

# O Direito Luso-Brasileiro: codificação civil\*

António Santos Justo

## 1. MOVIMENTO CODIFICADOR

Fruto do racionalismo iluminista essencialmente humanista e antropocêntrico, mas com antecedentes nas revoluções cartesiana e newtoniana criadoras duma nova aliança entre os espíritos positivo e racional que substituiu a lógica escolástica pela lógica dos factos e considerou a razão uma força espiritual que utiliza a experiência como ponto de partida na descoberta da verdade, o movimento codificador impôs-se imparavelmente, apesar da oposição da Escola Histórica alemã que encontra, no duelo entre THIBAUT e SAVIGNY, páginas brilhantes que a História não permite esquecer e, qual juiz implacável, acabou por dar razão a ambos: a THIBAUT, porque um código comum constituía uma garantia de unidade e liberdade nacional; e a SAVIGNY, porque, sem uma cultura científica renovada, a codificação não era possível<sup>1</sup>.

---

\*O presente trabalho serviu de suporte à conferência intitulada “Bases Históricas do Código Civil Brasileiro” que o Autor proferiu no XII Congresso Internacional de Direito Comparado, no Rio de Janeiro, em 3/9/2003, organizado pelo Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, nas instalações da Escola Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

1 Vid. Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 1980) 392-393, 397-399, 403, 407, 425, 437, 445-446 e 451-452; e A. CASTANHEIRA NEVES, *Escola História do Direito em Polis 2* (1984) 1046-1062.

A razão, que tudo invadira e nada poupava à sua crítica, considerava os costumes e as tradições factores de regresso; e enfatizava a lei como instrumento eficaz na garantia de segurança, na defesa da liberdade, na realização da igualdade e meio rápido de reforma duma sociedade obsoleta. Porque expressão da vontade geral e racional, obedecer à lei é uma atitude de independência. Ademais, a segurança e a certeza, que exigia a consideração da lei como única *fons iuris*, reclamavam uma legislação escassa, clara e simples e impunham a sua codificação sem artificialismos e complexidades técnico-jurídicas.

A França, país da escola da Exegese, tinha dado um impulso importante: estruturado o Estado segundo a doutrina de MONTESQUIEU em três órgãos diferentes (detentores dos poderes legislativo, executivo e judicial) e atribuída ao poder legislativo uma posição superior, a obra codificadora podia avançar: eis o famoso código de Napoleão elaborado com grande sabedoria e arte, que traduz um compromisso entre o Direito Romano e os costumes franceses<sup>2</sup> e reflecte inevitavelmente o estado social e político do seu tempo dominado por uma economia agrícola baseada na propriedade imobiliária “subtraída ao mundo da aventura”<sup>3</sup>. Dir-se-á, parafraseando Guilherme MOREIRA, que esta compilação “é a primeira que pode, verdadeiramente, receber

---

2 Vid. A. J. ARNAUD, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français* (Paris, 1969) 215-216; John GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 1988) 454; e A. ESMEIN, *Précis Élémentaire de l'Histoire du Droit Français de 1789 a 1814* (Paris, 1908) 333.

3 Vid. Mário REIS MARQUES, *o Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, no suplemento XXIX do *BFDC* (1987) 138-139.

o nome de Código”<sup>4</sup>. O seu mérito, eloquentemente fixado por BIGOT-PRÉAMENEU que lhe chamou a “arca santa digna do respeito religioso do povo francês”, é tão grande, que continua a resistir à inevitável erosão dos tempos: “a glória de Napoleão” que, nas suas palavras proferidas na ilha de Santa Helena pouco antes da sua morte, “nada apagará, que viverá eternamente”, o seu *Code Civil* ainda é, volvidos 199 anos, o Código que os franceses recusam substituir.

## 2. A CODIFICAÇÃO CIVIL EM PORTUGAL

Entretanto, em Portugal continuaram a vigorar, até Janeiro de 1868, as Ordenações Filipinas desde 1603, apesar de, nas palavras de BRAGA DA CRUZ, “já em 1603 serem velhas e anacrônicas”, constituindo “uma sobrevivência da Idade Média nos tempos modernos”<sup>5</sup>.

A famosa Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769 e os Estatutos Pombalinos da Universidade de 1772 constituem, a par de algumas alterações legislativas, marcos importantes na modernização do direito, do ensino e da ciência jurídica sabiamente desenvolvida por juristas de grande envergadura como Pasqual José de Mello Freire dos Reis e António Ribeiro dos Santos. Porém, as velhas Ordenações Filipinas resistiam e nem a Revolução liberal de 1820 pôs termo à sua vigência. Uma vez mais, as grandes inovações foram obra

---

4 Vid. Guilherme MOREIRA *apud* M. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Portugal em Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L’Influence du Code Civil dans le Monde* (Paris, 1954) 660-661.

5 Vid. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *La Formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon* em *Obras Esparsas II* (Universidade de Coimbra/Coimbra, 1981) 3-4.

dos nossos juristas que, inspirando-se sobretudo no *Code Civil* francês, as realizaram com raro engenho, através da interpretação da lei e da integração das suas lacunas.

Insensivelmente, o direito positivo português ia-se transformando, modernizando, com a substituição de velhos princípios, que se tinham tornado obsoletos, por novas regras que alimentavam uma linfa jurídica plena de actualidade. Servem de exemplo ilustrativo: o abandono do princípio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* que condicionava a validade dos testamentos à instituição de herdeiro e impedia a coexistência das heranças testamentária e legítima; o afastamento da exigência canónica da boa fé na prescrição aquisitiva trintenária; e a recusa do princípio *emptio tollit locatum* que justificava a cessação da locação no caso de alienação do imóvel<sup>6</sup>.

Por isso, quando, em 1850, António Luis de Seabra foi incumbido de redigir um projecto de Código Civil, as velhas Ordenações Filipinas estavam desactualizadas, mas o direito e a ciência jurídica portuguesa tinham-se modernizado: tão-só (e não era pouco!) se impunha levar “ordem e clareza” ao caos em que se tornara a coabitação formal dumas Ordenações desactualizadas com novas leis e, sobretudo, novas regras instituídas pela nossa jurisprudência por sugestão da doutrina portuguesa.

Esta tarefa de unificar, sistematizar e simplificar o nosso direito à luz do princípio de que só a lei é *fons iuris* foi cumprida exemplarmente pelo Código Civil de 1867 que, deste modo, colocou, sem grandes surpresas, o nosso País ao nível do

---

6 Vid. A. SANTOS JUSTO, *A Locação de Coisa (“Locatio-conductio rei”) no Direito Romano. Alguns Reflexos no Direito Português em Lusitana. Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito. Universidade Lusitana 1 e 2* (Porto, 2001) 624-625.

melhor movimento codificador europeu. Não pretendemos (longe disso) subestimar os elevados méritos do Visconde de Seabra, justamente considerado um dos grandes, se não “o primeiro jurisconsulto português do seu tempo”, segundo DIAS FERREIRA<sup>7</sup>. Mas cometeríamos a injustiça de não reconhecer esse trabalho de modernização realizado por Homens como BORGES CARNEIRO, CORREIA TELLES, LIZ TEIXEIRA e COELHO DA ROCHA<sup>8</sup>.

O primeiro Código Civil português é, naturalmente, obra que reflecte as exigências da sociedade liberal do seu tempo: a sua feição individualista é notória, mas não afasta a moderação prudente, o notável senso prático e o grande apego à moralidade e à justiça que manifestam o pensamento filosófico-jurídico do Visconde de SEABRA<sup>9</sup>. Embora a influência do *Code Civil* e da doutrina francesa seja importante, o nosso Código está bem longe de ser uma simples cópia: além duma sistematização que nada lhe deve, em regra o seu Autor só se afastou da tradição jurídica portuguesa quando as novas soluções já tinham penetrado no direito português por obra da jurisprudência e dos nossos jurisconsultos, ou seja, já eram portuguesas.

Por isso, cotejando-o com o direito e a doutrina francesas, observa-se que ora se aproxima ora se afasta. Aproxima-se, por exemplo, na definição da propriedade em perfeita e

---

7 Vid. DIAS FERREIRA *apud* Manuel de ANDRADE, *o Visconde de Seabra e o Código Civil* (Coimbra, 1953) 19, 6ª ed. Sobre o Visconde de Seabra, vid. SANTOS JUSTOS, *Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento no BFDC LXXI* (1995) 607-621.

8 Vid. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª ed. (Almedina/Coimbra, 2000) 467-468.

9 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 435.

imperfeita<sup>10</sup> que POTHIER recolheu na terminologia romana *plena e minus plena*<sup>11</sup>; e na transmissão da propriedade por simples contrato<sup>12</sup>, solução pela qual COELHO DA ROCHA manifestava alguma simpatia<sup>13</sup>. Mas afasta-se, v.g., na admissão do casamento católico<sup>14</sup>; e na consagração, como supletivo, do regime da comunhão geral de bens<sup>15</sup>.

Entretanto, as insuficiências do Código de 1867 agravaram-se com o tempo. O Estado liberal cedeu às novas exigências sociais que reclamavam um direito mais social e uma viragem da ciência jurídica<sup>16</sup>. Com efeito, ligado a uma sociedade de feição individualista em que dominava a directriz “cada um trata de si contando que deixe salva a liberdade dos outros”<sup>17</sup>, o Código de Seabra foi-se tornando inadequado, apesar das alterações legislativas sobretudo a partir da implantação da República, em Outubro de 1910<sup>18</sup>. A sua longa vigência (de

---

10 Cf. artºs. 2168º. e 2187º.

11 Vid. Orlando de CARVALHO, *Direito das Coisas* (Coimbra, 1977) 163, 73ª e 75ª. eds.

12 Cf. artºs. 715º. e 1583º., respectivamente do Código de Seabra e do Code Civil francês

13 Vid. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez II*, 8ª. ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa, 1917) 649.

14 Cf. artºs. 1057º. No *Code Civil* francês (artº. 165º.), transparece a idéia dum contrato puramente civil. Vid. GILISSEN, *o. c.* 484.

15 Cf. artºs. 1098º. e 1108º. Por efeito da Lei de 13 de Julho de 1965, o direito francês passou a consagrar a comunhão de adquiridos. Vid. GILISSEM, *o. c.* 584 e 588-591.

16 Vid. ALMEIDA COSTA, *o. c.* 483-486.

17 Vid. ALMEIDA COSTA, *o. c.* 435.

18 Vid. SANTOS JUSTOS, *o Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano no BFDC LXXI* (1995) 48.

1 de Janeiro de 1868 a 30 de Maio de 1967) esgotara-se e, em 25 de Novembro de 1966, foi publicado o actual Código Civil que entrou em vigor em 1 de Junho de 1967.

De novo se cumpriu o princípio de que as codificações, desde que não procurem consagrar juridicamente as conquistas duma ruptura revolucionária, operam a fixação, em forma sistemática, dos resultados já alcançados. Por isso, as fontes do velho Código prolongam-se nas matérias do novo, mas é também notória a influência do Código Civil alemão de 1900 e do Código Civil brasileiro de 1916, com destaque para a consagração de uma parte geral seguida de quatro livros<sup>19</sup>. A dimensão social está presente em diversos institutos nos quais avulta a figura do abuso do direito<sup>20</sup>.

Depois da Revolução de 25 de Abril de 1974, grandes alterações se produziram nos direitos da família, das sucessões e nos direitos reais: na família, destacamos a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges<sup>21</sup> que afastou a velha figura do poder marital; nas sucessões, a vocação hereditária do cônjuge em relação à herança do outro<sup>22</sup>; e nos direitos reais, a revogação do instituto da enfiteuse. Obra de grandes juriconsultos onde avulta a figura do prof. ANTUNES VARELA ao tempo Ministro da Justiça, o actual Código Civil reflecte a orientação doutrinal do seu tempo: embora mitigada,

---

19 Todavia, a sua ordenação é diferente no Código Civil brasileiro: depois da parte, segue-se a parte especial constituída pelos livros I (direito da família), II (direito das coisas), III (direito das obrigações) e IV (direito das sucessões).

20 Cf. artº. 334º.

21 Cf. artº. 1671º.

22 Cf. artº. 2133º.

a sua feição positivista é bem clara na eleição da lei como única fonte imediata do direito<sup>23</sup> e no afastamento do costume *contra legem*<sup>24</sup>, ideal iluminista consagrado na Lei da Boa Razão e acolhido no Código de 1867<sup>25</sup>.

### 3. A CODIFICAÇÃO CIVIL NO BRASIL

#### 3.1 O código de 1916

Até à Revolução que, em 1820, instalou em Portugal o regime liberal, o meu País e o Brasil tiveram uma história jurídica comum. Depois, abriu-se uma nova era que progride com a independência do Brasil em Setembro de 1822. Doravante, os direitos português e brasileiro “trilham caminhos diferentes”, partindo “do substrato comum que a longa época anterior lhes legara”, escreve BRAGA DA CRUZ<sup>26</sup>.

Todavia, já a partir de 1820 o Brasil, ainda território português, não viveu, por força da separação geográfica, as intensas agitações políticas que, em Portugal, criavam grande desorientação com uma sucessão de reformas um pouco ao sabor dos acontecimentos. Por isso, sem a febre das inovações por vezes precipitadas, o Brasil pôde conservar um sistema jurídico-privado mais próximo da tradição portuguesa e mais liberto de influências estrangeiras. Acresce que, por efeito da Lei de 20 de Outubro de 1823, as

---

23 Cf. artº. 1º.

24 Cf. artº. 7º nº1.

25 Cf. artºs. 5º., 10º., 13º. e 16º

26 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro em SI* (Braga) 20.

Ordenações Filipinas continuaram aí vigentes até 1 de Janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro. E vigoraram sem grandes abalos, até porque aquela lei impediu a aplicação das reformas que o liberalismo tinha introduzido em Portugal<sup>27</sup>.

Porém, a legislação brasileira tornara-se um “verdadeiro mosaico”<sup>28</sup> e a elaboração de um Código Civil impunha-se como tarefa inadiável. Encarregado de o elaborar, Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, que Orlando de CARVALHO, distinto Prof. da minha Faculdade, considerou “um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna” e “uma gigantesca figura”<sup>29</sup> e a quem CÂNDIDO MENDES chamou “o Cujácio brasileiro”<sup>30</sup>, não conseguiu concretizar o seu propósito. Como acontece, por vezes, com os grandes homens que atingem a genialidade, TEIXEIRA DE FREITAS estava deslocado no tempo e as críticas foram atrozes e demolidoras<sup>31</sup>. No entanto, o trabalho preparatório do futuro Código, que publicou em 1858 com a denominação “Consolidação das Leis Civis” constitui, nas palavras de

---

27 Vid. BRAGA DA CRUZ, *ibidem* 29; Orlando GOMES, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* (Bahia, 1958) 13-17; ALMEIDA COSTA, *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português ( I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Civil)* (São Paulo) 123; J. C. MOREIRA ALVES, *A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, cit. 35; e J.G. B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio III* (Rio de Janeiro, 1966) 54-55.

28 Vid. CÂMARA, *ibidem* 103; e Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e Obra*, 2ª ed. (Brasília, 1983) 91.

29 Vid. Orlando GOMES, *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado no BFDC LX* (1984) 3 e 5.

30 Vid. CÂNDIDO MENDES *apud*. MEIRA, *ibidem* 179.

31 Vid. MEIRA, *ibidem* 139 e 170.

Sílvio MEIRA, um monumento legislativo ante o qual se inclinam, com respeito, juristas de várias nações”<sup>32</sup>. Nesta obra e no Esboço do Código que publicou alguns anos mais tarde, TEIXEIRAS DE FREITAS antecipou-se, na sistematização (parte geral e parte especial), quarenta anos ao famoso Código Civil alemão, como observa René DAVID<sup>33</sup>. A sua grande cultura romanista está bem presente quer na parte geral que, segundo SALEILLES, é como se fosse o título *de regulis iuris* posto no frontespício do conjunto das disposições particulares<sup>34</sup> quer nas diversas regras, institutos e instituições que corporizam aquelas obras que permitiram a CLÓVIS BEVILÁQUA fazer um código equilibrado e harmonioso, mantendo bem viva a tradição jurídica portuguesa liberta de velhos anacronismos e antiquados preconceitos<sup>35</sup>.

Com efeito, o Código Civil brasileiro de 1916 é uma obra notável, que CORDEIRO ALVAREZ sintetiza na fórmula eloquente: “(est) la plus haute expression du droit civil américain, et une des œuvres législatives les plus remarquables du monde”<sup>36</sup>. E se à *auctoritas* de CORDEIRO ALVAREZ juntarmos a douta opinião de MOREIRA ALVES para quem, no Tratado de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, o Código Civil brasileiro é considerado “a mais independente das codificações latino-americanas” porque metade “se funda

---

32 Vid. MEIRA *ibidem* 109.

33 Vid. René DAVID *apud* MEIRA, *ibidem* 455; e CÂMARA, *o. c.* 162.

34 Vid. SALEILLES *apud* MEIRA, *ibidem* 457

35 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit. 31.

36 Vid. E. CORDEIRO ALVAREZ, *Amérique Latine em Travaux de la Semaine Internationale de Droit* (Paris, 1954) 744.

em ideias dos juristas brasileiros e recolhe o direito consuetudinário”<sup>37</sup>, ficaremos tranquilamente desobrigados de outras considerações e do risco duma apreciação provavelmente de deficitária.

No entanto, importa esclarecer que há, no Código Civil brasileiro de 1916, influências francesas, alemãs e argentinas. Como simples exemplos das primeiras, destacamos os deveres conjugais<sup>38</sup> e a fixação proporcional dos alimentos de acordo com as necessidades do alimentando e os recursos da pessoa obrigada<sup>39</sup>; das segundas, a relevância do erro sobre as qualidades pessoais na anulação do casamento<sup>40</sup> e a extensão do direito de propriedade só à altura ou profundidade que interesse ao proprietário<sup>41</sup>; e das últimas, o âmbito de indemnização no caso de homicídio<sup>42</sup>.

Porém, urge não ignorar que o respeito pela tradição jurídica luso-brasileira constitui um marco importantíssimo que reflecte a preocupação da doutrina brasileira, na linha de TEIXEIRA DE FREITAS. Referimos apenas alguns exemplos: o regime supletivo da comunhão geral de bens<sup>43</sup>; a compra e venda

---

37 Vid. MOREIRA ALVES, *o. c.*38.

38 Cf. artºs. 231º. e 203º. e 212º., respectivamente, do Código Civil brasileiro e do *Code Civil* francês.

39 Cf. artºs. 400º. e 208., respectivamente, do Código Civil brasileiro e do *Code Civil* francês.

40 Cf. artºs. 219º. I do Código Civil brasileiro

41 Cf. artº. 526º. do Código Civil brasileiro.

42 Cf. artºs. 1537º. e 1084º. respectivamente, do Código Civil brasileiro e do Código Civil argentino

43 Cf. artº. 258º.

que, só por si, não transfere a propriedade<sup>44</sup>; e a regra de que o comprador da coisa locada pode despedir o locatário se o contrário não tiver sido convencionado<sup>45</sup>. No entanto, sempre que se julgou necessário, aquela tradição foi afastada. Constituíram inovações, *v. g.*, a admissão da usucapião trintenária com base na posse de má fé<sup>46</sup>; e o abandono da regra romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*<sup>47</sup>.

Uma breve apreciação revela-nos que estamos perante um código individualista que reflecte a estrutura agrária da sociedade brasileira e uma economia dominada pelo binómio da exportação de matérias-primas e de géneros alimentares e importação de artigos fabricados. Por isso, e embora não deixe de ser obra progressista em inúmeros passos como reconheceu Orlando GOMES<sup>48</sup> o progresso social começou a reclamar um novo código, tornando insuficientes as diversas alterações por obra de leis avulsas, sobretudo no domínio do estatuto familiar da mulher<sup>49</sup>. Em 1969, foi nomeada uma Comissão para elaborar um projecto do novo código, elevado, em 1975, a Projecto de Lei n.º 634. Presidiu a uma ilustre plêiade de juristas o Prof. Miguel REALE cuja

---

44 Cf. art.º 1122.º.

45 Cf. art.º 1197.º.

46 Cf. art.º 1574.º.

47 Vid. *infra* a nota 242.

48 Vid. Orlando Gomes, *Raízes Históricas*, cit. 40, 42, 46, 48, 56, 57, 66, 71 e 72.

49 Cf. a Lei n.º 4121 de 27 de Agosto de 1962 que consignou o “estatuto da mulher casada”. Vid. T. A. LOPEZ DE MAGALHÃES, *O Papel da Mulher na Sociedade* na *RF DSP* 75 (1980) 127-128.

*auctoritas* é desnecessário invocar. Merecem-nos eco as suas palavras “Não tivemos a preocupação de mudar, mas a vaidade de conservação”; e “não elaboramos um código, enfileirando sobre a mesa os códigos estrangeiros, para a escolha do melhor dispositivo. As estruturas verdadeiras são aquelas que brotam *ab imis fundamentis*. É grande a lição de Roma: o direito desenvolve-se à medida que a necessidade vai exigindo e os factos vão ditando”<sup>50</sup>.

Trata-se dum Projecto que concilia sabiamente o respeito pela tradição jurídica luso-brasileira com a necessidade de inovar. Referimos, por exigência do tempo, apenas alguns aspectos: a recusa da unificação, num só código, dos direitos civil e comercial; a consagração duma secção aos direitos de personalidade<sup>51</sup>; a admissão das responsabilidades subjectiva e objectiva, constituindo aquela a regra<sup>52</sup>; a estrutura familiar com base na igualdade dos cônjuges<sup>53</sup>; o regime supletivo da comunhão de adquiridos<sup>54</sup>; a não distinção entre filhos legítimos e ilegítimos na sucessão dos seus ascendentes<sup>55</sup>; a vocação sucessória do cônjuge supérstite como herdeiro legítimo em posição privilegiada<sup>56</sup>; etc.

---

50 Vid. Miguel REALE, *Considerações Gerais sobre o Projecto de Código Civil (Projecto de Lei nº 634, de 1975)* na RFDSP 71 (1976) 57-58.

51 Cf. artºs.70º. a 81º.

52 Cf. artº. 483. nº 2.

53 Cf. artºs. 1671º. A 1677º.

54 Cf. artº. 1717º.

55 Cf. artºs. 2133º., 2139º., 2140º., 2157º. E 2159º.

56 Cf. artºs. 2157º. a 2161º.

Porém, a sociedade brasileira não deixou de evoluir com a celeridade que marca os nossos tempos. A aprovação do Projecto de 1975 tardava e ia-se tornando desactualizado. Em 17 de Maio de 1984, a Câmara dos Deputados aprovou a nova versão desse Projecto, mas o novo Código civil não foi aprovado. A sua reestruturação impunha-se, sobretudo em virtude de recentes modificações legislativas, e foi confiada aos Profs. Miguel REALE e José Carlos MOREIRA ALVES, consagrado romanista e Ministro. Em 10 de Janeiro de 2002, foi aprovado o novo Código Civil brasileiro pela Lei n.º.10.406 e entrou em vigor em Janeiro de 2003.

Cumpre-nos apreciar alguns institutos que, estamos certos, mantêm actuais as palavras de BRAGA DA CRUZ: “Portugal e Brasil continuam a ser, no direito, duas pátrias irmãs que se orgulham da sua ascendência comum”<sup>57</sup>.

## 3.2 O Código de 2002.

### 3.2.1. Sistematização

O novo Código Civil brasileiro segue o modelo anterior com uma parte geral e outra especial. No entanto, desloca o direito da família do livro I para o livro IV; o direito das coisas, do livro II para o livro III; o direito das obrigações do livro III para o livro I; e o direito das sucessões, do livro IV para o livro V, o livro II é dedicado ao direito de empresa.

Abstraindo do livro II (direito de empresa), a sistematização do Código Civil brasileiro aproxima-se da ordem seguida pelo Código civil português.

---

57 Cf. vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit. 37.

### 3.2.2 Parte Geral

Contém um capítulo (o II) dedicado aos “direitos de personalidade”, com regras que tutelam os valores da subjectividade, a imagem e a intimidade e até o direito sobre o próprio corpo para fins de transplante. Trata-se duma inovação de grande alcance, sobretudo nos nossos dias em que é enorme a tentação de violar a vida privada no que tem de mais elevado e nobre. O legislador brasileiro revela-se atento, mostrando-se, também aqui, uma aproximação ao direito civil português.

Depois, destacamos o instituto da lesão enorme que o novo código consagra numa secção específica (a V) integrada no capítulo IV “dos defeitos do negócio jurídico”. Ignorada no Código de 1916 e mais tarde introduzida no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº. 8.078 de 11 de Setembro de 1990) embora sem o referir expressamente<sup>58</sup>, a lesão, a que os Glosadores de Bolonha *laesio enormis* ou *laesio ultra dimidium* com base em duas *constitutiones* do Direito Romano<sup>59</sup>, começou por ser considerada um desequilíbrio de prestações sem que o *animus* das partes assumisse qualquer relevo, justificando a rescisão do contrato se fosse superior a metade do preço da coisa vendida. BARTOLO, *caput scholae* dos Comentadores e considerado um dos maiores, senão o maior juriconsulto de todos os tempos, estendeu-a a qualquer tipo de contrato, influenciando o Direito Canónico que considerou pecaminoso todo o proveito exagerado obtido por um dos contraentes à custa do outro.

---

58 Cf. artº. 6º.

59 Cf. C. 4, 44, 2; -4, 44, 8.

Nos séculos XVI e XVII, o valor da lesão fixou-se em 1/3 e donominou-se *enormissima a laesio* ou desequilíbrio superior a metade<sup>60</sup>. As nossas Ordenações Filipinas determinam que “se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, póde desfazer a venda per bem do dito engano ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor”. Quanto ao comprador, “poderá isso mesmo desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço”<sup>61</sup>. Se o vendedor “desfazer o contracto (...) ficará a escolha no comprador, ou tornar-lhe a cousa, e receber o preço, que por ella deu, ou refazer-lhe o justo preço (...). E querendo o comprador desfazer o contracto (...) ficará a escolha ao vendedor, ou tornando-lhe o preço, que houve, e cobrar a cousa vendida, ou tornar-lhe a maioria que delle recebeu, além do que a cousa justamente valia ao tempo do contracto”<sup>62</sup>. E “todo o que dito he, ha lugar não sómente nos contractos de compras, e vendas mas ainda nos contractos dos arrendamentos, e foramentos, escaimbos, transacções, e quaesquer outras avenças, em que se dá, ou deixa huma cousa por outra”<sup>63</sup>. Mais adiante, as referidas Ordenações falam, sem definir, de engano enormíssimo para efeitos da restituição da coisa e dos frutos produzidos após a venda<sup>64</sup>. Nos primeiros textos consagra-se a *laesio enormis* e justifica-se

---

60 Vid. Jorge Eustácio da Silva FRIAS, *Da “Laesio Enormis”. Algumas Considerações a publicar brevemente no BFDC LXXVII (2002).*

61 Cf. Ordenações Filipinas, IV, 13 pr.

62 Cf. Ordenações Filipinas, IV, 13, 1.

63 Cf. Ordenações Filipinas, IV, 13, 6.

64 Cf. Ordenações Filipinas, IV, 13, 10.

com o erro em que a parte prejudicada pode incorrer seja por obra da contraparte, seja de si própria; e no último, surge a *laesio enormissima* reconhecida por COELHO DA ROCHA<sup>65</sup> e por TEIXEIRA DE FREITAS<sup>66</sup> e que, segundo CORREIA TELLES, ocorre “quando alguém recebe-o sómente a terça parte do justo valor da cousa”<sup>67</sup>. Nas duas *laesiones* há uma acção dolosa ou erro que vicia a vontade (erro-vício)<sup>68</sup>, circunstância que permite atribuir ao instituto a dimensão subjectivista que, parece, o Direito Romano ignorou.

O Código Civil português de 1867 não consagrou a lesão como figura autónoma, preferindo considerá-la sob a perspectiva do erro “que annulle o consentimento”<sup>69</sup>. Acolheu, portanto, a crítica que a considerava desnecessária, porque bem se podia incluir entre o erro, dolo ou coacção, ou seja, entre os vícios da vontade. No entanto, o Código de 1916 afastou-se desta posição e considerou a lesão um negócio usuário com contornos objectivo e subjectivos<sup>70</sup>. MOTA PINTO não deixa de a considerar dentro dos vícios da vontade, constituindo uma figura com formulação objectivo-subjectiva<sup>71</sup>.

---

65 Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 509.

66 Vid. *Consolidação das Leis Civis*, artº. 359, nota (2).

67 Vid. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado às Leis e Costumes da Nação Portugueza para servir de subsidio ao Novo Código Civil I*, 3ª ed. (Imprensa da Universidade/Coimbra, 1945) 253.

68 Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 509.

69 Cf. artº. 1582º.

70 Cf. artº. 282º.

71 Vid. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. (Coimbra Editora, Lda./Coimbra, 1990) 501-503

Quanto ao Direito Brasileiro, a *laesio enormis* e *enormissima* vigorou até 1916, por força das Ordenações Filipinas e da Lei de 20 de Outubro de 1823. Surge ainda na *Consolidação das Leis Civis* de TEIXEIRA DE FREITAS, mas, como já sucedera no Código Civil português de 1867, o Código Civil brasileiro de 1916 não a considerou figura autónoma. Em 1910, a Lei Federal nº. 8078 introduziu-a no Código de Defesa do Consumidor<sup>72</sup> e o novo Código Civil consagra a sua autonomia e dota-a de requisitos objectivo e subjectivo: a prestação “manifestante desproporcional”; e a necessidade ou inexperience do prejudicado<sup>73</sup>.

Pode concluir-se, portanto, que os actuais Códigos Civis português e brasileiro consagram o mesmo instituto, embora com nomes diferentes: negócio usuário e lesão.

### 3.2.3 Parte especial

#### 3.2.3.1 Direito das Obrigações

No livro I, o novo Código Civil brasileiro revela-nos, como o anterior, uma matriz profundamente romanista, que bem justificaria uma análise pormenorizada se dispuséssemos do tempo indispensável.

Vemo-nos obrigados a seleccionar alguns (poucos) institutos dos muitos (a esmagadora maioria) que nos permitem afirmar, sem ousadia, que estudar o Direito Romano é estudar o

---

72 Cf. artº. 6º.

73 Cf. artº. 157º.

Direito Civil brasileiro actual<sup>74</sup>. Abordaremos três contratos: a compra e venda, a locação de coisa e a doação.

## I – Compra e venda

É um contrato do Direito Romano cuja origem se perde na longa noite dos tempos. É provavelmente o resultado duma evolução a partir da originária permuta de coisa por coisa, a que se seguiu a troca por dinheiro.

Fiel aos princípios romanos de que o simples acordo não permite transferir a propriedade duma coisa, a *iurisprudencia* admitiu somente o efeito de criar obrigações: fundamentalmente, a de o vendedor transferir a posse livre e pacífica da coisa vendida; responder pela eventual evicção que o comprador venha a sofrer em consequência duma sentença que reconheça a propriedade de terceiro; e responder por vícios ocultos. Por sua vez, o comprador obrigava-se a transferir a propriedade (*dare*) do preço que, segundo a Escola Proculiana, devia consistir em *pecunia* que devia ser *certa* e, no direito justiniano, *justa*; a receber a coisa entregue pelo vendedor; reembolsá-lo dos gastos feitos com a conservação; e responder pelo risco nas condições acordadas. As partes podiam juntar vários pactos modificativos das suas obrigações. A responsabilidade por evicção cessava decorridos dois anos, ou seja, quando o comprador se tornava proprietário por usucapião.

---

74 Também em Portugal, o Prof. Catedrático de Direito Civil, MENEZES CORDEIRO, escreveu, no Relatório que apresentou no concurso para Prof. Associado, que “o Direito Civil português é o Direito Romano actual”; e que “a natureza histórico-cultural do Direito Civil não dispensa um estudo específico do Direito Romano”. Vid. António MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório na RFDL* (1988) 37-38.

Assim estruturada, a compra e venda penetrou nos direitos português e brasileiro através das sucessivas Ordenações Afonsinas (vigentes em 1500), Manuelinas (de 1521) e Filipinas (em vigor desde 1603). Nestas últimas (em vigor no Brasil até 1916), determina-se que se “o senhor de alguma coisa, a vende duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega della será della feito verdadeiro senhor, se della pago o preço, por que lhe foi vendida”<sup>75</sup>. Consagra-se, assim, o carácter obrigacional da compra e venda: o vendedor cumpre a sua obrigação com a *traditio* da coisa; e o comprador, pagando o preço.

Esta concepção, adoptada pela generalidade dos códigos modernos, foi, no entanto, afastada pela pelo *Code Civil* francês que, em sintonia com a doutrina jusracionalista, consagrou a transferência da propriedade por efeito do contrato de compra e venda, independentemente da entrega da coisa<sup>76</sup>. O Código Civil português<sup>77</sup> seguiu o modelo francês, afastando-se da tradição portuguesa que, iremos observar, ainda se conserva no Brasil. O legislador português foi sensível à crítica da nossa doutrina que invocava dificuldades práticas, sobretudo relacionadas com o hábito de as partes inserirem, no contrato de compra e venda, a declaração de o vendedor transferir, desde logo, o domínio da coisa vendida; e com a posse através da tradição fictícia que, segundo COELHO DA ROCHA, “não é uma simples redundancia tabelliôa”<sup>78</sup>.

---

75 Cf. Ordenações Filipinas IV, 7pr.

76 Cf. artº. 1583º.

77 Cf. artº. 1549º. Vid. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª ed. (Almedina/Coimbra, 2001) 260-261.

78 Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 650.

De todo o modo, a transformação não se fez sem hesitações, que o próprio Código revela: define a compra e venda como “o contracto (...) em que um dos contrahentes se obriga a entregar certa cousa, e o outro se obriga a pagar por ella certo preço em dinheiro”<sup>79</sup>; mas, pouco depois, refere-se que “a cousa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contrato é celebrado”. Somente em relação a terceiros a venda de bens imóveis “produzirá efeito, desde que for registrada”<sup>80</sup>.

A alteração do efeito obrigacional para real constituiu um dos temas da notável polémica que opôs TEIXEIRA DE FREITAS ao autor do Código, António Luís de SEABRA. Em causa estava a questão nuclear do método que, segundo o jurisconsulto brasileiro, só podia partir da distinção entre direitos pessoais e reais. Ora, fiel à sua formação romanísta e coimbrã que recebeu em Olinda onde conclui o grau de Bacharel em 1837<sup>81</sup>, TEIXEIRA DE FREITAS sustentava que o contrato de compra e venda só podia criar direitos pessoais, jamais reais, como pretendia SEABRA por influência do seu jusracionalismo e do *Code Civil* francês<sup>82</sup>.

Quem tinha razão? À História cabe dar a resposta. Sílvio MEIRA considera que as críticas de TEIXEIRA DE FREITAS se assemelham às de “um guerreiro impiedoso e desesperado”<sup>83</sup>, mas estão longe duma “agressividade que

---

79 Cf. artº. 1544º.

80 Cf. artº. 1549º.

81 Vid. MEIRA, *o. c.* 39 e 45.

82 Vid. *supra* a nota 12.

83 Vid. MEIRA, *o. c.* 175.

calunia ou injúria”. O seu “estímulo era outro: o amor à verdade jurídica, à verdade científica (...), à exactidão do raciocínio e do método”<sup>84</sup>. E CLÓVIS BEVILÁQUA reconhece que “Freitas uma vez por outra se acalora e acidula, um pouco mais do que a serenidade científica permite”<sup>85</sup>. Ainda segundo Sílvio MEIRA, a sua obstinação científica “rajava pela obsessão”<sup>86</sup> e isto talvez permita compreender os excessos e o que fundamentalmente separava os dois grandes juristas: enquanto TEIXEIRA DE FREITAS se enquadrava na Pandectística onde floresceu a herança Kantiana, SEABRA é um jusracionalista<sup>87</sup>. Por isso, não será ousado afirmar que a razão estava dos dois lados.

Esta polémica facilita a compreensão dos caminhos diferentes trilhados pelos direitos português e brasileiro no domínio dos efeitos da compra e venda. O actual Código Civil brasileiro mantém a orientação romanista consagrada no Código de 1916 na linha da doutrina de TEIXEIRA DE FREITAS: primeiro, quando, a propósito das obrigações de dar, refere que “até à tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos”<sup>88</sup>; depois, quando esclarece que “pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes obriga-se a transferir o domínio de certa coisa,

---

84 Vid. MEIRA, *o. c.* 177.

85 Vid. CLÓVIS BEVILÁQUA *apud* MEIRA, *o. c.* 175.

86 Vid. MEIRA, *o. c.* 177.

87 Vid. Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas*, cit. 73; e SANTOS JUSTO, *Recordando o Visconde de Seabra*, cit. 618.

88 Cf. artº. 237º.

e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”<sup>89</sup>; depois ainda, quando determina que “até ao momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”<sup>90</sup>. Trata-se duma solução lógica que todavia, afastando-se da regra romana *periculum est emptoris*<sup>91</sup>, revela que o legislador brasileiro não hesitou em romper com um princípio peculiar do Direito Romano.

## II – Locação de coisa

A locação de coisa é, no Direito Romano, um contrato em que o *locator* se obriga a proporcionar ao *conductor* (denominado *colonus* ou *inquilinus*, respectivamente no arrendamento dum terreno ou habitação) o gozo temporário de uma coisa mediante uma retribuição (*merces*). Conhecido por *locatio-conductio rei*, a sua origem não é conhecida, facto que tem alimentado várias discussões e justifica a sábia advertência de Alvaro D’ORS de que “en cuestiones de orígenes, debemos practicar a ars ignorandi”<sup>92</sup>. O locador obrigava-se a : pôr a coisa locada à disposição do locatário durante o tempo previsto no contrato; mantê-la em condições que permitissem o uso ou gozo ininterrupto do locatário, devendo fazer as reparações necessárias; e ressarcir os danos causados que lhe fossem imputados. Por sua vez o locatário obrigava-se a : pagar a renda acordada;

---

89 Cf. artº. 481º.

90 Cf. artº. 492º.

91 Cf. D. 23, 3, 15; I. 3, 23, 3; C. 4, 48, 2.

92 Vid. Alvaro D’ORS no *AHDE* 20 (1950) 901.

conservar a coisa locada em boas condições e não fazer uso reprovável; restituí-la no termo da locação; e ressarcir o locador dos danos causados.

Uma *lex* do ano 212 atribuída a Caracala permite a restituição antecipada da casa se o locador tiver necessidade de a habitar, carecer de reparação ou se for mal usada. Quanto aos riscos, a *iurisprudencia* romana distinguia: os normais (v. g., nasceram ervas daninhas num terreno e envenenaram o gado do locatário) oneram o arrendatário; e os anormais (v. g., incêndio, tempestade, praga de insetos, etc.) oneram o locador. Por isso, a obrigação de o locatário pagar a renda pode ser extinta ou reduzida. *Ad exemplum*, se uma intempérie afectar os frutos dum terreno agrícola, o *colonus* poder pedir a redução da renda. No entanto, se nos anos seguintes houver colheitas abundantes o locador será compensado. Se, nos anos anteriores, a produção foi grande, o locatário não obterá a redução da renda: considera-se compensado.

Se a coisa locada for vendida, o comprador não fica vinculado à locação, salvo disposição em contrário: vigora o princípio *emptio tollit locatum*<sup>93</sup>. O locatário pode, no entanto, demandar o locador-vendedor pelos danos causados pela retirada da coisa locada<sup>94</sup>.

Eis, em traços muito gerais, o regime jurídico da locação de coisa no Direito Romano, que as sucessivas Ordenações portuguesas consagraram<sup>95</sup>.

---

93 Cf. D. 19, 1, 13, 30; -19, 2, 25, 1; C. 4, 65, 9.

94 Vid. SANTOS JUSTO, *A Locação de Coisa*, cit. 624-625.

95 Cf. Ordenações Filipinas IV, 24pr.; -IV, 9pr.; -IV, 27.

Especial referência merece o regime da perda parcial dos frutos dum terreno em consequência duma tempestade, incêndio ou acontecimento imprevisível. Observamo-lo já na famosa Lei das *Siete Partidas* de Afonso X, O Sábio, rei de Leão, que vigorou em Portugal como direito subsidiário antes das Ordenações Afonsivas. Depois, foi consagrado nas diversas Ordenações, incluindo as Filipinas que vigoraram, em Portugal, até Janeiro de 1867. Terminou aqui a solidariedade medieval entre proprietário e arrendatário: o primeiro Código Civil português, de raiz individualista, afastou esta solução que foi recuperada, em termos aproximados, na actual lei do arrendamento rural que mais sensível às necessidades sociais, permite a resolução do contrato ou a fixação de renda nova, excepto nos acidentes susceptíveis de serem cobertos pelo seguro<sup>96</sup>.

Quanto ao princípio romano *emptio tollit locatum*, as Ordenações Filipinas acolheram-no nos arrendamentos com menos de dez anos<sup>97</sup>. Porém, a frequência com que esta regra era derogada levou a que, já no direito medieval, se consagrasse o regime oposto, mais tarde acolhido no *Code Civil* francês<sup>98</sup> e nos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1966<sup>99</sup>.

Feito este esboço do Direito Português, olhemos para o Brasil, onde vigoraram as soluções romanas até Janeiro de 1917 através das Ordenações Afonsivas, Manuelinas e

---

96 Cf. artº. 10º. do Decreto Lei nº 385/88 de 25 de Outubro. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 629-630.

97 Cf. Ordenações Filipinas IV, 9pr.

98 Cf. artº 1743º.

99 Cf. artºs. 1619º. e 1057º., respectivamente, do Código Civil de 1867 e do Código de 1966

Filipinas. O Código Civil de 1916 conserva substancialmente o mesmo regime<sup>100</sup> merecendo destaque o princípio *emptio tollit locatum*<sup>101</sup>. Porém afastou-se da tradição romana luso-brasileira quando determina que, “salvo ajuste em contrário, nem a esterilidade, nem o malogro da colheita por caso fortuito autorizam o locatário a exigir o abate no aluguer”<sup>102</sup>. Isto é, os Códigos Civis português de 1867 e brasileiro de 1916 confluíram no afastamento da solidariedade medieval que tinha penetrado em Portugal e no Brasil como em Portugal, também a solução brasileira é um reflexo da raiz individualista do seu Código que Orlando GOMES pôs em destaque nas palavras que, com a devida vênua, transcrevemos: “(A economia baseava-se) na exploração da terra e a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante a desumana exploração do trabalhador rural (...) o Código Civil é obra de homens da classe média que o elaboram nesse estado de espírito: a afirmação por excelência do regime capitalista de produção”. A classe média estava “presa aos interesses dos fazendeiros” que “não toleravam certas ousadias”<sup>103</sup>.

Com a evolução da sociedade brasileira, produziram-se algumas alterações no arrendamento de prédios urbanos e rústicos: em 30 de Novembro de 1964, a Lei nº 4504 (Estatuto da Terra) concedeu preferência ao arrendatário na alienação do imóvel<sup>104</sup> e determinou que a alienação “não

---

100 Vid. artºs. 1188º. e ss.

101 Cf. artº. 1197º.

102 Cf. artº. 1214º.

103 Vid. Orlando GOMES, *Raízes Históricas*, cit. 40, 42, 46, 48, 53, 56, 57, 66, 71 e 72.

104 Cf. artº. 92 § 3º.

interrompe a vigência dos contratos de arrendamento ou de parceria”, recusando, assim o princípio *emptio tollit locatum*<sup>105</sup>. E a Lei n.º. 8245 de 18 de outubro de 1991 seguiu esta orientação na locação de imóvel por tempo determinado e “o contrato contiver cláusula de exigência em caso de alienação”<sup>106</sup>. O novo Código Civil conserva este princípio na locação de coisa, mas afastou a diminuição da renda quando a esterilidade ou circunstâncias imprevisíveis provoquem a diminuição da colheita<sup>107</sup>.

Em conclusão: poder-se-á afirmar que o novo Código Civil brasileiro se mantém, nesta área sensível da locação de coisa ora mais perto ora mais afastado da tradição jurídica romana e luso-brasileira. Mais perto, no princípio *emptio tollit locatum* consagrado no arrendamento urbano por tempo indeterminado; mais longe, recusa da diminuição ou compensação da renda quando circunstâncias imprevisíveis diminuam as colheitas no arrendamento rural.

### III – Doação

A história da doação é marcada, no Direito Romano, pela *lex Cincia* do ano 204 a.C., que proibiu as doações acima de certo valor, excepto se feitas entre parentes até ao 5º grau e outras pessoas, como marido e mulher. Até aí, a doação não constituía um instituto autónomo; depois, adquiriu individualidade.

---

105 Cf. art.º. 92 § 5º.

106 Cf. art.º. 8º. Tratando-se de locação por tempo indeterminado, o adquirente pode denunciar o contrato dentro de 90 dias a partir do registo de venda ou do compromisso (art.º.8 parágrafo 2º.)

107 Ignoramos se a Legislação avulsa prevê esta possibilidade. Cf. art.º. 576º.

Mais tarde, porque se tornou frequente a prática de espoliações recíprocas entre cônjuges, foram proibidas as doações conjugais, mais rigorosamente o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do empobrecimento do outro, provavelmente através dum costume posteriormente acolhido e sancionado pela *lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto<sup>108</sup>.

A primeira *lex*, que se ocupa das liberalidades em geral, apenas proibiu o enriquecimento do donatário, sendo indiferente o empobrecimento do doador. A segunda só proibiu as liberalidades que envolvessem o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do empobrecimento do outro. Por isso, na hipótese de um deles, instituído co-herdeiro do outro, renunciar à herança para enriquecer o co-herdeiro, IULIANUS entende que “*donationem valet*”, porque “não se torna mais pobre quem não adquire, mas quem cedeu o seu patrimônio”<sup>109</sup>. Ora, se a doação é válida, importará defini-la como uma liberalidade que enriquece o patrimônio do donatário.

Passando ao Direito Português, as Ordenações Filipinas concederam ao cônjuge-doador a faculdade de revogar a doação feita ao outro<sup>110</sup>, excepto se “não he por ella feito mais pobre”<sup>111</sup> e determinaram a sua revogação *ipso iure* por superveniência de filhos<sup>112</sup>. A influência romana é muito

---

108 Vid. SANTOS JUSTO, “*Donatio et Animus Donandi*” em *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz II* no *BFDC* LVIII (1982) 902-907 e 910-911.

109 D. 24, 1, 5, 13: “... *neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*”.

110 Cf. Ordenações Filipinas IV, 65pr.

111 Cf. Ordenações Filipinas IV, 65, 3.

112 Cf. Ordenações Filipinas IV, 65pr.

clara, salvo na faculdade de o doador revogar *ad nutum* que substitui a invalidade.

Quiçá por influência da SAVIGNY que, olhando apenas para as liberalidades conjugais proibidas pela *lex Iulia et Papia Poppaea*, definiu a doação como um contrato em que uma das partes se enriquece à custa do empobrecimento da outra, COELHO DA ROCHA considera doação “o contracto, pelo qual uma pessoa concede gratuitamente a outra todos, ou alguma parte de seus bens”<sup>113</sup>. A correlação empobrecimento-enriquecimento, que se nota na referência a “seus (do doador) bens”, transparece no Código Civil de 1867<sup>114</sup> que, em relação às doações entre marido e mulher, seguiu o regime consagrado nas Ordenações Filipinas<sup>115</sup>. A doutrina savignyana é ainda mais clara no actual Código Civil<sup>116</sup>, criando algumas dificuldades<sup>117</sup>. Finalmente, a doação entre cônjuges só é nula se vigorar imperativamente o regime de separação de bens<sup>118</sup> e pode ser revogada a todo o tempo pelo doador<sup>119</sup>. Há, portanto, uma linha de continuidade na evolução do Direito Português que se distanciou progressivamente do Direito Romano.

---

113 Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 517.

114 Cf. artº. 145º.

115 Cf. artºs. 1178º., 1180º., 1181º. e 1182º.

116 Cf. artº. 940º.

117 V.g., num testamento são instituídos co-herdeiros *A* e *B*. *B* é médico e *A* repudia a herança para que a sua parte acresça à de *B* que o trata duma enfermidade da qual vem a falecer. Se aquele repúdio não se considerar doação (artº. 940º. nº. 2), parece excluída a aplicação do artº. 2194º. *ex vi* artº. 953º. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 916-917 19ª ed.

118 Cf. artº. 1762º.

119 Cf. artº. 1765º.

Quanto ao Direito Brasileiro, até 1916 vigorou o regime consagrado nas Ordenações Filipinas. Depois, os Códigos Civis de 1916 e de 2002 definem a doação segundo a doutrina savignyana já acolhida no primeiro Código Civil português. A transferência de “bens ou vantagens do patrimônio do doador” manifesta a sua *depauperatio*. Em relação à doação entre marido e mulher, o Código de 1916 não contém um regime excepcional. Sendo herdeiro legítimo o cônjuge sobrevivente<sup>120</sup>, aplicar-se-lhe-á o regime previsto para colação<sup>121</sup>. O actual Código Civil prevê expressamente aquelas doações e, conservando o regime anterior, determina que “importa adiantamento do que lhes cabe por herança”<sup>122</sup>. Há, portanto, um afastamento do Direito Romano e do Direito Português: aquele proibia a doação *inter virum et uxorem*; este permitia-a mas, excepto se o casal viesse a ter filhos, concedia ao doador a faculdade de a revogar, se tivesse ficado empobrecido. Os dois Códigos Civis portugueses mantêm praticamente este regime e não afastam a possibilidade da colação<sup>123</sup>. O Direito Brasileiro não permite a revogação *ad nutum*, mas sujeita a doação a colação.

### 3.2.3.2. Direito de empresa

O novo Código Civil brasileiro apresenta-nos uma inovação particularmente importante que veio confirmar o que Sílvio MEIRA escreveu sobre TEIXEIRA DE FREITAS: “...homem

---

120 Cf. artº. 1603. III

121 Cf. artº. 1785º.

122 Cf. artº. 544º.

123 Cf. artº. 2106º.

superior ao tempo e ao espaço em que vivia (...) Como todos os gênios, antecipou-se ao futuro”<sup>124</sup>. E especificamente sobre a absorção de preceitos comerciais pelo Código Civil, o ilustre romanista disse: “A pouco e pouco vamos nos convencendo (...) do plano de Freitas (...) Temos a impressão de que sua ideia original ainda vingará totalmente nas melhores legislações do mundo contemporâneo. É uma questão de tempo, apenas”<sup>125</sup>.

A idéia de unificação do direito privado ou, talvez melhor, da invasão do direito comercial no direito civil é, na verdade, uma das originalidades do pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS, corolário da sua lição romanista de que “*omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”<sup>126</sup>. Afastadas as *actiones* para o direito processual, ficam-nos as pessoas e as coisas, ou seja, os direitos pessoais e os direitos reais<sup>127</sup>. Em consequência, TEIXEIRA DE FREITAS critica a arbitrária separação das leis denominadas “Direito Comercial” ou “Código Comercial”, em cuja origem vê “um grande depósito de usos, costumes e doutrinas lentamente formados por inércia das legislações”. E propõe-se reparar os erros do passado através da composição de dois códigos: um, geral; o outro, Civil. Aquele conterà as definições necessárias; este, as normas que disciplinam a vida. No Código Geral, as leis ensinam, destina-se aos homens da ciência; no Civil, as leis mandam,

---

124 Vid. MEIRA, o. c. 350.

125 Vid. MEIRA, o. c. 409.

126 Cf. GAIUS 1, 8.

127 Vid. MEIRA, o. c. 115 e 117.

dirigem-se ao povo. As matérias do Código Comercial serão integradas no Código Civil<sup>128</sup>.

Esta idéia de unificação do direito privado, que viria a ter reflexos no Código Federal suíço das obrigações e no Código italiano de 1942<sup>129</sup>, foi recusada no Brasil, chegando o Ministro José de Alencar a considerá-la “um dos frutos muito prematuros”<sup>130</sup>. No entanto, as idéias dos grandes Mestres não parecem: são sementes que, mais tarde ou mais cedo, acabam por germinar, mostrando a genialidade de quem se antecipou ao tempo. Outros juristas não se esqueceram, como Alfredo Valadão, Herculanio Marcos INGLÊS DE SOUSA e, já nos nossos dias, Haroldo VALADÃO, Caio Mário da SILVA PEREIRA, Miguel REALE, Orlando GOMES que nos fala da “dicotomia incongruente do Direito Privado” e da consagração da idéia “preconizada, antes de todos, pelo mais genial de nossos civilistas, Teixeira de Freitas”<sup>131</sup>.

Poder-se-ia argumentar, como Orlando de CARVALHO, que esta invasão de preceitos comerciais no Código Civil converte-o num “bloco de leis” sem coesão e sem sistema<sup>132</sup>. E, independentemente das diferentes opiniões (aliás, naturais na ciência jurídica), importa reconhecer que se trata duma questão muito sensível com avanços e recuos. Não se ignora que o fracasso do projecto franco-italiano do direito das obrigações

---

128 Vid. MEIRA, *o. c.* 353-354.

129 Vid. MEIRA, *o. c.* 406.

130 Vid. MEIRA, *o. c.* 357 e 360.

131 Vid. MEIRA, *o. c.* 406-409; e Caio Mário S. PEREIRA, *Código das Obrigações na RJBA I-II* (1965) 182-190.

132 Vid. Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas*, cit. 50 e 57.

de 1927 retirou algum optimismo aos prosélitos da unificação jurídica, pois países como Portugal, México, Peru, Venezuela, Honduras, Costa Rica, Colômbia e França mantiveram a divisão clássica do direito privado nos Códigos Civil e Comercial<sup>133</sup>. No entanto, o Brasil acaba de consagrar, volvida centúria e meia, a idéia de TEIXEIRA DE FREITAS.

O futuro encarregar-se-á de a julgar!

### 3.2.3.3 Direito das coisas

No livro III do novo Código Civil brasileiro, onde quase tudo é romano, seleccionamos alguns institutos: a propriedade, a enfiteuse, a superfície e a usucapião.

## I – Propriedade

Sensíveis à sábia advertência epigraficamente fixada por IAVOLENUS de que “no direito civil toda a definição é perigosa”<sup>134</sup>, os jurisconsultos romanos não definiram a propriedade.

Mais tarde, estudando a casuística romana, os Glosadores medievais definiram-na como “o direito de usar, fruir e abusar” transmitindo a ideia de que se tratava duma propriedade marcada pelo individualismo exacerbado e pelo egoísmo sem limites, paradigma da propriedade burguesa contestada pela doutrina socialista dos nossos tempos. É,

---

133 Vid. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, cit. 88-89.

134 D. 50, 17, 202: “*omnis definitio in iure civili periculosa est*”.

no entanto, uma ideia errada. Já BÁRTOLO, estudando as fontes romanas, definira a propriedade como o “o direito de dispor completamente de coisas corpóreas, a não ser que a lei proíba”. O genial jurisconsulto da Escola dos Comentadores teve em atenção os textos que estabelecem limitações determinadas por interesses públicos (expropriação por utilidade pública; trânsito público; motivos urbanísticos; exploração mineral; etc.), por motivos religiosos e morais (incineração e sepultura de cadáveres na *civitas*; direito de passagem por terreno alheio para acesso a sepulcros; perda da propriedade a quem maltratasse um escravo doente; etc.) e por interesses privados, sobretudo no âmbito das relações de vizinhança (v.g., não desvio do curso natural das águas pluviais; corte de ramos e raízes que invadam o terreno vizinho; proibição de fumos, vapores, poeiras, odores provenientes da propriedade vizinha; etc.)<sup>135</sup>.

A definição de BÁRTOLO revela a verdadeira dimensão do *dominium* romano, caracterizado por uma profunda marca social. Aliás, as suas fontes têm inspirado as sucessivas doutrinas dos “actos de emulação”, do “uso normal”, das “influências directas” e, mais próximo dos nossos tempos, do “abuso do direito”<sup>136</sup>, provando-se, assim, o acerto daquela definição que percorre a História do Direito Português e encontrou guarida nos modernos Códigos, mesmo de raiz individualista de que é paradigma o *Code Civil* francês<sup>137</sup>.

---

135 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)* em *Studia Iuridica* 26<sup>a</sup> ed. (1997) 16 e 29-38.

136 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 35-37.

137 Cf. art.º. 544º.

Na linha do Direito Português, os Códigos Civis portugueses de 1867<sup>138</sup> e de 1966<sup>139</sup> consagram a propriedade como um direito limitado pela lei; e o princípio da tipicidade ou *numerus clausus* que impede a constituição, com carácter real, de restrições ou figuras parcelares desse direito<sup>140</sup>. Trata-se duma solução que continua a dividir a doutrina (há quem defenda um sistema fechado (*numerus clausus*) e quem opte por um sistema aberto (*numerus apertus*)<sup>141</sup> e nos aproxima da Itália e da Alemanha.

O Código Civil brasileiro de 1916 consagra a terminologia que POTHIER recolheu nas fontes romanas de propriedade plena e limitada (*minus plena*)<sup>142</sup>. Não utiliza a noção de BARTOLO, seguida nos Códigos Civis europeus, que refere a limitação legal mas não deixa de a limitar dando especial ênfase aos “direitos de vizinhança”, onde encontramos algumas soluções já fixadas na Lei das XII Tábuas.

Destacamos:

1. o mau uso, susceptível de prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos<sup>143</sup>;

---

138 Cf. artº. 2170º.

139 Cf. artº. 1305º.

140 Cf. artº. 1306º. Vid. Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais* 3ª ed. (*Quid Juris?*/Lisboa, 2001) 75-85.

141 Vid. José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais* 4ª ed. (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra, 1987) 149-160.

142 Cf. artº. 525º. O Código Civil português de 1867 (artº. 2168º.) fala de propriedade absoluta ou resolúvel, singular ou comum, perfeita ou imperfeita. 143 Cf. artº. 554º.

143 Cf. artº. 554º.

2. o direito de o vizinho exigir a demolição ou reparação do prédio que ameace ruína e a caução por dano iminente<sup>144</sup>;
3. o direito de o vizinho cortar as raízes e ramos que ultrapassem a extrema<sup>145</sup>;
4. a proibição de o proprietário do prédio superior desviar o curso natural das águas<sup>146</sup>.

No entanto, afastou-se do Direito Romano quando considera que os frutos caídos no terreno vizinho pertencem ao proprietário do solo onde caíram<sup>147</sup>. No Direito Romano, a Lei das XII Tábuas concedida ao *dominus arboris* o direito de penetrar no *fundu* vizinho para aí recolher os frutos caídos; e o pretor dispôs que a entrada devia ocorrer em dias alternados, devendo o *dominus fructuum* prestar uma garantia (*cautio damni infecti*) pelos danos eventualmente causados<sup>148</sup>. Esta solução foi consagrada nos Códigos Ciyis portugueses de 1867<sup>149</sup> e de 1966<sup>150</sup>.

O actual Código Civil brasileiro abandonou a terminologia propriedade “plena” e “limitada” e restringe o seu

---

144 Cf. artº. 555º.

145 Cf. artº. 558º.

146 Cf. artºs. 563º. e 564º

147 Cf. artº. 557º.

148 Cf. Lei das XII Tábuas VII, 10; D. 8, 6, 14, 1; -10, 4, 5, 3-5; -10, 4, 15; -19, 1, 25; -39, 2, 7, 2; -39, 2, 9, 1; -43, 28, 1pr. -1; -50, 16, 236, 1. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III (Direito Reais)*, cit. 33-35.

149 Cf. artº. 2318º.

150 Cf. artº. 1367º.

exercício à “consonância com as suas finalidades económicas e sociais”, preservando “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o património histórico e artístico” e evitando “a poluição do ar e das águas”<sup>151</sup>. Consagra a teoria da emulação<sup>152</sup> e dedica um capítulo (o V) aos “direitos de vizinhança”, mantendo as soluções do Código de 1916. A dimensão social da propriedade revela-se inequivocamente no novo Código e não deixa de ser curiosa a consideração de que os frutos de árvore alheia caídos no terreno vizinho pertencem ao proprietário deste: mantém a solução do Código de 1916. Deste modo, o vento e outras forças da natureza são causas de transferência da propriedade. Perguntar-se-á: porque? Através de que figura jurídica? Tem-se respondido à primeira pergunta invocando “uma razão de equidade”, ou seja, a “compensação pelos prejuízos sofridos”<sup>153</sup>. Porém, se a queda dos frutos não causar dano, não haverá lugar para a compensação e poder-se-á afirmar que estaremos perante um enriquecimento sem causa. Po isso, não tem faltado na Itália, que consagra esta solução, quem preconize uma interpretação restritiva que afaste os frutos caídos por acção do vento ou da chuva<sup>154</sup>. E se respondermos à segunda pergunta, em vão procuraremos nos tradicionais modos de aquisição (originária e derivada) o instrumento adequado. Resta-nos

---

151 Cf. artº. 1228 § 1º.

152 Cf. artº. 1228 § 2º.

153 Vid. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* III 2ª ed. (Coimbra Editora, Ltdª./Coimbra, 1987) 239-240.

154 Vid. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ibidem* 239-240.

a aquisição *ex lege* de algo que, parafraseando BONFANTE, talvez seja um “*Dei beneficium*”<sup>155</sup>.

## II – Enfiteuse

A enfiteuse é, no Direito Romano, um direito real sobre coisa alheia transmissível *inter vivos* e *mortis causa*, que atribui ao enfiteuta um poder muito próximo da propriedade, mediante o pagamento periódico de uma renda denominada *canon*.

Por seu efeito, a propriedade fragmenta-se em dois domínios: o direito e o útil que pertencem, respectivamente, ao proprietário e ao enfiteuta. Originária da parte oriental do Império Romano, a enfiteuse tinha em vista um melhor aproveitamento agrícola<sup>156</sup>; por isso, não surpreende que “tenha constituído uma das traves-mestras da vida económica e social medieval como observa ALMEIDA COSTA<sup>157</sup>”. Com efeito, as nossas Ordenações acolhem-na em termos que evidenciam a sua importância.

Percorrendo, v.g., as Ordenações Filipinas, observamos que o senhorio (titular do domínio directo) tem direito a uma renda anual, denominada *canon*, fôro, pensão e ração, se se tratar duma quota indeterminada, sendo válida qualquer convenção das partes desde que não haja lesão, ou seja,

---

155 BONFANTE justifica, assim, a aquisição de parte do tesouro pelo descobridor. Vid. Pietro NONFANTE, *Corso di Diritto Romano II La Proprietà. Sezione II* (Attilio Sampaolesi – Editore/Roma, 1928) 114.

156 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 206-210.

157 Vid. ALMEIDA COSTA, *o. c.* 196-198.

reduza a renda a menos de metade do justo valor ou exceda o justo valor acrescido de metade, respectivamente para o senhorio e enfiteuta<sup>158</sup>.

Se os frutos forem destruídos ou perdidos “por acaso, que não fossem muito acostumado de vir”, como cheias de rios, chuvas, granizo, incêndio, seca, aves, gafanhotos, etc., o enfiteuta não será obrigado a pagar a renda; mas se os frutos não se perderem todos, poderá optar entre pagar a renda acordada ou ceder com frutos produzidos<sup>159</sup>. No entanto, o senhorio será compensado se houver colheitas abundantes<sup>160</sup>. Se os frutos se perderem por culpa do enfiteuta, não beneficiará da isenção ou redução da renda<sup>161</sup>.

Se o enfiteuta quiser vender o seu domínio útil, deverá dar preferência ao senhorio e, se não exercer este direito, pagarlhe-á a quadragésima parte, dita “quarentena”, que constitui o laudémio considerado pelos praxistas a indemnização do não-uso do direito de opção ou prémio pelo reconhecimento do novo enfiteuta<sup>162</sup>. A *luctuosa*, direito de o senhorio receber uma prestação extraordinária por morte do enfiteuta e consequente transmissão *mortis causa* da sua posição, foi abolida nos bens da Coroa ou Fazenda Nacional pela Lei de 22 de Junho de 1846; e quanto aos bens privados, extinguiu-se depois de a sua interpretação se fazer a favor

---

158 Cf. Ordenações Filipinas IV, 13, 6. Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 371.

159 Cf. Ordenações Filipinas IV, 27pr.

160 Cf. Ordenações Filipinas IV, 27, 1.

161 Cf. Ordenações Filipinas IV, 27, 2.

162 Cf. Ordenações Filipinas IV, 38pr. Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 377-378.

do enfiteuta por se considerar odiosíssima quer pela sua origem feudal quer pela ocasião em que se vence<sup>163</sup>.

O Código Civil de 1867 consagrou a enfiteuse como “propriedade imperfeita”<sup>164</sup>; e considerou perpétuo o contrato de enfiteuse, sob pena de ser tido como arrendamento<sup>165</sup>; afastou a luctuosa e o laudémio nos contratos futuros<sup>166</sup>; determinou a hereditariedade dos prazos<sup>167</sup>; e, se não houver herdeiros do enfiteuta, o prédio será devolvido ao senhorio<sup>168</sup>.

Cotejando este regime com o das anteriores Ordenações, observa-se uma evolução que tende, se não a eliminar, pelo menos a afastar a exploração do agricultor-enfiteuta. Numa palavra, a tradicional enfiteuse não mereceu a simpatia mesmo do Estado liberal.

O novo Código Civil português manteve a enfiteuse, mas atribuiu ao enfiteuta o direito à remissão do foro quando tiver mais de quarenta anos<sup>169</sup> e determinou que o preço da remissão deve ser igual a vinte foros<sup>170</sup>. Sem ter tido coragem para eliminar a enfiteuse, o Código de 1966 deu um passo importante,

---

163 Vid. COELHO DA ROCHA, *o. c.* 374-375.

164 Cf. artº. 2189º.

165 Cf. artº. 1654º.

166 Cf. artºs. 1657º. e 1693º.

167 Cf. artº. 1662º.

168 Cf. artº. 1663º.

169 Cf. artº. 1511º.

170 Cf. artº. 1512º. nº.1.

permitindo a remissão ao enfiteuta. No entanto, a enfiteuse tinha os dias contados e, por isso, causou grande surpresa a sua revogação em 1976<sup>171</sup>, determinada pela Constituição Política de 1976<sup>172</sup> na sequência da alteração social produzida pela Revolução de 25 de Abril de 1974.

Percorrendo o Direito Brasileiro, a enfiteuse, que as nossas Ordenações introduziram no Brasil, continuou no Código Civil de 1916 que a considera um contrato perpétuo<sup>173</sup>. Restringe a enfiteuse a terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação<sup>174</sup>; consagra o direito de preferência quer o senhorio quer o enfiteuta na venda ou dação em pagamento dos domínios, respectivamente, útil e directo<sup>175</sup>; mantém o laudémio reduzido a 2,5% sobre o preço da alienação, salvo diferente disposição das partes<sup>176</sup>; recusa o direito do enfiteuta à remissão do foro por esterilidade ou destruição parcial do prédio enfiteutico nem pela perda total dos frutos, mas pode abandoná-lo ao senhorio<sup>177</sup>; e determina o resgate dos aforamentos

---

171 Cf. Decreto-Lei n.º. 195-A/76 de 16 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º. 546/76 de 10 de Julho e pela Lei n.º. 22/87 de 24 de Junho (abolição da enfiteuse sobre prédios rústicos); e Decreto-Lei n.º. 233/76 de 2 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º. 226/80 de 15 de Julho (abolição da enfiteuse sobre prédios urbanos).

172 Cf. art.º. 101.º. n.º. 2 e actual art.º. 96.º. n.º. 2.

173 Cf. art.º. 679.

174 Cf. art.º. 680.º.

175 Cf. art.ºs. 683.º. e 684.º.

176 Cf. art.º. 686.º.

177 Cf. art.º. 687.º.

anteriormente constituídos dez anos depois, através do pagamento de um laudémio (2,5% sobre o valor actual da propriedade plena) e de dez pensões anuais<sup>178</sup>.

No entanto, a realidade social ia ferindo de morte um instituto cuja *ratio* visava servir uma sociedade feudal. Por isso, não surpreende que o novo Código Civil tenha seguido o exemplo da reforma legislativa portuguesa de 1976: a enfiteuse foi afastada, após cinco séculos.

### III – Superfície

A superfície é, no Direito Romano, um direito real transmissível *inter vivos* e *mortis causa* de, perpetuamente ou durante largo tempo, gozar, plena e exclusivamente, de um edifício construído em solo alheio, mediante o pagamento de um cânone anual denominado *pensio* ou *solarium*.

Trata-se duma figura de engenho romano, criada para afastar as consequências anti-económicas do princípio de que, pertencendo ao *dominus fundi* tudo que lhe for acrescentado ou incorporado (*superficies solo cedit*), o edifício construído não podia deixar também de lhe pertencer. Para afastar esta situação que causava graves inconvenientes ao desenvolvimento da *civitas* cujo solo era propriedade do *populus Romanus*, de algumas instituições públicas e de uns poucos *cives*, o Direito Romano acabou por reconhecer à superfície a natureza de direito real, classificando-a entre *iura in re aliena*<sup>179</sup>.

---

178 Cf. artº. 693º

179 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 210-212.

O Direito Português das diversas Ordenações não consagrou o direito de superfície e tão-pouco o Código Civil de 1867 o incluiu nas chamadas “propriedades imperfeitas”<sup>180</sup>, embora tenha previsto a possibilidade de, num prédio, existirem árvores alheias que o *dominus fundi* poderá obrigar-se a conservar num período não superior a trinta anos<sup>181</sup>. Só em 1948 este direito foi introduzido, como direito real, no nosso ordenamento jurídico e com um campo de aplicação muito restrito: apenas podia ser constituído pelo Estado, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa em terrenos do seu domínio privado<sup>182</sup>. Por isso, poder-se-á afirmar que “só no Código Civil actual foi dada ao instituto completa carta de alforria”<sup>183</sup>. O direito de superfície é aqui alargado a plantações em terreno alheio<sup>184</sup> e prevê-se a possibilidade de construir sobre edifício alheio, embora se apliquem as regras da propriedade horizontal<sup>185</sup>. Pode convencionar-se o pagamento de única renda ou de certa prestação anual, perpétua ou temporária<sup>186</sup>; prevê-se a transmissibilidade *inter vivos* e *mortis causa*<sup>187</sup>; concede-se ao proprietário do solo o direito de preferência, embora

---

180 Cf. artº. 2189º. Vid. CARVALHO FERNANDES, *o.c.* 409.

181 Cf. artº. 2308º.

182 Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 458.

183 transcrevemos CARVALHO FERNANDES, *o.c.* 409.

184 Cf. artº. 1524º.

185 Cf. artº. 1526º.

186 Cf. artº. 1530º.

187 Cf. artº. 1534º.

em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície<sup>188</sup>; e prevê-se a sua extinção em condições que revelam a necessidade de proteger o *dominus soli*: v.g., a não conclusão da obra ou não plantação no prazo fixado ou, na sua falta, dentro de dez anos<sup>189</sup>; e, sendo constituído por certo prazo, o proprietário do solo adquire a propriedade da obra ou das árvores, devendo, salvo estipulação em contrário, pagar uma indemnização calculada segundo as regras do enriquecimento injusto<sup>190</sup>. Embora temporalmente muito distante do Direito Romano, vislumbra-se na superfície uma significativa influência romana na estrutura (gozo perpétuo ou temporário): nos modos de constituição e de extinção; na transmissibilidade; na não cessação por falta de pagamento das prestações anuais; etc.<sup>191</sup>. Isto é, o Direito Romano não desapareceu depois da codificação do direito civil: mantém-se, para fornecer soluções que as novas necessidades exigem.

Também o Direito Brasileiro só consagrou o direito de superfície no actual Código Civil e em termos muitos próximos do Código Civil português. Entre as diferenças, destacamos o afastamento da perpetuidade no Direito Brasileiro<sup>192</sup>. É uma diferença importante, mas não prejudica a afirmação de que ambos os direitos trilharam

---

188 Cf. artº. 1535º.

189 Cf. artº. 1536. nº. 1. A.

190 Cf. artº. 1538º.

191 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 212 14º. ed.

192 Cf. artº. 1369º.

as mesmas vias na enfiteuse e na superfície: naquela, a da extinção depois de longa vigência; nesta, a da consagração depois de ignorada durante vários séculos.

#### IV – Usucapião

No Direito Romano da época clássica (que decorre entre os anos 130 a. C. e 230), a usucapião (*usucapio*) era um modo de aquisição da propriedade exclusivo dos *cives Romani* que tinha na sua base a posse dum *res* corpórea alheia durante o tempo legalmente determinado (dois anos, nos *fundi*; um ano, nas *ceterae res*), com justo título (*iusta causa*) e de boa fé (*bona fides*). Depois, a circunstância de o tempo ser muito reduzido e o facto de não se aplicar nos *fundi* situados nas províncias não contempladas com o *ius italicum* explicam, na época clássica tardia (entre os anos 130 e 230), o desenvolvimento de um novo instituto denominado prescrição de longo tempo (*praescriptio longi temporis*) que, em via de excepção, paralisava a *reivindicatio* do proprietário e, em consequência, protegia o possuidor dum *fundus* provincial no caso de a posse dura pelo menos dez ou vinte anos, consoante o proprietário vivesse ou não na mesma cidade. Fundamentava-se não tanto na posse, mas sobretudo na inacção (*longum silentium*) que fazia presumir a carência do direito de propriedade. É provável que inicialmente fossem dispensadas a *iusta causa* e a *bona fides*, mas depois, época pós-clássica (que vai do ano 230 ao ano 530). Passaram a ser exigidas.

Entretanto, foi concebida ao possuidor uma *actio* para recuperar a *res*, adquirindo aquela *praescriptio* a função aquisitiva que a aproximou da *usucapio* e permitiu a Justiniano a sua fusão. Passou a falar-se de prescrição aquisitiva ou

usucapião que se verifica com base na posse durante determinado tempo (três anos, nas *res* móveis; dez e vinte anos, nas *res* imóveis, consoante o proprietário vivesse ou não na mesma província) com *iusta causa* e de *bona fides*. Esta tão-só era exigida no início da posse, vigorando o princípio *mala fides superveniens non nocet*.

Paralelamente, Constantino concedeu, a quem possuísse uma coisa pelo menos durante quarenta anos, a faculdade de contestar, por *exceptio*, a *reivindicatio* do proprietário, dispensando a *iusta causa* e a *bona fides*. Surgiu, assim, a prescrição de quarenta anos (*praescriptio quadraginta annorum*) que mais tarde, viria a ser concedida a quem possuísse durante trinta anos (salvo se o proprietário fosse a igreja, o Imperador, as *piae causae*) com *iusta causa* e de boa fé. Esta *praescriptio* que também adquiriu a função aquisitiva, é conhecida por usucapião extraordinária ou *longissimi temporis praescriptio*.

Portanto, na época justinianeia (que decorre entre os anos 530 e 565) encontramos dois tipos de usucapião: a ordinária, com base na posse durante três, dez ou vinte anos (respectivamente nas *res* móveis e imóveis cujo proprietário vivesse ou não na mesma província) com *iusta causa* e de *bona fides*; e a extraordinária com base na posse durante trinta anos (quarenta nos casos excepcionais referidos), com *iusta causa* e de *bona fides*<sup>193</sup>.

Passando ao Direito Português, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas determinavam que as lacunas do direito subsidiário e colocavam, em primeiro lugar, o Direito Romano

---

193 Vid. SANTOS JUSTO, *A Presença do Direito Romano no Direito Português: a "Usucapio"* em *Studia Iuridica* 70. *Colloquia* 11 (2002) 217-229.

excepto se a sua observância conduzisse a pecado, ou seja, se mostrasse contrária à moral cristã. E exemplificavam com a prescrição aquisitiva com base na posse de trinta anos, sem título (*iusta causa*) e de má fé. Neste caso, os tribunais deviam recorrer ao Direito Canônico, segundo o qual “o possuidor de maa fe nom pode prescrepver por nehnu tempo”<sup>194</sup>.

Importa, no entanto, esclarecer: a prescrição de trinta anos sem necessidade de *iusta causa* da posse e de *bona fides* do possuidor data do ano 424 quando Teodósio II reduziu o tempo de quarenta (fixado por Constantino) para trinta anos e continuou a dispensar a *iusta causa* e a *bona fides* do possuído. Na época justinianeia manteve-se a duração de trinta anos, mas exigiu-se a *iusta causa* e a *bona fides*. Portanto, se a solução romana é pecaminosa, não é a do direito justinianeu (estudado na Escola de Bolonha e na Escola dos Comentadores), do qual, aliás, o Direito Canônico se aproxima excepto na exigência de que a boa fé deve existir durante os trinta anos de posse<sup>195</sup>.

Como quer que seja, exclui-se, na época das Ordenações, a prescrição aquisitiva trintenária sem justa causa e da má fé: o Direito Canônico, aplicável subsidiariamente, não a permitiu. Esta situação só se alterou em 1769 quando a Lei da Boa Razão relegou o Direito Canônico para os tribunais eclesiásticos e reafirmou o Direito Romano como direito subsidiário desde que conforme à boa razão, ou seja, aos princípios do direito natural que, segundo os Estatutos Pombalinos da Universidade, decorrem do *usus modernus pandectarum*<sup>196</sup>.

---

194 Cf. Ordenações Afonsinas II, 9, 1. E também: Ordenações Manuelinas II, 5pr.; Ordenações Filipinas III, 64pr. Vid. ALMEIDA COSTA, *o. c.* 308-317.

195 Cf. Código de Direito Canônico, *canon* 1512.

196 Vid. ALMEIDA COSTA, *o. c.* 369-371 e 375.

O Código Civil de 1867 avançou nesta linha e, inspirando-se no *Code Civil* francês<sup>197</sup>, reconheceu a prescrição aquisitiva trintenária sem justa causa e de má fé<sup>198</sup>: foi um regresso à época pós-clássica do Direito Romano<sup>199</sup>. A mesma orientação romanista está também presente na exigência da boa fé no momento da aquisição da posse<sup>200</sup>.

O actual Código Civil português só inovou na redução do tempo de posse para vinte anos<sup>201</sup>.

Quanto ao Direito Brasileiro, cuja história é comum à de Portugal até 1915, o primeiro Código Civil consagra o usucapião de coisa imóvel independentemente de título e de boa fé, se a posse durar vinte anos<sup>202</sup>. Se houver justo título e boa fé, basta que a posse de imóvel dure dez ou quinze anos, respectivamente, entre presentes (moradores no mesmo município) ou ausentes<sup>203</sup>. O actual Código Civil reduziu o tempo de vinte para quinze anos<sup>204</sup> e para dez anos se “houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual”<sup>205</sup>.

---

197 Cf. artº. 2262º.

198 Cf. artº. 529º.

199 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 230-231.

200 Cf. artº. 520º. Também o *Code Civil* francês só exige a boa fé nesse momento: artº. 2269º.

201 Cf. artº. 1296º.

202 Cf. artº. 550º.

203 Cf. artº. 551º.

204 Cf. artº. 1238º.

205 Cf. artº. 1238º. parágrafo único.

Consagram-se também prazos menores em situações específicas<sup>206</sup>. A evolução percorreu a mesma linha do Direito Português e as diferenças apenas traduzem exigências específicas da sociedade brasileira.

Há, no entanto, uma alteração terminológica que separa os dois Códigos Civis brasileiros: no primeiro, fala-se de *usucapião*<sup>207</sup>; no segundo, e por determinação da Lei 6.969 de 10 de Dezembro de 1981, de a usucapião<sup>208</sup>. Prevaleceu, agora, a regra gramatical sobre a clareza jurídica: se usucapião é filologicamente um vocábulo feminino, importa acentuar que o *usus* constitui o elemento determinante da juridicidade. Não é qualquer *capio*, mas uma *capio* pelo *usus* que pertence ao gênero masculino. De todo o modo, ainda aqui (e, na nossa opinião, mal) o Direito Brasileiro se reaproximou do Direito Português<sup>209</sup>.

#### 3.2.3.4 Direito de família

Seleccionamos, neste sector do direito civil, as relações patrimoniais entre cônjuges.

Na época arcaica do Direito Romano (que decorre entre os anos 753 e 130 a. C.), em que a *familia* era uma pequena comunidade de pessoas e bens sujeitos ao poder dum chefe (denominado *paterfamilias*), a esposa ficava dependente do

---

206 Cf. artº. 1239º. e 1240º.

207 Vid. Secção IV, cap. II, tít. II, livro II; e secção V, cap. III, tít. II, livro II.

208 Vid. Secção I, cap. II, tít. III, Livro III; e secção I, cap. III, tít. III, livro III.

209 Cf. artº. 1288º. e ss.

poder marital (*uxor in manu*) e só o *paterfamilias* gozava de capacidade jurídica plena, vigorou o princípio da absorção de bens: os *bona* da mulher e os que tivessem sido constituídos em dote eram adquiridos pelo marido ou sogro (se aquele fosse *filiusfamilias*). Igual destino tinham os bens adquiridos posteriormente pela mulher por herança, doação, trabalho, etc. Podia o marido reservar-lhe alguns bens de uso pessoal na forma de *peculium*, mas a sua propriedade continuava a pertencer-lhe. Por outro lado, a mulher era herdeira do marido como se fosse sua *filia* e, portanto, à morte daquele dispunha, em regra, de bens que lhe permitiam viver durante a viuvez.

Com a evolução da família romana de agnaticia (vínculo jurídico de sujeição dos elementos familiares ao poder do *paterfamilias*) para consanguínea e a generalização dos casamentos em que a mulher conserva a sua independência (*uxor sine manu*), é-lhe reconhecida a possibilidade de ter um património próprio embora deixe de ser herdeira do marido no primeiro grupo dos *heredes sui*. Pertencem-lhe a herança do seu *pater*, os legados que habitualmente o marido fazia para assegurar a sua subsistência durante a viuvez e todos os bens que adquirisse. O dote que na época anterior era absorvido no património do marido, passa a ser considerado propriedade da mulher, embora a sua administração pertença, em regra, ao marido como um dos encargos inerentes ao seu *officium*. As *res extra dolates*, também denominadas bens parafernais, são igualmente propriedade da mulher; e as doações *ante nuptias* eram também adquiridas por ela embora só depois da dissolução do matrimónio sem culpa sua. Tudo isso pressupõe a existência de patrimónios separados, ou seja, o regime de separação de bens que percorre o Direito Romano no grande

arco temporal que vai desde os últimos tempos da república até ao direito justinianeu. A proibição de doações entre marido e mulher é mais uma prova segura deste regime.

No Ocidente, esgotado o Direito Romano com a queda do Império Romano no século V, o direito medieval hispânico contém uma diversidade de regimes, fruto de vários factores onde começa a destacar-se o Cristianismo com a ideia de amor e de igualdade conjugal. Há, na Sardenha (então colónia espanhola), a comunhão universal; em pouquíssimos lugares, a comunhão de adquiridos; e, como regra, o regime dotal, sendo agora o dote constituído pelo marido: é o dote dito germânico, talvez derivado do antigo *pretium puellae*.

Com as invasões germânicas, adquire relevo a comunhão de adquiridos que se iria manter durante largo tempo, coexistindo com a separação de bens do direito muçulmano e com a separação de bens entretanto recuperada após o renascimento do Direito Romano no século XII.

Entramos, assim, no Direito Português cujo início se assinala com a fundação de Portugal em 1140: continua a ser dominante a comunhão de adquiridos do antigo direito visigótico, mas, por influência cristã, vai afirmar-se nas regiões rurais do Sul, mais pobre de que o Norte, a comunhão universal que paulatinamente invade o Centro e o Norte, tornando-se dominante. Por isso, as Ordenações Manuelinas (do ano 1521) consagram-na como regime-regra sem, todavia, afastarem a possibilidade de os nubentes recorrerem à separação de bens ou à comunhão de adquiridos<sup>210</sup>. As Ordenações Filipinas mantêm a comunhão

---

210 Cf. Ordenações Manuelinas IV, 7pr.

universal como regime supletivo<sup>211</sup> e, decorridos 264 anos, o primeiro Código Civil português continuou esta tradição, enquanto o *Code Civil* francês tinha optado pela comunhão de adquiridos<sup>212</sup>. Entretanto, acolhendo as críticas de que desvirtua o casamento transformando-o num instituto chocante de aquisição de bens<sup>213</sup>, o novo Código Civil português substituiu a comunhão universal pela comunhão de adquiridos<sup>214</sup>, afastando-se da tradição portuguesa consagrada, pelo menos, desde as Ordenações Manuelinas e regressando à orientação anterior do direito visigótico que penetrou em Portugal e aqui fez o seu percurso até 1521. Não se trata, portanto, dum regime estranho à História do Direito Português aquele que actualmente vigora em Portugal.

Quanto ao Direito Brasileiro, a comunhão universal vigorou no Brasil desde o seu “achamento” e manteve-se no Código Civil de 1916 como regime supletivo<sup>215</sup>. Todavia, porque fomentava o chamado “golpe de baú”<sup>216</sup>, em 1977 o legislador consagrou o regime de comunhão parcial, reaproximando-se do Direito Português<sup>217</sup> e recuperando a velha tradição jurídica visigótica. Entretanto, o dote, que fora revogado no Direito

---

211 Cf. Ordenações Filipinas IV, 47pr.

212 Cf. artº. 1401º.

213 Vid. ANTUNES VARELA, *Direito da Família* (Livraria Petrony/Lisboa, 1987) 432; e PEREIRA COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* I 2ª ed. (Coimbra Editora, Ldtª./Coimbra, 2001) 478-479.

214 Cf. artº. 1717º.

215 Cf. artº. 258º.

216 Vid. ANTUNES VARELA, *o. c.* 432.

217 Cf. artº 1640º. do Código Civil português.

Português em 1977<sup>218</sup> na sequência do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges<sup>219</sup> que não tolera a superioridade do marido nem regimes especiais que pressupõem a inferioridade da mulher manteve-se no Código Civil brasileiro de 1916<sup>220</sup> e, quíça em virtude da sua escassa utilização, não está previsto no actual Código Civil. De novo o Direito Brasileiro se reaproximou do Direito Português.

Constitui uma particularidade do Direito Brasileiro o chamado “bem de família” consagrado no Código Civil de 1916<sup>221</sup> e no actual Código<sup>222</sup>. Trata-se dum bem ou conjunto de bens afectados às necessidades familiares, gozam de alguns privilégios<sup>223</sup>. Como património autónomo destinado à protecção da família, faz-nos recordar o *peculium* romano com as devidas adaptações.

### 3.2.3.5 Direito das sucessões

Também nesta área quase tudo é romano e, portanto, pertence à tradição jurídica luso-brasileira. Apenas por escassez de tempo (que já vai longo) referiremos somente a vocação sucessória do cônjuge supérstite e o princípio *nemo pro parte te tatus pro parte intestatus decedere potest*.

---

218 Cf. Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro.

219 Cf. art.º 1671.º

220 Cf. art.º 278.º e ss.

221 Cf. art.ºs. 70.º, a 73.º

222 Cf. art.ºs. 1711.º, a 1722.º

223 V.g., são isentos de execução por dívidas posteriores, salvo as provenientes de tributos relativos ao prédio ou de despesas de condomínio. Cf. art.º 1715.º

## I – A vocação sucessória do cônjuge supérstite

Na época arcaica do Direito Romano, dominada pelo matrimónio acompanhado de *conventio in manum* que punha a mulher (*uxor*) na condição de filha (*loco filiae*) do marido (ou do sogro, se *paterfamilias*), a mulher era, como filha, herdeira do marido, integrando o primeiro grupo dos *heredes sui*. Depois a partir dos últimos séculos da República, foi-se impondo a prática do casamento livre (sem *conventio in manum*), no qual a mulher conserva a sua independência, mas deixa praticamente de ser herdeira do marido: tão-só o pretor lhe reservava um lugar no afastado quarto grupo (*vir et uxor*) do *ius praetorium*<sup>224</sup>.

Para acautelar a mulher na sua eventual viuvez, o noivo doava-lhe alguns bens que, além de contribuírem para os encargos matrimoniais (*onera matrimonii*), proporcionavam-lhe a necessária subsistência após a morte do marido. Nas palavras de BONFANTE, estamos perante um “*appannaggio e un soccorso alla donna vedova*”<sup>225</sup>.

Na idade Média, a independência patrimonial dos cônjuge não favoreceu a sua vocação sucessória na herança do outro e o Direito Português não é diferente: continua a privilegiar-se o vínculo de parentesco. O cônjuge sobrevivido só aparece em quarto lugar, depois dos descendentes, ascendentes e colaterais<sup>226</sup>. No

---

224 Vid. Sebastião CRUZ, *Direito Romano* (“*Ius Romanum*”) I. Introdução. Fontes 4ª ed. (Ed. do Autor/ Coimbra, 1984) 227.

225 Vid. Pietro BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia* (attlio Sampaolesi – Editore/Roma, 1925) 381 e 383.

226 Cf. Ordenações Filipinas IV, 94pr.; - IV, 96pr. Vid. COLEHO DA ROCHA, *Instituições de direito Civil Portuguez* I 8ª ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa, 1917) 197 e 205.

entanto, esta posição de inferioridade sucessória do cônjuge sobrevivente foi depois atenuada através do instituto do apanágio que, contemplado inicialmente a viúva com rendimentos anuais provenientes da casa do marido defunto<sup>227</sup>, acabou por se estender ao marido. É assim que o Código Civil de 1867 determina que “o cônjuge que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido”<sup>228</sup>; e estabelece, ainda que “os alimentos durarão, em quanto o alimentado delles precisar, ou não passar segundas nupcias”<sup>229</sup>. O apanágio continua a justificar-se porque, como nas precedentes Ordenações Filipinas, o cônjuge sobrevivente ocupa o quarto lugar na ordem da sucessão legítima do cônjuge falecido<sup>230</sup>. Onerando as coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo (herdada pelos herdeiros que ocupam uma das ordens anteriores), este direito representa tecnicamente um ónus real<sup>231</sup> e não directamente um instituto sucessório<sup>232</sup>. O actual Código Civil conserva-o<sup>233</sup>, apesar de o cônjuge ocupar o primeiro ou segundo lugar, consoante haja descendentes<sup>234</sup>, situação que não deixa de

---

227 Cf. § 7 do Decreto de 17 de Agosto de 1761 e o Decreto de 17 de julho de 1778. Vid. COELHO DA ROCHA, *ibidem* 169-170.

228 Cf. art.º 1231.º.

229 Cf. art.º 1232.º.

230 Cf. art.º 1969.º.

231 Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões* (Coimbra Editora, Lda./ Coimbra s.d.) 326 1.ª.ed.

232 Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem* 327.

233 Cf. art.º 2018.º.

234 Cf. art.º 2133.º.

causar alguma estranheza, embora se possa justificar quando o quinhão de herdeiro legitimário seja exíguo e, portanto, insuficiente<sup>235</sup>.

Quanto ao Direito Brasileiro, o apanágio manteve-se em vigor até 1916. O primeiro Código Civil não lhe dedicou uma disposição específica, mas não deixou de contemplar o cônjuge sobrevivente estabelecendo que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”<sup>236</sup>. Esta norma justifica-se, sobretudo porque o cônjuge sobrevivente ocupa o terceiro lugar na ordem da vocação hereditária legítima<sup>237</sup>. O actual Código Civil mantém o direito recíproco à prestação de alimentos entre pais e filhos<sup>238</sup> e determina ainda que este direito cessa “com o casamento, a união estável ou o concubinato”<sup>239</sup>. Como no Direito Português, também estas normas podem causar alguma surpresa com a elevação da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente ao primeiro e segundo lugares da ordem sucessória legítima, consoante concorra com os descendentes ou ascendentes, mas não deixam de justificar-se quando a parte que lhe corresponder seja insuficiente para a satisfação das suas necessidades alimentares. Também aqui os direitos Português e Brasileiro caminham lado a lado.

---

235 Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem* 326.

236 Cf. art.ºs. 397º e 399º

237 Cf. art.º. 1603º.

238 Cf. art.º. 1696º.

239 Cf. Art.º. 1708º.

## II – O princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*

Estamos perante um princípio fundamental do direito romano que faz parte da tradição jurídica luso-brasileira e só no século XIX foi abandonado.

Na verdade, por efeito do princípio de que o herdeiro sucede *in universum ius defuncti*, o Direito Romano não admitia a validade de testamentos em que o *de cuius* não instituisse herdeiro (ou herdeiros) na totalidade da herança. Portanto, não podia coexistir as heranças legítimas e testamentária.

Este princípio foi seguido no Direito Português até 1769<sup>240</sup> quando a Lei de agosto (crismada de Lei da Boa Razão) determinou que só devia recorrer-se ao Direito Romano que estivesse de acordo com a razão; e a Lei de 9 de Setembro do mesmo ano afastou, no seu preâmbulo, regra de que ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento.

Portugal abriu-se à modernidade quer através do preâmbulo desta lei, quer através da nova interpretação dum preceito das Ordenações Filipinas<sup>241</sup> que passou a dispensar a instituição de herdeiro: doravante, era possível deixar legados sem instituir herdeiro e instituir herdeiro apenas numa parte da herança, coexistindo, portanto, herdeiros legítimos e legatários<sup>242</sup> e herdeiros

---

240 Cf. Ordenações Filipinas IV, 83, 3; - IV, 86pr.

241 Cf. Ordenações Filipinas IV, 82pr.

242 Vid. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* II 8ª ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa, 1917) 478-479; e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 411.

testamentário e legítimo. Os Códigos Civis de 1867 e de 1966 mantiveram este princípio<sup>243</sup>.

O Brasil percorreu as mesmas vias: até 1769 vigorou o princípio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* consagrado nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Depois, esta regra foi afastada e os sucessivos Códigos Civis seguiram a mesma linha<sup>244</sup>, em sintonia com o Direito Português. Por isso, também aqui se justifica a afirmação de que o Brasil e Portugal são regidos fundamentalmente pelo mesmo direito: o direito luso-brasileiro.

#### 4. CONCLUSÃO

O curtíssimo esboço que apresentamos permite-nos afirmar que circula nos direitos civis português e brasileiro a linha jurídica que caracteriza a família jurídica luso-brasileira.

Unidos pela mesma história jurídica que percorre o direito brasileiro desde 1500 até praticamente 1916 (ano em que as Ordenações Filipinas deixaram de vigorar no Brasil), os nossos Países constituem uma Pátria jurídica sabiamente edificada e protegida pela jurisprudência e pela doutrina de que nos orgulhamos.

Por isso, não é diferente viver em Portugal ou no Brasil: a casa é a mesma, regida pelo mesmo direito, suportada pela mesma cultura e animada pela mesma sensibilidade.

---

243 Cf. artºs. 1735º e 2179º. respectivamente do Código Civil de 1867 e do Código Civil de 1966.

244 Cf. artºs. 1626º. e 1857º., respectivamente, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.

Se nos afastamos, logo nos reaproximamos, porque a alma lusíada é um cimento indestrutível que nos une como um só Povo de Estados irmão.

Permitam-me que saúde, de modo muito especial, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, instituição inapagável da cultura jurídica que nos marca e distingue.

E permitam-me ainda que distinga a ciência jurídica brasileira sabiamente construída por juristas cuja auctoritas nos impõe um sentimento de profunda admiração.

Senhoras e Senhores

Agradeço a amizade da vossa presença e a simpatia com que escutaram.

Muito obrigado

## ABREVIATURAS

AHDE - Anuario de Historia del derecho Español (Madrid)

BFDC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)

C. - *Codex Iustinianus* (*Corpus Iuris Civilis*, Vol. II, ed. Paulus KRUGER, 11<sup>a</sup>.ed., Berlim 1954)

D. - *Digesta* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. Theodorus MOMMSEN-Paulus KRUGER, 16<sup>a</sup>. ed., Berlim 1954)

I. - *Institutiones Iustiniani* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. I ed. Paulus KRUGER, 16<sup>a</sup>. Ed., Berlim, 1954.

Polis - Polis. Enciclopedia Verbo da Sociedade e do Estado (Lisboa)

RFDL - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa)

RFDSP - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo)

RJBA - Revista Jurídica de Buenos Aires (Buenos Aires)

SI - *Scientia Iuridica* (Braga)

*Studia Iuridica - Studia Iurica*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Coimbra)

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do Direito Português*, 3ª ed. (Almedina/Coimbra, 2000); e *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Civil (São Paulo); e *Direito das Obrigações* 9ª ed. (Almedina/Coimbra2001);

ANDRADE, Manuel de, *O Visconde de Seabra e o Código Civil* (Coimbra, 1953);

ANTUNES VARELA, *Direito da Família* (Livraria Petrony/Lisboa, 1987);

ARNAUD, A. J., *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français* (Paris, 1969);

BARBOSA DE MAGALHÃES, M., *Portugal em Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'Influence du Code Civil dans le Monde* (Paris, 1954);

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano II. La Proprietà. Sezione II* (Attilio Sampaolesi – Editores/Roma, 1928; e *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia* (Attilio Sampaolesi –Editores/Roma, 1925);

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *La Formation du droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon em Obras Esparsas II* (Universidade de Coimbra) Coimbra, 1981); e *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro em SI* (Braga);

CÂMARA, J. G. B., *Subsídios para História do Direito Pátrio* III (Rio de Janeiro, 1966);

CARVALHO, Orlando de, *Direito das Coisas* (Coimbra, 1977); e *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado no BFDC LX* (1984);

CARVALHO FERNANDES, Luís A., *Lições de Direitos Reais*, 3ª ed. (Quid Iuris/Lisboa, 2001);

CASTANHEIRA NEVES, A., *Escola Histórica do Direito em Polis*, 2ª ed. (1984);

COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de Direito Civil Português* I, 8ª ed. e II, 8ª ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa, 1917);

CORDEIRO ALVAREZ, E., *Amérique Latine em Travaux de la Semaine Internationale de Droit* (Paris, 1954);

CORRÊA TELLES, J. H., *Digesto Português ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis acomodado às Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao Novo Código Civil* I, 3ª ed. (Imprensa da Universidade/Coimbra, 1845);

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano* (“*Ius Romanum*”) I. *Introdução. Fontes*, 4ª ed. (Ed. do Autor/Coimbra, 1984);

D’ORS, Alvaro, no *AHDE* 20 (1950) 901;

ESMEIN, A., *Précis Elémentaire de l’Histoire du Droit Français de 1789 a 1814* (Paris, 1908);

FRIAS, Jorge Eustácio da Silva, *Da “Laesio Enormis”*. *Algumas Considerações a publicar brevemente no BFDC LXXVII* (2001);

GILISSEM, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 1988);

GOMES, Orlando, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* (Bahia, 1958); e *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado no BFDC LX* (1984);

LOPEZ DE MAGALHÃES, T. A., *O Papel da Mulher na Sociedade na RFDSP 75* (1980);

MEIRA, SÍVIO, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e Obra*, 2ª ed. (Brasília, 1983);

MENEZES CORDEIRO, António, *Teoria geral do Direito Civil. Relatório na RFDL* (1988);

MOREIRA ALVES, J. C., *A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Civil) (São Paulo);

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do Direito Civil*, 3ª ed. (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra 1990);

OLIVEIRA ASCENÇÃO, José de, *Direito Civil. Reais*, 4ª ed. (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra, 1987); e *Direito Civil. Sucessões* (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra, s.d.);

PEREIRA, Caio Mário S., *Código das Obrigações na RJBA I-II* (1965);

PEREIRA COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 2ª ed. (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra, 2001);

PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado III*, 2ª ed. (Coimbra Editora, Ldª./Coimbra, 1987);

REALE, Miguel, *Considerações Gerais Sobre o Projecto do Código Civil (Projecto de Lei n.º 634, de 1975) na RFDSP 71* (1976);

REIS MARQUES, Mário, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal* no suplemento do BFDC XXIX (1987);

SANTOS JUSTO, A., *A Locação de Coisa ("Locatio-conductio rei") no Direito Romano. Alguns Reflexos no Direito Português em Lusitânia. Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito. Universidade Lusitana 1 e 2* (Porto, 2001); *Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento* no BFDC LXX (1995); *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano* no BFDC LXXI (1995); "Donatio et Animus Donandi" em *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz II* no BFDC LVIII (1982); *Direito Privado Romano – III (Direito Reais)* em *Studia Iuridica* 26 (1997); e *A Presença do Direito Romano no Direito Português: a "Usucapião"* em *Studia Iuridica* 70. *Colloquia* 11 (2002);

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 1980).