

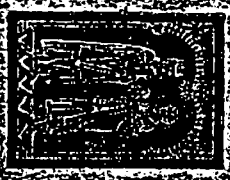
XEROX DO XI
T 20 Fis
P

GILBERTO PERAZA DA CRUZ
Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado
Universidade de Coimbra

Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro

Formação 4

Tudo Completo



COLEÇÃO ESCENA JURÍDICA
Editorial SENECHAL e AHS Editora

LITUA LTDA - BR

1954

vol 2

Caixa 34-

1950

Director, Bureau of Prisons

SECRET

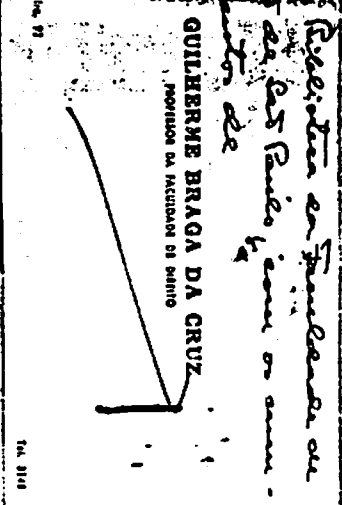
EMP. DIOGO DO ROSARIO JESUS -

OUTROS ESTUDOS PUBLICADOS NA COLECCAO «SCIENTIA IURIDICA»:

- Alvaro Machado Vilela, *O Tratado de Amizade e Consulta entre Portugal e Brasil* (separata), Braga, 1954.
- Francisco José Vellozo, *Baldios, mantidos e explorado sileo-pastoril em comum* (separata) Braga, 1953.
- *A Interferença do Advogado na Insitracão Preparatória* (separata), Braga, 1953.
- Guilherme Braga da Cruz, *A Obra de S. Martinho de Dume e a legislação visigótica* (separata), Braga, 1952.
- Ilódencio Gaivão Teles, *O penhor sem entrega no Direito Luso-Brasileiro*, (separata) 1953.
- José António Martins Gigante, *Instituições de Direito Casónico*, l, Braga, 1954.
- José Pedro Galvão de Sousa, *Formação brasileira comunidade lusada*, São Paulo, 1954.
- Manuel Gomes da Silva, *O «representante comercial» e sua remuneração* (separata), Braga, 1954.
- Ricardo Lopes, *O direito da propriedade e as relações de vizinhança* (separata), Braga, 1954.
- Rui Garrington da Costa, *Psicologia do testemunho* (separata), Braga, 1954.
- Sérgio Pinto, *O primeiro tratado de aliança anglo-portuguesa: tratado de Tordesillas de 10 de Junho de 1493* (separata), Braga, 1952.

Pedidos a LIVRARIA CRUZ — Rue D. Diogo de Sousa, 133, Braga — Portugal

Formação histórica do direito privado luso e brasileiro

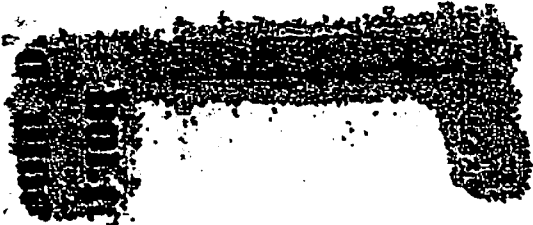


COLECCAO «SCIENTIA IURIDICA»
Editorial SCIENTIA & ARS Editoriais
Livraria Cruz — Braga



I.H.

349(469+81)



Comunicação apresentada à VII sessão do
"II Colloquium" Internacional de Estudos
Jurídicos Brasileiros (São Paulo, 1954).
Revista de Direito da Universidade de São Paulo, IV, 234 e segs.

FORMAÇÃO HISTÓRICA DO MODERNO
DIREITO PRIVADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

[illegible]

da tradição se faz sempre sentir mais intensamente, resistindo com maior efflicácia aos embargos das innovações propostas pelas novas correntes doutrinaes: — O direito constitucional, o direito administrativo, o próprio direito penal tanto em Portugal como no Brasil, puderam facilmente ser objecto duma completa renovação, introduzida *ex abrupto* pelas reformas da época liberal, sem que, na execução de tais reformas, se suscitassem difficuldades de maior. A violação das novas ideias politicas e economicas, ou de novas correntes doutrinaes, foi sufficiente para garantir, perante a quasi total indifferença do povo, o êxito de radicais transformações introduzidas pelos poderes constituidos, nesses ramos do direito.

No campo do direito privado, pelo contrário, a penetração das novas ideias teve que defrontar uma tradição jurídica fortemente arraigada no espírito do povo, e nem sempre lhe foi fácil levar da vencida a resistência oposta por essa tradição. Algumas reformas mais arrojadas, que os legisladores precipitadamente introduziram, viram-se forçadas a arripiar caminho e a deixar-se suplantadas pelas velhas instituições jurídicas, que a breve trecho eram de novo postas em vigor, remeçadas e revitalizadas, como *fenix* renascida das próprias cinzas. Outras reformas de vulto só pôde o legislador abalancar-se a fazê-las ao cabo de intensa preparação doutrinária, levada a efeito, durante dezenas de anos, pelos juristas, que conseguiram, assim, através dum trabalho persistente e lento, criar para elas o ambiente propício. Outras alterações, finalmente, não se aventaram sequer o legislador a introduzi-las, apesar de instantaneamente reconhecerem-se por certos juristas progressistas, por verificar que não se poderiam facilmente ao sentir unânime do povo.

[1] Nada disto causa estranheza, se nos lembrarmos que o direito privado é, de todos os ramos do direito, o que mais ligado se encontra às realidades sociais, porque é a sombra do que se deseja para a existência do homem, na sua luta pela vida e pela realização plena da sua personalidade. Os outros ramos do direito pode o homem senti-los e vivê-los, com maior ou menos intensidade; mas todos terão sempre, poranto elles, a sensação do se tratar de algo de artificial e exterior a si mesmo, que lhe é imposto de fora para dentro, a bem da côllecção, isto é, a bem duma entidade abstracta, cujas exigências, muitas vezes, não chega rigorosamente a comprehender. O direito privado pelo contrario, sente-se sempre o homem, ligado ao mais íntimo da sua vida e do seu ser; comprehende-o como alguma coisa que brota naturalmente, de dentro do si mesmo, porque representa uma disciplina de vida, sem a qual não lhe será possível o convívio pacífico com os seus semelhantes, o sem a qual, portanto, não encontrar-se-á a necessária protecção dos seus próprios interesses.

É no campo do direito privado, por isso mesmo, que melhor se pode apreciar a presença do passado, dentro dos códigos modernos, pois não é fácil desentranhar do espírito do povo certas instituições seculares, ou modificá-las rápida-

mente se aborrecem a fazer negócios com os fillosofices. E 6 nesse dominio pertence a o legislador o direito de prestar mais largo contributo para o bom entendimento das leis e gentes, mostrando o que nella ha de tradicional e de innovado, e para a resto de ser dessas innovacoes ou desse respeito pela tradicao, e a legislacao se fiant no

A formação do moderno Estado privado português e brasileiro é o produto dum longo processo, envolvendo a evolução da partida, se pode fixar, com bastante rigor, nos meados do século XVI. Para compreendermos o que foi esse processo evolutivo, para melhor, vamos voltar a alcançar da luta travada, desde esse momento, entre a tradição e a inovação, procurando sabocar, antes de mais nada, a origem, a origem, o que era, o direito, privado português, no fim do segundo quartel do século XVI.

— Ne base da sentença jurídica em vigor, encontravam-se, a essa data, as velhas Ordenações Filipinas, que constituam o pelo menos teóricamente, a primeira de entre todas as fontes do direito português em 5 livros, a semelhança das anteriores Ordenações de D. Afonso V, de D. Manuel, consagravam expressamente ao direito privado, e não ao direito de processos lesados, esporádica-mente contidos nos livros de direito criminal e de direito de guerra e de paz. As Promulgações emitidas durante o domínio castelhano em Portugal, e confirmadas por D. João V em 1713, e a Reconstituição da Independência, estas Ordenações apresentavam-se porém, mais antiquadas e defetuosas do que poderia indicar a sua estrutura jurídica. A situação jurídica da época poderia apresentar-se em quatro aspectos: a preocupação de resgatar a tradição jurídica portuguesa, a observação da forma, o espírito dos seus compiladores — a fim de evitar possíveis desconfortos — que eles nasceram, Poder-se-ia dizer-se, de qualquer modo, em termos de uma significação progressiva e totalmente refundida, como a Ordenação de D. Afonso V, e a Ordenação Filipinas surgiram para substituí-las. Mas, uma vez sendo atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido, uma nova atualização das Afonsoinas, Modificadas na redação atual, e não os Decretos de Filipe II conservam, assim, em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da idade média, nos Tempos Modernos.

Mas, além disso, quando a Ordenação gram, sobretudo, defeituosa: — A falta de clareza, a falta de precisão, as contradições frequentes, a prolixidade dos preceitos, a falta de unidade, a falta de interesse, de tudo, os menores dos seus defeitos, pois a toda a vez se encontra alguma coisa que, em, de enorme gravidade — o carácter extremamente humano das suas disposições. Esse defeito, patente em todos os cinco livros do processo, é de uma fundamental, é sobretudo notório no campo do direito privado. As disposições relativas ao direito civil em que as Ordenações são totalmente humanas, e muitas em que se vê através de alguma disposição

critérios para a interpretação das leis pátrias. Condena a lei, em longo arrazoado, o critério de interpretação que na prática se tinha estabelecido — por força do qual as leis pátrias se deviam interpretar restritivamente, quando fossem contrárias ao disposto nos textos romanos, e se deviam alargar ou interpretar extensivamente, quando lhes fossem favoráveis. E declara, em seguida, que o disposto nas leis nacionais pode, na verdade, ampliar-se ou restringir-se, por via interpretativa, mas com base noutros critérios, substancialmente diferentes daquele. Podem considerar-se lícitas, por exemplo, as restrições e ampliações que necessariamente se deduzem do espírito da lei, significadas pelas palavras das tomadas no seu genuíno e natural sentido. Lícitas serão ainda, em segundo lugar, as interpretações extensivas ou restritivas que se reduzirem aos princípios acima declarados, isto é, que se fundamentarem nos princípios da *boa razão*, tal como a lei anteriormente os definia, ao abordar o problema da integração de lacunas. E, finalmente, serão admitidas também as ampliações e restrições deduzidas por identidade de razão ou por força de compreensão, ou seja, como hoje diríamos, por analogia ou *a fortiori*.

A obra reformadora da Lei da Boa Razão, neste domínio da interpretação das leis e integração das suas lacunas, seria completada, três anos mais tarde, com a grande reforma do ensino universitário, que é a mais perfeita expressão, no campo pedagógico, do despotismo esclarecido, que então nos governava. Os Novos Estatutos da Universidade, publicados em 1772 sob a inspiração do Marquês de Pombal, são realmente, no que toca ao ensino jurídico, o natural complemento do disposto na famosa lei de 18 de Agosto. São esses Estatutos que, introduzindo no ensino universitário as ideias do jusanaturalismo e do *usus modernus pandectarum*, hão-de tornar possível o que a Lei da Boa Razão, só por si, não conseguiria alcançar: a criação duma mentalidade diferente, nas novas gerações de juristas — duma mentalidade doridamente adaptada à compreensão do novo espírito que dominava a legislação portuguesa, e, sobretudo, adaptada aos novos métodos de interpretação e integração das lacunas da lei, que se desejava fazer vingar na jurisprudência e na doutrina.

Compreende-se, assim, que os Estatutos Pombalinos da Universidade tenham tido um cuidado extremo em pormenorizar os critérios a que o ensino do direito romano devia agora obedecer, no sentido de só se aproveitar dele o que pudesse ser uma expressão da *recte ratio*. As disposições dos Estatutos tiveram, neste aspecto, um enorme alcance prático, pois foram sempre consideradas como verdadeiros esclarecimentos, de valor normativo, colocados ao dispor dos juristas e dos praticos do direito, para o bom entendimento dos preceitos da Lei da Boa Razão. Fixa-se aí, na verdade, uma série de regras, cuja observância poderá ajudar o intérprete a determinar se o preceito do direito romano está ou não de acordo com a *boa razão*, e se, portanto, são ou não susceptíveis de aplicação prática, em subsídio das leis nacionais. E, depois disso, para a

hipótese de uma interpretação da lei, não serem suficientes e fixarem ainda dúvidas, no sentido das interpretações, a respeito da conformidade entre as leis romanas e a *boa razão*, fornecem os Estatutos um último critério de ordem prática: «Indagação — se as leis romanas expressam ou não o uso moderno das mesmas leis romanas entre as pessoas livres que hoje habitam a Europa». E desobrigando que elas se observem e guardem ainda no tempo presente, terão as mesmas leis por aplicáveis a quem as instruírem no dito uso moderno — acrescenta-se ainda uma autorização de professores do título e apreciável trabalho, que para o mesmo fim se lhes dá feito por grande número de jurascousultos, em diferentes livros.

Isto equivale a uma palavra a dar valor normativo, como fontes subsidiárias, para esclarecimento e entendimento das leis romanas, as obras doutrinais dos grandes juristas da escola do uso moderno das *pandectas*, como Carpov, Heineccius, Thomasius, Savigny, Struvé, Böhmker, etc. Tratava-se, por isso mesmo, dum trabalho de alto modo perigoso, porque, sendo muitas vezes divergentes as opiniões destes autores, corria-se o risco de introduzir um grau de incerteza e instabilidade na jurisprudência dos tribunais portugueses. Mas, apesar de tudo, valeu a pena correr o risco, pois foi a utilização dessas grandes obras doutrinais que permitiu dar realização prática ao próprio de renovação jurisprudencial introduzido pela Lei da Boa Razão e pelos Estatutos da Universidade.

Quem queira analisar-se de como essa renovação efectivamente se operou — renovação profunda, substancial, por vezes até totalmente inovadora — percorra com atenção a literatura jurídica da época e a nova jurisprudência dos tribunais. Não se pode menos fazer aos aqui com o cuidado que o assunto requer, dados os limites das possibilidades de deslindar os aspectos de este trabalho. Apenas a título de introdução ao maior vulto nos referimos adiante, para melhor nos apartarmos das falas de entre esta época e a que imediatamente se segue, na formação do moderno direito privado português e brasileiro. Não queremos, no entanto, deixar de chamar a atenção para dois expoentes, bem expressivos, desta renovação, que estamos a referir-nos: a obra de Melo Freire, no domínio da literatura jurídica, e os assentos da Casa da Suplicação, no domínio da actividade jurisprudencial.

Nas instituições de *Usus Lusitani*, de Pascoal José de Melo Freire — verdadeiro padrão duma época, na história do direito português — difícil será encontrar um espírito tal e o espírito do direito natural e do *usus modernus pandectarum* que se manifestam na obra de Melo Freire, pelo prestígio alcançado na obra de *Usus Lusitani*, e no *Usus* dos tribunais, havia de contribuir, mais que nenhuma outra obra doutrinal, para a difusão e a acção daquela nova linha de pensamento.

Nos assentos da Casa da Suplicação — que tinham, não se esqueça, verda-

Num acento de 23 de Novembro de 1769, por exemplo, apressa-se a Vossa Supplicação a fixar doutrina sobre o preceito das Ordenações que exigia escritura pública para os contratos de divida que excedassem a quantia de sessenta milréis, dizendo que tal exigencia não tem que applicar-se aos mercadores e homens de negocio, porque «as suas obrigações, procurações e formos d'elles, não havendo sido tratadas, reguladas e decedidas pelas leis d'este Reino, se devem somente regular pelas leis maritimas e commerciaes da Europa illuminada, pelo direito das gentes, e costumes louvável e geralmente praticados pelas nações commerciaes da mesma Europa».

Num outro assento de 1780, a Cúria da Suplicação invoca o direito natural para dizer que só por sentença passada em julgado, e nunca por efeito automático, pode ter lugar a pena de desherdação que as Ordenações impunham ao cônjuge que, tendo descendentes menores, deixasse de fazer inventário por morte do outro cônjuge. E em 1786, fixa-se, por meio dum assento, uma interpretação

[illegible]

bem definida e inequivocamente formulada. Nem sempre, é certo, se marchou com absoluta segurança, pois houve necessidade, por vezes, de ir tateando o terreno e ir emendando erros antes cometidos, na precipitação das inovações. Mas, quando houve avanços na linha evolutiva das instituições jurídicas, não se ficaram elas devendo a qualquer falta de firmeza dos princípios, mas antes a hesitações ou dificuldades na sua interpretação ou na sua aplicação prática.

Neste aspecto, a época do jumanaturalismo contrasta entre nós, abertamente, com a que vai seguir-se: — com a difusão das ideias liberais, o esboço de uma primeira vitória no domínio político, abre-se uma nova Era na história do nosso direito, que coincide cronologicamente — como já dissemos atrás — com a separação política das duas nações lusitadas. Direito português e direito brasileiro começaram agora a trilhar caminhos diferentes, partindo do substracto comum que a época anterior lhes negara. Mas, nesses novos e diferentes caminhos, terão ambos de sofrer as consequências dum conditionalismo histórico deveras ingrato, onde se faz sentir a falta dum firme orientação filosófica, capaz de disciplinar a luta que se travava entre as novas ideias políticas, sociais e económicas e as instituições tradicionais.

As primeiras décadas da época liberal foram, na verdade, para a evolução das instituições jurídicas, uma época de desorientação, em que as reformas se sucederam um pouco ao sabor dos acontecimentos, e em que os juristas procuraram adotar os direitos nacionais preceitos e ideais novos, que encontravam nos Códigos estrangeiros do recente promulgação e cuja inspiração filosófica, muitas vezes, não chegavam a compreender. «Lutavam entre si — diz expressivamente o prof. Cabral de Moncada — numa barreira em que não intervinha a mais leve disciplina filosófica, ideias revolucionárias espalhadas pela Revolução Francesa, tradições escolásticas, reminiscências jumanaturalistas do século XVIII, racionalistas e sensualistas, arestas religiosas, novas ideias econômicas, e até um certo bom-senso de consequências práticas, inspirado algumas vezes em ideias inglesas, que pretendia harmonizar com a tradição histórica determinadas reivindicações dos tempos modernos».

Esta desorientação, no entanto, iria produzir-se muito mais intensamente em Portugal que no Brasil, o que, aliás, é perfeitamente compreensível: — Situado na velha Europa, na vizinhança imediata dos países donde sopram as doutrinas inovadoras, Portugal, tinha forçosamente que sentir, mais energicamente que o Brasil, a influência dessas doutrinas. Vítima, por outro lado, de agitações políticas muito mais intensas e muito mais graves que as verificadas na jovem nação irmã, o velho tronco lusitano tinha que sofrer também mais fortemente as consequências da luta apaixonada entre a tradição histórica e as novas ideias doutrinárias. E, para o quadro ser completo, não faltou até, nesta época, uma diferença sensível entre a formação científica dos juristas

para nortear o legislador na tarefa de reformar o direito privado, menos a houve capaz de determinar a fixação de novas regras de interpretação e de integração de lacunas, de modo a imprimir, deliberadamente, um novo rumo à actividade da jurisprudência e da doutrina. Os juristas tiveram de contentar-se, a este respeito, com as regras de hermenêutica que a época anterior tinha formulado, e toda a habilidade esteve agora em saber dar um sentido novo aos seus dispositivos, adaptando-os a uma linha de pensamento muito diferente daquela que presidira à sua promulgação.

A lei da Boa Razão, os Estatutos pombalinos da Universidade, os assentos da Casa da Suplicação da época jusnaturalista, continuavam a ditar, em plena época liberal, as normas relativas à interpretação das leis e à integração das suas lacunas. *Recta ratio* e *usus modernus* continuavam a ser, portanto, as normas supremas a que os juristas deviam submeter-se, na sua actividade doutrinária. Simplesmente, essas expressões tinham perdido, quase por completo, o seu antigo significado, e eram utilizadas, por vezes, para defender pontos de vista novos, que noutros tempos teriam sido, com base nelas, abertamente condenados: a *boa razão* vestia agora pelo figurino do individualismo liberal; e o *uso moderno* deixava de ser o jusnaturalismo dum Heineccius ou dum Stryk, para passar a ser, simplesmente, o abundante manancial do articulado dos Códigos individualistas, nascidos do ambiente doutrinário da Revolução Francesa.

É Manuel de Almeida e Sousa — mais conhecido pelo pseudónimo de Lobão — o primeiro juriconsulto a utilizar os Códigos estrangeiros como expressão do *uso moderno*, e a preconizar a sua aplicação, em Portugal, como direito subsidiário, fundando-se na autoridade da lei da Boa Razão. A ele se deve, em grande parte, a difusão, entre nós, do conhecimento do Código Civil Francês. Gouveia Pinto, no *Tratado dos Testamentos*, utiliza pela primeira vez o Código da Prússia. E Correia Teles, no *Digesto Português*, faz uso constante desses dois Códigos, o mesmo sucedendo com Coelho da Rocha, nas suas *Instituições*, onde igualmente se utilizaram o Código austriaco, o da Sardenha e vários outros.

A licitude da utilização destes Códigos estrangeiros, como subsidiários do nosso direito, a ninguém, então, oferece dúvida. Coelho da Rocha — exprimindo, aliás, o sentir unânime da época — justifica-a em tom ingenuo e simplista, dizendo que os Estatutos da Universidade, assim como permitem averiguar o uso moderno das nações nos escritos dos seus juriconsultos, por maioria de razão devem permitir procurá-lo nas suas leis. E afirma isto em termos de quem ignora, ou, pelo menos, nenhuma importância atribui ao facto de esse *uso moderno*, referido nos Estatutos de 1772, ter um significado doutrinário e filosófico muito próprio, simbolizando todo o pensamento duma escola jurídica prudencial, de que os Códigos individualistas se achavam, por vezes, muito distanciados.

Se nos lembrarmos, mais uma vez, da enorme amplitude que tinha, então, o recurso ao direito subsidiário — por virtude da deficiência das Ordenações e da legislação complementar — e da enorme importância que possuíam os critérios de interpretação, perante leis deficientemente redigidas, poderemos logo ter uma visão aporística dos resultados práticos que derivaram desta franca acceitação, entre nós, do preceituado em Códigos estrangeiros: — Foi toda uma nova massa de disposições, que lentamente penetraram nos quadros da Ordenação jurídica vigente, e que os nossos juriconsultos procuravam conciliar, na medida do possível, com o direito tradicional, quase sempre sem grande critério filosófico, mas com incontestável mestria de ordem técnica — ou eles não fossem como realmente eram, juristas de primeira plana.

Importa, porém, não exagerar o papel inovador que estes Códigos estrangeiros desempenharam entre nós. Muitos preceitos tradicionais continuaram de pé, pois a doutrina dos códigos modernos, só por si, nada podia contra a letra expressa das Ordenações ou das leis que lhes serviam de complemento. E, continuaram de pé, do mesmo modo, muitas doutrinas que a tradição jurídica portuguesa tinha introduzido por via interpretativa ou integrativa das leis vigentes, ou porque tivessem obtido definitiva consagração como costume *præter legem*, ou porque não fossem de todo divergentes das que os códigos modernos consagravam, relativamente aos mesmos assuntos.

O direito privado português apresentava-se, assim, nas vésperas da promulgação do Código Civil de 1867, como a «resistência» duma sobreposição ou estratificação de três camadas de correntes doutrinárias, correspondentes a outras tantas épocas históricas, bastante diferenciadas umas das outras, mas conciliadas entre si, com bastante perfeição técnica, pelo esforço e engenho de algumas gerações de juristas: — Primeiramente, o fundo tradicional ou escolástico formado pelas Ordenações, pela legislação extravagante anterior a meados do séc. XVIII, e pela massa imponente dos tratados dos nossos velhos praxistas. Em seguida, o contributo da época jusnaturalista, formado pela legislação de segunda metade do séc. XVIII e pelas inovações doutrinárias introduzidas, e sombra dela, pelos juristas. E, finalmente, a legislação liberal, de inspiração individualista, e a avalanche dos preceitos importados dos Códigos estrangeiros a título de direito subsidiário.

Se, no meio disto tudo, quisermos fazer um balanço do que foi a acção criadora da jurisprudência e da doutrina, neste espaço dum século que vai desde a lei da Boa Razão à promulgação do Código Civil português, e do contributo assim prestado pelos juristas para a formação do substracto doutrinário em que aquele Código havia de assentar, poderemos distinguir, nessa actividade três aspectos fundamentais: — É o primeiro, o da formação de novas interpretações, por vezes antagónicas das que anteriormente dominavam, a respeito de

textos legislativos que se mantinham plenamente em vigor. É o segundo, o da divulgação de novas doutrinas, em contradição aberta com as Ordenações, ou outras leis do Reino, pretendendo implantá-las, a pretexto de que esses textos legislativos tinham caído em desuso, ou pretendendo, ao menos, defendê-las *de iure constituendo*. É o terceiro, finalmente, o da acção exercida no vasto campo em que o silêncio da lei remetia para o direito subsidiário. Mais que em qualquer outro domínio, conseguiam aqui os juristas, com ampla liberdade de movimentos, condenar ideias, regras e doutrinas que já tinham feito voga, e substituí-las por outras, mais consentâneas, com as novas linhas do pensamento jurídico.

Procuremos ilustrar, com alguns exemplos, cada um destes aspectos da actividade dos nossos jurisperitos:

O primeiro aspecto que apontámos foi o da actividade interpretativa. A pretexto de mera interpretação, e utilizando os critérios a esse propósito proclamados pela legislação pombalina, conseguiram os nossos juristas, por vezes, introduzir inovações profundas no direito vigente.

Assim, por exemplo, a famosa regra romana da essencialidade da instituição de herdeiro, chave de todo o direito testamentário, sempre foi considerada pelos velhos praxistas como princípio vigente no nosso direito. Entendia-se que estava consagrada em certo passo das Ordenações, que recorria ao expediente de pressupor uma instituição tácita para considerar válido, em determinado caso concreto, um testamento sem instituição de herdeiro. Se se sentiu necessidade de recorrer a este expediente, é porque — dizia-se — se desejou, em princípio, considerar essencial aquella instituição.

Mas a referida regra caiu em desgraça, com o advento da escola jusnaturalista; e tanto bastou para que os nossos juristas passassem a interpretar às avessas a citada passagem das Ordenações. Como a norma, agora, era a de interpretar as leis de acordo com a boa razão, e como a boa razão condenava a essencialidade da instituição de herdeiro, passou a entender-se que as Ordenações, sancionando, num caso concreto, a validade dum testamento sem instituição, baniam expressamente a velha regra romana.

Algo de semelhante aconteceu com outra conhecida regra do direito romano: a regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, tão fértil de consequências jurídicas, em todo o campo do direito sucessório. As Ordenações diziam que «se um soldado instituísse alguém por herdeiro numa propriedade, ou noutra cousa», seria visto «morrer abintestado no restante de sua fazenda», «por ser concedido por privilégio aos soldados, que possam morrer em parte com testamento e em parte abintestado». Estas palavras eram a reprodução fiel da doutrina romana, que considerava o testamento militar uma excepção à regra «*nemo pro parte*»; e entendia-se, portanto, que as Ordenações, sancionando essa excepção, tinham querido igualmente sancionar a regra.

Condenada, porém, a regra romana pelas doutrinas jusnaturalistas, houve que forjar, aqui, uma nova interpretação. Começou a fazer-se finca-pé no preâmbulo da lei pombalina de 9 de Setembro de 1769, onde a regra «*nemo pro parte*» era censurada, como contrária à boa razão; e, embora se reconhecesse que essa simples censura, feita no preâmbulo ou relatório duma lei, não tinha, de per si, valor legislativo, entendeu-se que obrigava, pelo menos, a interpretar as Ordenações em sentido diverso. E assim se passou a afirmar — numa interpretação manifestamente forçada — que o facto de as Ordenações terem sancionado uma excepção à regra «*testatus*» não significava que tivessem querido sancionar a própria regra, pois para isso seria necessário que o tivessem dito expressamente, e não disseram.

Em matéria de substituições fideicomissárias, também se deu uma curiosa viragem de interpretação, no respectivo texto das Ordenações. Esse texto parece permitir, com toda a nitidez, que a substituição se faça sem limite de grau, pois diz expressamente que esta substituição se chama *compendiosa* «porque debaixo dum compêndio de palavras contém em si muitas substituições de diferente natureza». Mas o individualismo jurídico da época liberal mostra-se adverso à ideia das substituições sucessivas, dizendo que elas teriam «os inconvenientes dos morgados irregulares». E passa a defender a doutrina de que essas substituições não devem ser permitidas em mais dum grau, porque aquelle texto legal, ao exemplificar a forma por que a substituição se faz, não enumera senão um substituto, dizendo: «A forma porque se faz é esta: Instituto por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que ela falecer... seja herdeiro Paulo».

Se, do campo do direito sucessório, passarmos ao das obrigações, encontraremos habilidades interpretativas congêneres. Assim, por exemplo, as nossas Ordenações, falando do contrato de empréstimo, dizem, que o devedor fica consuetido em mora se não restituir a coisa emprestada «ao tempo e prazo que lhe for posto, e, não sendo declarado tempo, cada vez que o credor lha pedir». Isto parece ser confirmação plena da doutrina romana de que a mora se conta automaticamente, *ex re*, quando há prazo assinado para o pagamento, e que só na hipótese de não haver prazo se conta desde a interpelação, ou *ex persona*. Mas o Código Civil francês tinha proclamado doutrina diferente, considerando sempre essencial a interpelação, e só a dispensando na hipótese de se ter convenção, expressamente, que a mora se contaria por mero efeito do não-cumprimento da obrigação, no fim do prazo estabelecido. Os nossos juristas da época liberal não hesitam em acceitar esta doutrina, argumentando, com manifesta sem-razão, que a passagem das Ordenações não era bem explícita, e que se devia interpretar dessa maneira para favorecer os devedores.

Não nos alongaremos em mais exemplos, pois não faz mister.

Passemos, assim, a considerar a segunda das formas de actividade já apontadas. Agora não se trata já de interpretar, de maneira diferente, textos legais.

Também segundo o direito romano, não podiam os credores impugnar o repúdio da herança, que o devedor fazia para os prejudicar. A acção pauliana não era aqui applicável, porque o devedor não empobrecia, neste caso, o seu patrimônio, já que não tinha, antes da aceitação, nenhum direito sobre os bens da herança. Mas, com a regra *le mort saisit le vif*, a escola do *usus modernus pandectarum* vê-se obrigada a sustentar que os credores ficam efectivamente prejudicados com o repúdio, e que, portanto, devem poder aceitar a herança em substituição do devedor. E assim nasce a acção subrogatória, que o Código francês, logo em seguida, sancionaria, e que, defendida entre nós por Lobão e Correia Teles, passaria ao art.º 2040.º do Código Civil.

A condenação da regra *enemo pro parte testatus* acarreitou, por seu turno, importantes inovações. Melo Freire, por exemplo, sustenta abertamente a validade da aceitação *pro parte*, ou *sub conditione*, por entender que aquella regra romana, agora condenada, constituia o único óbice a essas formas de aceitação. Mas essa doutrina é já combatida por Almeida e Sousa; e Coelho da Rocha condena-a também, com fundamento no prejuízo que daí poderia advir para os credores e para os legatários. O individualismo liberal conseguiu, aqui, vencer o jusnaturalismo do séc. XVIII e restabelecer a tradição romana, embora com novos fundamentos.

A instituição de herdeiro a termo, suspensivo ou resolutivo, era também condenada pelo direito romano, com base na regra *«testatus»*. A opinião unânime passa agora a ser, entre os juristas, a de que essa forma de instituição é perfeitamente admissível, doutrina que, no entanto, não conseguiu passar, no Código Civil.

O direito de acrescer, que a tradição romana fundamentava na regra *«testatus»*, quanto às heranças, e na vontade presumida do testador, quanto aos legados, é outra vítima das novas ideias, que nesta matéria dominavam. Melo Freire e Gouveia Pinto condemnam-no totalmente, tanto entre herdeiros como entre legatários. Lobão e Correia Teles rejeitam-no nas heranças, mas não nos legados. E é preciso esperar por Coelho da Rocha para o ver reabilitado, não com o antigo e obsoleto fundamento da regra *«enemo pro parte»*, mas com o argumento da vontade presumida do testador e, sobretudo, com o argumento da sua consagração nos Códigos modernos. Mais uma vez, o individualismo jurídico da época liberal levava, aqui, de vencida o jusnaturalismo do séc. XVIII, desmontando uma das suas conquistas que aparentavam ser mais definitivas, e restabelecendo a tradição romana — ella própria individualista também.

Outra inovação dos jusnaturalistas — mas esta inteiramente aceite pelos escriptores da época liberal — é a que diz respeito à capacidade para ser instituído herdeiro ou legatário. Segundo o direito romano, exigia-se que essa capacidade existisse, tanto no momento da abertura da herança, como na oca-

sião de o testamento ser feito. Agora, passa a exigir-se apenas que exista essa capacidade no momento da morte do testador.

Não podemos alongar-nos, indefinidamente, na citação de mais exemplos, tanto mais que, noutros ramos do direito, eles são talvez mais numerosos ainda que no direito successorio. É o que succede, nomeadamente, no campo dos direitos de crédito, onde as inovações, a bem dizer, são em número interminável. Sobre tudo em pontos de pormenor, em que a legislação pátria normalmente era omissa, os nossos juristas punham de parte, com grande à-vontade, as velhas opiniões dos praxistas, para adoptarem os projectos que encontravam formulados nos Códigos estrangeiros de recente promulgação.

O Código Civil Português de 1867 é o remate natural e lógico deste quadro que acabamos de descrever, com a agravante de que, para a sua redacção, tinha o legislador o campo totalmente livre, sem encontrar as peias dos textos legais anteriores, que, até aí, tantas vezes tinham feito estacar a febre de inovação e de progresso que dominava os nossos juriconsultos. Redigido em pleno auge do liberalismo politico e económico, o Código Civil representa, assim, a mais acabada expressão do individualismo jurídico em Portugal, consignando a maior parte das inovações propugnadas pelos juristas da época, e ultrapassando até, não poucas vezes, a expectativa deixada pela obra desses juristas.

Que se passava, entretanto, no Brasil?

Como já dissemos atrás, a evolução do direito privado brasileiro, depois de consumada a independência, teve de sofrer, em grande parte, a influência dum conditionalismo histórico semelhante àquelle que orientou a evolução do direito português no mesmo período. Mas, meté de circunstâncias várias, que já acima procurámos esboçar, a desorientação doutrinal e filosófica resultante da penetração das ideias liberais foi, no Brasil, acentunadamente menor que em Portugal. E a consequência mais saliente que daí resultou foi ter-se feito sentir no Brasil, muito menos que entre nós, a febre de inovações precipitadas, oferecendo-nos, ainda hoje, a nação brasileira um sistema jurídico-privado muito mais próximo da velha tradição portuguesa, muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal! Começa logo porque, no Brasil, nas primeiras décadas de independência e de liberalismo, não houve reformas legislativas com tão amplos reflexos jurídico-privados como as que, em Portugal, na mesma época, se levaram a cabo. Introduziram-se, sem dúvida, importantes e urgentes reformas de direito público, nomeadamente no campo administrativo e judiciário. Em certos ramos desse direito, os legisladores brasileiros marcharam, até, na vanguarda dos portugueses, como aconteceu, por exemplo, em matéria de direito penal, em que o Brasil conseguiu ter um Código, perfeitissimo para a época, vinte e tal anos mais cedo do que nós. Mas o direito privado, em si mesmo, nem dissecta nem

indirectamente recebeu, por via legislativa, alterações de grande vulto, se exceptuarmos a importante reforma do direito commercial, levada a cabo com a promulgação do Código de 1850.

Conservado, assim, mais preso à tradição que o direito português, no domínio legislativo, o direito privado brasileiro iria também desprender-se menos dela, no domínio da jurisprudência e da doutrina. Não quer isto dizer que o Brasil se mantivesse alheio à influência dos novos doutrinadores ou à sedução da novidade dos Códigos europeus de recente data. Tal como entre nós, também as obras doutrinárias e legislativas da moderna Europa iam no Brasil fazendo voga; e tal como entre nós, não faltava quem desvirtuasse o primitivo sentido das regras de interpretação e integração das leis fixadas na época pomalina, para dar guarida, através delas, a novas doutrinas de importação estrangeira. Aliás, a própria divulgação das obras portuguesas dum Gouveia Pinto, dum Coelho da Rocha ou dum Correia Teles, facilitava as coisas nesse sentido. e fomentava essa corrente, favorável à introdução de inovações jurídicas de fundo individualista. A attestá-lo claramente, está o facto de ter-se chegado a pensar, em 1851, na adopção do «Digesto Português», de Correia Teles, como Código Civil da Nação brasileira, o que não foi por diante por virtude do parecer desfavorável da Ordem dos Advogados, em resposta à consulta feita, nesse sentido, pelo Ministro da Justiça, Matoso Câmara.

Mas, se tudo isto é certo, não é menos certo que se esboçou, desde cedo, uma salutar reacção contra esse critério de inovação indiscriminada, e foi nessa corrente que terçaram armas os nomes mais representativos da jurisprudência e da doutrina. A mais expressiva vitória desta corrente conservadora — vitória cujos reflexos jamais se apagariam, na posterior evolução do direito privado brasileiro — foi a publicação da famosa Consolidação das Leis Civis, da autoria de Teixeira de Freitas, que a aprovação official, dada em 1858, elevaria ao nível dum verdadeiro código.

O carácter conservador da Consolidação obedecia, antes de mais nada, às próprias instruções dadas pelo Governo brasileiro ao seu autor: «A Consolidação — dizia-se no programma do Governo — será feita por títulos e artigos, em os quais serão reduzidas as proporções 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».

Mas o conservantismo da ordem governamental vinha ao encontro da própria maneira de pensar de Teixeira de Freitas. No extenso prefácio da sua obra, critica severamente o abuso, a que tantos juristas se tinham acostumado, de se desviar, sem grandes escrúpulos, dos textos legislativos vigentes. Põe as culpas, em grande parte, à lei de 18 de Agosto de 1769, que expressivamente diz ter dado «largas ao arbitrio, com o título de *bom razão*», e acresenta, depois, estas palavras significativas: «Tudo concorreu para que os nossos juristas

carregassem suas obras de matérias estranhas, ultrapassando mesmo as raia dos casos omissos. As cousas chegaram a tal ponto, que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem, do que pelos praxistas que o invadiram».

E mais adiante, no mesmo prefácio, expõe ele próprio o critério que presidiu ao seu trabalho: «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 de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação».

Não é, de resto, note-se bem, por espírito retrógrado ou por deficiente conhecimento das mais modernas codificações e obras doutrinárias, que Teixeira de Freitas se mostra tão ardentemente conservador, mas com base numa sólida preparação científica, que reiteradas vezes põe à prova, ao discutir certas orientações inovadoras e ao expor as razões por que prefere, contra elas, as soluções tradicionais. Nem, aliás, o seu espírito conservador é tão intransigente, que não dê guarida, uma vez que outra, a alguma interpretação mais arrojada, ou a alguma inovação merecedora de ser acolhida por via integrativa.

Que este conservantismo de Teixeira de Freitas não era uma atitude meramente pessoal, mas a expressão do sentimento dominante entre os juristas de maior craveira, nesses meados do séc. XIX, mostra-o claramente o relatório da «Comissão encarregada de rever a Consolidação das leis civis», pois é essa a nota dominante que aí se põe em destaque, para declarar que a obra é digna da aprovação e do louvor do Governo imperial.

Goradas as tentativas da segunda metade do séc. XIX para a feitura dum Código Civil, a Consolidação de Teixeira de Freitas ficou a ser, até começos do séc. XX, a expressão mais autorizada do direito vigente no Brasil. Respeitada como um verdadeiro código, ela conseguiu impor, na jurisprudência e na doutrina, o prestígio da corrente conservadora, fazendo cair em desgraça, duma vez para sempre, várias inovações preconizadas pela corrente progressista, que o direito brasileiro, ao contrário do direito português, nunca mais acceitaria.

Foi o prestígio assim alcançado pela corrente conservadora, que tornou possível fazer-se ouvir, com tanta autoridade e tanto êxito, a voz da tradição nos trabalhos preparatórios do actual Código Civil Brasileiro. Desde a lucida intelligência e cultura do autor do projecto primitivo, que soube reformar sem demolir — dando realiação às mais prementes aspirações do século, sem renegar a herança sagrada do passado — até a voz autorizada dum Andrade Figueira, que soube chefiar, com mão de mestre, na Comissão Revisora, a corrente tradicionalista, contra os partidários das inovações radicais, tudo contribuiu para que o Código Civil Brasileiro pudesse sair a público como um conjunto equilibrado e harmonioso, onde a tradição jurídica portuguesa se mantém bem

viva, embora remota — liberta de velhos anacronismos e de antiquados pre-conceitos.

Como expressivamente diz Paulo Mierá, «o legislador brasileiro não teve dúvida em aproveitar-se largamente dos elementos que lhe forneciam as legislações civis mais recentes e pertencentes»; mas «acima de tudo, pautou a preocupação de consolidar oficialmente, sob uma forma científica, a obra do passado — não as velhas Ordenações e os seus preceitos obsoletos, mas a obra sobre elas lenta e sabiamente edificada, graças à colaboração harmoniosa dos órgãos legislativos, da doutrina e da jurisprudência».

Em consequência dos factos acabados de apontar, o Código Civil Brasileiro constituiu, em pleno séc. XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica portuguesa, do que o próprio Código Civil Português, promulgado quase 50 anos antes!

Efectivamente, quando se estabelece o paralelo entre os dois Códigos Civis e se procura fazer o balanço da influência neles exercida pelo antigo direito português, a nota dominante que logo salta à vista é a da presença, no Código Brasileiro, de instituições, ideias e doutrinas de fundo tradicional, que o Código português rejeitou, para dar guarida — quantas vezes precipitadamente — a outras, de importação estrangeira.

Sem pretendermos fazer uma enumeração completa — o que, além de difícil, tornaria demasiado extenso este trabalho — não deixaremos de referir alguns dos exemplos mais elucidativos desta diferença de atitudes entre os dois códigos lusitadas.

Logo no domínio dos princípios gerais, aparece entre os dois códigos uma diferença importante, quanto à relevância do erro de direito. Enquanto o Código português, no art.º 659.º, declara que o erro de direito acerca da causa produz nulidade, consagrando, assim, a opinião de Coelho da Rocha e Correia Teles, o Código brasileiro não toma em consideração essa modalidade de erro, fixando, sem nenhuma reserva, a doutrina de que «ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece» e dando, desse modo, acolhimento à velha doutrina romana, que era também a defendida pelos nossos praxistas, e que parecia ser corroborada por certo passo das Ordenações.

Outro ponto em que o direito brasileiro mantive sempre uma intransigência inflexível e em que o direito português logo cedeu, com o Código Civil, à novidade vinda de França, foi o da insuficiência do simples acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acordo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, preluir a transferência da propriedade, para a qual é neces-

sário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. Esta regra, ardentemente defendida por Teixeira de Freitas na Consolidação, e várias vezes confirmada, depois disso, por diplomas legislativos avulsos, havia de ser reafirmada em todos os projectos de Código Civil, com excepção do de Felício dos Santos, e receberia o mais natural acolhimento no Código de 1916. O nosso Código Civil, diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que se haviam deixado seduzir pelo Código de Napoleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa.

Escusado é acrescentar que esta diferença de atitudes entre o Código português e o Código brasileiro dá lugar a importantes diferenças na regulamentação concreta de vários problemas, como, por exemplo, o da transferência da mesma coisa a dois adquirentes, o da venda de coisa alheia, o do risco pela perda ou deterioração da coisa transferida, etc.; e em todos esses problemas se faz sentir o mesmo apego da tradição por parte do Código brasileiro, a contrastar com o carácter inovador do Código português.

No domínio concreto do contrato de compra e venda, há outras diferenças ainda a assinalar, como, por exemplo, a que diz respeito à chamada retrovenda ou venda a retro. Condenada pelo art.º 1587.º do Código português, nunca ela deixou de ser aceite no direito brasileiro, segundo a tradição das Ordenações Filipinas, obtendo consagração no art.º 1141.º do Código de 1916.

No contrato de locação, o Código Civil brasileiro respeitou o preceito das Ordenações, que autorizava o despejo do locatário quando a coisa era alienada, a não ser que o contrário se tivesse convencionado no contrato. Esta doutrina, que o nosso antigo direito tinha ido buscar directamente ao direito romano, foi posta de parte pelo Código Civil português, no art.º 1619.º, dando satisfação ao que tinha já sido proposto por Correia Teles, no Digesto Português, na esteira do Código de Napoleão e do Código da Prússia.

Diferença fundamental entre os dois Códigos é também a que se nota, propósito da boa fé, na prescrição aquisitiva. A doutrina expressa das Ordenações Filipinas, inspirada directamente no direito canónico — doutrina essa aliás, que os nossos escritores da primeira metade do séc. XIX não contradiavam —, era a de que a boa fé se exigia durante todo o tempo da prescrição. O Código Civil português desviou-se dessa regra, e copiou o preceito do Código francês, que tinha restaurado, neste ponto, a doutrina romana, exigindo apenas a boa fé no momento inicial. O Código brasileiro, pelo contrário, no se art.º 551.º, continua a respeitar a velha tradição portuguesa.

Outro ponto em que o Código brasileiro respeita a doutrina das Ordenações, que se tinha tornado obsoleta em Portugal ainda antes do Código Civil e que este, portanto, passou em silêncio, foi quanto ao contrato de adopção (filição artificial).

romanas de direito sucessório. As consequências, já assinaladas, da adopção da regra *le mort sciet le vij* e do abandono da regra «nemo pro parte testatus», fizeram-se sentir, com uma evolução semelhante, no direito português e no direito brasileiro; e ainda hoje os Códigos Civis das duas nações lusitadas fixam regras semelhantes, quanto à determinação do momento em que se adquire a titularidade da herança, quanto a transmissão hereditária do direito de adir, quanto ao exercício da acção subrogatória, quanto ao momento a que deve referir-se a capacidade de suceder, etc.

Mais significativas, porém, que estas inovações, simultaneamente aceites pelo direito português e pelo direito brasileiro, são as instituições jurídicas tradicionais a que os dois direitos se mantiveram sempre fiéis. Algumas delas são de tão transcendente importância, que seriam suficientes, só por si, para individualizar o direito luso-brasileiro como expressão dum tronco jurídico comum. É o que acontece com a adopção do regime da comunhão absoluta de bens, como regime matrimonial supletivo — tradição portuguesa e cristã, hoje abandonada pela legislação de quase todos os países, mas a que Portugal e o Brasil mantêm plena fidelidade. É o que acontece, igualmente, com a exigência da outorga da mulher, para a alienação de quaisquer bens imobiliários do casal, — em exceptuar os que são propriedade exclusiva do marido — outra tradição tipicamente portuguesa, que hoje constitui, que nós sabemos, caso único em todas as legislações do mundo. E é o que acontece, igualmente, na ordem da sucessão legítima, sobretudo no que respeita à preferência total dos ascendentes sobre os colaterais — tradição romana pre-justinianeia, que se conservou no direito hispânico através da legislação visigótica, e contra a qual nada pôde o renascimento do direito romano justinianeu.

Mas além disto, em muitos outros pontos de menor importância, há no direito português e no direito brasileiro um nunca acabar de exemplos de fidelidade à tradição, e alguns deles bem significativos, porque representam uma vitória duramente alcançada, em luta contra as inovações, de inspiração estrangeira, que os doutrinadores pretenderam introduzir.

Foi em vão, por exemplo, no campo do direito sucessório, que os nossos juristas do *usus modernus* e da época liberal atacaram o direito do acréscer e sustentaram a validade da instituição a termo e da aceitação *pro parte*. Direito português e direito brasileiro permaneceram fiéis à tradição.

Foi em vão, igualmente, que se propugnou pela adopção da doutrina do Código Civil francês, quanto à mora no cumprimento das obrigações. As regras fixadas no Código português e no Código brasileiro são, ainda hoje, as do direito romano e do antigo direito das Ordenações.

Foi em vão, do mesmo modo, que se pretendeu introduzir, em matéria de reivindicação mobiliária, a regra francesa «en fait de meuble possession vaut titre». Direito português e direito brasileiro continuam a rejeitar essa regra

e a admitir o direito de sequela, tanto em relação aos imóveis como em relação aos móveis.

Para quê citar mais exemplos? A longa exposição que já fizemos parece-nos suficiente para podermos concluir que Portugal e Brasil continuam a ser, no direito como em tudo o mais, duas pátrias irmãs, que se orgulham da sua ascendência comum, e que o Brasil, mais ainda que Portugal, soube manter-se sempre fiel à velha tradição jurídica lusitana, dignificando-a e rejuvenescendo-a, e dando, assim, um admirável contributo para a sua perenidade no mundo.