

A INFLUÊNCIA INTERNACIONAL DO DIREITO PORTUGUÊS^{1*}

Paulo Videira Henriques

Assessor do Gabinete da Secretária da Administração e Justiça da RAEM

1. É sempre agradável ser convidado para um aniversário. Mas nesta ocasião especial a alegria ainda é maior, por se tratar do bicentenário de uma obra ímpar que se destaca entre as grandes criações culturais da Europa.

Ao longo de 2004, a efeméride tem sido assinalada com importantes iniciativas em todos os continentes, facto que permite comprovar, por si só, quer a influência mundial do *Code civil* de 1804, quer a vitalidade evolutiva dos princípios e regras nele consagrados.

Quero, por isso, saudar e felicitar as Entidades que organizam esta Conferência comemorativa dos 200 anos do Código Civil francês e subordinada ao tema «O Presente e o Futuro do Código Civil na China». Poder participar e beneficiar deste encontro constitui para mim uma honra e um júbilo que sinceramente se agradecem.

2. Existe entre o direito português moderno e o *Code Civil* de 1804 uma grande proximidade¹, cuja génese está directamente relacionada, como é sabido, não apenas com as semelhanças da tradição romano-germânica mas, sobretudo,

* Comunicação apresentada no âmbito da *Conference on the 200th Anniversary of the French Civil Code – Present and Future of Civil Law in Greater China*, organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária da RAEM em cooperação com o Consulado de França em Hong Kong, e que teve lugar no dia 9 e 10 de Novembro de 2004 na City University de Hong Kong e na Biblioteca Internacional da Universidade de Macau, respectivamente.

¹ Cf. BRAGA DA CRUZ, «La formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon», *Obras Esparsas*, II, Coimbra, 1981.

com a adesão ao movimento codificador e com a divulgação do ideário do jusracionalismo na Europa continental², num contexto que veio a ser reforçado, em Portugal, pelas invasões napoleónicas e pelo advento do liberalismo³.

É reconhecida sem contestação a influência⁴ que o *Code Civil* de 1804 exerceu sobre o primeiro Código Civil português (de 1867⁵), reforçando uma tendência que se verificou ao longo do século XIX, tanto na doutrina como nos tribunais⁶. Com uma sistematização de pendor antropocêntrico e jusracionalista, o *Código de Seabra* combinou soluções tradicionais com outras de conteúdo inovatório, em artigos redigidos numa linguagem simples e num estilo apoiado nos textos do *Code Napoléon*.

A visibilidade da influência francesa esmoreceu ao longo do século XX, à medida que os meios académicos portugueses diversificavam os seus campos de pesquisa, num processo em que avulta a recepção da Ciência Jurídica alemã e o acompanhamento da literatura italiana de Direito Privado, também esta já influenciada pelo pandectismo⁷.

Não surpreende, por isso, que ao olhar para as inovações introduzidas no actual Código Civil (aprovado em 1966), o intérprete detecte afinidades variadas, com predominância para os Códigos civis alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*, aprovado em 1896) e italiano (*Codice Civile*, aprovado em 1942) mas que incluem, igualmente, elementos dos Códigos civis suíço (de 1907), brasileiro (de 1916) e grego (de 1940). A importância atribuída à Ciência do Direito alemã pode

² Cf. M. REIS MARQUES, *O liberalismo e a codificação do Direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do Direito Moderno*, suplemento XXIX ao *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1987.

³ Chegou a ser ponderada a hipótese de aplicar, em Portugal, uma versão traduzida do Código de Napoleão Cf. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, I, Lisboa, 1985, p. 287, REIS MARQUES, *op. cit.*, pp. 110 e ss.; M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª Ed., Coimbra, 2000, p. 386.

⁴ Cf. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Portugal», *Travaux de la semaine internationale de Droit. L'influence du Code civil dans le Monde*, Paris, 1954, pp. 632-663, p. 648; REIS MARQUES, *op. cit.*, pp. 189-196.

⁵ Esta codificação portuguesa (promulgada em 1 de Julho de 1867) foi obra de ANTÓNIO LUÍZ DE SEABRA (Visconde de Seabra), ao tempo Juiz do Tribunal da Relação do Porto, considerado uma das figuras mais ilustres do racionalismo em Portugal, «um dos maiores entre os maiores vultos da nossa jurisprudência, em qualquer período da sua história» (MANUEL DE ANDRADE, *O Visconde de Seabra e o Código Civil*, Coimbra, 1953, p. 9). Sobre o Visconde de Seabra, cf., por exemplo, F. PINTO BRONZE, «O Visconde de Seabra (um Exercício de Memória). Da Liberdade do Indivíduo à Responsabilidade da Pessoa», *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXI (1995), pp. 571-605; A. SANTOS JUSTO, «Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento», *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXI (1995), pp. 607-621.

⁶ Cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 467-468.

⁷ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, t. I, Coimbra, 1999, pp. 47 e ss. e pp. 65 e ss.

comprovar-se com múltiplos exemplos: a adopção da sistematização germânica⁸, o acolhimento da técnica da *relação jurídica*, a consagração da figura do *negócio jurídico*, a utilização de uma linguagem de carácter técnico, especializado, ininteligível para os leigos, bem como o amplo recurso a conceitos gerais e abstractos⁹.

Mas não se perdeu o contacto com o *Code civil*; na verdade, apesar do contínuo alargamento dos horizontes de investigação, os quais englobam também as experiências de «*common law*», o Direito Civil português permanece permeável à influência francófona em aspectos muito importantes.

Vejamos um exemplo: o Código de 1867 e o Código em vigor consagraram, em matéria de contratos, o chamado princípio da consensualidade (também dito princípio do consentimento ou da eficácia real imediata)¹⁰; assim, numa compra e venda de uma coisa determinada, o direito de propriedade transmite-se da esfera do vendedor para a do comprador com a mera celebração do contrato, mesmo que o vendedor ainda não tenha cumprido a obrigação de entregar a coisa e o comprador também ainda não tenha pago o preço¹¹. Outro exemplo: apesar de os redactores do Código terem optado por “coisas” em vez de “bens” e de a matéria ser regulada na Parte Geral, num paralelo com o Código civil alemão¹², a noção legal inclui as coisas incorpóreas pelo que o seu âmbito prático continua muito semelhante ao dos *biens* do *Code civil*; também se verificam semelhanças várias quando se compara os regime de várias figuras de direitos reais, nomeadamente o direito de usufruto (*usufruit*).

Por outro lado, o diálogo com o Direito Civil francês não se confina à versão original do texto do *Code Napoléon*; atende-se, igualmente, às variadas evoluções da

⁸ A adopção da sistematização de Heise acolhida no *BGB* foi uma das primeiras orientações gerais definidas pela Comissão mandatada para rever o Código de 1867. Constituída por quatro Professores universitários – VAZ SERRA, que presidia, MANUEL DE ANDRADE, PIRES DE LIMA e PAULO CUNHA –, foi também nas Universidades que esta Comissão recrutou os principais colaboradores: FERRER CORREIA, RUI DE ALARCÃO, GALVÃO TELLES, PINTO COELHO e GOMES DA SILVA. Posteriormente, os vários anteprojectos foram submetidos a duas Revisões Ministeriais (em 1963 e 1965), as quais foram conduzidas pelo Professor PIRES DE LIMA e pelo Professor ANTUNES VARELA, que fora designado Ministro da Justiça em 1955, assim se chegando ao projecto definitivo do Código. Cf. VAZ SERRA, «A revisão geral do Código Civil. Alguns factos e comentários», *Boletim do Ministério da Justiça*, 2 (1947), pp. 24-76; ANTUNES VARELA, *Do projecto ao Código Civil*, Coimbra, 1966.

⁹ Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a Ed., Coimbra, 1985, pp. 55-69; A. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 68-73.

¹⁰ Cf. o artigo 715.º do Código civil de 1867, o artigo 408.º, n.º 1, do Código civil de 1966 e o artigo 1583.º do *Code civil* de 1804. O Código Civil de Macau consagra também este regime (artigo 402.º, n.º 1).

¹¹ Evidentemente, o princípio é supletivo: as partes podem incluir uma cláusula a diferir a transmissão do direito de propriedade para momento posterior.

¹² Cf. o § 90 e §§ seguintes do *BGB*.

rica experiência francesa; por exemplo, ao consagrar a sanção pecuniária compulsória, o legislador português¹³ seguiu de perto o modelo francês das *astreintes*¹⁴. A isto acresce que a influência do modelo jurídico francófono não opera somente através dos textos legislativos. Um número significativo dos juristas portugueses recorre habitualmente aos livros e revistas jurídicas em língua francesa. No passado, sempre que a apetência por certa questão exigia que se fosse mais longe do que permitiam os escritos em português, o percurso incluía obrigatoriamente os textos de autores franceses bem como as decisões dos Tribunais de Apelação ou do Tribunal de Cassação.

O tema que me foi sugerido envolve, por conseguinte, a assunção de determinado pressuposto: indagar da influência da lei civil portuguesa é perguntar também, ao menos tendencialmente, pela influência do modelo jurídico francês através do direito civil português.

3. Em qualquer caso, o tema pode ser abordado de várias perspectivas, tanto no momento de identificar “quem” ou “aquilo” que influencia, como na própria definição do que se entende por “influência”. De entre as várias perspectivas possíveis, seleccionámos duas alternativas.

A primeira alternativa consiste em limitar a análise aos textos legais¹⁵. Fazendo este percurso, devemos olhar essencialmente a três blocos de leis: as Ordenações Filipinas, o Código Civil em vigor e algumas leis de protecção do consumidor (A).

A outra alternativa alarga o campo de estudo, englobando quer a literatura, quer as decisões judiciais. Para além de captar melhor as várias dimensões dos fenómenos jurídicos, este prisma de análise permite salientar outras vias de influência, mormente as redes e plataformas de ensino e investigação da ciência jurídica (B).

(A)

4. Bem sei que os portugueses são criticados por parecerem interessados unicamente na celebração dos tempos passados. Contudo, não posso deixar de incluir as *Ordenações Filipinas* entre os principais blocos de leis relevantes para a nossa

¹³ Cf. o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, diploma que introduziu, mediante um aditamento ao Código Civil (artigo 829.º-A), o regime da sanção pecuniária compulsória. Também o Código Civil de Macau contempla, no artigo 333.º, este instituto.

¹⁴ Cf., por todos, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, p. 199 e ss.; IDEM, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990, p. 109 e ss.; J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987; IDEM, «Sanção pecuniária compulsória (Art. 829.º-A do Código Civil)», *Boletim do Ministério da Justiça*, 359 (1987).

¹⁵ Mesmo por este prisma de exegese legalista ainda se abrem duas possibilidades: uma delas consiste em referir apenas os casos em que se dá efectiva recepção, por via directa ou indirecta, dos textos legais; outra possibilidade é a de considerar também aquelas hipóteses em que certa lei é estudada e analisada mas, feito esse trabalho, opta-se por uma solução diferente.

análise.

Esta compilação de leis foi promulgada, em 1603, pelo rei Filipe III de Espanha (Filipe II de Portugal¹⁶) e expressamente reconfirmada, após a Restauração da Independência, pelo rei João IV, em 1643; as suas principais fontes foram as compilações portuguesas anteriores – as *Ordenações Afonsinas*, de 1454, e as *Ordenações Manuelinas*, de 1521 –, bem como outras compilações hispânicas, mormente as *Leyes de Toro*.

As disposições relativas ao direito civil constavam do Livro IV das *Ordenações Filipinas*. Ora sucede que, nessa parte, o Livro IV das *Ordenações* permaneceu em vigor no Brasil até 31 de Dezembro de 1916¹⁷, altura em que essas normas foram formalmente revogadas em virtude da aprovação do primeiro Código Civil brasileiro – o *Código de Clóvis Beviláqua*¹⁸. Simplesmente, como é sabido, nenhuma codificação pode romper totalmente com os princípios e regras geralmente aceites nessa sociedade, sob pena de completo fracasso do propósito legislativo. Daí que o Brasil tenha aproveitado a experiência dessa longa tradição num vasto número de artigos do Código de 1916 e tenha agora vertido algumas dessas soluções para o novo Código, aprovado em 2002. Por conseguinte, as *Ordenações Filipinas* estiveram em vigor no Brasil até ao século XX e continuam a embeber partes significativas do actual direito civil¹⁹.

5. Entretanto, Portugal percorria outros caminhos e aprovou, com o intervalo de um século, os dois códigos civis a que já fizémos referência.

O Código Civil de 1966 foi alvo de uma reforma em 1977 e, de então para cá, tem sofrido diversas alterações, encontrando-se neste momento em discussão, na Assembleia da República, um projecto de modificação do regime do contrato de arrendamento urbano.

Todavia, partes significativas da versão original deste Código permanecem em vigor nos países africanos de língua oficial portuguesa. Em termos genéricos, a disciplina relativa à propriedade privada dos imóveis e o regime do direito da família foram substituídos por outros diplomas; as normas que continuam em vigor são, essencialmente, as dos dois primeiros livros do código (Parte Geral e Livro das Obrigações), designadamente: as regras de conflitos do direito internacional privado, a disciplina dos contratos e os regimes da responsabilidade civil.

¹⁶ Entre 1580 e 1640 Portugal esteve sob o domínio formal dos Reis de Espanha.

¹⁷ Recorde-se que a declaração oficial de independência do Brasil face a Portugal ocorreu em 7 de Setembro de 1822.

¹⁸ Cf., por todos, SILVIO MEIRA, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, 1990.

¹⁹ Cf. A. SANTOS JUSTO, «O Direito Luso-Brasileiro: Codificação Civil», *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXIX, Coimbra, 2003, p. 6 e ss., com indicações bibliográficas.

Também o Código Civil de Macau, que foi aprovado em 1999, segue de perto o Código Civil português.

6. Nas décadas mais recentes, os contactos entre os redactores portugueses e brasileiros têm sido intensificados, especialmente no âmbito dos trabalhos relacionados com os Códigos do Consumidor. Nos trabalhos preparatórios do Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi analisada e considerada, juntamente com outras fontes de inspiração, europeias e americanas, a lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais, a par de outros diplomas de protecção do consumidor, incluindo as próprias disposições constitucionais pertinentes. Logo depois ocorreu o movimento inverso: as soluções do código brasileiro têm sido estudadas e ponderadas no âmbito dos trabalhos preparatórios do projecto de Código do Consumo português.

Estas situações permitem ilustrar a nova tendência da influência dos direitos civis português e brasileiro: já se não trata de um fluxo unidireccional; a influência é recíproca e alimentada por redes e programas de formação co-organizados pelas universidades; envolve o estudo e análise comparativa das experiências jurídicas dos dois países, bem como, em simultâneo, a pesquisa das soluções em vigor noutras ordens jurídicas, incluindo, naturalmente, o sistema jurídico francês.

(B)

Passando à segunda perspectiva que inicialmente se apontou, isto é, alargando o campo de pesquisa de maneira a incluir, além dos textos legais, a doutrina e as decisões dos tribunais, poderemos dar-nos conta de outras vias de influência que não se afiguram de menor importância.

7. Voltemos à América do Sul e à influência das *Ordenações Filipinas*. Foi no domínio desta legislação, em pleno século XIX, que vieram a público os trabalhos de Teixeira de Freitas, um dos maiores Jurisconsultos de língua portuguesa, autor de duas obras fundamentais: *Consolidação das Leis Civis* e *Esboço*²⁰.

O *Esboço* (traduzindo literalmente para inglês significa *outline* ou *draft*) constitui uma proposta de codificação que foi publicada em fascículos, entre 1858

²⁰ Cf. SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e Obra*, 2.^a Ed., Brasília, 1983; IDEM, «Projecção internacional da Obra do Jurisconsulto Teixeira de Freitas», *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 61, pp.1 e ss.; HAROLDO VALADÃO, «Teixeira de Freitas, o jurista excelso do Brasil e da América», *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 61, pp. 105 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, «Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado», *Boletim da Faculdade de Direito*, LX, Coimbra, 1984, pp. 1-86; FRANCISCO AMARAL NETO, «A técnica jurídica na Obra de Teixeira de Freitas e seu significado político», *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 62, p. 116 e ss.

e 1860, na qual, em apreciação crítica do modelo do *Code Civil*, se defendia quer a existência de uma parte geral, quer a unificação do direito privado²¹.

Embora no Brasil o projecto de Teixeira de Freitas não tenha obtido consagração legislativa, partes inteiras do *Esboço* vieram a ser adoptadas pelo Código Civil argentino, de 1869, porque Dalmacio Vélez Sarsfield, o grande codificador argentino, conhecia e admirava a obra daquele Jurisconsulto²². De resto, segundo parece, também Andrés Bello, o codificador chileno, estudou e ponderou as propostas de Teixeira de Freitas – mas o Código Civil do Chile ficou mais próximo das soluções tradicionais do direito espanhol.

8. Estes episódios de influências cruzadas entre autores de distintas nações apresentam, todavia, um carácter excepcional porquanto ocorreram ao arrepio da tendência habitualmente exibida na formação dos juristas sul-americanos: quer no século XIX, quer na primeira metade do século XX, as referências das élites jurídicas são europeias, com relevo para a doutrina francesa nas matérias de obrigações e contratos²³.

Os fenómenos de recepção da cultura europeia e, nos tempos mais recentes, da cultura norte-americana, talvez possam explicar-se não só por factores exógenos, mas também por motivações endógenas. A influência cultural assenta, naturalmente, quer nas fortes ligações históricas com as nações mais desenvolvidas do Velho Mundo, quer nas diferenças de recursos científicos e universitários disponíveis. Mas também parece haver motivações endógenas: os membros de cada élite nacional demandam a cultura europeia em vista de reforçarem a respectiva autonomia, numa estratégia que permite, em simultâneo, afirmar a identidade nacional e defender a sua própria posição social.

9. Portugal é um dos destinos deste percurso científico e cultural, procurado não apenas por juristas da América do Sul mas também por juristas de países africanos e asiáticos. Comparativamente a outros países europeus de *civil law*, mormente

²¹ Uma das soluções preconizadas por Teixeira de Freitas foi a opção pelo conceito de domicílio, em lugar do conceito de nacionalidade, para resolver alguns dos problemas mais delicados que se colocavam aos novos estados sul-americanos no período imediatamente subsequente à independência.

²² Para além das obras do jurista brasileiro, as principais fontes do Código argentino de 1869 foram o *Code civil* francês e a doutrina francesa; cf., neste sentido, por exemplo, MARCELO URBANO SALERNO, «La circulation du modèle juridique français en Amérique latine – Rapport argentin», *Travaux de l'Association Henri Capitant, journées franco-italiennes*, t. XLIV, Paris, 1993, p. 121.

²³ Neste sentido, cf., por todos, ARNOLDO WALD, «La circulation du modèle juridique français en Amérique latine – Rapport brésilien», *Travaux de l'Association Henri Capitant, journées franco-italiennes*, t. XLIV, Paris, 1993, p. 125; ARNOLDO WALD, «L'influence du Code civil en Amérique Latine», *1804-2004 Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 857, p. 859, pp. 863-865.

Alemanha, França, Itália, Holanda ou Espanha, a quantidade de pessoas que procuram as universidades, os tribunais e as bibliotecas portuguesas é, obviamente, muito menor.

Este movimento tem, no entanto, aumentado e as redes de contacto e de trabalho já não incluem apenas os juristas de países de língua portuguesa, pese embora a sua presença continue a ser predominante. Os objectivos destas ligações são, essencialmente, a realização de pesquisas, a exposição recíproca de saberes e de experiências ou o desenvolvimento conjunto de soluções, a respeito de problemas e desafios nas diversas áreas do jurídico.

Estas plataformas de trabalho têm revelado virtualidades. Repare-se, a título de exemplo, nos múltiplos estudos que se vêm fazendo, tanto nos países europeus como nos países do Mercosul, acerca das possibilidades de harmonização do direito dos contratos e das obrigações: tanto o direito civil português como o direito civil brasileiro estão directamente envolvidos nestes processos de internacionalização.

10. É tempo de concluir.

A análise da influência do direito civil português supõe, antes de tudo, a percepção realista das profundas influências exercidas na forma e na substância do direito português por diversos modelos jurídicos, em particular os modelos francês e alemão.

Depois, talvez seja conveniente considerar vários níveis de influência, consoante se olhe apenas aos textos legais ou se incluam no horizonte da análise as vertentes científica e cultural do pensamento jurídico e da realidade judiciária.

Procedendo assim, o espaço que se nos abre é, essencialmente, o dos países de língua portuguesa e que, numa linha mais ténue, indirecta, inclui outros países da América do Sul.

Nesta plataforma de língua portuguesa, as influências são recíprocas, multidireccionais, embora por motivos de ordem histórica e económica, os sistemas jurídicos dos países africanos tenham ainda dificuldades visíveis no desenvolvimento de soluções específicas e na formação dos seus recursos humanos.

As perspectivas desta plataforma e de muitas outras redes em que o direito civil português hoje está presente têm de ser estabelecidas com algum optimismo, embora um optimismo moderado: por um lado, os sistemas jurídicos de Brasil e de Portugal estão envolvidos em importantes projectos de internacionalização e harmonização jurídica, como são, respectivamente, o Mercosul e a União Europeia; por outro lado, o direito português dispõe de codificações recentes e de legislação cientificamente evoluída. Por último, porque temos grande facilidade de acesso e podemos conhecer e estudar modelos jurídicos que constituem exemplos de excelência. E um desses modelos é, indubitavelmente, o modelo jurídico francês a que hoje prestamos homenagem.

Muito obrigado.