

## BRASIL 500 ANOS

# INFLUÊNCIA DO DIREITO PORTUGUÊS NO DIREITO BRASILEIRO

FRANCISCO AMARAL\*

### 1. Introdução

Os 500 anos do Brasil constituem significativo evento político e cultural que a sociedade brasileira, por suas instituições científicas, dentre elas a Academia Brasileira de Letras Jurídicas, já vem promovendo, como processo de reflexão coletiva sobre a cultura brasileira, no qual se integra o direito, como produto e como padrão de comportamento e de organização social.

Na perspectiva política, cinco séculos de existência, primeiro como colônia, depois como Estado independente, marcam a gênese e o desenvolvimento de uma nova nação, que vem a inserir-se, reconhecidamente, na comunidade internacional, a partir de sua independência em 1822. Na perspectiva cultural, representa esse tempo um processo de transformação da herança social européia que Portugal para aqui transplantou, com o descobrimento e a colonização, forjando-se, sob a influência de outras circunstâncias, de natureza étnica, física e social, uma nova cultura, e uma nova sociedade, agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de sangue índio, negro e europeu<sup>1</sup>.

Contemporâneo da modernidade, ou dos *tempos modernos*<sup>2</sup>, o Brasil nasce como colônia, no séc. XVI, emancipa-se como Império, no séc. XIX, e desenvolve-se, como República, no séc. XX, edificando, ao longo de cinco séculos, uma experiência de vida própria, de matriz ibérica, mas temperada com as cores do ambiente sul-americano. Nessa evolução histórico-social, teve o direito funções

\* Professor Titular de Direito Civil e Romano da Faculdade de Direito da UFRJ.

relevantes, principalmente no Império, tanto na institucionalização do poder político como na organização administrativa e na própria vida intelectual e política da nova sociedade<sup>3</sup>. Como se reconhece, “os juristas e magistrados exerceram um papel de grande importância na política e na administração portuguesa e posteriormente brasileira”<sup>4</sup> não só pelo seu desempenho na construção da nossa experiência jurídica como também pela sua importante presença na formação da cultura brasileira. A educação superior, “elemento poderoso de unificação ideológica da política imperial”, concentrava-se na formação jurídica, fornecendo um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades<sup>5</sup>.

A cultura jurídica teve dois modos de expressão. Um, de natureza formal, é-nos dado pelo notável arcabouço jurídico edificado por juristas formados, na grande maioria pela Universidade de Coimbra, que elaboraram os primeiros sistemas (Constituição, códigos, leis fundamentais). Em segundo lugar, o surgimento de uma elite própria e plenamente adequada ao ambiente brasileiro<sup>6</sup>. Como já assinalado, os juristas foram parte integrante e destacada da elite política imperial, e o direito foi elemento básico na edificação do Estado e da ordem política e social do Império brasileiro, dando-lhe determinada feição e homogeneidade. Interessa, assim, à história jurídica e social brasileira avaliar a importância e a originalidade dessa contribuição e, no presente caso, a influência do patrimônio espiritual europeu — particularmente o direito portugueses.

Quanto ao sistema jurídico brasileiro, os primeiros elementos estruturais foram a Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal de 1832, o Código Comercial de 1850, o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850 que acompanhou o Código Comercial, verdadeira lei processual, a Consolidação das Leis Cíveis de 1857 e o Esboço de Código Civil de 1860/64. Com a Consolidação e o Esboço, Teixeira de Freitas sistematizou a matéria civil existente, dispersa e desconexa, compreendendo as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes, preparando-a para o Código Civil, publicado já na República, em 1916. Como se verá em seguida, a Consolidação teve inegável papel conservador, relativamente ao direito lusitano, do que resultou importante efeito para o futuro direito brasileiro que foi de guardar, mais do que o próprio português de 1867, a tradição portuguesa. A par dessas fontes legais, surgia significativa produção científica e filosófica na senda já aberta da tradição ocidental do direito, começando a formar-se o *pensamento jurídico* do Império, inicialmente com base em idéias e textos importados que iam servir, porém, como instrumentos de solução dos problemas práticos, de natureza política e social<sup>7</sup>, ajudando a forjar, com o tempo, a chamada *experiência jurídica brasileira*, do que o direito do Império foi a base e o principal suporte e, por isso mesmo, objeto de nosso imediato interesse.

## 2. Historicidade e racionalidade na formação do direito brasileiro

Considerando-se que um estudo sobre o direito brasileiro contemporâneo, na sua estrutura, função e fundamentos, pressupõe o conhecimento de sua gênese e evolução, neste processo duas fases seria útil distinguir. A primeira, do descobrimento (ou achamento) até a Constituição de 1824, seria a fase da *historicidade*, ou tradição, no sentido de que a ciência jurídica é uma formação histórica nos seus aspectos características<sup>8</sup>, que se vem desenvolvendo desde os primórdios da civilização ocidental, com a contribuição de importantes elementos espirituais, em que se destacam o pensamento grego, o cristianismo e o direito romano. Essa primeira fase diz respeito à formação e traslado da herança cultural européia, nela inserida o direito, para aqui transplantada pela colonização portuguesa.

Dizia, com acerto, Pontes de Miranda, que “o direito no Brasil não pode ser estudado desde as sementes; nasceu de galho de planta que o colonizador português trouxe e enxertou no novo continente”<sup>9</sup>. Constitui isso um desafio para o jurista historiador, que deve analisar essa cultura trazida de fora, estudando-lhe a natureza, suas instituições e seu fundamento.

A segunda fase seria a da *racionalidade*, ou do *sistema*, referente ao período de codificação determinado pela Constituição brasileira de 25 de março de 1824, que, no art. 179 (XVIII), mandava que se organizasse, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal, “fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”. Antes disso, a lei de 20 de outubro de 1823 determinava a manutenção da vigência das ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções dos reis de Portugal em vigor no Brasil até 26 de abril de 1821, data em que D. João VI regressou a Portugal. Nesta segunda fase desenvolveu-se o processo de sistematização do direito brasileiro, do que resultaram os Códigos Criminal de 1830, o de Processo Criminal de 1832, o Comercial de 1850, o Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, verdadeira lei processual, a Consolidação das Leis Cíveis de 1857 e o Esboço de Código Civil de 1860/64 culminando com o Código Civil de 1916. Conclui-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro nasceu, não de um processo natural de evolução histórica, mas de um ato voluntário de política legislativa.

Passou-se, assim, da fase histórica de formação do nosso direito, o que se poderia chamar de a experiência jurídico luso-brasileira, para a fase da razão sistematizadora, lógico-conceitual, iniciando o que podemos chamar de pensamento sistemático, útil na sua fase inicial, de construção do direito brasileiro, e de consolidação de uma fase histórica, mas responsável, depois, pelo pensamento mais exegético do que inventivo dos juristas republicanos, abertos, na sua maioria, à sedução do positivismo conservador.

No que especificamente diz respeito à influência do direito português no direito brasileiro, limitar-nos-emos à matéria do direito privado, pois é esse “o ramo do direito em que o problema oferece maior interesse histórico-jurídico, pois é no domínio do direito privado que o peso da tradição se faz sentir mais intensamente, resistindo com maior eficácia aos embates das inovações propostas pelas novas correntes doutrinárias”<sup>10</sup>.

O direito constitucional, o direito administrativo, o direito penal, puderam ser objeto de uma renovação completa, introduzida pelas reformas da época liberal<sup>11</sup>.

### 3. Aspectos da influência do direito português no direito brasileiro. Fontes formais e materiais

Para conhecer-se a influência do direito português, há que considerar as respectivas fontes formais e materiais, estas, para nós, as mais importantes porque, como diz Miguel Reale, “as idéias filosófico-jurídicas são o fundamento dos esquemas normativos, assim como a relação do direito com seu contexto histórico e ambiental” .

Quanto às fontes formais, fontes de direito civil antes do Código, eram vigentes no Brasil:

I — A legislação portuguesa, compreendendo as Ordenações Filipinas, os Alvarás, as Leis, os Decretos, as Resoluções, Usos e Costumes.

II — O direito canônico e o direito romano, subordinado este à política jurídica da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, que fixava normas sobre a interpretação e integração da lei e reprimia o abuso no recurso do direito romano, não mais subsidiário, salvo no que fosse conforme à boa razão (*recta ratio*)<sup>12</sup>.

III — Os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, que davam valor, como fonte subsidiária, ao *usus modernus pandectarum*, o uso moderno das *Pandectas (Digesto)*, isto é, a prática atualizada do direito romano.

IV — O direito das nações civilizadas e as leis estrangeiras, e as obras doutrinárias, da escola do *usus modernus pandectarum*, principalmente as de J. G. Heinecius (1618 — 1741), Christian Thomasius (1655 — 1728), G. A. Struve (1619 — 1692), Samuel Stryck (1640 — 1710) e Justus Henning Böhmer (1674 — 1749).

É importante ainda salientar que contribuíam para esse fundo comum, formado pelo direito tradicional das Ordenações, da legislação extravagante e das obras dos velhos praxistas, o pensamento *jusnaturalista*, depois *iusracionalista*, e a filosofia do *individualismo*, expressão do liberalismo político e econômico da época moderna.

Quanto a figuras jurídicas específicas, que possam exprimir dogmaticamente, a influência portuguesa que permaneceu na nossa legislação civil, salientamos as seguintes:

a) a não consideração do erro de direito (*error iuris ou ignorantia iuris*) pelo Código Civil brasileiro, em consonância com a velha doutrina romana, (D. 22,6,9 pr.) que era a das Ordenações (ord. 3,64) e a dos velhos praxistas; salvo casos especiais, como o do pagamento indevido, C.C. art. 965, e de nulidade da partilha (C. C. art. 1805); o erro de direito é o falso conhecimento ou a ignorância da regra jurídica respectiva;

b) a insuficiência do simples acordo de vontades para a transferência da propriedade. O Código Civil brasileiro consagrou a velha tradição romana, segundo a qual o contrato de compra e venda não operava, por, a transferência da propriedade que só se daria pela *traditio*. Foi a doutrina adotada por Teixeira de Freitas (Consolidação, p. CCX e CCXI, da Introdução, 3ª edição, e nota do art. 909) e por Lafayette (Direito das Cousas, par. 43), doutrina essa conforme o disposto nas Ordenações Livro 4ª, T. 5ª, par. 1ª, e T. 7ª;

c) a aceitação da cláusula de retrovenda no contrato de compra e venda, conforme a tradição das Ordenações Filipinas (Ord. 4,4, pr.), (Ord. 4,67,2), respeitada no C. C. art. 1140;

d) a resolução do contrato de locação em caso de venda da coisa, salvo disposições em contrário. É a doutrina das Ordenações, Livro 4, Título IX, depois reproduzida no C. C. art. 1197;

e) a boa-fé na prescrição aquisitiva (C.C. art. 550 e 551). As Ordenações, Livro 4, Título 3, par. 1ª referiam-se à prescrição da ação real do credor. Extinguindo-se as ações reais em dez ou vinte anos, decorrido esse tempo, ficava o possuidor em posição favorável frente ao proprietário (Clóvis, comentários ao art. 550 do C.C. B.);

f) o instituto da adoção (C.C. art. 368). Embora não o regulasse expressamente, o direito reinícola a ele se referia em diversas passagens (Ordenações, 2, 35, par. 12; 56, pr.11; 85, par. 2ª lei de 22 de setembro de 1828, art. 2ª);

g) o cálculo da quota disponível para o fim da redução de doação inoficiosa (C.C. art. 1.790, Parágrafo único). As Ordenações tinham disposições semelhante (Ord. 4, 97, par. 3ª);

h) a regra de que, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança, se transmitem, desde logo aos herdeiros (*le mort saisit le vif*), do direito romano e do direito francês (D. 50, 17, fr. 62) (C.C. art. 1.572). Cfr. Alvará de 9 de novembro de 1754 e assentua de 16 de fevereiro de 1876;

i) o regime de comunhão universal de bens como regime matrimonial supletivo (C.C. art. 258). Era regra de direito anterior (ord. 4, 46 e Decreto nº 181, de 1890);

j) a exigência de outorga uxória para alienação dos bens do casal (C.C. art. 235). Idêntica disposição no direito anterior (Ord. 4, 48. pr. e 8<sup>o</sup>; 3, 47, pr; 4, 60 e 64);

k) a preferência dos ascendentes sobre os colaterais na sucessão (C.C. art. 1603). Idêntica disposição no Decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907;

l) a mora *ex-re* no cumprimento das obrigações (C.C. art.960). Havia idêntica regra no direito reinícola, quanto ao mútuo (Ord. 4, 50, pr. 1<sup>o</sup>).

Disposição vigente, somente até o advento do Código Civil brasileiro: O benefício da *restitutio in integrum* (C.C. art. 8<sup>o</sup>): As ordenações, no Livro 3, Título 41, estabelecia o benefício de restituição em favor dos menores interditos.

## Conclusão

O breve enunciado dessas figuras e institutos de direito civil é suficiente para demonstrar que o direito brasileiro, legatário do pensamento ocidental, manteve-se fiel à tradição romano-canônica-lusitana, dignificando-a e rejuvenescendo-a, contribuindo, assim, como dizia Braga da Cruz, para sua marcante presença no mundo contemporâneo.

## NOTAS

1. Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala*, 12<sup>a</sup> edição, Brasília, 1963, p. 69.
2. Tempos Modernos são os sécs. XVI, XVII e XVIII, iniciados com a descoberta do Novo Mundo, o Renascimento e a Reforma. Cfr. Yürgen Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, Lisboa, Dom Quixote, 1990, p. 17.
3. Fernando de Azevedo, *A Cultura Brasileira*, 4<sup>a</sup> edição, Brasília, 1963, p. 296.
4. José Murilo de Carvalho, *A construção da ordem*, Rio de Janeiro, Ed. UFRJ/Relume Dumará, p. 27.
5. Idem, *ibidem*, p. 55.
6. Américo Jacobina Lacombe, *A Cultura Jurídica*, in *História Geral da Civilização Brasileira*, 5, *O Brasil Monárquico*, III, S. Paulo, Difel, 1976, p. 356.
7. João Cruz costa, *O pensamento brasileiro sob o império*, História Geral da Civilização Brasileira, p. 324.
8. Ricardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bolonha, Il Mulino, 1987, p. 21.
9. Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 27.
10. Guilherme Braga da Cruz, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, São Paulo, setembro de 1954, p. 32.
11. Idem, *ibidem*.
12. Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 73.