

## O DIREITO BRASILEIRO: RAÍZES HISTÓRICAS\*

---

*António dos Santos Justo*

Quando, em 22 de Abril de 1500, a armada comandada por Pedro Álvares Cabral chegou à Terra de Vera Cruz, o Direito Português estendeu a sua vigência a um território mais, com sensibilidade às condições específicas da grande Nação de que todos (Brasileiros e Portugueses) nos orgulhamos. Vigoravam, então, em Portugal, as Ordenações Afonsinas e diversa legislação extravagante que rapidamente iriam também aplicar-se no Brasil<sup>1</sup>.

A História jurídica luso-brasileira tinha começado!

Que Direito levaram os Portugueses para o Brasil? Naturalmente, o seu Direito, cuja História tem, como termo *a quo*, a independência de Portugal que ocorreu cerca do ano 1140<sup>2</sup>. Porém, os seus antecedentes remontam à

---

\* Discurso proferido na Universidade Lusíada/Porto, em 4 de maio de 2001, a propósito de “O Direito no Limiar do III Milénio”. Tão-só se acrescentaram a notas de rodapé.

1 Vid. Sívio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e Obra 2* (Brasília/1983) 49.

2 Vid. Marcello CAETANO, *História do Direito Português, I. Fontes. Direito Público (1140-1495)* (Editorial Verbo/Lisboa 1981) 29; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português 3* (Livraria Almedina/Coimbra 2000) 174; Ruy de ALBUQUERQUE/ Martim de ALBUQUERQUE, *História do*

longa noite dos tempos: aos primitivos povos (Iberos, Celtas, Celtiberos, Lusitanos); e aos invasores (Gregos, Fenícios, Cartagineses, Romanos, Germanos e Árabes).

De todos herdámos institutos jurídicos que enriqueceram o nosso Direito: v. g., a comunhão geral de bens entre cônjuges e a composição corporal designada por “entrar às varas”, provável sobrevivência de usos indígenas anteriores à dominação romana<sup>3</sup>; a quota de livre disposição testamentária denominada *terça* que, oriunda do direito muçulmano, vigorou até 1910<sup>4</sup>; e a “posse de ano e dia” que, sendo pública e pacífica, colocava o possuidor numa posição privilegiada perante terceiros e cuja origem franca é aceita por PAULO MEREIA<sup>5</sup>. Sem ignorar o grande contributo prestado pelo Direito Romano antes e depois do seu “renascimento”, no século XII; e pelo Direito Germânico, cujo Código Visigótico vigorou, em Portugal, pelo menos até ao século XIII<sup>6</sup>.

---

*Direito Português I* (1140-1415) 1ª Parte 10 (Ed. Pedro Ferreira/Lisboa 1999) 7-8; e Nuno José ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito 3* (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa 2000) 139-147

- 3 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 163-164 e 80-81; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 432-435; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 152
- 4 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 166; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 446; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 153
- 5 Vid. Manuel PAULO MEREIA, *Sobre a Posse de Ano e Dia nos Foros da Idade Média Peninsular* no *BUSC* 49-50 (1947) 6; Luís CABRAL DE MONCADA, *A “Posse de Ano e Dia” nos costumes Municipais Portugueses em Estudos de História do Direito I* (Universidade de Coimbra/Coimbra 1948) 227-260; e Guilherme BRAGA DA CRUZ, *A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval em Obras Esparsas I 1ª. Parte* (Universidade de Coimbra/Coimbra 1979) 259-281.
- 6 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 183-185; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 171-173; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 155-159.

Porém, a primeira época da nossa História jurídica, que decorre entre 1140 e 1248 (início do reinado de D. Afonso III), a que ALMEIDA COSTA chama “período da individualização do Direito Português”, mostra-nos um direito rudimentar e empírico, que tem nos costumes e forais as suas fontes predominantes e, no tabelião, a figura marcante<sup>7</sup>. Depois, graças à ciência jurídica renascida em Bolonha<sup>8</sup>, desenvolvida em Perusa<sup>7</sup> e largamente difundida em Portugal no *Studium Generale* criado por D. Dinis entre 1288 e 1290<sup>9</sup>, o nosso Direito transformou-se: a lei que, por influência do Direito Romano, se considera manifestação da *voluntas regis*, ganha dinâmica, prolifera e rapidamente substitui o costume como fonte principal do direito. São notáveis a sua função cívica, moralizadora, na luta contra os maus costumes e o serviço, que prestou, no fortalecimento do poder régio e na construção do Estado moderno. O pensamento jurídico readquire a dignidade

---

7 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 183-196; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 209-212; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 147-167.

8 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 210-212; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 245-253; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 197-204; e Rui Manuel de Figueiredo MARCOS, *A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais* no suplemento XXXIII ao *BFDC* (1990) 50-51.

9 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 236-241; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 253-256; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 204-216; e Rui MARCOS, *ibidem* 52-54.

10 Vid. Marcello CAETANO, *ibidem* 283-288; Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 229-232; Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 330-332; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 253-261.

científica e, revestido da *auctoritas* universitária, o jurista é considerado um verdadeiro *conditor iuris*<sup>11</sup>.

As consequências são enormes: combate-se a autotutela; transforma-se o *onus probandi*; separam-se os processos civil e penal; caminha-se para a uniformização dos delitos e das penas. Enfim, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “o nosso País ia-se integrando no mundo dos *iura communia*<sup>12</sup>”.

Em 1446 ou 1447, no reinado de D. Afonso V, foram aprovadas as Ordenações Afonsinas, a nossa primeira compilação oficial mandada elaborar, anos antes, pelo Rei da Boa Memória. O Direito Português progride para a sua independência, reduzindo o *ius commune* a direito subsidiário. Aí se consagram, como fontes do direito pátrio, as leis, os estilos da Corte e o costume: a lei expressa a *voluntas* do monarca; os estilos da Corte adquirem o sentido de jurisprudência uniforme e constante dos tribunais superiores; e o costume, cuja obrigatoriedade resultava da harmonização da sua gênese (prática social constante acompanhada da convicção de sua obrigatoriedade jurídica) com a idéia duma aquiescência tácita do rei. Inserido no mesmo plano da lei, o costume tanto podia ser *secundum legem*, como *praeter legem* e mesmo *contra legem*<sup>13</sup>. Foi, assim, acolhida a lição do jurisconsulto romano IULIANUS: se as leis só obrigam porque foram admitidas pela *voluntas populi*, também devemos observar aquilo que, sem se encontrar escrito, o povo aprovou; por isso, as leis são abrogadas não só “*suffragio legislatoris*”, mas também “*tacito consensu omnium per desuetudinem*<sup>14</sup>”.

---

11 Vid. Ruy de ALBUQUERQUE/Martim de ALBUQUERQUE, *ibidem* 241-242 e 289-315.

12 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 268.

13 Cf. Ordenações Afonsinas II, 9. Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 304-308; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 276.

14 Cf. D. 1,4,32,1.

Depois desse brevíssimo excursus pela História do nosso Direito, chegamos ao ano de 1500: o Brasil é, doravante, parte de Portugal e, portanto, território onde o Direito Português também vigora. A História dos dois Povos une-se e a História Jurídica torna-se comum. Cimentam-se uma só cultura manifestada na língua, na literatura, na poesia, na arte, no direito, na sensibilidade lusitana!

Escassos anos volvidos, em 1521, D. Manuel I publica a edição definitiva de suas Ordenações ditas Manuelinas, que vigoraram no território português (continental e ultramarino) até 1603<sup>15</sup>. Em 1569, juntou-se-lhes a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão, procurador da Casa da Suplicação, a quem o Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião, pedira que reunisse, numa colectânea, os numerosos diplomas avulsos publicados depois de 1521<sup>16</sup>. E, por lei de 11 de Janeiro de 1603, iniciaram a sua vigência as Ordenações Filipinas, que se prolongou até 1867 e 1916, respectivamente em Portugal e no Brasil<sup>17</sup>.

Entretanto, em 18 de Agosto de 1769, a famosa Lei da Boa Razão reduziu o direito subsidiário ao Direito Romano (que se apresentasse conforme à boa razão, ou seja, à *recta ratio* jusnaturalista) e às leis das Nações cristãs, iluminadas e polidas, em matéria política, econômica, mercantil e marítima. E quanto ao costume, impôs três requisitos: 1) ser conforme à razão boa; 2) não contrariar a lei; 3) ter mais de cem anos de existência<sup>18</sup>. Assim penetrou,

---

15 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 281-285 e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 290-301.

16 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 285-288 e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 304-306.

17 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 288-293 e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 311-315.

18 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 366-372; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 392-397 e 429-431; António dos SANTOS

entre nós, o ideal iluminista que, preocupado com a segurança e a certeza do direito, defendia o afastamento do costume como *fons iuris* e enaltecia a lei por ser fruto da vontade ao serviço da razão<sup>19</sup>: “só a lei e poucas leis”, eis o lema constantemente agitado na época<sup>20</sup>.

Em 24 de Agosto de 1820, triunfou a Revolução liberal. Todavia, não provocou reformas de vulto no direito privado. Em Portugal, as grandes inovações pertenceram aos nossos jurisconsultos que, hábil e lentamente, as souberam introduzir através da interpretação a da integração das lacunas, inspirando-se, sobretudo, no Código de Napoleão<sup>21</sup>. Quanto ao Brasil, a sua independência política, em Setembro de 1822, explica que os direitos português e brasileiro tenham começado “a trilhar caminhos diferentes<sup>22</sup>”: a História jurídica, até aí comum, cinde-se.

Impõem-se, portanto, referências separadas.

## 1. Em Portugal

Na via da interpretação, foram eliminados o preceito romano que exigia a instituição de herdeiro como condição da validade do testamento e a regra, também romana, de que *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*<sup>23</sup>. Reafirmou-se a proibição das substituições

---

JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano no BFDC LXXI* (1995) 36-37; e Rui MARCOS, *ibidem* 163-170.

19 Vid. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 369-372; Rui MARCOS, *ibidem* 80-83.

20 Vid. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 418-421.

21 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 407-412.

22 Vid. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro em SI IV* (1954-1955) 247.

23 Cf. Ordenações Filipinas IV,83,6. Vid. Manuel Antônio COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez II*<sup>2</sup> (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa 1917) 478-479.

fideicomissárias de mais de um grau<sup>24</sup>. E na *mora debitoris* passou a exigir-se a notificação do devedor, ainda que o prazo para pagamento tenha sido fixado<sup>25</sup>. E notória a influência do *Code Civil* francês<sup>26</sup>.

Mais ousadamente, a nossa doutrina chegou a afirmar, também, que tinham caído em desuso alguns textos das Ordenações Filipinas, em aberta contradição com as soluções consagradas nos códigos estrangeiros. Destacamos, como simples exemplos:

- O afastamento da exigência da boa fé na prescrição aquisitiva de trinta anos, por se considerar anacrônica e inexequível<sup>27</sup>;
- O afastamento da faculdade de o comprador de imóvel arrendado não manter o contrato de locação<sup>28</sup>.

Outras vezes, não podendo considerar a norma legal caduca por recentemente ter sido confirmada, não hesitou em contrapor-lhe a solução considerada mais justa. Serve de exemplo a compra e venda que, na tradição romanística, sempre produziu efeitos obrigacionais e, agora, se entende dever gerar efeitos reais<sup>29</sup>.

---

24 Cf. Ordenações Filipinas IV,87,12. Vid. COELHO DA ROCHA, *ibidem* 494-495.

25 Cf. Ordenações Filipinas IV,50,1. Vid. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* I, 8ª ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa 1917) 75-76 e 253-255.

26 Cf. artºs. 896º. E 1139º.

27 Cf. Ordenações Filipinas IV, 79pr.; e o artº. 2262º. do *Code Civil* francês. Vid. COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 322-323.

28 Cf. Ordenações Filipinas IV, 9pr.; e o artº. 1743o. do *Code Civil* francês. Vid. COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 569-571

29 A solução das Ordenações Filipinas (IV, 7pr.) foi confirmada por um Alvará de 1810. Cf. artº. 1538o. do *Code Civil* francês. Vid. COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 556 e 648-651.

A via da integração, onde a liberdade era maior no recurso ao direito subsidiário, foi igualmente utilizada pelos nossos juristas com grande amplitude, sobretudo no campo das obrigações<sup>30</sup>.

Assim prosseguia a renovação do Direito Português, preparando-se, lenta e sabiamente, o ambiente necessário a que o nosso primeiro Código Civil não causasse rupturas graves, que o bom senso já tinha evitado quando travou a tentativa de pôr em vigor, em Portugal, o próprio *Code Civil* francês<sup>31</sup>.

Todavia, como observa BRAGA DA CRUZ, o nosso direito privado era, em 1867, constituído por uma sobreposição ou estratificação de três massas de correntes doutrinárias: 1) o fundo tradicional ou escolástico, formado, antes de meados do século XVIII, pelas Ordenações, pela legislação extravagante e pelos tratados dos nossos melhores praxistas; 2) o contributo jusnaturalista, constituído pela legislação da Segunda metade do século XVIII e pelas inovações doutrinárias introduzidas pelos nossos juristas; 3) a legislação liberal de inspiração individualista e a avalanche dos preceitos impostos dos códigos estrangeiros a título de direito subsidiário<sup>32</sup>.

Justifica-se, assim, o estado de incerteza e de confusão, fonte de dúvidas e de litígios que, escreveu Manuel de ANDRADE, “atravancavam o foro e arruinavam famílias”;

---

30 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit. 21-28; e José Carlos MOREIRA ALVES, *a Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português I Jornada Luso-Brasileiro de Direito Civil* (São Paulo 1980) 34.

31 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 386<sup>2</sup>; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ibidem* 407-408; e Mário REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal* no suplemento XXIX ao *BFDC* (1987) 110-112.

32 Vid. BRAGA DA CRUZ, *ibidem* 23.

por isso, são ainda palavras do Mestre de Coimbra, tornou-se necessário “acudir a esta grande miséria do nosso direito civil”, levando “ordem e clareza a este caos e, independentemente disso, era preciso inovar<sup>31</sup>”. Em conclusão: impunha-se unificar, sistematizar, simplificar, isto é, codificar!

Sentindo esta necessidade, as Cortes abriram vários concursos destinados a seleccionar o melhor código, a cujo autor ofereceram um prêmio. Porém, talvez porque um código é obra complexa, difícil, laboriosa e demorada, nada se fez. A inércia tornou-se insustentável e, acolhendo a opinião de alguns deputados das Cortes Constituintes que referiam as desvantagens das comissões e defendiam que, “em trabalhos de tal natureza, melhor se sai um só homem<sup>34</sup>”, o Decreto de 8 de Agosto de 1850 atribuiu essa tarefa a Antônio Luiz de SEABRA, considerado por Manuel de ANDRADE “um dos maiores entre os maiores vultos da nossa jurisprudência, em qualquer período da sua história<sup>35</sup>”. Por isso, não surpreende que, em Portugal, se refira que terá nascido em 2 de Dezembro de 1798, por alturas de Cabo Verde, a bordo da nau Santa Cruz que levava seus pais ao Brasil. Em 5 de Fevereiro de 1799, foi baptizado no Rio de Janeiro, facto que sustenta o argumento de quem, no Brasil, defende a sua naturalidade brasileira<sup>36</sup>. Tenha nascido nas imediações da ilha de Cabo Verde ou em Minas Gerais na freguesia de Cabo Verde, uma coisa é certa para tranqüilidade de Portugueses e Brasileiros: nasceu em 1798; portanto, é português!

---

33 Vid. Manuel Augusto Domingues de ANDRADE, *O Visconde de Seabra e o Código Civil* (Coimbra 1953) 9.

34 Vid. SANTOS JUSTO, *Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento* no *BFDC LXXI* (1995) 610; e REIS MARQUES, *ibidem* 171-173

35 Vid. Manuel de ANDRADE, *ibidem* 7-8 e 18<sup>2</sup>.

36 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 171; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 611.

Este homem, cujos pais são naturais da Bairrada, a minha Terra, foi magistrado, revolucionário, jornalista, parlamentar e Ministro da Justiça, sempre ao serviço da causa liberal. Foi também Reitor da Universidade de Coimbra, função que desempenhou quase como um poder paternal; por isso, na despedida, ouviu da Academia estas palavras tão singelas e significativas: “A mocidade académica perdeu o chefe, mas não perdeu o amigo<sup>37</sup>”.

Foi, todavia, o seu Código Civil a sua maior glória, como também o fora o *Corpus Iuris Civilis* para Justiniano e o *Code Civil* para Napoleão. Dotado dum humanismo profundo que se revela bem expressivo na afirmação “*homo sum, humani nihil a me puto*” que, um dia, produziu quando, sobre o salário, disse que “o homem não pode ser estranho aos sofrimentos do homem, qualquer que seja a nação, o país, a que pertence<sup>38</sup>”; e, senhor dum espírito onde se conciliam harmonicamente o trabalho, a disciplina, a tenacidade e o sacrifício, refugiou-se em Mogofores, pacata e laboriosa aldeia de Anadia e, fechado no escritório, rodeado de livros, apresentou, oito anos depois, o seu projecto às Cortes, que foi aprovado com ligeiras modificações e sancionado na Carta de Lei de 1 de Julho de 1867<sup>37</sup>.

Corolário da lenta e sólida evolução que o Direito Português sofreu desde os meados do século XVIII, o Código Civil de 1867 não produziu uma revolução profunda. Reflecte a grande influência que, através dos nossos juriconsultos, o *Code Civil* francês e outros códigos europeus já tinham exercido durante 60 anos. Influência, toda-

---

37 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 613.

38 Vid. António Luiz de SEABRA, *A Propriedade. Philosophia do Direito. Para Servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Foraes I – Parte I* (Imprensa da Universidade / Coimbra 1850) 101.

39 Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 616.

via, recebida sem precipitação, graças ao trabalho cuidadoso de assimilação e adaptação às linhas que marcavam o Direito Português. Também o nosso legislador soube agir à margem e acima de qualquer facção ideológica, actuação aliás facilitada num momento em que o liberalismo já tinha atingido, em Portugal, a plena maturidade institucional.

Por isso, embora tenha sido largamente influenciado pelo *Code Civil* francês, o Código Civil de Seabra está longe de constituir uma simples cópia: a sua sistematização, inspirada em SAVIGNY, é original: não há um título preliminar e a matéria distribui-se em quatro partes (da capacidade; da aquisição de direitos; do direito de propriedade; da ofensa dos direitos e da sua reparação) que o seu Autor considera “pontos de triangulação” para o levantamento da carta jurídica<sup>40</sup>, onde se observa um sistema que gravita em torno do sujeito da relação jurídica. Daí, a sua poderosa feição individualista, aliás própria da época em que dominava a directriz “cada um trata de si, contanto que deixe salva a liberdade dos outros”, observa ALMEIDA COSTA<sup>41</sup>.

Há, no entanto, uma prudente moderação e um notável sentido prático. Testemunha-os o direito de propriedade, cujas limitações impedem que o consideremos um *ius utenti, fruendi et abutendi* absoluto: está sujeito à expropriação pro utilidade pública<sup>42</sup>; as relações de vizinhança

---

40 Vid. José Francisco VELOZO, *Orientações Filosóficas do Código de 1867 e do Futuro Código em SI XVI* (1967) 157; M. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Portugal em Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'Influence du Code Civil dans de Monde* (Éditions A. Pedone / Paris 1954) 648; e REIS MARQUES, *o.c.* 189-196

41 Vid. ALMEIDA COSTA, *ibidem* 422-423; e *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, cit. 122.

42 Cf. artº 2171o.

restringem o uso da propriedade<sup>43</sup>; e não se excluía a possibilidade do abuso do direito<sup>44</sup>.

O primeiro Código Civil português suscitou imediatamente a admiração e a simpatia que os elogios ao seu Autor inequivocamente traduzem. Porém, não deixa de ser um *opus humanum* e, portanto, susceptível de imperfeições: umas, de nascença; outras, que o tempo se encarregou de mostrar<sup>45</sup>. A crítica mais ácida foi dirigida por Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, insigne jurisconsulto brasileiro que, nas palavras de Orlando de CARVALHO, “é um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna”<sup>46</sup>. SEABRA é criticado por descair num mundo fictício; partir dum ponto falso; sobrepor matérias sem nexos algum de sistema; e a propriedade se adquirir tão-só por efeito do contrato<sup>47</sup>. No entanto, a verdade está com os dois: trata-se, apenas, de “um conflito de sistemas e de pontos de partida na concepção do direito”, observa Orlando de CARVALHO, para quem, enquanto TEIXEIRA DE FREITAS se enquadra na escola pandectística “com os prestígios de mentalidade e rigor”, fruto da herança kantiana, SEABRA “é um jusnaturalista e o seu projecto insere-se na tradição antropocêntrica”<sup>48</sup>. Por isso, não deixou TEIXEIRA DE FREITAS de ser “uma gigantesca figura”, ainda nas palavras de Orlando de CARVALHO<sup>49</sup>, nem SEABRA “o Mes-

---

43 Cf. artº. 2137º, 2138º, 2323º, 2325º, 2328º e 2338º.

44 Vid. BARBOSA DE MAGALHÃES, *o.c.* 541-542.

45 Vid. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. 436-440; e BARBOSA DE MAGALHÃES, *o.c.* 541-542

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

47 Vid. Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto Moraes de Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez* (Rio de Janeiro 1859) 6, 17, 82 e 186-207.

48 Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 73.

49 Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 5.

tre de todos nós e, sem possível contestação, o primeiro jurisconsulto português do seu tempo”, segundo DIAS FERREIRA<sup>50</sup>.

Mas os códigos também se desactualizam e, por maior que seja a preocupação e o engenho de os renovar, há sempre um momento a partir do qual é necessário fazer obra nova. Volvidos cem anos, é promulgado, em 1966, o actual Código Civil português. De novo se cumpriu o sábio princípio de que as codificações, desde que não procurem consagrar juridicamente as conquistas dum ruptura revolucionária, fixam, em forma sistemática, os resultados já alcançados. Por isso, as fontes do Código de Seabra e a legislação promulgada a partir de 1910 prolongam-se nas matérias do novo Código Civil.

O código de 1966 inspirou-se, também, nos Códigos Civis alemão e brasileiro: em todos, observamos uma parte geral; e no BGB e no Código português, a sistematização de HEISE: o direito das obrigações; o direito das coisas; o direito da família; e o direito das sucessões<sup>51</sup>. Cotejando os dois Códigos portugueses, há importantes modificações. Exemplificamos:

- a possibilidade de resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias<sup>52</sup>;
- a consagração do abuso do direito<sup>53</sup>;
- o acolhimento da adopção como fundamento das relações familiares<sup>54</sup>;

---

50 Vid. DIAS FERREIRA, *apud* Manuel de ANDRADE, *o.c.* 19, 6ª ed.

51 A sistematização do Código Civil brasileiro é diferente: depois da parte geral, segue-se a parte especial: Livro I – do direito da família; Livro II – do direito das coisas; Livro III – do direito das obrigações; Livro IV – do direito das sucessões.

52 Cf. artº. 437º.

53 Cf. artº. 334º.

54 Cf. artºs. 1973º. e 2002º.-D

- a consagração da comunhão de adquiridos como regime supletivo dos bens conjugais<sup>55</sup>. Esta inovação é particularmente importante, porque assinala o afastamento, no Direito Português, da sua longa tradição jurídica que, desde as Ordenações Manue-linas<sup>56</sup>, privilegiou a comunhão geral de bens como regime supletivo.

Na seqüência da Revolução de 25 de abril de 1974, produziram-se alterações importantes, sobretudo nos direitos da família e das sucessões. Destacamos:

- a consagração do princípio da igualdade dos cônjugues<sup>57</sup>; e, em consequência, o direito de cada cônjuge exercer qualquer profissão sem o consentimento do outro<sup>58</sup>;
- a abolição do regime dotal<sup>59</sup>;
- a possibilidade do divórcio por mútuo consentimento<sup>60</sup> ou litigioso<sup>61</sup>;
- a vocação hereditária do cônjuge sobrevivente<sup>62</sup>.

55 Cf. artº. 1717º.

56 Cf. Ordenações Manuelinas IV, 7. Nas Ordenações Afonsinas (IV, 2), a comunhão geral vigora ao lado da “união de bens”, constituída por três elementos: o dote da mulher; a comunhão de bens adquiridos na constância do matrimónio a título gratuito, cuja administração pertence ao marido; e a existência de bens próprios de qualquer cônjuge (os levados para o casamento e os obtidos, depois, por doação ou sucessão). As Ordenações Manue-linas elevaram a comunhão geral a regime supletivo; e as Ordenações Filipinas (IV, 46-47) mantiveram-na.

57 Cf. artº. 1671º., cuja (nova) redacção foi dada pelo Decreto-Lei nº. 496/77 de 25 de Novembro.

58 Cf. artº. 1672º.-D, redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 496/77, cit.

59 Os artºs. 1738º. a 1752º foram revogados pelo Decreto-Lei nº. 496/77 cit.

60 Cf. artº. 1775º., redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 496/77, cit.

61 Cf. artº. 1779º., redacção do Decreto-Lei nº. 496/77, cit.

62 Cf. artº. 2132º., redacção do Decreto-Lei nº. 496/77 cit.

Já no âmbito dos direitos reais, impõe-se uma referência à revogação da enfiteuse<sup>63</sup>.

Em relação às *fontes iuris*, é importante registrar a evolução do costume: consagrado fonte do direito nas nossas Ordenações no mesmo plano da lei, foi desvalorizado pela Lei da Boa Razão e desapareceu nos Códigos de 1867 e de 1966. O ideal iluminista consagrado na Escola da Exegese, sede do moderno positivismo legalista, cumpriu-se definitivamente no século XIX e manteve-se no século XX<sup>64</sup>.

## 2. No Brasil

Embora não devamos ignorar as deformações que, na prática brasileira, as leis portuguesas sofreram durante o período colonial, tanto mais que, como observa Marcello CAETANO, “os colonos ao estabelecerem-se em novas povoações, não traziam debaixo do braço as Ordenações do

---

63 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), que revogou a enfiteuse sobre prédios rústicos; e o Decreto-Lei n.º. 233/76 de 2 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º. 226/80 de 15 de Julho), que extinguiu a enfiteuse relativa a prédios urbanos.

64 Sobre o costume enquanto fonte do nosso direito, vid. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. 190-191, 260-262, 306-308 e 444-445; Inocêncio GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito I*<sup>11</sup> (Coimbra Editora / Coimbr 1999) 115-135; Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, *o.c.* 215-228 e 414-421; José de OLIVEIRA AXCENSÃO, *O Costume como Fonte do Direito em Portugal* e António A. VIEIRA CURA, *O Costume como Fonte de Direito em Portugal em La Costumbre, el Derecho Consuetudinário y las Tradiciones Populares en Extremadura y Alentejo, Seminario Internacional de Estudios sobre la Tradición. Facultad de Derecho de Cáceres (9 y 10 de Noviembre de 1998)* (Editora Regional de Extremadura / Mérida 2000), respectivamente 33-38 e 55-63; e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *o.c.* 159-167, 236-239, 276 e 322-331.

Reino”, sendo “inevitável o aparecimento de um direito costumeiro (...) muito mais poderoso que os códigos (porque) imposto pelas realidades da vida”<sup>65</sup>, foi a partir da Revolução liberal de 1820 e sobretudo depois da separação política das duas Nações lusíadas, em Setembro de 1822, que os direitos português e brasileiro “trilham caminhos diferentes”<sup>66</sup>.

Referimos, primeiro, a nossa Revolução liberal porque, situado na velha Europa, perto dos países donde sopravam as doutrinas inovadoras, Portugal viveu, durante algumas décadas, uma grande desorientação durante a qual as reformas se sucediam um pouco ao sabor dos acontecimentos: foi notório o irrequietismo dos juristas portugueses. Pelo contrário, afastado pelo oceano Atlântico, o Brasil não viveu tão intensamente essa agitação política e, por isso, algumas instituições jurídico-privadas puderam evoluir diferentemente<sup>67</sup>. Na verdade, sem a febre de inovações por vezes precipitadas, o Brasil pôde conservar um sistema jurídico-privado muito mais próximo da tradição portuguesa e mais liberto de influências estrangeiras. Bastará recordar que as Ordenações Filipinas continuaram aí em vigor por força da Lei de 20 de Outubro de 1823; e a sua vigência só cessou em 1 de janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o Código Civil brasileiro promulgado em 1916<sup>68</sup>. E vigoraram sem grandes abalos, até porque

---

65 Vid. MARCELLO CAETANO, *As Sesmarias no Direito Luso-Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, cit. 9-10.

66 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação História do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, cit. 247.

67 Vid. BRAGA DA CRUZ, *ibidem* 247-248

68 Vid. BRAGA DA CRUZ, *ibidem* 260; Orlando GOMES, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* (Baía 1958) 7, 13-14 e 16-17; e ALMEIDA COSTA, *Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro*, cit. 123.

aquela Lei impediu a aplicação das reformas que o liberalismo introduziu em Portugal<sup>69</sup>.

Entretanto, a legislação tornou-se, nas palavras de José Gomes B. CÂMARA, “um verdadeiro mosaico”<sup>70</sup>, constituindo tarefa inadiável a elaboração duma obra que a sistematizasse num *corpus* unitário: um Código Civil.

Estaria o Brasil preparado?

Até 1827 não existem, aí, cursos jurídicos: “Coimbra continuava a ser, até aos alvares da nossa Independência, a *Lucerna iuris* do mundo lusitano”, observa Sílvio MEIRA<sup>71</sup>. É certo que a Universidade portuguesa jamais deixou de cumprir a sua função, difundindo a cultura e o saber jurídico em particular. Grandes vultos aqui se formaram, como os historiadores Frei Vicente do Salvador e Sebastião da Rocha Pita; os poetas Alvarenga Peixoto, Gregório de Matos, Basílio da Gama, Tomás Antônio Gonzaga e Cláudio Manuel da Costa; e os juristas José Monteiro de Noronha e Alexandre de Gusmão<sup>72</sup>. Havia, porém, que atravessar o Atlântico e não era fácil. Por isso, a Lei de 11 de Agosto de 1827 criou dois cursos de ciências jurídicas e sociais, respectivamente em S. Paulo e Olinda. E foi aqui que, “nas tristonhas salas extorquidas à Ordem de São Bento ou no alto da ladeira do Varadouro, em casa mais digna”<sup>73</sup> Augusto TEIXEIRA DE FREITAS iniciou os estudos jurídicos em 1832 e terminou em 1837<sup>74</sup>.

Mas quem foi TEIXEIRA DE FREITAS?

---

69 Vid. MOREIRA ALVES, *o.c.* 35; e José Gomes B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio* II (Rio de Janeiro 1966) 54-55.

70 Vid. B. CÂMARA, *ibidem* 103.

71 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 48.

72 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 48.

73 Transcrevemos Sílvio MEIRA, *o.c.* 50.

74 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 39.

“Um brasileiro notável, uma espécie de patriarca da ciência civilística do seu País”, escreveu Manuel de ANDRADE<sup>75</sup>; “Um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna”, considerou Orlando de CARVALHO<sup>76</sup>. “O Cujácio brasileiro” e “o grande Lidador”, referem Cândido MENDES e outros Autores<sup>77</sup>. “Não é simplesmente um talento: é um gênio”, diz-nos José Gomes B. CÂMARA<sup>76</sup>.

Augusto TEIXEIRA DE FREITAS nasceu na então vila da Cachoeira, na província da Baía, numa época em que fervilhavam os ideais da independência e, em Cachoeira, onde ocorreu o primeiro impulso independentista, passou a sua primeira infância a estudar os relatos, os diálogos, as inquietações do seu bravo pai, o Barão de Itaparica; por isso, na sua formação está presente um sentimento profundo de amor pela Pátria que jamais perdeu<sup>79</sup>. Foi a este Homem, claro, elegante e nobre na redacção das leis; sóbrio, incisivo, seguro e intuitivo nos comentários; perfeito e preciso na técnica e na argumentação, como escreveu CLÓVIS BEVILÁQUA<sup>80</sup>, que foi dirigido o convite para elaborar o projecto do futuro Código Civil, que aceitou em 15 de Fevereiro de 1855.

Simplemente, como acontece, por vezes, com os grandes Homens, TEIXEIRA DE FREITAS faleceu pobre e quase ignorado. E é o tempo, o julgador implacável que destrói glória indevidas e retira do sepulcro e das sombras os valores esquecidos ou marginalizados pela mediocridade, que afasta a injustiça de tão reprovável esquecimento. Volvidos três anos, TEIXEIRA DE FREITAS publica um trabalho preparatório do Código: a *consolidação das Leis*

---

75 Vid. Manuel de ANDRADE, *o.c.* 8.

76 Vid. Orlando de CARVALHO *o.c.* 3 e 5.

77 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 179.

78 Vid. B. CÂMARA, *o.c.* 100.

79 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 11, 19 e 26.

80 Vid. CLÓVIS BEVILÁQUA *apud* Sílvio MEIRA, *o.c.* 449.

*Civis* que, nas palavras de Sílvio MEIRA, “é um monumento legislativo, ante o qual se inclinam, com respeito, juristas de várias nações”<sup>81</sup>. Na verdade, TEIXEIRA DE FREITAS revela, aí, o seu gênio criador antecipando-se com uma parte geral e uma parte especial, 40 anos ao famoso Código Civil alemão, como reconheceu René DAVID<sup>82</sup>. Germinara, em TEIXEIRA DE FREITAS, a semente romana, pois a parte geral é, na observação de SALEILLES, “uma consagração de ideias racionais extraídas do direito romano”: é como se fosse “o título de *regulis iuris* posto no frontespício do conjunto das disposições particulares”<sup>83</sup>.

Não nos surpreende: TEIXEIRA DE FREITAS possuía uma cultura romanista muito grande, possível num Homem que, aos 8 anos, já era um dos melhores alunos de Latim e recebeu, em Olinda, uma formação coimbrã<sup>84</sup>. Na sua obra, onde também se inclui o *Esboço*, observamos a preocupação pelo método, o rigor do sistema, o amor pela tradição jurídica luso-brasileira, enfim, uma preparação científica sólida.

Mas TEIXEIRA DE FREITAS estava deslocado no tempo e no espaço e as críticas foram atrozes e demolidoras: o seu plano não conheceu o êxito imediato. Recusado o seu Projecto, as duas tentativas que se seguiram, de NABUCO DE ARAÚJO (1872) e de FELÍCIO DOS SANTOS (1881), não tiveram melhor sorte<sup>85</sup>. Finalmente, foi aprovado, em 1916, o Projecto de CLÓVIS BEVILÁQUA, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1917.

---

81 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 109.

82 Vid. René DAVID *apud* Sílvio MEIRA, *o.c.* 445.

83 Vid. SALEILLES *apud* Sílvio MEIRA, *o.c.* 457.

84 Vid. Orlando de CARVALHO; *o/c/* 4; e Sílvio MEIRA, *o.c.* 29 e 46.

85 Vid. Orlando GOMES, *o.c.* 17.

Homem modesto, de origem humilde<sup>86</sup>, CLÓVIS BEVILÁQUA sofreu profundamente a influência de TEIXEIRA DE FREITAS, como nos testemunha inequivocamente o Código Civil brasileiro: um Código equilibrado e harmonioso, que mantém bem viva a tradição jurídica luso-brasileira, liberta de velhos anacronismo e de antiquados preconceitos<sup>87</sup>. Considerado “la plus haute expression du droit civil américain, et une des oeuvres législatives les plus remarquables du monde”<sup>88</sup>, o Código Civil brasileiro continua, decorrido o arco temporal de 1917 aos nossos dias, mais perto da tradição jurídica portuguesa do que o actual Código Civil Português.

Vejamos alguns exemplos:

- exige o consentimento dos pais no casamento de menores de 21 anos, prevalecendo a vontade do pai se a mãe discordar<sup>89</sup>. O Código Civil Português dispensa a autorização paterna, embora sancione o menor com a incapacidade de exercício em relação aos bens que leve para o casamento ou que posteriormente lhe advenham por título gratuito até à maioridade<sup>90</sup>;
- o marido é, no Direito Brasileiro, o chefe da sociedade conjugal, embora deva exercer essa função com a colaboração da mulher no interesse do casal e dos filhos<sup>91</sup>. O actual Direito Português afastou

---

86 Vid. José Gomes B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio* IV (Rio de Janeiro 1967) 197.

87 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, cit. 258-259.

88 Vid. Ernesto CORDEIRO ALVAREZ, *Amérique Latine em Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, cit. 744-745.

89 Cf. artºs. 185º. e 186º.

90 Cf. artº. 1649º.

91 Cf. artº. 233º.

o poder marital<sup>92</sup> e consagra a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges<sup>93</sup>;

- enquanto chefe da sociedade conjugal, o marido tem, no Direito Brasileiro, a faculdade de fixar o domicílio da família, embora a mulher possa recorrer ao tribunal no caso de deliberação que a prejudique<sup>94</sup>. No Direito Português, a residência da família deve ser escolhida de comum acordo e, na sua falta, o tribunal decidirá a requerimento de qualquer dos cônjuges<sup>95</sup>;
- no Direito Português, o regime dotal foi revogado<sup>96</sup>. No Direito Brasileiro, continua em vigor<sup>97</sup>;
- no Direito Brasileiro, a boa fé deve existir durante o tempo necessário à *usucapio*<sup>98</sup>. O Código Civil português só exige a boa fé no momento da aquisição da posse<sup>99</sup>;
- no Código Civil brasileiro, o contrato de compra e venda não transfere, mas só obriga a transferir a propriedade, ou seja, produz efeitos obrigacionais<sup>100</sup>; por isso, enquanto não se verificar a *traditio* da coisa vendida, os riscos correm por conta do vendedor<sup>101</sup>. No Direito Português, a constituição ou transferência de direitos reais dá-se por mero efeito do contrato, isto é, a compra e venda produz

---

92 Cf. artº. 1674º., antes da redacção do Decreto-Lei nº. 496/77, cit.

93 Cf. artº. 1671º.

94 Cf. artº. 233º. III, na redacção da Lei nº. 4121 de 27 de Agosto de 1962.

95 Cf. artº. 1673º.

96 Cf. Decreto-Lei nº. 496/77 de 25 de Novembro.

97 Cf. artºs. 278º. e ss.

98 Cf. artº. 551º.

99 Cf. artºs. 1260º. nº. 1.

100 Cf. artº. 1122º.

101 Cf. artº. 1127º.

efeitos reais<sup>102</sup>. Merece uma significativa referência o facto de, sob influência do *Code Civil* francês<sup>103</sup>, os Códigos Civis portugueses de 1867<sup>104</sup> e de 1966 se terem afastado da nossa tradição jurídica romana que exigia a *traditio* na transmissão de bens, ainda que, por vezes, simbólica nos bens imóveis<sup>105</sup>. Esta doutrina começou a ser criticada no século XVIII por MELO FREIRE e, já no século XIX, por COELHO DA ROCHA<sup>106</sup>, que se pronunciaram a favor do consensualismo, cuja debilidade se procurou superar com a criação do registo pelo Código de 1867<sup>107</sup>. O Código Civil brasileiro revela a influência de TEIXEIRA DE FREITAS que, opondo-se a SEABRA, defendeu que “a aquisição da propriedade só pode ser conhecida por sinais bem patentes e definidos na lei” e criticou-o por derrubar “todo esse venerando monumento da Legislação Portuguesa”<sup>108</sup>;

- a enfiteuse foi revogada no Direito Português<sup>109</sup> e mantém-se no Direito Brasileiro<sup>110</sup>. Recordamos, tão-só, que se trata dum instituto largamente praticada na Grécia no século V a. c. com vista a um melhor aproveitamento agrícola. O Direito Romano consagrou-o<sup>111</sup> e constituiu, na Idade Média,

---

102 Cf. art<sup>o</sup>s. 408<sup>o</sup>. e 874<sup>o</sup>.

103 Cf. art<sup>o</sup>. 1583<sup>o</sup>.

104 Cf. art<sup>o</sup>. 1549<sup>o</sup>.

105 Cf. Ordenações Filipinas IV, 7pr.

106 Vid. COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 556 e 648-651.

107 Cf. art<sup>o</sup>s. 154<sup>o</sup>. e 158<sup>o</sup>.

108 Vid. TEIXEIRA DE FREITAS, *o.c.* 186-207.

109 Vid. *supra*, nota 63.

110 Cf. art<sup>o</sup>s. 678<sup>o</sup>. e ss.

111 Vid. António dos SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)* em *Studia Iuridica* 26 (1997)§ 33.

“uma das travas mestras da vida econômica e social”<sup>112</sup>.

Por vezes, o Direito Português afastou-se da nossa tradição e o Direito Brasileiro, que se manteve fiel, aproximou-se mais tarde do nosso Direito: assim aconteceu com o regime supletivo dos bens conjugais, denominado, em Portugal, *comunhão de adquiridos*<sup>113</sup> e, no Brasil, *comunhão parcial*<sup>114</sup>; e com o divórcio por mútuo consentimento e litigioso<sup>115</sup>.

Também no âmbito das *fontes iuris*, o Direito Brasileiro “fala” mais português: o costume *contra legem* não está afastado (ou, pelo menos, não é recusado tão expressamente) como no Direito Português. Com efeito, a Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro dispõe que “não se destinando a ter vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”<sup>116</sup>. O Código Civil português é mais incisivo: “Quando se não destina a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei”<sup>117</sup>. O advérbio *só* não permite outra leitura: a lei só deixa de vigorar por caducidade ou revogação. O costume *contra legem* é, assim, expressamente afastado pelo legislador português que terá ignorado a realidade de que “o costume *contra legem actua*” e, com tal intensidade, que “representa uma contribuição inestimável para a sanidade da própria ordem legislada (libertando-a) de partes caducas. Doutra maneira, esta ordem sufocaria, pelo

---

112 Vid. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. 196-198.

113 Cf. artº. 1717º.

114 Cf. artº. 258º.

115 Cf. artº. 1773º. nº. 1 do Código Civil português e a Lei nº. 6515 de 26 de Dezembro de 1977,.

116 Cf. artº. 2º.

117 Cf. artº. 7º. nº. 1.

peso dos elementos mortos de que por si se não soube libertar”, escreve José de OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>118</sup>.

A divergência é, todavia, inequívoca no quadro da integração das lacunas. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>119</sup>”. Quanto ao Direito português, o Código Civil determina que as lacunas da lei devem ser integradas por analogia e, na falta de caso análogo, “segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito de sistema”<sup>120</sup>. Ambos os direitos referem-se às lacunas da lei. Simplesmente, o Direito Brasileiro manda recorrer ao costume *praeter legem* que o Direito Português afasta. É certo que aí se consagra também a primazia da lei, porque só na sua falta se recorrerá ao costume que, assim, funciona como fonte subsidiária. Ora, se o costume fosse reconhecido como *fons iuris* ao lado da lei, como foi a nossa tradição até 1769, não haveria lacuna se dispuséssemos duma norma jurídica consuetudinária.

A subalternização brasileira do costume não evita a crítica de que a lei carece de legitimidade para o privar da juridicidade que brota da comunidade em que se forma<sup>121</sup>; ou de que “a lei e costume têm igual dignidade como fontes do direito”<sup>122</sup>. Todavia, importará reconhecer que estas

---

118 Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 36.

119 Cf. artº. 4º.

120 Cf. artº. 10º.

121 Vid. António CASTANHEIRA NEVES, *Fontes de Direito (Contributo para a Revisão do seu Problema)* no BFDC LVIII (1982) 232-234 e 255; e João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*<sup>3</sup> (Livraria Almedina / Coimbra 1989) 153-157.

122 Transcrevemos OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 34.

críticas atingem mais intensamente o legislador português porque, mais sensível ao positivismo legalista e à sua influência iluminista, foi mais ousado na recusa dum fonte que já foi a mais importante e não deixou de ser a manifestação directa do Direito pela própria comunidade.

As diferenças, que sublinhámos como meros exemplos da maior fidelidade brasileira à tradição jurídica portuguesa, não esbatem, se é que não reforçam, o grande patrimônio comum que permite falar dum verdadeiro direito luso-brasileiro<sup>123</sup>, cujos preceitos traduzem, em linguagem cristalina e escorreita<sup>124</sup>, um elevado grau de romanização<sup>125</sup> e justificam a sua pertença à família romano-germânica<sup>126</sup>.

Com o tempo, surgem, porém, novas necessidades a que um código, porque limitado pela incapacidade humana de prever, não oferece solução: a legislação avulsa multiplica-se e as dificuldades crescem. O Brasil sentiu a necessidade de elaborar um novo Código e, em 1969, foi nomeada uma comissão para redigir o seu projecto, hoje conhecido por Projecto de Lei nº 634 de 1975. Participaram os eminentes jurisconsultos José Carlos MOREIRA ALVES, Agostinho Neves de ARRUDA ALVIM, Sílvio MARCONDES, Erbert Viana CHAMOUN, Clóvis do COUTO E SILVA, Torquato CASTRO e o supervisor Miguel REALE, que nos diz: “Não houve a preocupação de alterar o texto do Código actual pelo desejo ou vaidade de fazê-lo

---

123 Vid. Walter RODINÒ, *Codici Stranieri em NNDI*, Appendice A-COD (1980) 1305.

124 Foi Rui BARBOSA quem refundiu, numa linguagem pura, amena e harmoniosa, uma obra cientificamente excelente: o Código Civil brasileiro.

125 Segundo Abelardo LOBO, “dos 1807 artigos (do Código Civil brasileiro), 1445 deitam raízes na cultura romana”. Vid. MOREIRA ALVES, *o.c.* 42.

126 Vid. ALMEIDA COSTA, *Fundamentos Históricas*, cit. 105-108.

(porque) não se deve alterar um texto de lei, quando não há razão bastante e de fundo que o determine”<sup>127</sup>.

Não nos deteremos na apreciação deste Projecto, mas não devemos silenciar algumas inovações particularmente importantes: consagra a disciplina dos “*direitos de personalidade*”, fixando regras que fortalecem a subjectividade, a imagem e a intimidade; obriga os contraentes a guardar, na conclusão e na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa fé; permite a resolução do contrato quando manifeste excessiva onerosidade ou por causa superveniente que altere o equilíbrio entre as prestações recíprocas; conjuga e dinamiza as responsabilidades subjectiva e objectiva, reconhecendo, todavia, aquela como normal porque o indivíduo deve ser responsável pela sua acção ou omissão culposa ou dolosa; permite ao cônjuge supérstite concorrer, como herdeiro legitimário, com os ascendentes e descendentes; confere aos filhos ilegítimos os mesmos direitos atribuídos aos legítimos na sucessão dos seus ascendentes; etc. São inovações que reaproximam o Direito Brasileiro do Direito Português. Aliás, vale a pena considerar mais umas palavras do eminente Miguel REALE: “Não tivemos a preocupação de mudar, mas a vaidade de conservação (...) É grande a lição de Roma: o direito desenvolve-se à medida que a necessidade vai exigindo e os factos vão ditando”<sup>128</sup>.

Com este ou outro Projecto, com estes ou outros Códigos, uma conclusão se impõe: a nossa tradição jurídica comum continua bem viva, porque há uma sensibilidade que nos une como dois Povos da grande Nação lusíada. Por isso, as palavras que BRAGA DA CRUZ escreveu em

---

127 Vid. Miguel REALE, *Considerações Gerais sobre o Projecto de Código Civil (Projecto de Lei n.º 634, de 1975)* na RFDSP 71 (1976) 29-30

128 Vid. Miguel REALE, *ibidem* 57-58

1955, mantêm-se plenamente actuais: “Portugal e Brasil continuam a ser, no direito, duas pátrias irmãs que se orgulham da sua ascendência comum”<sup>129</sup>.

De facto, a cultura, que Portugueses e Brasileiros souberam criar, não suscita outro entendimento. “A cultura europeia e a indígena. A europeia e a africana. A africana e a indígena”, nas palavras de Gilberto FREYRE, que nos fala também das condições de confraternização e de mobilidade social peculiares ao Brasil: a miscigenação, a dispersão da herança, a fácil e freqüente mudança de profissão e de residência, o fácil e freqüente acesso a cargos e a elevadas posições políticas e sociais de mestiços e de filhos naturais, o cristianismo lírico à portuguesa, a tolerância moral, a hospitalidade a estrangeiros, a intercomunicações entre as diferentes zonas do país”<sup>130</sup>.

Assim se construiu e se constrói o Brasil, como se construiu e constrói Portugal!

Resta-nos uma referência à Universidade. Transcrevemos Sílvio MEIRA: “A cegueira espiritual constitui bom adubo à escravidão. As Universidades, em que se aninham as almas irrequietas da juventude de todos os tempos, são o maior factor de desenvolvimento de um povo. Delas surgem ideias, nelas afloram os embriões, que germinam, crescem, florescem e frondejam, delas se irradiam as forças propulsoras incontroláveis da inteligência”<sup>131</sup>

Conhecemos a função que a Universidade cumpriu e o muito que a tradição jurídica luso-brasileira lhe deve.

Oxalá saibamos não desmerecer os nossos Maiores!

---

129 Vid. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, cit. 264.

130 Vid. Gilberto FREYRE, *Casa-Grande & Senzala. Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil* – I 40 (Editora Record / Rio de Janeiro. São Paulo 2000) 125.

131 Vid. Sílvio MEIRA, *o.c.* 50.

**Abreviaturas**

<i>BFDC</i>	—	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)
<i>BUSC</i>	—	Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela)
<i>D.</i>	—	<i>Digesta (Corpus Iuris Civilis, vol. I, ed. Theodorus MOMMSEN-Paulus KRÜGER, 16<sup>a</sup>. ed., Berlim 1954)</i>
<i>NNDI</i>	—	Novissimo Digesto Italiano (Turim)
<i>RFDSP</i>	—	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo)
<i>SI</i>	—	<i>Scientia Iuridica</i> . Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira (Editorial <i>Scientia &amp; Ars</i> -Livraria Cruz & C <sup>a</sup> . Ld <sup>a</sup> . /Braga)
<i>Scientia Iuridica</i>	—	<i>Scientia Iuridica</i> . Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra Editora/Coimbra)