas proibições pontuais da prática de certos atos por certas pessoas, como o casamento e a elaboração de testamento. O esquema do

⁶⁵¹ BEVILAQUA. *Código Comentado*. Cit. Vol. I. P. 138-139.

⁶⁵² FREITAS. *Esboço*. Cit. Vol. I. P. 23.

⁶⁵³ FREITAS. *Esboço*. Cit. Vol. I. P. 23 e ss.

Projeto de Bevilacqua apenas cuidou dessa questão na *disciplina dos atos jurídicos*, prevendo no § 2º do art. 156 a nulidade do ato praticado “quando a lei proibir ao agente o exercício do ato de que se trata”.

Ainda sobre a *personalidade*, é necessário observar outra semelhança com o *Esboço*, porquanto Bevilacqua prefere, no art. 3º, a *teoria concepcionista* – adotada por Freitas, Nabuco e Felício dos Santos – à *natalista* – escolhida por Coelho Rodrigues, e ainda inclui o nascituro entre os *absolutamente incapazes* – como Freitas, Nabuco e Felícia. Sobre essas teorias, observa:

Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a filosofia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao art. 221 de seu *Esboço*. Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direitos, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege, cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa, como o fizeram os códigos e projetos acima citados, de acordo com os quais se mostrou Raoul de La Grasserie.⁶⁵⁴

Quanto à *capacidade de fato*, Bevilacqua retoma a distinção entre a *incapacidade absoluta* e a *relativa*, nos arts. 4º e 5º, cuja redação é bastante semelhante a dos arts. 41 e 42 do *Esboço*.⁶⁵⁵ Não recupera, contudo, a noção da *incapacidade de fato* casuística, dos arts. 24 e 509 do *Esboço*, também ausente dos projetos anteriores.

Assim como Freitas – e todos os seus sucessores na codificação –, Bevilacqua fixa, como consequência da *incapacidade de fato*, a *representação*, no art. 7º, também não admitindo nenhum outro privilégio – como a restituição –, no art. 8º.

Suas *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro* rematam a conclusão de que, quanto à *capacidade de fato*, Bevilacqua muito aproveitou de Freitas. Nelas, não só Bevilacqua faz uso da locução *incapacidade de fato* com suas

⁶⁵⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Cit. Vol. I. P. 36.

⁶⁵⁵ FREITAS. *Esboço*. Cit. Vol. I. P. 49-50.

derivações, como ainda cita Freitas expressamente para abolir a distinção de idade entre homem e mulher para fins de determinação de sua *capacidade de fato* – ponto em que se refere à “inteligência perspicaz de Teixeira de Freitas”⁶⁵⁶ – e para não incluir entre os *incapazes* o pródigo.⁶⁵⁷

Outro dos mais importantes pontos da história da *teoria das capacidades* se encontra no fato de ter Bevilaqua determinado a *nulidade* dos atos praticados pelos *absolutamente incapazes* (art. 156, § 1º), e a *anulabilidade* dos atos praticados pelos *relativamente incapazes* (art. 159, § 1º). Isso, somado ao art. 87 – proveniente de Coelho Rodrigues (art. 16) –, o qual determina a *representação* dos *absolutamente incapazes*, e a *intervenção* dos *relativamente incapazes*, dará futuramente um novo sentido à gradação da *incapacidade de fato*, considerando não mais sua abrangência, mas sua intensidade.

Frise-se, para registro, que na obra *Direito de Família* publicada por Clovis Bevilaqua, a qual não deixou de ser analisada nesta pesquisa, não se encontraram, contudo, elementos acerca dos conceitos da *teoria das capacidades*.⁶⁵⁸

3.2 O esquema de capacidades do Projeto Revisto

Eis o *esquema de capacidades* do *Projeto Revisto*, concluído pela comissão revisora – incluindo Bevilaqua – em novembro de 1900:

LIVRO PRIMEIRO

Das pessoas

TÍTULO I

Divisão das pessoas

⁶⁵⁶ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. *Cit.* Vol. I. P. 37.

⁶⁵⁷ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. *Cit.* Vol. I. P. 37-38.

⁶⁵⁸ BEVILAQUA. *Direito de Família*. Recife: Ramiro Costa, 1896.

CAPÍTULO I DAS PESSOAS NATURAIS

Art. 2º Todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Art. 3º A lei não reconhece distinção entre nacionais e estrangeiros para a aquisição e gozo dos direitos civis.

Art. 4º A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas, desde a concepção a lei garante os direitos eventuais do nascituro.

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer por si os atos da vida civil:

1º Os menores de quatorze anos, de ambos os sexos;

2º Os loucos de todo o gênero;

3º Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a fazer conhecer a sua vontade;

4º Os ausentes declarados tais em juízo.

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou ao modo de exercê-los:

1º Os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um;

2º As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, com as restrições constantes do liv. I da parte especial, tit. II, cap. III.

Art. 7º A incapacidade absoluta ou relativa é suprida pelo modo estabelecido na parte especial deste código.

Art. 8º Na proteção que o Código Civil dispensa aos incapazes não se compreende o benefício de restituição.

Art. 9º Aos vinte e um anos completos termina a menoridade; todavia o menor que tiver completado dezoito anos poderá ser declarado maior.

Se o menor estiver sob o pátrio poder, essa declaração será feita por quem exercer esse poder, e homologada pelo juiz.

Se estiver sob tutela, será feita judicialmente, a requerimento do menor autorizado pelo tutor.⁶⁵⁹

Na disciplina dos atos jurídicos:

⁶⁵⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos. *Cit.* Vol. I. P. 660; 682.

LIVRO TERCEIRO
Da aquisição, conservação e extinção de direitos

TÍTULO I
Atos jurídicos
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

Art. 100. As pessoas absolutamente incapazes devem ser representadas por seus pais, tutores ou curadores; das relativamente incapazes, os menores de vinte e um anos serão autorizados por seus pais ou tutores nos atos que importem extinção de direitos ou criação de obrigação, e a mulher casada, pelo marido, nos casos em que a autorização for necessária.

(...)

CAPÍTULO V
DAS NULIDADES

Art. 166. É nulo o ato jurídico:

1º Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz;

2º Quando a lei o proibir à pessoa de que se trata;

(...)

Art. 168. Pode ser anulado o ato jurídico:

1º Quando o agente for incapaz relativamente;

(...)⁶⁶⁰

A comparação do esquema do *Projeto Primitivo* com o do *Projeto Revisto* revela que a única alteração sensível foi com relação ao nascituro, pois se optou pela *teoria natalista*, não se considerando o nascituro pessoa – nem, conseqüentemente, *absolutamente incapaz* –, mas resguardando-se seus direitos desde a concepção.

⁶⁶⁰ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos. Cit.* Vol. I. P. 675-682.

A substituição da locução *alienados de qualquer espécie* por *loucos de todo gênero*, proveniente do Código Criminal de 1830, não representa mudanças conceituais quanto a *capacidades*, como, ademais, comprova-se pelas atas das reuniões da comissão em que se discutiram as alterações.⁶⁶¹

Ainda, a inclusão da mulher casada no rol dos *relativamente incapazes* não alterou a sua situação, porquanto o § 2º do art. 6º do *Projeto Revisto* repete, com redação ligeiramente diferente, o art. 6º do *Projeto Primitivo*.

⁶⁶¹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos. Cit.* Vol. I. P. 317 e ss. e 622 e ss.

TÍTULO III – O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Apesar da rapidez com que foi elaborado e do sucesso dos trabalhos da comissão revisora – duas novidades na história da codificação do Direito Civil brasileiro – o *Projeto (Revisto)* de Clovis Bevilacqua enviado por Campos Sales ao Congresso em 17 de novembro de 1900 demorou quinze anos, um mês e alguns dias para ser finalmente transformado em Código Civil, o que somente ocorreu em 1º de janeiro de 1916, por meio da Lei nº 3.071.

A história do que veio a ser o Código Civil de 1916 é, pois, longa. Encontra-se bem narrada pelo próprio Clovis Bevilacqua, nas preliminares do seu *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*.⁶⁶²

Em apertada síntese, pode-se pensar a história da tramitação do futuro Código Civil de 1916 no Congresso Nacional considerando quatro momentos marcantes: (1) a fase de crítica geral e elaboração de pareceres por instituições e autoridades, do final de 1900 até aproximadamente meados de 1901; (2) a fase da discussão do *Projeto* pela “Comissão dos 21” na Câmara dos Deputados, entre 1901 e 1902; (3) a fase da discussão do *Projeto* no Senado, entre 1902 e 1912, marcada pela polêmica linguística suscitada por Ruy Barbosa, da qual participou, com destaque, Carneiro Ribeiro, e pela longa e persistente resistência do primeiro em dar andamento ao *Projeto*, somente devolvido à Câmara com sua nova redação em 29 de dezembro de 1912; (4) a fase da discussão final do *Projeto*, entre 1913 e 26 de dezembro de 1915, quando foi finalmente concluído e aprovado pelo Congresso.⁶⁶³ A sanção do presidente Wenceslau Braz e a subsequente promulgação vieram em 1º de janeiro de 1916.⁶⁶⁴

⁶⁶² BEVILAGUA. *Código Comentado*. Cit. Vol. I. P. 24-45.

⁶⁶³ BEVILAGUA. *Código Comentado*. Cit. Vol. I. P. 24-45.

⁶⁶⁴ BEVILAGUA. *Código Comentado*. Cit. Vol. I. P. 45.

No capítulo a seguir será visto, em linhas gerais, o que há nessa história que se relacione, direta ou indiretamente, com a *teoria das capacidades*.

No Capítulo 2, então, proceder-se-á à análise do *esquema de capacidades* do Código Civil de 1916.

Capítulo 1 – O tema das capacidades na tramitação do Código Civil de 1916 no Congresso Nacional

Conforme anunciado, este capítulo se destina a registrar, em breve síntese, o que se relaciona direta ou indiretamente com a *teoria das capacidades* na história da tramitação do que veio a ser o Código Civil de 1916 no Congresso Nacional.

Dentre os pareceres emitidos por solicitação da Câmara dos Deputados entre 1900 e 1901, destaca-se o de Nina Rodrigues, professor de Medicina Legal da Faculdade da Bahia, denominado *O alienado no Direito Civil Brasileiro: apontamentos médico-legais ao Projeto de Código Civil*.⁶⁶⁵ O trabalho, todavia, não discute qualquer *conceito* de *capacidade*, razão pela qual não contém elementos relevantes para esta pesquisa. Apesar da crítica à antiga locução do Código Criminal de 1830 “loucos de todo gênero” e à falta de disciplina adequada dos alienados no *Projeto*, a maior contribuição do parecer, segundo o próprio Bevilacqua, parece ter sido a posterior inclusão do pródigo – que estivera fora do *Projeto Primitivo* e do *Projeto Revisto* – no rol dos relativamente incapazes do texto final.⁶⁶⁶

Durante a discussão do *Projeto Revisto* pela Comissão dos 21, pouco se tocou no assunto das *capacidades* – nada no dos *conceitos* propriamente.

⁶⁶⁵ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. P. 206-310.

⁶⁶⁶ BEVILAQUA. *Código Comentado. Cit.* Vol. I. P. 28.

Em 9 de outubro de 1901, Coelho Rodrigues propôs emenda aos arts. 5º e 7º:

Art. 5º São incapazes de contrair obrigações civis:

§ 1º Os menores de 14 anos;

§ 2º Os loucos de todo gênero;

§ 3º Os surdos-mudos e os cegos de nascença sem educação adequada e provada;

§ 4º Os pródigos declarados por sentença;

§ 5º Os falidos não reabilitados;

§ 6º Os ausentes declarados em juízo.

Art. 7º Substitua a palavra *geral* a *absoluta*.

Na curiosa votação quanto ao art. 5º, em 25 de outubro de 1901, a emenda foi, primeiramente, aprovada por treze votos contra cinco. Posteriormente, o relator, Azevedo Marques, observou que:

Sr. Presidente, votei contra a epígrafe do art. 5º consignada na emenda, que acabou de ser aprovada, do Sr. Conselheiro Coelho Rodrigues, porque, pelo sistema do Projeto, que me parece ser o mais científico, há duas ordens ou classes de incapazes.

Há uns que são absolutamente incapazes, e me parecia indispensável que o Código o dissesse; e há outra classe, a dos relativamente incapazes, que estão no artigo seguinte.

Em virtude da votação, iremos enfrentar com dificuldades, quando tratarmos de votar o art. 6º.

A substituição da palavra *absoluta* pela *geral*, proposta ao art. 7º, pelo Sr. Coelho Rodrigues, não me parece que venha suprir no art. 5º a falta do termo – *absolutamente* – porque “*em geral*” não equivale a “*absolutamente*”.⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ In: BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 361-362.

Sylvio Romero, que havia votado a favor da emenda, chegou a queixar-se de que as votações estavam sendo feitas “quase de afogadilho”.⁶⁶⁸ Após alguma discussão, optou-se por refazer a votação, ficando a emenda reprovada por onze votos a sete.⁶⁶⁹ Sylvio Romero foi um dos que alteraram seu voto.⁶⁷⁰ A discussão, no entanto, não adentrou *conceitos* ou *noções* de *incapacidade de fato absoluta* e *relativa*, mas limitou-se a discutir se o fato de o art. 6º mencionar a *incapacidade relativa* não deixaria óbvio que a anterior, do art. 5º, havia de ser, pois, *absoluta*.⁶⁷¹

Outra proposta de emenda digna de nota é a de Rodrigues Dória à redação do inc. II do art. 5º, proposta em 9 de outubro de 1901: “ao n. 2 do art. 5º, tit. 1º, liv. 1º, em vez de: *os loucos de todo gênero – diga-se – os que não tiverem a consciência e a livre determinação de seus atos*”⁶⁷².

Curiosamente, nem na breve defesa do proponente,⁶⁷³ nem no pequeno debate em torno da proposta, fez-se qualquer referência ao parecer de Nina Rodrigues⁶⁷⁴. Apesar de ter contado com o apoio parcial de Bevilacqua – que também não gostava da velha locução do Código Criminal, e que havia se referido a “alienados de toda espécie” no *Projeto Primitivo* –, a emenda foi rejeitada na referida reunião de 25 de outubro.⁶⁷⁵

Também propusera emenda ao art. 5º, em 11 de outubro de 1901, Andrade Figueira, incluindo no rol dos *absolutamente incapazes* a “pessoa por nascer”.⁶⁷⁶ Ainda na reunião de 25 de outubro, essa proposta foi rejeitada, com apenas um voto a favor.⁶⁷⁷

⁶⁶⁸ In: BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 362.

⁶⁶⁹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 364.

⁶⁷⁰ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 364.

⁶⁷¹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 362-364.

⁶⁷² In: BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 113.

⁶⁷³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 118-122.

⁶⁷⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 130-132.

⁶⁷⁵ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 367.

⁶⁷⁶ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 153.

⁶⁷⁷ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 365.

A mesma proposta incluía entre os *relativamente incapazes* do art. 6º os falidos, os religiosos, os pródigos e os cegos.⁶⁷⁸ A inclusão dos falidos foi aprovada, a dos religiosos e a dos cegos reprovada, e a dos pródigos adiada, em razão de empate.⁶⁷⁹

Ainda sobre o art. 6º, propusera Gabriel Ferreira, em 14 de outubro, a inclusão dos condenados por sentença, enquanto durassem os efeitos da condenação,⁶⁸⁰ o que foi rejeitado na reunião de 25 de outubro⁶⁸¹.

Na última reunião antes de se iniciarem as votações, em 16 de outubro, Julio Santos propôs a seguinte emenda:

Serão também julgados incapazes para todos ou alguns atos, quando assim julgados por sentença, e enquanto não forem por igual modo reabilitados:

1º, os fracos de espírito;

2º, os alcoólicos;

3º, os pródigos.⁶⁸²

Defendeu-a em longa e erudita exposição, em que citou os Códigos Civis e juristas de diversos países da Europa – de França e Alemanha a Itália e Hungria –, além dos Códigos de diversos cantões suíços, e, ainda, as Ordenações Filipinas.⁶⁸³

Quanto aos fracos de espírito e aos alcoólicos a emenda foi rejeitada, na reunião de 25 de outubro, salvo um voto a favor, quanto aos segundos; quanto aos pródigos, ficou prejudicada, em razão do empate anterior, quanto à proposta de Andrade Figueira.⁶⁸⁴

⁶⁷⁸ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 153-154.

⁶⁷⁹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 369.

⁶⁸⁰ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 178.

⁶⁸¹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 369.

⁶⁸² In: BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 369.

⁶⁸³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 200-205.

⁶⁸⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*: trabalhos. Vol. III. *Cit.* P. 369.

A inclusão dos pródigos no art. 6º acabou aprovada na reunião seguinte, em 28 de outubro de 1901.⁶⁸⁵

Com relação à polêmica linguística iniciada em 1902, é curioso notar as estranhas sugestões de redação de Ruy Barbosa, sobretudo considerando-se o embate estudado na Parte I deste trabalho entre Alberto de Moraes Carvalho, o Visconde de Seabra, e Freitas:

Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

(...)

Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.⁶⁸⁶

Mais de quarenta anos após Freitas, apoiando Alberto de Moraes Carvalho, ter criticado o uso de palavra “de significação tão comezinha e vulgar” pelo Visconde de Seabra,⁶⁸⁷ Ruy Barbosa propôs seu uso em substituição à locução “ser humano” do *Projeto*, argumentando: “por que ‘todo o ser humano’, e não ‘todo homem’?”. “Haverá ser humano, que não caiba na expressão geral da espécie *homem*?”. E citou, como exemplo do que considerava mais adequado, o famigerado art. 1º do Código Civil português. Quanto aos artigos que tratam dos *incapazes de fato*, Ruy Barbosa limitou-se a sugerir as seguintes substituições: (1) no *caput* do art. 5º: “exercer pessoalmente os atos da vida civil” em vez de “exercer por si os atos da vida civil”;⁶⁸⁸ (2) no inc. III do art. 5º: “surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade” em vez de “surdos-mudos, que forem inibidos de fazer conhecida a sua vontade”;⁶⁸⁹ (3) no inc. IV do art. 5º: “ausentes declarados tais por ato do juiz” em vez de “ausentes

⁶⁸⁵ BRASIL. *Código Civil Brasileiro: trabalhos*. Vol. III. *Cit.* P. 388.

⁶⁸⁶ BARBOSA, Ruy. *Projeto de Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial do Senado*. Vol. I. Parecer do Senador Ruy Barbosa sobre a Redação do Projeto da Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. P. 33.

⁶⁸⁷ FREITAS. *Nova Apostila*. *Cit.* P. 96.

⁶⁸⁸ BARBOSA. *Projeto de Código*. *Cit.* P. 34-35.

⁶⁸⁹ BARBOSA. *Projeto de Código*. *Cit.* P. 34-35.

declarados tais em juízo”;⁶⁹⁰ (4) no *caput* do art. 6º: “incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer” em vez de “incapazes, relativamente a certos atos, ou ao modo de exercê-los”;⁶⁹¹ (5) no inc. I do art. 6º: “maiores de quatorze e menores de vinte e um anos” em vez de “maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um”;⁶⁹² (6) art. 7º: “supre-se a incapacidade, absoluta, ou relativa, pelo modo instituído neste código, parte especial” em vez de “a incapacidade absoluta ou relativa é suprida pelo modo estabelecido na Parte Especial deste Código”;⁶⁹³ (7) art. 9º: “aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil” em vez de “aos vinte e um anos completos termina a menoridade e a pessoa fica habilitada para o exercício de todos os atos da vida civil”.⁶⁹⁴ Com relação ao tema das *capacidades* na *disciplina dos atos jurídicos*, propôs nova redação para o art. 86: “as pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes, pelas pessoas e nos atos que este código determina” em vez de “as pessoas absolutamente incapazes devem ser representadas por seus pais, tutores ou curadores em todos os atos jurídicos, e, as relativamente incapazes, pelas pessoas indicadas e nos casos declarados na Parte Especial”.⁶⁹⁵

Capítulo 2 – O esquema de capacidades do Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 foi promulgado com o seguinte *esquema de capacidades*:

⁶⁹⁰ BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 34-35.

⁶⁹¹ BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 34-35.

⁶⁹² BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 34-35.

⁶⁹³ BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 36-37.

⁶⁹⁴ BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 36-37.

⁶⁹⁵ BARBOSA. *Projeto de Código. Cit.* P. 68-69.

LIVRO I
Das pessoas

TÍTULO I
Da divisão das pessoas

CAPÍTULO I
DAS PESSOAS NATURAIS

Art. 2. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Art. 3. A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis.

Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Art. 7. Supre-se a incapacidade, absoluta, ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial.

Art. 8. Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o benefício de restituição.

Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.⁶⁹⁶

Quanto à *disciplina dos atos jurídicos*:

TÍTULO I

Dos atos jurídicos

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

Art. 84. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos (art. 5); as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina (arts. 6, 154 e 427, VII).

(...)

CAPÍTULO V

DAS NULIDADES

Art. 145. É nulo o ato jurídico:

I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).

(...)

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

(...)⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ BRASIL. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919. P. 5-6.

⁶⁹⁷ BRASIL. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Cit. P. 84; 28-29.

Houve alterações de redação em todos os artigos do *esquema das capacidades* do *Projeto Revisto* para o Código de 1916.

No art. 2º, a locução “ser humano” foi substituída por “homem”.

No art. 3º, substituiu-se “não reconhece distinção” por “não distingue”, e “para a aquisição e o gozo” por “quanto à aquisição e ao gozo”.

No art. 4º, a locução “ser humano” também foi substituída por “homem”, e a parte final foi reescrita, “mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” em vez de “mas, desde a concepção a lei garante os direitos eventuais do nascituro”.

No art. 5º, substituiu-se “por si” por “pessoalmente”. Os incisos passaram a ter numeração romana. O primeiro passou a se referir aos “menores de dezesseis anos”, em vez de “os menores de quatorze anos, de ambos os sexos”. O terceiro passou a se referir aos “surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade”, em vez de “surdos-mudos, sem educação que os habilite a fazer conhecer a sua vontade”. No quarto, a expressão “declarados tais em juízo” foi substituída por “declarados tais por ato do juiz”.

No art. 6º, passou-se a fazer referência ao art. 147, n. 1, e substituiu-se “ao modo de exercê-los” por “à maneira de os exercer”. Alterou-se a redação do inc. I, de “os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um” para “os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos”, incluindo referência aos arts. 154 e 156. Removeu-se a segunda parte do inc. II, “com as restrições constantes do liv. I da parte especial, tit. II. cap. III”. Incluíram-se mais dois incisos, um com os pródigos, outro com os silvícolas. Sobre estes, incluiu-se um parágrafo único.

Alterou-se a redação do art. 7º, de “a incapacidade absoluta ou relativa é suprida pelo modo estabelecido na parte especial deste código” para “supre-se a incapacidade, absoluta, ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial”.

No art. 8º, substituiu-se “dispensa” por “confere”.

No art. 9º, o verbo “termina” foi substituído por “acaba”, a segunda parte, “todavia o menor que tiver completado dezoito anos poderá ser declarado maior”, foi substituída por “ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”. Os dois parágrafos foram substituídos por um único, “cessará, para os menores, a incapacidade”, contemplando cinco incisos.

Na *disciplina dos atos jurídicos*, a redação do preceito que constava do art. 100 foi substituída por outra mais curta, no art. 84, alterando o trecho “devem ser representadas” por “serão representadas”, incluindo-se na parte primeira “em todos os atos jurídicos (art. 5)”; a segunda parte, “das relativamente incapazes, os menores de vinte e um anos serão autorizados por seus pais ou tutores nos atos que importem extinção de direitos ou criação de obrigações, e a mulher casada, pelo marido, nos atos em que a autorização for necessária” alterou-se para “as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina (arts. 6, 154 e 427, VII)”.

Por fim, incluiu-se a referência ao art. 5º no inc. I do art. 145 (art. 166 do *Projeto Revisto*), e alterou-se a redação tanto do *caput* quanto do inc. I do art. 168, que no Código passou a ser o art. 147: de “pode ser anulado” para “é anulável”, e de “quando o agente for incapaz relativamente” para “por incapacidade relativa do agente (art. 6)”.

A única mudança de *conteúdo*, no entanto, foi a eliminação do anterior inc. 2º do art. 166 (art. 145 do Código), que previa a nulidade do ato jurídico “quando a lei o proibir à pessoa de que se trata” – único resquício do conceito de *incapacidade de direito* de Freitas que sobrevivera no *Projeto*. Essa alteração, realizada na última fase de discussão do texto do Código, foi lamentada por Bevilacqua na 2ª edição da sua *Teoria Geral do Direito Civil*, em que observou:

Efetivamente é um caso que sofre exceções, como em matéria de casamento; mas eliminá-lo inteiramente, como se fez, não parece alvitre acertado, a não ser que o legislador tenha

cuidado de cominar a nulidade sempre que o caso se apresentar.⁶⁹⁸

Esse cuidado, na verdade, o legislador não teve. No art. 1.132, por exemplo, proibia-se a venda de ascendente a descendente sem consentimento expresso dos demais descendentes sem, no entanto, cominação da respectiva nulidade.

⁶⁹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. P. 330.

CONCLUSÃO

Após se ter notado a pluralidade de locuções e de conceitos usados em obras do Direito Civil brasileiro acerca do tema das *capacidades*, e observando-se questões teóricas e metodológicas de história do Direito, esta pesquisa se propôs a verificar em que obras surge no Direito pátrio uma *teoria das capacidades*, bem como quais conceitos a compunham originalmente, para, em seguida, estudar a trajetória desses conceitos até a promulgação do Código Civil de 1916.

Primeiramente, considerou-se o Direito vigente no Brasil Império, e tomaram-se como fontes obras de Direito Civil português, de Direito Romano e de Direito Civil brasileiro, bem como as normas organizadas na *Consolidação das Leis Civis*.

A análise de obras de Direito Civil português revelou que os autores em Portugal originalmente não faziam uso de qualquer noção de *capacidade* para explicar a *disciplina das pessoas*, mas que, em meados do século XIX, o vocábulo com alguns de seus derivados começa a ser usado por influência do Código Napoleão.

A análise de três dos textos romanos mais largamente utilizados no Brasil naquela época, por sua vez, revelou que não havia neles qualquer construção teórica que se pudesse considerar uma *teoria das capacidades*, nem neles se encontraram o vocábulo *capacidade* ou seus derivados.

A análise das três obras de Direito Civil publicadas no Império que guardam relevância com o tema da pesquisa revelou que somente após a publicação da *Nova Apostila* e do *Esboço*, e de estudos do Direito francês, é que ideias de *capacidades* passaram a permear a *disciplina das pessoas* no Brasil.

A análise do repertório normativo vigente – organizado na *Consolidação das Leis Civis* –, por fim, revelou que também no Direito positivo não havia ainda àquele tempo um *esquema de capacidades*.

Na *Nova Apostila*, publicada por Augusto Teixeira de Freitas em 1859, e na primeira parte do *Esboço de Código Civil*, por ele publicada em 1860, encontraram-se reflexões teóricas, um esquema normativo e uma construção conceitual suficientes para que se considere haver nessas obras uma *teoria das capacidades*.

É seguro, por conseguinte, concluir que é a partir de Freitas que o Direito Civil brasileiro passa a incluir na *disciplina das pessoas* uma *teoria das capacidades* com referencial filosófico e conceitos técnicos.

Confirmou-se, pois, a primeira hipótese suscitada.

Posteriormente, esta pesquisa avançou das obras referidas de Freitas até a promulgação do Código Civil de 1916, adotando como marcos temporais os diferentes projetos de Código Civil elaborados no período.

A análise do *Projeto* de Nabuco de Araújo revelou que este adotara em parte os conceitos propostos por Freitas, e que mantivera o *esquema da incapacidade de fato*, privilegiando a objetividade normativa em detrimento da profundidade científica.

A análise do *Projeto* de Felício dos Santos com seus respectivos comentários revelou que Felício fora inspirado pelos conceitos de *capacidade de direito* e de *capacidade de fato* de Freitas, mas que rejeitou a gradação da *incapacidade de fato* em *absoluta* e *relativa*, bem como a *nulidade* como consequência dos atos praticados pelos *incapazes*, optando por descrever as hipóteses em que seriam *anuláveis*.

A análise do *Projeto* de Coelho Rodrigues revelou que este pretendeu inovar na *disciplina das capacidades*, alterando o esquema normativo usado nos projetos anteriores e propondo novos conceitos, como os de *interrupção* e de *suspensão da capacidade civil*.

A análise do *Projeto* de Clovis Bevilacqua, por sua vez, revelou: (1) que este pensava usar os conceitos de Freitas, mas que acabou lhes dando novo conteúdo – sobretudo à *capacidade de direito*, que se aproximou da *personalidade*; (2) que Bevilacqua aproveitou parte do *esquema da incapacidade de fato* do *Esboço*, enumerando pessoas *absolutamente incapazes* e pessoas *relativamente incapazes*; (3) que Bevilacqua não aproveitou a disciplina da *incapacidade de fato in casu*; (4) que Bevilacqua inovou na *disciplina dos atos*, prevendo a *nulidade* dos atos praticados pessoalmente pelos *absolutamente incapazes* e a *anulabilidade* dos atos praticados por si sós pelos *relativamente incapazes*, o que rompeu com a diferença original da gradação em Freitas.

Já a análise dos trabalhos do Congresso acerca do *Projeto* Bevilacqua, por fim, revelou que não se discutiram questões conceituais.

A análise do Código Civil de 1916, por fim, revelou que o *esquema das capacidades* de Bevilacqua foi mantido quase intacto, porém com uma alteração que ajudaria a sepultar o conceito de *incapacidade de direito* de Freitas: não sobreviveu a previsão da *nulidade* dos atos quando a lei proibía a sua prática.

É seguro, por conseguinte, concluir que: (1) o *esquema das capacidades* do Código Civil de 1916 manteve da *teoria freitiana* o *esquema da incapacidade de fato* estabelecida *a priori* com sua gradação em *incapacidade absoluta* e *incapacidade relativa*, mas que, quanto ao mais, abandonou o esquema de Freitas; (2) os conceitos usados para explicar o Código, por influência de Bevilacqua, passaram a comportar conteúdo diverso do originalmente pensado por Freitas.

Confirmou-se, então, a segunda hipótese suscitada.

Situando os resultados desta pesquisa no contexto do Direito Civil contemporâneo, conclui-se que não é adequada a explicação da *disciplina das pessoas* como se tem feito, comparando a *personalidade jurídica* à *capacidade jurídica* ou *civil* e à *capacidade de direito*, e esta à *capacidade de gozo*, e a *capacidade de fato* à *capacidade de exercício* ou *de agir*, porquanto mistura noções do Direito português, do Direito francês e do Direito germânico com noções do Direito brasileiro – freitianas – cujos conteúdos são incompatíveis.

Conclui-se, ademais, que a se manter a *disciplina das pessoas* centrada na *teoria das capacidades*, mais coerência se consegue com a utilização dos conceitos da teoria de Freitas, sobretudo em razão do peculiar conceito de *capacidade de direito*.

No entanto, em razão da situação da formação da teoria e da fixação dos conceitos em um contexto determinado, bastante diverso do contemporâneo, conclui-se igualmente que é possível questionar a manutenção da *teoria das capacidades* no centro da *disciplina das pessoas*, ou, no mínimo, a adequação do *esquema da incapacidade de fato* do Código de 1916, repetido no de 2002, determinando pessoas *a priori* consideradas *incapazes*.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BARBOSA, Ruy. Projeto de Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial do Senado. Vol. I. Parecer do Senador Ruy Barbosa sobre a Redação do Projeto da Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

BRASIL. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

_____. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

_____. Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919.

_____. Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919.

_____. Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Senador Joaquim Felício dos Santos: publicado por autorização do Ministro da Fazenda T. de Alencar Araripe para ser apresentado ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 11. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

_____. *Direito de Família*. Recife: Ramiro Costa, 1896.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os Apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa Régia, 1851.

_____. *Direito Civil de Portugal*. T. II. Lisboa: Tipografia de Antônio José da Rocha, 1851.

_____. *Direito Civil de Portugal*. T. III. Lisboa: Tipografia de Antônio José da Rocha, 1851.

CARVALHO, Alberto António de Moraes. *Observações sobre a Primeira Parte do Projeto de Código Civil Português do Exmo. Conselheiro António Luiz de Seabra*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857.

_____. *Resposta à Primeira Apostila do Senhor António Luiz de Seabra*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1858.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899.

CHAMOUN, Ebert Vianna. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Civil*. T. I. Bruxelas: J. Stienon, 1854.

DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*. T. I. 4. ed. Paris: Thorel-Guilbert, 1844.

ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Reis & C., 1908.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A "Lei de Terras" e o advento da propriedade moderna no Brasil. Disponível em:
http://www.historiadodireito.com.br/mostra_textos.php?opcao=mostra_texto&id_textos=11. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. *Introdução Teórica à História do Direito*. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. Paris: Imprimerie de la République, 1804.

FREIRE, José Pascoal de Melo. *Instituições de Direito Civil português*. Liv. II. T. I. Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1967.

_____. *Instituições de Direito Civil português*. Liv. II. T. II. Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1967.

FREITAS. *Aditamentos à Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro: Instituto Tipográfico de Direito, 1877.

_____. *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*. 1857.

_____. *Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857.

_____. *Consolidação das Leis Civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1865.

_____. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

_____. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860.

GAIO. *Institutas do Juriconsulto Gaio*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.

_____. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010.

JUSTINIANO. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5. N. 10. Rio de Janeiro: 1992.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações e remissões à imitação das de Muller a Struvio, sobre todos os títulos e todos*

os §§ do livro segundo das *Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Pascoal José de Melo Freire*. Parte II. Lisboa: Imprensa Régia, 1818.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil brasileiro, extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do exímio Jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as Instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das Leis Brasileiras*. Recife: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851.

MARCADÉ, Victor. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. T. I. Paris: Cotillon, 1850.

MEIRA, Silvío. *Clovis Bevilacqua: sua vida, sua obra*. Fortaleza: Edições da Universidade Federal do Ceará, 1990.

_____. *História e fontes do Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império – sua vida e obra*. 2. ed. Brasília: Cegraf, 1983.

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

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império: Nabuco de Araujo – sua vida, suas opiniões, sua época*. T. I. Rio de Janeiro: H. Garnier, (sem data).

_____. *Um estadista do império: Nabuco de Araujo – sua vida, suas opiniões, sua época*. T. III. Rio de Janeiro: H. Garnier, (sem data).

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

_____. *Direitos de família*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Tipografia da Tribuna Liberal, 1889. [A primeira tiragem é de 1869.]

PORTUGAL. Constituição de 1826.

_____. Decreto de 21 de maio de 1841 que contém a Novíssima Reforma Judiciária. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866.

_____. Ordenações Afonsinas.

_____. Ordenações Filipinas.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1865.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. "O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império". (Tese de doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.)

ROCHA, Manuel Antônio Coelho da. *Instituições de Direito Civil português*. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852.

RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro precedido da história documentada do mesmo e dos antecedentes*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1897.

_____. *Projeto do Código Civil Brasileiro precedido de um Projeto de Lei Preliminar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

SAINT-PRIX, Félix Berriat. *Notes Élémentaires sur le Code Civil*. Paris: Videcoq Père et Fils, 1845.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário por Joaquim Felício dos Santos*. T. I. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de Droit Romain*. Trad. do alemão para o francês por Charles Guenoux. T. II. Paris: Firmin Didot Frères Libraires, 1841.

_____. *Traité de Droit Romain*. Trad. do alemão para o francês por Charles Guenoux. T. III. Paris: Firmin Didot Frères Libraires, 1843.

SEABRA, António Luiz. *Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português*. T. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

_____. *Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português*. T. II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

_____. *Código Civil Português: Projeto redigido por António Luiz de Seabra*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

_____. *Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto do Código Civil Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859.

SOUZA, Irineu Evangelista de. *Exposição do Visconde de Mauá aos Credores de Mauá & C. e ao Público*. Rio de Janeiro: Tip. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1878.

TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.

TELLES, José Homem Corrêa. *Digesto português ou Tratado dos Direitos e Obrigações Cíveis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*. T. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835.

_____. *Digesto português ou Tratado dos Direitos e Obrigações Cíveis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil*. T. II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835.

TOULLIER, Charles B. M. *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*. T. I. 2. ed. Paris: Warée, 1819.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Estatutos da Universidade de Coimbra compilados debaixo da imediata e suprema inspeção d'el-Rei D. José I pela Junta de Providência Literária ... ultimamente roborados por sua majestade na sua Lei de 28 de Agosto deste presente ano. Lisboa: Régia Oficina Tipográfica, 1772. T. II.

VILLARD, Pierre. La tradition juridique française dans l'œuvre de Teixeira de Freitas. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Sandro Schipani (org.). Padova: Cedam, 1983.

ZACHARIAE, Karl S. *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code Napoléon*. T. I. Tradução para o francês da 5. ed. alemã. Paris: Auguste Durand, 1854.