

Encontros e desencontros da ciência jurídico-civilística luso-brasileira do século XIX: Coelho da Rocha e Teixeira de Freitas

António Santos Justo

1. Antelóquio

Na evocação da chegada da Corte Portuguesa ao Brasil há duzentos anos, o Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado promove o presente Congresso a que deu, por tema, “*O pensamento político-jurídico português na formação do direito brasileiro. Legado e perspectivas. Identidade e diversidade luso-brasileira*”.

Constitui, para nós, elevada honra vir ao Brasil participar neste acontecimento científico que contribui para reforçar a união secularmente vivida entre juristas portugueses e brasileiros.

Limitados ao século XIX por força do acontecimento que agora se evoca, justifica-se que concentremos a nossa intervenção nos pensamentos jurídicos de Manuel António COELHO DA ROCHA e de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, dois dos grandes, se não os maiores cultores do direito civil do século XIX, respectivamente, em Portugal e no Brasil.

A COELHO DA ROCHA, que se doutorou na Faculdade de Leis em 1818¹, e a TEIXEIRA DE FREITAS, que concluiu o Bacharelato em 1837 na Academia de Ciências Sociais e Jurídicas de Olinda², não têm faltado elogios, embora tardios. Em relação a COELHO DA ROCHA já se disse que é “*um jurisconsulto de grande envergadura, mesmo no plano mundial*”, um “*Grande Mestre*” e um “*Sábio*”³. E a TEIXEIRA DE FREITAS chamaram “*o Cujácio brasileiro*”⁴, “*o grande lidador*”⁵ “*o maior dos jurisconsultos do tempo*”⁶ e “*uma gigantesca figura*”⁷.

1 Vide Fernando José Gautier LUSO SOARES, *As instituições de Coelho da Rocha: contributo para a formação do direito civil português moderno. Alguns aspectos* (E. do Autor / Lisboa, 1996-1997) 14.

2 Vide Levi CARNEIRO, *Estudo crítico-biográfico em Código Civil. Esboço, por A. T. de Freitas I* (Ministério de Justiça. Departamento de Imprensa Nacional / Brasília, 1983) X; e Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*² (Brasília, 1983) 39.

3 Vide LUSO SOARES, *ibidem* 14-15.

4 Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 179; Haroldo Valladão, *Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo no Código Civil. Esboço*, cit. XLVIII;

5 Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 179.

6 Vide Levi CARNEIRO, *o.c.* XXXVII.

7 Vide Orlando de Carvalho, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no BFD LX* (1984) 3 e 5.

Une-os a mesma cultura jurídica fortemente apoiada no direito romano⁸, difundida em Coimbra e Olinda; e a circunstância de terem tido um papel decisivo na codificação portuguesa⁹ e brasileira¹⁰. E separa-os a defesa de posições originais e inovadoras, que a independência dos seus espíritos e as diferentes sociedades justificam.

Impõe-se, ainda, a referência a um aspecto particularmente importante: TEIXEIRA DE FREITAS integra-se na dogmática da Escola Histórica, “*com os prestígios de mentalidade e rigor da herança kantiana*”¹¹. Quanto a COELHO DA ROCHA, embora desconhecesse HUGO, HEISE e SAVIGNY, “*preparou, à distância, a própria recepção do pandectismo*”¹².

Constrangidos pelo tempo inevitavelmente escasso e pela amplitude do tema seleccionado, justifica-se que limitemos a nossa intervenção a algumas figuras dispersas pelas diferentes áreas das ciências jurídico-civilísticas.

2. Pessoa por nascer

TEIXEIRA DE FREITAS define “*pessoa por nascer*” aquela que, não tendo ainda nascido, já se encontra concebida, ou seja, vive já no útero materno¹³.

Esta figura jurídica foi tutelada no direito romano; e, embora os juriconsultos romanos entendessem que o *conceptus* não é ainda pessoa, porque não está “*in rerum natura*”¹⁴ ou “*in rebus humanis*”¹⁵, sendo apenas “*mulieris*

8 Em relação a TEIXEIRA DE FREITAS, quando o “*taxaram de “nimiamente romanista”*”, *acentuou que lhe não poderiam fazer honra maior que essa e que “nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito”*. Vide Levi CARNEIRO, *o.c.* X-XI. E quanto a COELHO DA ROCHA, basta consultar as suas *Instituições de direito civil português*⁸ I e II (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira (Lisboa, 1917), onde o Autor manifesta, com frequência, conhecimentos profundos de direito romano. Vide também: Sílvio MEIRA, *o.c.* 29 e 46.

9 Vide António MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral do direito civil. Relatório*, na RFDL (1988) 115; e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, 2ª. reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000) 410.

10 Vide Aloísio SURGIK, *O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil em Roma e América. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani* (CEDAM / Pádua, 1988) 445.

A. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano no BFD LXXI* (1995) 54-55.

11 Transcrevemos Orlando de CARVALHO, *o.c.* 73.

12 Transcrevemos António MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 115.

13 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço I*, cit. 37.

14 Cf. D. 30,24pr.; GAIUS 2,203.

15 Cf. D. 38,9,1pr.; -44,2,7,3.

*portio vel viscerum*¹⁶, os jurisconsultos romanos não deixaram de dispensar atenção especial à sua futura humanidade. Assim, a pedido da mãe, podia ser nomeado um *curator ventris* para defender os interesses do *conceptus*¹⁷; a sucessão *mortis causa* era suspensa até ao nascimento; o testamento em que não fosse instituído herdeiro nem deserddado era inválido; o *pater* podia nomear-lhe um tutor no seu testamento; e o pretor concedia a posse dos bens hereditários à mulher grávida em nome do concebido¹⁸.

A partir da casuística romana que remonta à época clássica¹⁹ foi, na época justinianeia²⁰ elaborada a regra *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*²¹. E foi com base nestes textos que os jurisconsultos medievais elaboraram o princípio *conceptus pro iam nato habetur*²².

TEIXEIRA DE FREITAS distingue pessoas por nascer de pessoas futuras: aquelas existem, porque vivem já no ventre materno; estas, ainda não são pessoas, porque não existem²³. Depois, insistindo na existência real do *conceptus*, considera que as palavras têm sido infiéis ao pensamento, transformando-se a realidade em ficção. E fiel ao seu entendimento de que “*não há ente com susceptibilidade de adquirir direitos sem que haja pessoa*”, considera que o *conceptus* já existe. Ademais, é representado por um *curator* denominado *ventris* e o nada não se representa, mesmo que se diga que a curatela “*é mais de bens, que da pessoa*”²⁴.

Por isso, propõe a seguinte redacção do art. 221: “*Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nasci-*

16 Cf. D. 25,4,1,1. O aborto era punido como lesão do *corpus matris* ou privação da *spes prolis* do *pater*. Vide SANTOS JUSTO, *A “Fictio iuris” no direito romano (“Actio ficticia”). Época clássica I no suplemento XXXII do BFD* (1988) 556.

17 Cf. D. 26,5,20pr.

18 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 555-556.

19 Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230 e caracteriza-se pela perfeição e rigor da ciência jurídica romana, denominada *iurisprudentia*. O direito romano atinge o seu esplendor, tornando-se um direito-modelo. Vide SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano no volume comemorativo do 75º. tomo do BFD* (Coimbra, 2003) 53-61.

20 Esta época situa-se entre os anos 530 e 565 e caracteriza-se pela influência da filosofia helénica (helenismo), pela tendência para imitar o clássico (classicismo) e, sobretudo, pela elaboração do *Corpus Iuris Civilis*. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 67-68.

21 D. 1,5,26: “*Quem está no ventre materno é considerado, em quase todo o direito civil, como nascido*”.

22 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*³ em *Studia Iuridica* 50 /Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 108-109.

23 Vide *Esboço I*, cit. 37.

24 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 84-85.

mento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”. No entanto, propõe, no artigo seguinte: “Esses direitos porém só ficarão irrevogavelmente adquiridos se os concebidos nascerem com vida, isto é, se a manifestarem, ainda que por instantes, depois de completamente separados de sua mãe”. E, para clarificar este aspecto, escreve, no art. 225: “Reputar-se-á como certo o nascimento com vida, quando testemunhas presentes ao parto tiverem distintamente ouvido a respiração dos nascidos, sua voz; ou tiverem observado quaisquer outros sinais de vida”. Finalmente, TEIXEIRA DE FREITAS entende que não se deve distinguir entre o nascimento espontâneo e o que for obtido por operação cirúrgica; e, como bom romanista, invoca a grande importância desta *quaestio* que dividiu os juristas romanos, em virtude dos privilégios atribuídos “à fecundidade das mulheres”²⁵.

Manifesta-se, em TEIXEIRA DE FREITAS, a doutrina de SAVIGNY segundo a qual os direitos ficam suspensos até que o nascimento se efectue, embora não aceite a ideia de que “o nasciturus não tem capacidade para adquirir por não ser ainda pessoa”²⁶. Depois, afasta a teoria da vitalidade, porque “o filho, uma vez nascido, tem a capacidade de direito a mais completa”, não sendo necessário prolongar a sua vida: “se o filho não vital deve(sse) ser reputado como morto, (seria) forçoso reconhecer (...) que não poderia ser objecto de algum delito”²⁷.

Dando agora a voz a COELHO DA ROCHA, afirma que pessoa física é o homem, nascido ou embrião (*nasciturus, venter, embrio*). No entanto, “estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos, e conservam até o nascimento todos os direitos, que lhes competiriam, se estivessem já nascidos no momento em que os adquiriram (...) contanto que nasçam capazes de viver”. E considera incapaz de viver “não só o feto, que nasceu morto, ou monstruoso, como também o abortivo, isto é, aquele que nasceu vivo, mas antes do período suficiente da gestação, e que por esta causa não pode continuar a viver”. Depois, fala das “questões, que se suscitaram sobre ser ou não vital o feto que morreu logo depois de nascido (as quais) só poderão ser decididas por alguns indícios e, na falta d’estes, por exame de peritos”. E, finalmente, refere “o sábio Autor do Digesto Português (isto é, José Homem CORRÊA TELLES), que seguiu a regra estabelecida na lei de Touro, segunda a qual “se tinha por abortivo o feto, que morreu dentro em 24 horas depois de nascido”. No entanto, “como neste espaço podiam sobrevir outras causas de morte além do defeito de aborto”, deixa-nos a sua opinião:

25 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 86.

26 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 85.

27 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 86.

“Preferimos a disposição da lei Romana: licet illico (postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis) decessit”²⁸.

Cotejando agora estas posições, logo observamos alguns encontros e desencontros que aproximam e afastam os nossos juristas.

Observa-se, em TEIXEIRA DE FREITAS, a formação pandectística pelo rigor, assinalada já por Orlando de CARVALHO quando refere a *mentalidade* e o *rigor da herança kantiana*²⁹. A distinção entre “*pessoas por nascer*” e “*pessoas futuras*” constitui um exemplo claro. Depois, as consequências lógicas são irrepreensíveis: aquelas já existem e, por isso, têm direitos e os seus bens podem ser tutelados por um *curator ventris*; estas não existem. E, se as “*pessoas por nascer*” já existem, a ficção medieval que os considera como se já tivessem nascido com vista à protecção dos seus direitos é um absurdo. Outra ideia forte é a de que deve considerar-se nascido quem mostrou sinais de vida, ainda que durante um tempo muitíssimo breve: uma simples respiração, um gemido ou outro sinal; e a consequência lógica é igualmente implacável: a recusa da doutrina da vitalidade que exigia que a vida se prolongasse o tempo necessário. TEIXEIRA DE FREITAS parte do direito romano, mas está atento ao tempo em que vive e, por isso, recusa e censura soluções que considera ultrapassadas. Aqui se revela, também, o seu “*espírito progressista*” que o levou “*muitas vezes a desbastar o antigo direito reinícola*”, nas palavras de Haroldo VALLADÃO³⁰.

COELHO DA ROCHA parte da mesma ideia de homem físico sujeito de direitos. Todavia, parece aderir à ideia de ficção, por via da qual o *conceptus* é equiparado a quem já nasceu e, assim, desencontra-se de TEIXEIRA DE FREITAS. Depois, para ultrapassar as dificuldades de morte por causa diferente do “*defeito de aborto*”, manifesta a sua preferência pela regra romana que afasta a vitalidade (“*licet illico decessit*”) e encontra-se com TEIXEIRA DE FREITAS.

Resta saber que tipo de ficção SAVIGY viu no brocardo *conceptus pro iam nato habetur*. Entendemos, como UNGER, que não é por se fingir nascido que o *conceptus* goza de protecção jurídica, mas é por gozar dela que se pode assimilar quem vai nascer a quem já nasceu. Por isso, estamos perante uma linguagem comparativa que evita repetições necessariamente fastidiosas, cansativas e susceptíveis de serem incompletas. E se persistirmos ainda a chamar-lhe ficção, diremos que é puramente dogmática e não histórica³¹.

28 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* I, 30-32.

29 Vide *supra*, nota 11.

30 Vide Haroldo VALLADÃO, *o.c.* XLIV

31 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 559-561.

Resta terminar com a advertência de DEMOGUE: a humanidade actual deve trabalhar para a humanidade futura e, por isso, os sujeitos de direito devem ser tanto as pessoas que vivem como as que vierem a nascer³². Separado pelo grande rio a que chamam Oceano Atlântico, TEIXEIRA DE FREITAS parece ter ouvido estas palavras, mas soube evitar excessos, partindo da consideração de que o *conceptus* é já um ser que vive, embora ainda e somente no ventre materno.

3. Morte civil

TEIXEIRA DE FREITAS repudia a morte civil que, no seu entendimento, não passa de simples expressão metafórica ou “*um nome sem sombra de realidade*”³³. A sua formação romanista e o conhecimento do direito das nossas sucessivas Ordenações, permitem-lhe chegar a esta conclusão. Na verdade, observa que a referência *morte civil* não aparece nas fontes romanas e refere que foram os intérpretes que a inventaram por dedução da teoria da *capitis deminutio*. Depois, percorrendo as nossas Ordenações, o Autor nota que aparece nas Ordenações Filipinas³⁴ e foi repetida na Carta Régia de 16 de Dezembro de 1615, falando-se de morte natural ou civil “*sem que se saiba se uma é consequência da outra ou se são duas penas diversas*”. E conclui, afirmando que “*o mais que se lê em nossos Juristas é obra d’eles e não das nossas leis, salvo o caso da confiscação de bens da Ord. L. 2º., Tit. 26 § 28, que fala da perda da vida, ou estado, ou liberdade, e o da Ord. L. 4º., T. 81 § 6º. que fala da servidão da pena, privando do direito de testar aos condenados à morte*”. No entanto, “*a confiscação de bens foi abolida pelo art. 20 da Constituição, e assim ficou mutilada aquela Ord. L. 4º. T. 81 § 6º. e despojada do seu complemento*”³⁵.

TEIXEIRA DE FREITAS não dispensa a menor simpatia à *morte civil* e, por isso, no seu Esboço, escreveu, no art. 240, que “*termina a existência visível das pessoas pelo seu falecimento*”. Não surpreendem, portanto, as palavras de Haroldo VALLADÃO que pedimos vénia para transcrever: “*Espírito progressista, salientou, ainda, que a legislação civil modelada para uma Monarquia absoluta, sob o predomínio doutras ideias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo. E, por isso, teve muitas vezes que desbastar o antigo direito reinícola, quase a*

32 Vide René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1911) 351-352.

33 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, cit. XCIV-XCV²²⁸.

34 Cf. V,120pr.; -V,126,3.

35 Transcrevemos TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* XCIV-XCV²²⁸.

machado, qual fez, por exemplo, com a escravidão, e também com a morte civil”³⁶.

Estas ideias não são partilhadas por COELHO DA ROCHA que discorda também de MELLO FREIRE. Questionando se “os direitos das pessoas acabam pela morte civil”, invoca a Ord. L. 4, tit. 81 § 6 que “expressamente declara que os condenados à morte ficam servos da pena e, portanto, privados de todos os direitos, isto é, mortos civilmente”. Nota, depois, a concordância com a Ord. L. 2, tit. 56 § 28 e refere a opinião contrária de MELLO FREIRE que, “levado pela sua filantropia e ódio à servidão, julga aquela Ordenação antiquada e inexecutável, excepto no caso de ter sido na sentença expressamente declarado que o réu fique privado de todos os direitos, ou morto civilmente”. E manifesta a sua opinião: “Apesar de tão respeitável autoridade, nós não achamos inconveniente em sustentar a disposição genérica da Ord., não só por ser terminante e expressa, mas porque achamos ainda a morte civil no art. 818 do novíssimo Código Comercial”, além de que é “também admitida na legislação francesa”³⁷.

O jurisconsulto português não ignora que a *capitis deminutio maxima* do direito romano foi abolida pelo Imperador Valentiniano e, depois, por Justiniano; e sabe que a morte civil foi afastada em muitos códigos modernos. Conhece as discussões que tem suscitado, mas questiona: “*Quem quer sujeitar-se aos deveres impostos pelas leis sociais, e com os seus crimes perturba a boa ordem da sociedade, com que fundamento se tem de queixar, se o privam das vantagens que lhe eram prometidas pelas leis que ele ofende?*” No entanto, declara que “*não queremos defendê-la, senão nos termos razoáveis*” e, por isso, “*não defendemos o efeito da dissolução do matrimónio que o direito francês lhe atribui (...) não só por atacar o vínculo religioso, mas por lançar a nota de impureza sobre o amor dos esposos e a ilegitimidade sobre os seus frutos*”.

Olhando para estas posições que revelam um profundo desencontro entre os dois jurisconsultos, há, em TEIXEIRA DE FREITAS, uma atitude reveladora de um jurisconsulto a quem o futuro iria dar razão. Não devemos, porém, ignorar o palco social em que ambos actuavam: o Brasil vivia dias pacíficos, bem longe das perturbações francesas que tinham chegado a Portugal. Por isso, talvez se compreenda a posição de COELHO DA ROCHA que, no entanto, procura afastar-se do rigor do direito francês, sustentando que os efeitos da morte civil não devem atingir o santuário das relações familiares.

36 Vide Haroldo VALLADÃO, *o.c.* XLIV. Sobre a posição de TEIXEIRA DE FREITAS perante a escravatura, vide Aloísio SURGIK, *o.c.* 428-431 e 442.

37 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* I, 247.

4. Legitimação por matrimónio subsequente

No direito romano da época pós-clássica³⁸ foi criada esta modalidade de legitimação com a finalidade de reduzir o número de concubinatos. Mais rigorosamente, foi instituída pelo Imperador Constantino no ano 335, com carácter transitório: apenas para legitimar os filhos naturais nascidos (de relações (estáveis) de concubinato) nesse ano. Mais tarde, no ano 517, por efeito de uma *constitutio* de Anastácio adquiriu carácter geral: passaram a poder ser legitimados todos os filhos naturais nascidos em qualquer ano. No direito de Justiniano, esta forma de legitimação dependia dos seguintes requisitos: a) a mãe devia ser livre; b) no momento da concepção, o matrimónio dos pais devia ser possível; c) o filho devia consentir ou, pelo menos, não se opor; d) o casamento devia ser registado³⁹. De fora, ficavam os filhos de ligações proibidas, denominadas *coito danado*, como o incesto, o adultério e o estupro.

O direito canónico seguiu fundamentalmente o direito romano, mas estendeu a legitimação *per subsequens matrimonium* aos filhos de estupro e de adultério, se entre os pais não houvesse o impedimento *criminis*.

Os nossos praxistas do século XVII seguiram esta posição, enquanto, na Alemanha, se tinha estendido aquela forma de legitimação a todos os filhos de *coito danado*, desde que os pais obtivessem autorização para casar. A doutrina alemã manteve esta orientação no século XVIII, acolhida, entre nós, por MELLO FREIRE e LOBÃO, que a consideraram “*mais favorável aos filhos (e) mais própria a emendar os erros dos pais*”⁴⁰.

Anos depois, COELHO DA ROCHA aderiu a esta doutrina. Todavia, perante o obstáculo literal das Ordenações Filipinas (“*com tanto que este filho fosse tal, que com Direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*”)⁴¹ que exclui a generalidade da legitimação *per subsequens matrimonium*, “*dando a entender que há filhos que podem ser legitimados e outros que não*”, o nosso juriconsulto entende que “*não levamos contudo o escrúpulo até ao ponto de respeitar como decisivo o argumento tirado das palavras incidentes de uma lei antiga, enunciadas conforme as ideias desse tempo*”, além de que “*poderemos ainda desculpar-nos com a incúria dos Filipistas*”. E, finalmen-

38 Esta época decorre entre os anos 230 e 530 e caracteriza-se pela confusão (de terminologia, de conceitos, de instituições e até de textos) que se acentua, no Ocidente, a partir do ano 395 com a divisão definitiva do Império, vulgarizando o direito romano. Vide SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit. 61-67.

39 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (Direito da família)* 30-31. Aguarda-se, para breve, a sua publicação em *Studia Iuridica*.

40 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 269-270.

41 Cf. Ordenações Filipinas II,35,12.

te, invoca o respeito pelas providências e cláusulas pontificias nestas matérias, “*onde o espiritual está tão intimamente ligado com o civil, que não é fácil extremar os limites de um e outro*”⁴².

Por sua vez, TEIXEIRA DE FREITAS, escreveu, no art. 215 da *Consolidação das Leis Civis*, que “*o filho legitimado por seguinte matrimônio entre seu pai e mãe depois do nascimento, feito em face da Igreja, ou fora dela por licença do Prelado, reputa-se perfeitamente legítimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimônio fosse celebrado*” E, no art. seguinte, escreveu: “*Verifica-se a legitimação por subsequente matrimônio, quando o filho é tal, que por Direito pode ser assim legitimado*”. Questionando, depois, sobre “*quais são esses filhos que podem ser legitimados por seguinte matrimônio, o jurisconsulto brasileiro aponta o silêncio das Ordenações Filipinas e a divergência dos intérpretes e entende que “a Ord. exclui a generalidade e não se lhe pode atribuir a amplitude do Direito Canônico”* E justifica: “*Se a lei, em favor do casamento e da legitimidade, pode cobrir o vício do nascimento de um filho e oferecer meio de repará-lo, não deve contudo sancionar a obra do adultério, e do incesto*”. E termina: “*Que serviço matar esta famosa questão com um rasgo de pena!*”⁴³.

A opinião de TEIXEIRA FREITAS mantém-se no *Esboço*, em cujo art. 1601, escreve: “*Proíbe-se que filhos de coito danado*⁴⁴ *sejam reconhecidos por seu pai ou mãe e também se proíbe que a respeito da paternidade ou maternidade deles se provoque em juízo qualquer investigação especial*”. Há, no entanto, uma ligeira exceção, consagrada no art. 1602: “*Todavia, se houver sentença passada em julgado que faça certa a filiação de coito danado, esses filhos só terão direito para exigir de seu pai, ou mãe, a prestação de alimentos e nenhum outro direito lhes competirá*”. O Autor tinha em vista o filho de casamento contraído de má fé posteriormente anulado por bigamia ou incesto; quando o filho de mulher casada não fosse considerado filho do marido; e quando uma sentença, insusceptível de ser reformada, tivesse, por erro de facto ou de direito, admitido investigação de paternidade de que resultasse a verificação de uma filiação de coito danado⁴⁵.

Estamos perante a possibilidade de um matrimônio subsequente legitimar os filhos nascidos anteriormente: é fundamental, que o matrimônio seja cele-

42 Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* 270.

43 Transcrevemos TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, cit. 160-162.

44 Art. 171 do *Esboço*: “*São filhos de coito danado somente os adúlteros, os incestuosos e os sacrílegos (filhos de pai clérigo de ordens maiores ou de pessoa, pai ou mãe, ligada por voto solene de castidade em Ordem Religiosa aprovada pela Igreja Católica)*”.

45 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço I*, cit. 323.

brado e, portanto, que não haja impedimento. Afastada está, assim, a possibilidade de um filho incestuoso poder ser legitimado por esta via.

Nos casos em que o matrimônio é legalmente possível, estamos perante posições desencontradas: COELHO DA ROCHA é, nesta matéria delicada, mais progressista, estendendo a legitimação *per subsequens matrimonium* a todos os filhos de coito danado. Segue a orientação já perfilhada por MELO FREIRE e LOBÃO que procurava não penalizar esses filhos por erros dos pais. Já TEIXEIRA DE FREITAS é intransigente, enfatizando a obra do adultério que não deve ser reparada. O primeiro privilegia o interesse dos filhos; o segundo, os valores que condenam o adultério. Dir-se-á que, nesta matéria, o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA.

5. Prescrição aquisitiva trintenária

No direito romano, o Imperador Constantino concedeu ao possuidor a faculdade de contestar, por *exceptio* (denominada *longissimi temporis praescriptio*), a acção de reivindicação do proprietário, no caso de a posse durar, pelo menos, 40 anos, dispensando o justo título e a boa fé. Aquele expediente tinha, apenas, a função de paralisar esta acção. Mais tarde, no ano 424, Teodósio II reduziu o tempo para 30 anos e atribuiu-lhe uma dupla função: extintiva da acção; e aquisitiva de um direito, sem necessidade de título. Depois, Justiniano manteve a dispensa do título, mas exigiu a boa fé no início da posse⁴⁶.

O direito canônico seguiu o direito romano, mas exigiu que o possuidor estivesse de boa fé, porque lhe pareceu ofensivo da moral que pudesse adquirir a propriedade de uma coisa sabendo, ou pelo menos desconfiando, que não lhe pertencia; e determinou que a boa fé devia existir não só no início, mas também durante todo o tempo da posse⁴⁷.

As nossas Ordenações acolheram a orientação do direito canônico. Com a devida vénia, transcrevemos:

Ordenações Afonsinas (II,9,1): “*E acontecendo que, acerca de tal caso as Leis Imperiais sejam contrárias aos Cânones, mandamos que assim nas coisas temporais como espirituais, se guardem os Cânones, se o caso for tal que guardando as Leis Imperiais traga pecado; pode-se pôr exemplo no possuidor de má fé que, segundo as Leis Imperiais, por trinta anos possuindo sem título, prescreve a coisa alheia, e segundo o Direito Canônico o possuidor de má fé não pode prescrever por nenhum tempo; se, em tal*

46 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (Direitos reais)*, reimpressão, em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 88-89.

47 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 602-603.

caso, se guardassem as Leis Imperiais, guardando-as, necessariamente traria pecado ao possuidor, o que não devemos consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo e à Santa Igreja, de que os Cânones procedem, a qual não devemos em nenhum caso aos Imperadores, de que as Leis Imperiais procedem (...) e no caso temporal, que a guarda das Leis Imperiais não traga pecado, elas devem ser guardadas, não embargante que os Cânones sejam em contrária disposição”.

Ordenações Manuelinas (II,5pr.): “...E quando o caso de que se trata não for determinado por Lei, Estilo ou Costume do Reino, mandamos que seja julgado, sendo matéria que traga pecado, pelos Santos Cânones; e sendo matéria que não traga pecado, mandamos que seja julgado pelas Leis Imperiais, posto que os Sacros Cânones determinem o contrário, as quais Leis Imperiais mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas”

As Ordenações Filipinas repetem literalmente esta disposição e, por isso, justifica-se que as não transcrevamos⁴⁸.

Pode, assim, concluir-se que os nossos tribunais não aplicavam subsidiariamente o direito romano na integração destas lacunas; recorriam, sim, ao direito canônico, por força do qual o possuidor de má fé não adquiria a propriedade da coisa possuída, mesmo que a sua posse durasse 30 anos.

Entretanto, a Lei de 18 de Agosto de 1769, crismada de *boa razão* por CORRÊA TELLES⁴⁹, ordenou que a “*suposição de pecado, como motivo das leis pátrias, se haja por não escrita*”⁵⁰, permitindo que COELHO DA ROCHA sustentasse que “*necessariamente havemos de dar por antiquado, e sem execução, o último período da mesma Ordenação sobre a má fé, como disposição sem fundamento*”⁵¹.

Quanto a TEIXEIRA DE FREITAS, observamos o que escreveu no art. 1321 da *Consolidação das Leis Civis*: “*O possuidor de má fé em tempo nenhum poderá prescrever*”. É um efeito lógico da sua opinião sobre a boa fé: “*é a alma do comércio, que não pode subsistir sem ela*”.

Se o juriconsulto brasileiro não mudou de opinião, poder-se-á dizer que, também aqui, o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA.

48 Cf. Ordenações Filipinas III,64,pr.

49 Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 3661.

50 Cf. § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769.

51 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 605.

6. Efeitos da compra e venda

No direito romano da época clássica⁵², o contrato de compra e venda (*emptio-venditio*) criava para o vendedor a obrigação de transferir, ao comprador, a posse livre e pacífica da coisa vendida e de lhe assegurar o seu gozo pacífico; por sua vez, o comprador obrigava-se a pagar ao vendedor o preço em *pecunia* determinada. Garantida a posse, o comprador tornar-se-ia proprietário por usucapião, decorridos dois ou um ano, respectivamente, se a *res* fosse *mancipi* ou *nec mancipi*. Antes, porém, a propriedade poder-se-ia transferir através de negócio jurídico idóneo, como a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Entretanto, se o comprador fosse demandado por terceiro que afirmasse ser proprietário da coisa vendida, o vendedor respondia por evicção se recusasse participar no processo ou o comprador fosse condenado a entregar a coisa ao demandante. Esta responsabilidade, calculada no dobro do valor da *res*, cessava depois da usucapião, porque, permitindo a aquisição ao comprador, implicava a perda da propriedade do antigo proprietário⁵³.

Enquanto o vendedor não entregasse a *res* ao comprador, este respondia pelo risco (*periculum*), apesar de aquele ser o proprietário: não podendo invocar a regra *res suo domino perit*, invocava-se outra: *debitor rei certae eius interitu liberatur*.

Entretanto, na época pós-clássica⁵⁴, mais precisamente no ano 293, os Imperadores Constâncio e Maximiano determinaram que o domínio das coisas se transfere por tradição e por usucapião e não por *simplex pacto*⁵⁵. Ou seja, a tradição, que o vendedor se obrigava a realizar, deixava de transferir a posse, para transferir a propriedade. Na base deste sistema (modernamente denominado) do título e do modo está a ideia de que o domínio só por abstracção se pode separar da posse⁵⁶.

Ainda nessa época, foi introduzido, por influência dos direitos de algumas províncias do Oriente, o princípio de que a propriedade se transfere por efeito do contrato de compra e venda. Este princípio terá sido inicialmente consagrado pelo Imperador Constantino e sucessivamente reafirmado, primeiro em situações específicas e, depois, com alcance geral. Ao mesmo tempo, impôs-se o princípio de que o *pretium* devia ser pago como condição da transferência

52 Vide *supra*, nota 19.

53 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (Direito das obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 49-63.

54 Vide *supra*, nota 38.

55 C. 2,3,20: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”.

56 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 649.

da propriedade: na sua *ratio* está a circunstância de se viver num período de acentuada desvalorização monetária que sugeria que o vendedor fosse imediatamente pago⁵⁷.

Finalmente na época justinianeia⁵⁸, observa-se um regresso ao regime clássico: a compra e venda volta a produzir efeitos obrigacionais, cumprindo o vendedor a sua obrigação de transferir o domínio da *res* vendida através de uma *traditio* que substituiu os velhos negócios jurídicos da *mancipatio* e da *in iure cessio*. No entanto, manteve-se o requisito pós-clássico que impôs a necessidade do pagamento do preço⁵⁹.

Passando ao nosso direito, verificamos que as sucessivas Ordenações seguiram o regime jurídico romano da compra e venda da época justinianeia. Transcrevemos as Ordenações Filipinas:

IV,7pr. “*Se o que for senhor de alguma coisa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega dela será dela feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida...*”.

IV,7,1: “*E se o senhor da coisa a vendesse a alguém por preço certo e lha entregasse logo, sem dele receber preço algum e depois o vendedor recuperasse a posse dela e a vendesse a outro e lha entregasse recebendo dele o preço, este segundo comprador será feito cumpridamente senhor dela*”.

IV,7,2: “*E se o senhor da coisa a vendesse a alguém, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem e lha entregasse, recebendo dele o preço, ou havendo-se dele por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor dela e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro que lhe pagou por a compra da dita coisa com seu interesse, pois lhe não entregou a coisa que lhe vendeu, de que recebeu o dinheiro, e a vendeu a outrem e o fez dela senhor pela entrega que dela fez...*”.

Quanto ao risco, as nossas Ordenações voltam a consagrar a doutrina do direito romano. Voltamos a transcrever as Ordenações Filipinas:

IV, 8pr: “*Tanto que a venda de qualquer coisa é de todo perfeita, toda a perda e perigo que daí em diante acerca dela aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça antes que a coisa seja entregue...*”.

57 Vide António A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português em Studia Iuridica* 70 Colloquia – 11. *Jornadas romanísticas* (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 81-95.

58 Vide *supra*, nota 20.

59 Vide VIEIRA CURA, *o.c.* 95-101.

Ou seja, se a coisa vendida for destruída ou perecer, o vendedor fica liberado da sua obrigação, mas conserva a acção contra o comprador pelo preço, “*por ser devedor duma quantidade e esta nunca perece*”⁶⁰.

Apreciando os primeiros textos das Ordenações Filipinas, COELHO DA ROCHA refere que “*é necessário reconhecer que na praxe as mais das vezes (a exigência da traditio) não se poderá aplicar: porque em tais contratos entre nós, quando são feitos por escrito, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o vendedor transfere desde logo ao comprador todo o domínio (...) e esta cláusula não é uma simples redundância tabeliôa; tem o efeito importante de não deixar o domínio para a tradição o qual se deve atender e respeitar*”⁶¹.

Esta posição manifesta alguma simpatia pelo modelo francês da transferência da propriedade por efeito do contrato de compra e venda. Igual simpatia se observa quando, pronunciando-se sobre o risco que onera o comprador mesmo antes da *traditio* da coisa vendida, COELHO DA ROCHA afirma que “*é mui dura e injusta, enquanto neste caso liberta o vendedor da sua obrigação e não o comprador*”. E, por isso, considera “*muito mais razoáveis, neste ponto, as disposições dos códigos alemães (...) que adoptaríamos se tratássemos de iure constituendo*”, pois, segundo estes, “*se a coisa certa pereceu antes da entrega, fica sem efeito a compra e, portanto, o comprador pode repetir o preço, se já tinha pago*”⁶².

Posição diferente é a de TEIXEIRA DE FREITAS que se insere na orientação romanista acolhida nas nossas Ordenações. Com efeito, os artigos que escreveu na *Consolidação das Leis Civis* e no *Esboço* e os comentários que fez não suscitam dúvidas. Transcrevemos:

1. *Consolidação das Leis Civis*:

- art. 534: “*Vendida a mesma coisa a duas diferentes pessoas, prefere o comprador a quem primeiro se fez a entrega; se a esta acedeu o pagamento do preço ou o vendedor se deu por pago*”;

- art. 535: “*O primeiro comprador, que chegou a pagar o preço ao vendedor e que é preferido pelo segundo comprador a quem a coisa foi entregue tem direito para demandar a restituição do preço pago e seus juros e para acusar o vendedor por estelionato*”.

60 Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 651.

61 Vide COELHO DA ROCHA, *O.C.* II, 556.

62 Voltamos a transcrever COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 651.

2. Esboço:

- art. 1971: “*Haverá compra e venda, quando, para o fim de transferir domínio, uma das partes se tiver obrigado a entregar uma coisa com valor por si, e a outra parte a pagar-lhe por essa coisa um preço em dinheiro*”;

- art. 2023: “*Fica obrigado o vendedor: 1º.- a conservar a coisa vendida até que a entregue ao comprador...; 2º.- a entregar ao comprador a coisa vendida no tempo ajustado ...*”

Estes artigos são corroborados com os seus comentários. Destacamos: “*sem a tradição não há transferência de domínio*”. Porém, se a venda for de imóveis, “*transcrita no Registo Geral (...), a tradição se reputa feita para o comprador produzindo a venda seus efeitos a respeito de terceiros desde a data da transcrição*”⁶³.

Na mesma época, TEIXEIRA DE FREITAS defendeu intransigentemente a nossa velha tradição jurídica, censurando o Autor do Código Civil português de 1867 por, seguindo o modelo francês de que a propriedade se transfere apenas por efeito do contrato, ter descaído num mundo fictício⁶⁴. O jurisconsulto brasileiro foi particularmente contundente, afirmando que “*o rápido exame que logo fizemos do Projecto do Código Civil Português foi para nós uma decepção tremenda*”; e fala mesmo do “*abandono de todas as tradições, de todos os costumes e hábitos nacionais*”⁶⁵.

Quanto ao risco, onera o comprador, se a coisa vendida for certa e individualmente determinada⁶⁶. Ou seja, mantém-se acriticamente a solução romana consagrada nas nossas Ordenações.

É fácil observar, aqui, um grande desencontro de ideias que afasta TEIXEIRA DE FREITAS de COELHO DA ROCHA: o primeiro defende, por vezes com entusiasmo desmedido, a nossa longa tradição jurídica; o segundo sacrifica-a, *de iure constituendo*, optando por outro regime jurídico.

7. Herdeiro testamentário

Segundo o direito romano, uma das condições de validade dos testamentos era a instituição de herdeiro, exactamente por ocupar o lugar deixado vago pelo *de cuius*⁶⁷. Em consequência, e exceptuando os militares, ninguém

63 Vide *Consolidação das leis civis*, cit. 303.

64 Vide SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano*, cit. 41.

65 Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 171-175.

66 Cf. arts. 537 e 538 §§ 2º. e 3º. da *Consolidação das leis civis*; e art. 2024 do *Esboço*

67 Cf. I. 2,23,2; GAIUS 2,248. Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano*

podia falecer em parte com testamento e em parte sem testamento, ou seja, não podia haver concurso de herdeiros testamentários e legítimos: aqueles afastavam estes; e se o testamento fosse nulo por falta de herdeiro, a herança considerava-se legítima.

Este sistema foi acolhido nas Ordenações Filipinas que, com a devida vénia transcrevemos:

IV,82pr.: “*Se o pai ou mãe fizerem testamento e, sabendo que tem filhos ou filhas, tomarem a terça de seus bens e a deixarem a quem lhes aprouver ou mandarem distribuir depois de suas mortes, como for sua vontade, posto que no testamento não sejam os filhos expressamente instituídos herdeiros ou deserdados, mandamos que tal testamento valha e tenha efeito. Porquanto, pois, tomou a terça de seus bens no testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quis deixar aos filhos e os instituiu nelas posto que delas não faça expressa menção e assim devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento*”.

Como se observa, para salvar a validade de um testamento feito sem a instituição de herdeiro, o legislador filipino considera-o tacitamente instituído. Todavia, a lei de 18 de Agosto de 1769 (Lei da Boa Razão)⁶⁸ determinou que, na integração das lacunas, se devia recorrer ao direito romano somente se estivesse de acordo com a boa razão e afastou expressamente, no seu preâmbulo, a regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Portanto, foi revogado o sistema romano consagrado nas nossas Ordenações⁶⁹.

COELHO DA ROCHA acolheu a nova orientação⁷⁰ que abalou a nossa tradição jurídica. Entretanto, no Brasil, TEIXEIRA DE FREITAS redigia a sua *Consolidação das Leis Civis*, dispondo:

- art. 1009: “*Se o testador, sabendo que tinha herdeiros necessários, não os instituir expressamente nem deserdar, dispondo somente da terça, há uma instituição tácita e valerá o testamento quanto à disposição da terça*”;

- art. 1010: “*Se o testador dispuser de toda a herança preterindo os herdeiros necessários, de cuja existência sabia, o testamento será nulo quanto à instituição, mas serão válidos os legados que couberem na terça*”.

68 Vide *supra*, a nota 49.

69 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 479. Segundo o Autor, “*suposto que grande número dos §§ desta Lei foram suspensos pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, nesta suspensão não foi compreendido o preâmbulo nem, por conseguinte, os princípios gerais que nele se contêm*”.

70 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 478-479.

As referências a *herdeiros necessários*, que são os descendentes e ascendentes⁷¹ no direito romano⁷², e à *terça*, quota disponível oriunda do direito muçulmano, mostram a formação romanista e o conhecimento da nossa história jurídica por parte de TEIXEIRA DE FREITAS. A sua posição, coincidente com a de COELHO DA ROCHA, revela igualmente que estava atento à necessidade de transformar o direito para resolver problemas que reclamam outras soluções. Há, aqui, um encontro de posições.

8. Locação de coisa

No direito romano, a locação de coisa (*locatio-conductio rei*) era um contrato consensual, por efeito do qual o locador se obrigava a pôr à disposição do locatário a *res* prevista para ser usada durante determinado tempo, mediante o pagamento de uma renda denominada *merces*. Quanto ao risco, se entrassem na sorte normal do contrato, oneravam o locatário; tratando-se de acontecimentos anormais, eram suportados pelo locador, mas o locatário era liberado do pagamento da renda.

Considerava-se risco normal uma tempestade que destruiu os frutos ou a afectação grave de uma colheita por inundações, aves (gaios, estorninhos), incursões de inimigos, carvão, calor anormal, terremotos, incêndios, etc. Nestas situações, o locatário podia ser dispensado do pagamento da renda, mas se, nos anos seguintes, houvesse colheita abundante, o locador seria compensado, podendo exigir a parte da renda que não recebeu no ano anterior. Do mesmo modo, se a colheita de um ano fosse gravemente afectada por aqueles acontecimentos, mas, nos anos anteriores tivesse sido satisfatória, o locatário nada poderia reclamar, porque os anos bons compensam os maus⁷³.

Se a coisa locada fosse vendida, o comprador não estava vinculado a manter a relação locatícia estabelecida entre o vendedor-locador e o locatário. Trata-se do célebre princípio *emptio tollit locatum* que se apoia na natureza obrigacional da *locatio-conductio*: sendo terceiro, o comprador é estranho à locação que, por isso, não o vincula⁷⁴. O regime jurídico romano foi consagra-

71 Cf. art. 1006 da *Consolidação das leis civis*.

72 No direito romano, os herdeiros necessários não podiam recusar a herança; por isso, a própria morte do *de cuius* os fazia herdeiros. Eram herdeiros necessários os *heredes sui* (filhos, filhas, esposa sujeita ao poder marital (*uxor in manu*) e os netos e netas, filhos ou filhas de um filho pré-falecido) e os escravos libertados no testamento e nesse testamento instituídos herdeiros. Vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 229.

73 Cf. C. 4,65,8. Vide SANTOS JUSTO, *A locatio-conductio rei (direito romano)* no BFD LXXVIII (2002) 27.

74 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 31.

do nas nossas Ordenações que, no entanto, o restringe a locações com menos de 10 anos⁷⁵.

Perante estas disposições legais, COELHO DA ROCHA observa: “*Não negamos que a este rigor do sistema se sacrificou, neste caso, o respeito à boa fé, debaixo do qual o condutor (locatário) contraiu*”. Por isso, acrescenta: “*Se tratássemos de iure constituendo, não duvidaríamos estabelecer a regra inversa, como se acha no Código Civil Francês*”⁷⁶.

Por seu lado, TEIXEIRA DE FREITAS escreve, na *Consolidação das Leis Civis*, que “*o comprador da coisa alugada ou arrendada não é obrigado a respeitar a locação feita pelo vendedor e pode despejar o locatário*”⁷⁷. Recusa esta faculdade “*se o comprador se obrigou, no contrato de compra e venda, a respeitar a locação ou se, depois, consentiu na conservação do locatário por qualquer modo*”⁷⁸. Quanto ao risco, tratando-se de prédios frutíferos, “*o arrendatário fica desobrigado de pagar a renda anual, se os frutos se perderem completamente por caso insólito, como o de inundação, incêndio, seca, invasão de inimigos e outros semelhantes*”⁷⁹. Porém, “*se nos outros anos do arrendamento, antes ou depois do ano estéril, a produção for extraordinariamente abundante, guardar-se-á o disposto no Direito Comum*”⁸⁰ ou seja, no direito romano.

Mais tarde, no Esboço, o jurista brasileiro escreveu, no art. 2477 § 6º. que “*resolve-se a locação de tempo determinado pela alienação total que dela fizer o locador, ou transferência que fizer de seu direito real sobre ela ou por constituir ela algum direito real incompatível com o uso ou gozo do locatário, se também o adquirente não for obrigado a respeitar a locação e não respeitá-la*”.

Embora conheça a solução contrária do direito francês em relação à venda da coisa locada, TEIXEIRA DE FREITAS não se afasta da tradição portuguesa. Por isso, se compararmos a sua posição com a doutrina de COELHO DA ROCHA, a simpatia deste pelo direito francês afasta os dois juristas. Será que o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA? A resposta não

75 Outras exceções, agora romanas, são também consagradas: não ter sido acordado entre o vendedor e o comprador em que este cumpra a locação; ou se, depois da venda, o comprador outorgou ou consentiu que fosse cumprido o contrato de locação; ou se o vendedor, no contrato de locação obrigou a coisa locada em relação ao cumprimento do contrato. Cf. Ordenações Filipinas IV,9.

76 Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 570.

77 Cf. art. 655.

78 Cf. art. 656 §§ 1 e 3.

79 Cf. art. 657.

80 Cf. art. 659.

pode deixar de ser afirmativa em relação ao direito português. Mas também não é inteiramente negativa se nos referirmos ao direito brasileiro. Todavia, as diferentes condições sociais e económicas reclamavam soluções e pontos de vista diferentes.

9. Relações patrimoniais entre cônjuges: o regime de comunhão geral de bens

O problema da pertença dos bens levados e adquiridos na constância do matrimónio depende da concepção da família e, por isso, variam de país para país.

Esta dependência é também visível no direito de Roma. Nos primeiros tempos, dominados pelo entendimento da família como um conjunto de pessoas e bens sujeitos ao poder de um chefe, os bens que a mulher levasse para a nova família eram adquiridos pelo *paterfamilias* que tanto podia ser o marido como o sogro. Estávamos perante o regime da absorção de bens. Depois, com a afirmação da independência da mulher casada (matrimónio sem a *conventio in manu*), aquele regime foi substituído pela separação de bens.

Na Idade Média, o Cristianismo foi-se afirmando, impondo-se paulatinamente a ideia da comunhão geral de bens. Entretanto, em Portugal, dominaram, nos primeiros tempos, o regime denominado casamento por arras (ou dote *ex marito*) e a comunhão de adquiridos. Oriundo do direito visigótico, o casamento por arras traduzia-se numa espécie de separação de bens, embora o marido administrasse os bens (arras) da mulher e pudesse dispor mesmo livremente dos seus bens móveis. Tratando-se de alienação de bens imóveis, exigia-se o consentimento dos dois cônjuges. O regime de comunhão de adquiridos (ou *ganâncias, gaanças*) aparece consagrado nos costumes de diversas localidades. Um e outro não afastavam, no entanto, a separação de bens se os nubentes a desejassem ou a lei canónica determinasse.

Todavia, se a comunhão de *ganâncias* é dominada pela ideia de igualdade (embora ressalvado o papel de direcção e administração do marido) e pela comunhão dos bens adquiridos, estavam criadas as condições para desabrochar o novo sistema da comunhão geral de bens. Já aparece no século XII no foral de Ferreira de Aves e surge consagrada numa lei de D. Afonso III, embora como regime convencional ao lado do supletivo “casamento por arras”. As nossas Ordenações falam, a propósito, de Carta de Metade⁸¹ e informam que esta prática obedece ao costume da Estremadura⁸². Também se apresenta como regime supletivo no foral de Sabadelhe e nos costumes de Santarém.

81 Cf. Ordenações Afonsinas IV,12.

82 Cf. Ordenações Afonsinas, IV,14,4.

No Reinado de D. Manuel I, este regime é praticado, como supletivo, por força do costume, na Estremadura, Alentejo e no Algarve, ou seja, no Sul de Portugal, enquanto no Norte revestia carácter convencional. Porém, com o tempo a sua dimensão supletiva alastrou-se ao Norte, impondo-se universalmente como regime-regra nas Ordenações Manuelinas, que determinam: “*Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reinos e Senhorios, se entendem ser feitos por carta de metade*”⁸³. Como explicação, afirma-se que “*tenderia a brotar em meios conjugais humildes, onde as fortunas se equilibravam numa apagada mediocridade, onde a vida decorria num contacto permanente e num relativo desapego de preocupações egoístas, onde a colaboração efectiva da mulher reclamava uma franca participação*”. Esta situação económica localizava-se no Sul, enquanto, no Norte, “*a grandeza das propriedades servia de base ao predomínio de famílias nobilitadas (que viviam com) mais apego ao regime tradicional do casamento por arras, restringindo a comunhão às gaanças conjugais*”⁸⁴.

Na base desta evolução parece estar a mensagem cristã que começou por ser ouvida no Sul, povoado por gente pobre e oprimida, que nada tinha a perder no mundo dos bens materiais. Mensagem aquela que se adapta ao rigor do “*duo in carne*” de que fala o Evangelho de S. Marcos (XIX,5) e que, alastrando para todo o nosso País, explica a afirmação da comunhão geral de bens como regime-regra, sem afastar a liberdade de os nubentes optarem pela comunhão de adquiridos ou pela separação de bens⁸⁵.

As Ordenações Filipinas mantiveram este regime⁸⁶ como supletivo.

Chegados aqui, e numa época em que o Código Civil francês consagrou, como regime regra, o da comunhão de adquiridos⁸⁷, importa não ignorar as posições coincidentes de COELHO DA ROCHA e de TEIXEIRA DE FREITAS que manifestam, nesta área particularmente sensível, o respeito pela nossa tradição jurídica.

Com efeito, na sua *Consolidação das Leis Civis*, o insigne jurista brasileiro escreve que “*os esposos podem excluir a comunhão de bens, no*

83 Cf. Ordenações Manuelinas IV,7pr.

84 Transcrevemos Manuel PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais II* (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1913) 110-113.

85 Vide SANTOS JUSTO, *Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro em El derecho de familia. De Roma al derecho actual* (Universidad de Huelva Publicaciones / Huelva, 2004) 323-353.

86 Cf. Ordenações Filipinas IV,46.

87 Cf. arts. 1400 e ss.

todo ou em parte; e estipular quaisquer pacto e condições, devendo-se guardar o que entre eles for contratado"⁸⁸. Ou seja, defende-se, como supletivo, o regime da comunhão geral de bens que, observa TEIXEIRA DE FREITAS, constitui "*o costume geral do Império*"⁸⁹. Todavia, "*estes contratos só podem ser feitos antes do casamento*"⁹⁰; e se "*os cônjuges, tendo contratado antes do casamento em contrário ao regime da comunhão recíproca de bens (podem) resilir de suas preexistentes estipulações*"⁹¹. Como suporte desta doutrina, TEIXEIRA DE FREITAS invoca que "*a comunhão tácita universal de bens no casamento representa neste a perfeita unidade dos casados*". Prossegue, citando RIBAS: "*O homem solteiro é um ente incompleto, é pela união com a mulher que ele se completa*". E, invocando LAFFAYETTE, refere que "*a comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos cônjuges*"⁹².

Encontramos a mesma posição em COELHO DA ROCHA, embora, pensamos, sem o entusiasmo do juriconsulto brasileiro. Na verdade, o jurista português limita-se a invocar as Ordenações Filipinas e alguns Códigos modernos. Refere que "*o fim do matrimónio pode muito bem obter-se seja qual for o regime, isto é, a forma, por que se regule a fortuna dos cônjuges; porque não tem com ela relação, senão indirecta, e mui remota*"⁹³. Mas não deixa de observar, na comunhão legal dos bens entre os cônjuges, uma "*sociedade universal (que é) mais análoga à união e intimidade característica do matrimónio*"⁹⁴; e, na presunção que estabelece, a lei é "*coerente com o princípio da igualdade*"⁹⁵.

Limitados pelo âmbito deste trabalho, justifica-se que não avancemos num tema particularmente sensível à concepção cultural do matrimónio e das relações patrimoniais entre os cônjuges⁹⁶. Diremos, tão-somente, que os dois juriconsultos tinham razão no seu tempo que durou mais no direito português: em Portugal, o velho regime foi afastado no Código Civil de 1966; no Brasil,

88 Cf. Art. 88.

89 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis*, cit. 8016.

90 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 80-8117.

91 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 8117.

92 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 8217.

93 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

94 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

95 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

96 Sobre os prós e contras dos vários regimes de bens, vide Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo código civil português (estado actual da questão)* em *Obras esparsas III. Estudos jurídicos. Direito da família* (Universidade de Coimbra / Coimbra, 1984) 1956

a sua vigência foi mais longa. No entanto, a convergência não tardou porque razões, como o *golpe de baú*, não são exclusivas de nenhum país.

10. Tutela dos interditos

Segundo o direito romano, a enfermidade mental excluía a capacidade jurídica de agir porque, traduzindo um querer, “*nulla voluntas est*”, justificava o jurisconsulto POMPONIU⁹⁷. Exceptuavam-se, no entanto, os intervalos lúcidos⁹⁸, embora seja provável que este tema tivesse sido muito discutido pela *iurisprudencia* romana⁹⁹. Segundo Armando TORRENT, “*admitia-se que nestes períodos lúcidos decaía a curatela que era recuperada quando o furiosus regressasse a períodos de instabilidade*”¹⁰⁰.

As Ordenações Filipinas seguem esta orientação, determinando: “*E sendo furioso por intervalos e interposições de tempo, não deixa seu pai ou sua mulher de ser seu curador no tempo em que assim parecer sesudo e tornado a seu entendimento. Porém, enquanto ele tiver em seu siso e entendimento, poderá governar a sua fazenda como se fosse de perfeito siso. E tanto que tornar a sandice, logo seu pai ou sua mulher usará da curadoria e regerá e administrará a pessoa e fazenda dele, como dantes*”¹⁰¹.

Apesar desta disposição legal, COELHO DA ROCHA refere que as leis “*soamente mandam declarar inábeis aquelas (pessoas) que constar serem: a) mentecaptos, isto é, que pelo desarranjo habitual de suas faculdades não têm o juízo necessário para se regerem, ainda que aliás tenham intervalos lúcidos*”¹⁰².

Quanto a TEIXEIRA DE FREITAS, observa-se, num primeiro momento, a coincidência do seu pensamento com o regime jurídico das nossas Ordenações. Com efeito, escreve no art. 322 da *Consolidação das Leis Civis*: “*Sendo a loucura de lúcidos intervalos, durante eles regerá o demente seus bens, sem contudo cessar a curadoria*”.

Porém, tempos depois, escreveu no *Esboço*: “*Declarar-se-á como alienados os indivíduos de um e outro sexo, que se acharem em estado habitual de mania, demência ou imbecilidade; ainda mesmo que tenham lúcidos in-*

97 Cf. D. 50,17,40.

98 Cf. D. 1,18,14. Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit. 144.

99 Cf. C. 5,70,6; -6,22,9.

100 Vide Armando TORRENT, *Diccionario de derecho romano* (Edisofer, S.L. / Madrid, 2005) 487.

101 Cf. Ordenações Filipinas IV,103,3.

102 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* I, 226.

tervalos, ou a mania pareça parcial”¹⁰³. E, em comentário, justifica: “Não é também necessário que o estado de alienação mental seja permanente e contínuo. A existência de lúcidos intervalos nem inibe a declaração da incapacidade absoluta e a medida da representação necessária; nem tão-pouco faz cessar essa incapacidade e representação”

Como bom romanista, o Autor refere que “não era assim pelo Direito Romano, cujas ideias são as do nosso direito actual”, mas “rejeita este sistema como incoerente e perigoso. Incoerente, porque a declaração prévia da alienação mental torna-se inútil, uma vez que dela não resulta uma incapacidade absoluta que em todos os casos exclua a pureza dos actos jurídicos e que, tornando-se pública, sirva de advertência a terceiros que contratam em boa fé. Perigoso, porque é problema até hoje não resolvido pelos alienistas e psicólogos a linha divisória entre o estado de alienação mental e os períodos de intermitência dele”¹⁰⁴.

Partindo da mesma base (as Ordenações Filipinas), os dois juristas começaram por se desencontrar para, mais tarde, se reencontrarem. O desencontro inicial é consequência do afastamento de COELHO DA ROCHA das nossas Ordenações. O encontro posterior resulta do facto de TEIXEIRA DE FREITAS também se ter afastado.

11. Plantação e frutos de árvores situadas perto da linha divisória

No direito romano, influenciado pelas leis de Sólon, o proprietário de um *fundus* devia recuar 9 ou 5 pés, se quisesse plantar, respectivamente, oliveiras e figueiras e outras árvores¹⁰⁵. Mesmo assim, se os frutos caíssem, por acção da chuva ou do vento, no prédio vizinho, a Lei das XII Tábuas¹⁰⁶ concedeu ao *dominus arboris* a faculdade de aí penetrar para os recolher. Posteriormente, o pretor determinou que a entrada podia ocorrer em dias alternados. O vizinho não podia impedi-la, mas gozava da faculdade de exigir uma caução (*cautio damni infecti*) que garantia os danos que eventualmente fossem causados¹⁰⁷.

Por outro lado, aquela lei concedeu ao proprietário, prejudicado pela sombra dos ramos de uma árvore plantada no prédio vizinho, o direito de exigir o corte dos ramos até à altura de 15 pés e de os cortar se o *dominus arboris* re-

103 Cf. art. 79.

104 Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço* I, cit. 46-47.

105 Cf. D. 10,2,13.

106 Esta lei terá sido aprovada nos meados do século V a.C. Vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 182.

107 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (Direitos reais)*, cit. 34.

cusasse. O vizinho podia também cortar e apoderar-se das árvores inclinadas sobre o seu prédio, se o dono as não cortasse¹⁰⁸.

Nas suas *Instituições*, COELHO DA ROCHA ensina que o proprietário de um prédio “*pode fazer as plantações que quiser*”. Todavia, “*plantando junto aos confins do prédio vizinho, deve deixar o interstício de dois palmos, enquanto às árvores de pequeno tronco (...) e de nove, sendo a árvore de grosso tronco, excepto se outro for o costume do lugar*”. Quanto às raízes, entende que as pode cortar “*dentro dos limites do seu prédio, assim como obrigar o vizinho a que corte os ramos que sobre ele propendem*”.

Depois, questionando se o vizinho pode pedir uma indenização pelas perdas resultantes da sombra das árvores ou o seu corte quando estão situadas à distância legal, COELHO DA ROCHA refere que “*em alguns lugares assim se pratica em favor da agricultura*”. Porém, entende que “*não será fácil achar lei em que se funde esta prática*” porque “*se a agricultura merece ser favorecida, não o merece mesmo a cultura das árvores*”¹⁰⁹.

TEIXEIRA DE FREITAS segue a mesma orientação. No seu *Esboço*, escreve que “*é proibido plantar as árvores de grande copa ou de longas raízes, se entre o lugar da plantação e a linha divisória do imóvel contíguo não mediar a distância de três metros ao menos*”¹¹⁰, distância que, tratando-se de outras árvores e arbustos, é reduzida para metro e meio¹¹¹. Se estas distâncias não forem guardadas, “*o dono do imóvel contíguo poderá demandar para que as plantações sejam arrancadas*”¹¹². E “*ainda que plantadas ou nascidas fora das mencionadas distâncias, se alguma árvore lançar ramos ou raízes para o imóvel contíguo, o dono deste poderá desbastar ou cortar a parte que lhe for nociva, contanto que não ultrapasse a linha perpendicular divisória*”¹¹³.

Quanto aos frutos, os dois juriconsultos afirmam que pertencem ao dono da árvore, salvo se esta se situar numa coisa possuída de boa fé, situação em que pertencem ao possuidor¹¹⁴.

A imposição de uma distância que afaste as árvores da linha divisória dos prédios é uma marca romana destinada a evitar a conflitualidade nas relações sempre frágeis da vizinhança. Os nossos juriconsultos não a questionaram,

108 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 34.

109 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 408-409.

110 Cf. art. 4247, 1º.

111 Cf. art. 4247, 2º.

112 Cf. art. 4248.

113 Cf. art. 4249.

114 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 311-312; e TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço* II, cit., 580.

embora, anos mais tarde, os dois legisladores se tenham afastado: o português porque, não querendo ou não podendo afastar o minifúndio, difundido sobretudo no Norte de Portugal, permitiu que as árvores, salvo as gravemente lesivas da agricultura, das fontes ou de prédios urbanos, sejam plantadas até à linha divisória¹¹⁵; o brasileiro, porque não fixou, segundo cremos, espaço algum e, por isso, foi necessário determinar que “*a árvore, cujo tronco estiver na linha divisória, presume-se pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes*”¹¹⁶; e que “*as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido*”¹¹⁷.

Todavia, se os dois legisladores permitem que as árvores sejam plantadas até à linha divisória, importa observar uma diferença que os separa. Referimo-nos à propriedade dos frutos caídos no prédio vizinho. Segundo o direito português, pertencem ao proprietário da árvore; por isso, é-lhe reconhecido o direito potestativo de invadir o terreno do vizinho, para os recolher, sem prejuízo de o dever indemnizar se causar danos¹¹⁸. Porém, o direito brasileiro atribui esses frutos ao “*dono do solo onde caírem, se este for de propriedade particular*”¹¹⁹.

Neste aspecto, o direito português não se afastou do direito romano que a nossa tradição jurídica acolheu. A influência dos direitos alemão e italiano impôs-se no direito brasileiro, podendo questionar-se por que título o proprietário do prédio vizinho adquire a propriedade de frutos produzidos em árvores alheias¹²⁰. Trata-se, no entanto, de um tema que excede o âmbito do nosso trabalho. Mas não deixa de ser pertinente uma pergunta: que diria TEIXEIRA DE FREITAS se este problema lhe tivesse sido posto?

12. Conclusão

Há pouco mais de dois séculos, escreveu o sábio HERMOGENIANUS que “*tudo o direito foi constituído por causa dos homens*”¹²¹. Os Romanos afirmaram a excelência do seu *ius* que disciplinou e fortaleceu o Império e, mais tarde, foi utilizado como instrumento importantíssimo na construção

115 Cf. art. 1366º. do Código Civil português.

116 Cf. arts. 556 e 1282 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

117 Cf. arts. 558 e 1283 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

118 Cf. art. 1367º. do Código Civil.

119 Cf. arts. 557 e 1284 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

120 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2007) 249.

121 D. 1,5,2: “*Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*”.

dos Estados e objecto irrecusável da ciência jurídica. Alimentou legislações, integrou lacunas, foi estudado nas diversas Escolas e continua a ser, nos nossos dias, elemento indispensável do saber jurídico.

COELHO DA ROCHA, TEIXEIRA DE FREITAS e outros grandes jurisconsultos foram romanistas de eleição. O seu pensamento jurídico, eminentemente romanista, justifica os encontros e desencontros que os aproximam e separam. E constitui uma trave-mestra da cultura jurídica que nos une e identifica como dois Estados de uma só Nação: a Nação de Luís de Camões.

ABREVIATURAS

BFD - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

C. - *Codex. Corpus Iuris Civilis*

D. - *Digesto. Corpus Iuris Civilis*

GAIUS- *Gai Institutionum. Commentarii Quattor*

I.- *Institutiones. Corpus Iuris Civilis*