

AS ORDENAÇÕES E O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

*André Luiz Pedro André**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do Direito português até o período das Ordenações. 2.1. Dos povos primitivos à formação do Estado português. 2.2. Escolas e correntes do pensamento jurídico do século XI ao século XV, que influenciaram na formação do direito português medieval. 2.2.1. Escola dos glosadores. 2.2.2. Escola dos comentadores. 2.2.3. O direito canônico. 2.2.4. O direito comum. 3. As Ordenações. 3.1. Ordenações Afonsinas. 3.2. Ordenações Manuelinas. 3.3. Ordenações Filipinas. 3.4. Características gerais. 4. O direito português moderno. 4.1. Reformas Pombalinas. 4.2. Positivismo jurídico. 4.3. As codificações portuguesas no campo do direito privado. 5. A influência das Ordenações Filipinas no direito privado brasileiro e sua evolução histórica. 5.1. A influência das Ordenações Filipinas no direito comercial brasileiro. 5.2. A influência das Ordenações Filipinas no direito civil brasileiro. 5.2.1. Direito de família. 5.2.2. Direito das obrigações. 5.2.3. Direito das sucessões. 6. Conclusão. Referências.

RESUMO: Neste artigo, analisa-se a correlação entre as Ordenações e o direito privado brasileiro. Ressalta-se, ainda, o fato da independência do Brasil não ter gerado uma ruptura imediata da ordem jurídica herdada de Portugal nos seus aspectos dominantes. Apesar da criação de uma nova concepção política após a independência, o Direito Privado e, principalmente, o Direito Civil, permaneceu sofrendo menos alterações e conseqüentemente resultando numa maior sensibilidade ao elemento histórico, onde se pode compreender a vigência de parte das Ordenações Filipinas até a segunda década do século XX.

Palavras-chave: Direito Privado; Ordenações.

ABSTRACT: In this article, it is analyzed correlation between the Ordinances and the Brazilian private law. The fact of the independence of Brazil not to have generated an immediate rupture of the inherited jurisprudence of Portugal in its dominant aspects. Despite the creation of a new conception politics after independence, Private law e, mainly, the Civil law, remained consequently suffering little alterations and resulting in a bigger sensitivity to the historical element, where if it can understand the validity of part of the Ordinances Phillipino until the second decade of century XX.

Keywords: Private law; Ordinances.

1. Introdução

A análise do tema em questão sugere uma pré-compreensão jurídica para uma correta correlação entre as Ordenações e o direito privado brasileiro, haja vista aquelas compilações monárquicas terem existido entre nós desde o período do descobrimento até a vigência do nosso primeiro Código Civil em 1917.

* Professor da Universidade Estácio de Sá. Pós-graduado em Direito Privado pela UFF. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA. Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela FDC.

A história da origem e da elaboração das ordenações, especificamente da primeira, que foram as Ordenações Afonsinas, pode ser encontrada em seu próêmio no livro I:

No tempo em que mui alto e mui excelente Príncipe El Rei D. João de gloriosa memória, pela força de deus reinou em Estes reinos, foi requerido algumas vezes em Cortes pelos fidalgos e povos dos ditos reinos que por bom regimento deles mandasse prover as leis e ordenações feitas pelos reis que ante ele foram, e acharia que pela multiplicação delas se recresciam continuamente muitas dúvidas e contendas, em tal guisa que os julgadores dos feitos eram postos em tão grande trabalho que gravemente e com grão dificuldade os podiam diretamente desembargar.

As Ordenações levaram o nome de seus mandantes régios e três foram essas compilações: a Afonsina de 1447, ordenada por Afonso IV possuía cinco livros que versavam sobre Direito Administrativo (Livro I), Direito Constitucional (Livro II), Processo Civil (Livro III), Direito Civil (Livro IV), e Direito e processo Criminal (Livro V); as Ordenações Manuelinas datam de 1521 e foram elaboradas no reinado de D. Manuel, mantendo a mesma sistematização das Ordenações Afonsinas; e, finalmente as Ordenações Filipinas, que apesar de sua vigência ter iniciado em 1603, no reinado de Filipe II, sua elaboração iniciou-se em 1583, sob a égide de Filipe I. Sua sistematização de assuntos é a mesma das Ordenações anteriores, onde encontramos cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos.

Desse modo, as Ordenações foram compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (séculos XV, XVI e XVII), com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito, que por estarem avulsas, tornava-se muito difícil a correta aplicação do direito.

Mas para melhor entendimento do tema, necessário se faz apresentar um esboço histórico do direito português anterior e posterior as Ordenações, para se poder alcançar com maior nitidez e esclarecimento o direito privado brasileiro.

Assim, o ambiente a ser criado será o de uma profunda comparação entre alguns institutos das Ordenações (especificamente das Ordenações Filipinas e do seu Livro IV) e o direito privado brasileiro, analisando as possíveis relações existentes no nosso Direito Comercial (Empresarial) e no Direito Civil.

O Direito Civil representa a grande parte do Direito Privado, sendo constituído por um conjunto de normas que regulam as relações pessoais. Por outro lado temos os direitos privados especiais, compreendidos como uma acomodação do direito privado comum a certas circunstâncias especiais. Desse modo temos o Direito Comercial, que teve sua elaboração histórica baseada principalmente numa maior celeridade visando a obtenção de lucro, razão pela qual separou-se do formalismo da lei civil.

Apesar do Código Civil de 1916 ter adotado a sistematização alemã preconizada por Savigny, que compreende uma Parte Geral (das Pessoas, Coisas, Atos Jurídicos, Prescrição e Exercício de Direitos) e uma parte Especial (Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões) os institutos ali contidos observam uma certa continuidade da ordem jurídica, que para serem conhecidos é necessário um estudo científico do ordenamento jurídico brasileiro e também do ordenamento jurídico português, este englobando o direito anterior aos descobrimentos, como também ao direito anterior a sua formação política, até alcançarmos o Direito Romano.

É importante ressaltar que a independência do Brasil não trouxe uma ruptura imediata da ordem jurídica herdada de Portugal nos seus aspectos dominantes. Apesar da criação de uma nova concepção política após a independência, o Direito Privado e principalmente o Direito Civil,

permaneceu sofrendo menos alterações e conseqüentemente resultando numa maior sensibilidade ao elemento histórico, onde pode-se compreender a vigência de parte das Ordenações Filipinas até a segunda década do século XX.

2. Evolução histórica do Direito português até o período das Ordenações

2.1. Dos povos primitivos à formação do Estado português

Vários povos primitivos habitavam a Península Ibérica antes da dominação romana que se concretizou em 19 a.C., sendo os principais: os Iberos, Celtas e Celtíberos (onde estavam incluídos os Lusitanos). Também existiam algumas colonizações estrangeiras, entre elas os Fenícios, Gregos e Cartagineses. De comum desta época era a existência de vários ordenamentos jurídicos, tendo como fonte predominante o costume.

Os romanos invadiram a Península em 218 a.C., sendo que a conquista total somente se efetivou em 19 a.C., iniciando um período de assimilação pelos povos ibéricos da cultura romana, chamado por Mário Júlio de Almeida Costa como período de romanização, tendo considerando esta fase como o produto de três elementos:

A assimilação lenta da cultura e da civilização dos romanos pelos povos primitivos; a concessão da latinidade aos habitantes da Península, devida a Vespasiano (73/74 a. C.); e a concessão da cidadania romana aos súditos do Império em geral, no tempo de Caracala (212 d. C.), sendo que os dois últimos aspectos referem-se diretamente à esfera jurídica.

Cumprido esclarecer que apesar da absorção do direito romano na Península, a falta de cultura jurídica desses povos, como certas dificuldades de comunicação de lugares mais distantes, e até por vezes a ausência de magistrados, levaram a uma certa vulgarização deste direito, não sendo este o mesmo de sua época clássica, mas sim, justamente o oposto, havendo até a mistura de figuras jurídicas romanas com instituições primitivas.

É importante lembrar a importância do direito romano, tendo em vista sua influência na formação e evolução do direito em diversos países, podendo ser considerado de ponto comum entre diversas civilizações.

No início do século V teve início a invasão da Península Ibérica pelos povos germânicos, primeiramente com os Alanos e Vândalos, e posteriormente com os Suevos e Visigodos.

Devido as invasões germânicas terem se manifestado por grupos diferentes é muito difícil estabelecer critérios únicos de assimilação e transformação trazidos pelos invasores, sendo incontroverso entre os historiadores que existiam *leis populares* (preceitos vindos de várias gerações), *leis romanas dos bárbaros* (coletâneas de textos de direito romano organizadas nos estados germânicos), *capitulares* (normas avulsas de direito público) e *formulários* (coleção de fórmulas para celebração de contratos).

Em 711 iniciou-se a conquista árabe, alcançando quase a totalidade da Península. No campo jurídico não havia diferença entre o direito e a religião. Era a crença religiosa que definia a aplicação do direito. Dessa forma, pequena foi a contribuição, neste campo, para a evolução do direito ibérico. As fontes do direito advinham principalmente do Alcorão, que é o conjunto de revelações de Alá.

Os muçulmanos adotaram a tolerância religiosa, ou seja, os que se convertiam ao islamismo tinham certos privilégios fiscais, e os escravos alcançavam a liberdade; os que continuavam seguindo a religião cristã (moçarabes) pagavam impostos mais altos que o normal da população.

No século XI, a Europa medieval inicia um movimento de exteriorização, que apoiado pela Igreja Católica e pela nobreza feudal, foi revestido, inicialmente, de um caráter religioso, evoluindo, posteriormente para objetivos políticos e comerciais, que ficou conhecido como “cruzadas”, tendo uma característica especial de *reconquista* na Península Ibérica, pois foi embasado pela luta dos cristãos pela retomada dos territórios ocupados pelos muçulmanos.

O Reino Português iniciou-se com o *Condado Portucalense*, que foram terras recebidas por D. Henrique de Borgonha como recompensa pela ajuda ao Rei de Castela Afonso VI no movimento cruzadista. Seu filho Afonso Henriques prossegue a guerra de reconquista contra os árabes obtendo grande vitória em 1139. Após vencer também as forças de Castela, proclama o Reino de Portugal, tornando-se um Estado independente na Península Ibérica e dando início a dinastia de Borgonha, sendo o reino Português reconhecido pelo Papa Inocêncio III e por Afonso VI de Castela pela Conferência de Samora em 1143.

A dinastia de Borgonha durou até 1383, sendo de destacar neste período a fundação da Universidade de Coimbra por D. Diniz em 1290, confirmada por bula do Papa Nicolau IV no mesmo ano.

2.2. Escolas e correntes do pensamento jurídico do século XI ao século XV, que influenciaram na formação do direito português medieval

2.2.1. Escola dos glosadores

Também chamada de Escola de Bolonha por ter surgido nesta cidade entre o final do século XI e o início do século XII, deve-se a ela o chamado renascimento do direito romano, que foi assim designado pelo grande estudo sistemático do texto justiniano e pela sua vasta divulgação. Seu fundador foi Irnério, sendo conhecida por Escola do Glosadores, pelo fato de utilizarem a glosa como método de trabalho, sendo interpolações feitas no próprio texto do *Corpus Iuris Civilis*.

Nos meados do século XII, já em fase de decadência, Acúrsio elaborou uma coletânea do material produzido pelos autores que o precederam, relativa a todas as partes do *Corpus Iuris Civilis*, que alcançou aplicação em vários países europeus, tendo sido em Portugal fonte subsidiária de direito com disposição expressa nas Ordenações.

2.2.2. Escola dos comentadores

Foi assim designada por utilizar o comentário como método interpretativo. Também é conhecida como Escola de Bartolo, por ter sido este o seu expoente máximo, tendo adquirido grande prestígio na Europa, ao ponto de seus comentários tornarem-se fonte subsidiária de direito por intermédio das Ordenações do reino de Portugal, tendo aplicação supletiva junto com a Glosa de Acúrsio.

Cumprido salientar que houve, pelos comentadores, um certo afastamento do texto justiniano, pois iniciou-se um estudo das glosas já prontas, partindo num momento posterior, para comentários dos próprios comentários anteriormente feitos, e assim sucessivamente.

No início do século XIV deu-se o período de maior criatividade da Escola de Bartolo, permanecendo esse apogeu até meados do século XV.

2.2.3. O direito canônico

A importância do direito canônico na sociedade Portuguesa foi muito relevante devido a sua formação cristã, onde aquele direito regulava situações da vida social que, atualmente, são de competência do Estado.

Pode ser definido como o “*o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as matérias da competência da Igreja Católica*”.

Devido a organização hierárquica que sempre possuiu a Igreja, é fácil constatar que o direito canônico foi favorecido, por não haver na época Estados com a concepção política e organização administrativa que temos hoje. Assim, as leis emanadas pelos monarcas de pequenos reinos ficavam sujeitas a uma pequena faixa territorial, sendo que o direito canônico (junto com o direito romano renovado) era utilizado em todos os reinos católicos como fonte de direito.

Em Portugal o direito canônico sempre foi objeto de estudo e aplicação, tendo o Estudo Geral Dionisiano, o colocado, em 1290, junto com o direito romano, como sendo de caráter obrigatório para a formação de juristas em leis e Cânones.

Pode-se afirmar que o direito canônico influenciou o direito romano e o germânico, sendo considerado como base do direito privado moderno. Sua formação foi devida aos grandes padres da Igreja, como Santo Agostinho. A doutrina da Igreja foi se consolidando através dos concílios, formando regras (cânones), que serviam de orientação para os cristãos.

Com o tempo a Igreja passou a redigir regras que marcavam sua atuação no campo do direito civil, passando os tribunais eclesiásticos a decidir sobre anulação e celebração do casamento, reconhecimento de filhos, testamento, etc. também a teoria contratual sofreu certa influência deste direito, pois a quebra de um contrato significava um ato indigno, sendo cometida uma falta grave. Foi criado o vício da vontade na existência do dolo, porque era pecado o fato de querer mal a outra pessoa.

No campo do direito das coisas temos a orientação seguida pelo direito canônico em relação a boa-fé da posse, pois, desse modo, o possuidor teria direito à indenização pelas benfeitorias e pelos frutos produzidos pela coisa.

2.2.4. O direito comum

O direito comum foi o direito de cunho romano que iniciou-se com a renovação efetuada no estudo do direito romano pela Escola dos Glosadores, e consolidou-se com a Escola dos Comentadores, constituindo, desse modo, a base da ciência jurídica da Europa até a época do Iluminismo.

Cumprir destacar que a expressão “direito Comum” foi adotada pela autoridade alcançada pela Escola de Bartolo, conquistando respeito em toda Europa e sendo utilizada como fonte subsidiária de direito em diversos países.

Em sendo diverso do “direito comum” estavam os “direitos próprios”, que eram os ordenamentos jurídicos de origem de cada reino, tendo como fonte geralmente o costume, mas que assumiam grande relevância, face as circunstâncias locais de cada reino.

3. As Ordenações

3.1. Ordenações Afonsinas

Publicada entre os anos de 1446 e 1447, e intitulada de “Ordenações” em nome de D. Afonso V, esta obra foi iniciada no reino de D. João I, atendendo a pedidos feitos em cortes para elaboração do Direito que estivesse vigente naquela época, evitando desse modo, confusões normativas que prejudicavam o andamento e a administração da justiça.

Nesse sentido, D. João I encarregou João Mendes para preparar a dita coletânea. Ocorreu que ambos faleceram, tendo o monarca seguinte (D. Duarte) ordenado a continuação dos trabalhos ao Doutor Rui Fernandes.

Com o falecimento de D. Duarte coube ao Infante D. Pedro, regente de D. Afonso V durante a sua menoridade, o impulso necessário para o término da tarefa, o que ocorreu em julho de 1446. Esse projeto foi submetido a uma revisão e publicado, provavelmente, em 1447.

É difícil determinar o momento exato da entrada em vigor das Ordenações Afonsinas, pois ainda não existia nenhuma norma ou prática que desse publicidade aos atos legislativos e mesmo à sua vigência.

Com relação a sua sistematização, as Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros, estes em títulos que, com frequência, se subdividiam em parágrafos. O livro I, com 72 títulos trata de Direito Administrativo, compreendendo os cargos públicos, o governo, a justiça e o exército. O livro II, com 123 títulos versa sobre os bens da Igreja, Direitos régios e da nobreza. Já o livro III trata de Processo Civil, possuindo 128 títulos. Em seguida temos o livro IV que disciplina o Direito Civil e tem 112 títulos. Por fim o livro V contém 121 títulos e trata de Direito e Processo Criminal.

O objetivo principal das Ordenações Afonsinas era reunir em uma única fonte, atualizada, o Direito vigente da época. Desse modo foram utilizadas as fontes que deram origem a esse direito (direito romano, direito germânico, direito canônico, leis das sete partidas e os costumes nacionais), sendo notório os preceitos de direito romano e de direito canônico. As lacunas eram resolvidas pela glosa de Acúrsio depois pela opinião de Bartolo.

Dentro desta conjuntura, assumiu esta obra um grande valor no direito português, pois consolidou-se o sistema jurídico lusitano, dando margem a sua posterior evolução. Além disso esteve na vanguarda de outras compilações com semelhantes propósitos em outros países.

3.2. Ordenações Manuelinas

Durante o reinado de D. Manuel, mais especificamente em 1505, encarregou este monarca três juristas importantes da época para atualização das Ordenações Afonsinas. Diversos fatores o levaram a ordenar essa revisão, entre eles a introdução da imprensa em Portugal no final do século XV, como também o interesse que o próprio rei deveria ter em ver seu nome ligado a uma obra jurídica de grande envergadura.

A edição definitiva dessa obra foi realizada em 1521, impondo-se (em carta régia de 15 de março do mesmo ano) a destruição de exemplares de edições anteriores, que foram impressos entre 1512 e 1514.

Nessa obra definitiva mantém-se a sistematização e estrutura das Ordenações Afonsinas, onde encontramos a mesma distribuição de matérias nos seus cinco livros, também divididos em títulos e estes em parágrafos. Apenas temos de considerar algumas diferenças de conteúdo, principalmente “em matéria de direito subsidiário, além da interpretação vinculativa da lei, através de assentos da Casa da Suplicação”¹. Também as disposições que traçavam a diferença social entre mouros, cristãos e judeus foram superadas.

3.3. Ordenações Filipinas

Antes de analisarmos as Ordenações Filipinas é necessário colocar que entre o período de D. Manuel e o de Filipe II (1521/1603), diversos diplomas avulsos foram expedidos e que, além de revogar preceitos manuelinos também legislavam sobre novas matérias. Somando tudo isso, enorme quantidade de interpretações da Casa da Suplicação faziam com que os assentos possuíssem força vinculativa. Por esse motivo o Cardeal D. Henrique, regente de D. Sebastião, ordenou a organização de todos os diplomas extravagantes, tarefa esta que coube a Duarte Nunes de Lião,

¹ Mário Julio de Almeida Costa (ob. cit.).

tendo esta coletânea entrado em vigor em 1569, sendo composta de seis partes, onde cada uma possuía títulos designados por leis.

Mas esta obra de organização das leis extravagantes simplesmente compilou em um único texto os diversos diplomas legais, não sendo feita, portanto, nenhuma reforma do texto manuelino, que necessitava cada vez mais de uma modificação para tornar mais eficaz o direito da época. Nesse sentido Filipe I, rei de Espanha e Portugal, impulsionou os trabalhos de uma nova compilação entre 1583 e 1585, ficando esta concluída em 1595. Entretanto somente em 1603, no reinado de Filipe II, é que iniciou-se a sua vigência.

Após a revolução de 1640 onde Portugal tornou-se independente do reino espanhol, D. João IV confirmou o texto filipino em Lei de 1643.

Diversas foram as suas edições, sendo a primeira de 1603. Importante será frisar a edição feita no Brasil em 1870 por Cândido Mendes de Oliveira.

3.4. Características gerais

Como fatores imediatos para a criação das Ordenações Afonsinas temos além da necessidade de se obter uma maior segurança na obtenção da justiça, compilando todas as normas em um único corpo legislativo, temos também o fator da afirmação nacional.

Na compilação manuelina destacou-se a ambição de D. Manuel, conciliada com a necessidade de aumentar o seu poder, acrescentando doutrinas romanistas sobre o poder absoluto dos monarcas, esmagando assim o poder local e diminuindo o poder que exercia os forais.

As Ordenações Filipinas não alteraram a sistematização adotada pelas Ordenações anteriores, sendo composta de cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos, não havendo grandes diferenças em relação ao conteúdo dos livros.

Desse modo, poucas foram as introduções de origem castelhana no texto português, devido principalmente pelo fato de não querer Filipe I criar nenhuma espécie de contrariedade ou determinadas imposições que pudessem ter resultados revolucionários, não dando margem a possíveis levantes motivados por certas decisões que pudessem contrariar ou afrontar a sociedade portuguesa da época. Por esse motivo tentou-se simplesmente fazer uma atualização do texto manuelino inserindo as leis extravagantes surgidas nesse período.

4. O direito português moderno

Após o estudo do direito português até a época das ordenações, é importante continuar essa cronologia, pois, de modo diverso, ficaria sem sentido para fornecer o entendimento histórico-jurídico necessário no direito brasileiro.

Um dos períodos mais importantes para a evolução do direito português moderno deu-se na época do Marquês de Pombal (sec. XVII), que ocorreu dentro da “época jusracionalista”, assim denominada pelos historiadores e juristas portugueses, pelas orientações no plano da filosofia e do direito que foram traçadas em todo continente europeu.

Desse modo é importante destacar algumas escolas ou linhas do pensamento jurídico que influenciaram diretamente as reformas pombalinas:

a) *Escola Racionalista do Direito Natural* - também chamada de segunda escolástica, pode ser dividida em duas frentes de pensamento. Uma delas corresponde à Escola Espanhola do Direito Natural; a outra desenvolvida principalmente na Holanda e Alemanha, costuma ser conhecida como Escola Racionalista do Direito Natural. O principal ponto de encontro das duas escolas é com relação ao Direito Internacional Público. Seu principal representante foi Hugo Grocio (1583/1645), tendo como obras mais valiosas *Mare Liberum* (versando sobre Direito internacional Público e combatendo as explorações de Portugal e Espanha nas suas colônias); e *De Iure Belli ac Pacis*, onde o autor vincula todos os homens ao Direito Internacional Público.

b) *Uso Moderno* - Surgida na Alemanha, essa metodologia foi necessária para a compreensão das idéias jusracionalistas, pois a sua principal característica era a sua orientação prática, ou seja, possuía uma visão do Direito romano voltada para a realidade social. Tentava-se separar as normas do *Corpus Iuris Civilis* para serem usadas modernamente, adaptadas as necessidades da época. Difere-se da Escola Racionalista por ser esta, extremamente teórica e filosófica, enquanto a primeira possuía orientação prática.

c) *Iluminismo* - Abrangendo todo século XVIII, o Iluminismo, no seu aspecto filosófico-jurídico, fez novas colocações teóricas baseado numa visão individualista, em que o homem era senhor de si mesmo, possuindo uma razão subjetiva. Portanto foi uma linha de pensamento que influenciou de alguma forma as reformas pombalinas

Cumprir destacar a importância que teve o pensamento moderno-iluminista europeu no campo jurídico. Esta linha de pensamento trouxe como consequência imediata o retorno de uma filosofia prática voltada para o campo político. Com isso procurou-se colocar o direito como consequência da legitimação política. Deixou o direito de ser pensado como uma validade material “bastando-se como uma validade meramente formal que viria a identificar-se com a legalidade”, nas palavras de Castanheira Neves.²

Dessa forma passou a haver uma compreensão do direito como prescrição legislativa determinada por certas condições sociais, políticas, filosóficas, culturais e jurídicas.

Como resultado desta linha de pensamento tivemos o aparecimento do positivismo jurídico, que apoiado pela Escola Histórica (Savigny), trouxe a compreensão da vida social como história. O direito passa a ser entidade cultural, conhecido através das instituições históricas de uma comunidade. Assim, o direito deixou de ser um princípio da razão, passando a ser um objeto de conhecimento histórico (direito positivo).

4.1. Reformas Pombalinas

Do ponto de vista jurídico, as reformas efetuadas pelo Marquês de Pombal foram de extrema importância para a ciência do direito, pois, além de estarem voltadas para interpretação das normas jurídicas, objetivava também a formação dos juristas.

A Lei de 18 de agosto de 1769 foi identificada posteriormente como “Lei da Boa Razão” pelo apelo que faz à razão jusnaturalista. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa³:

A Lei da Boa Razão visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto a utilização do direito subsidiário, mas também fixou normas precisas sobre a validade dos costumes e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas.

Na época, havia grande divergência nas interpretações de Bartolo e Acúrsio, além do grande número de julgados que criaram força vinculativa, não pelo valor qualitativo da decisão, mas sim pelo quantitativo de decisões. Foi nesse momento histórico que surgiu a “Lei da Boa Razão”, carregada pelo racionalismo em voga, recomendava que fossem revistas as opiniões dos doutores, desmoralizando assim a autoridade que possuíam, sendo sentido plenamente na interpretação das lacunas, onde proibiu que alegasse em juízo as glosas e os comentários de Acúrsio e Bartolo, respectivamente.

Também mandava que se procurasse, no caso de dúvidas, a inteligência da lei e que o costume fosse conforme a boa razão e as leis do reino que possuíssem mais de cem anos.

² In “O Pensamento Moderno Iluminista Como Fator Determinante do Positivismo Jurídico”. Coimbra, 1976.

³ Ob. Cit.

Em 28 de agosto de 1772 ocorreu a reforma pombalina com relação aos estudos universitários, que ficou conhecida como *Novos Estatutos da Universidade de Coimbra*. Estes “Estatutos Novos” completaram, em alguns aspectos, a Lei da Boa Razão, pois voltou-se para uma orientação do estudo do próprio direito português.

4.2. Positivismo jurídico

No final do século XVIII e início do século XIX surge, na Europa, o Positivismo jurídico, onde o direito identifica-se com a lei. A juridicidade é reconhecida como legalidade materializada no direito de inspiração racionalista. Neste aspecto o direito passa a ser as normas emanadas pelo Estado, negando o costume como fonte de direito e diminuindo o papel da doutrina e da jurisprudência.

Podemos identificar várias coordenadas do positivismo. Primeiramente temos as ideologias liberal e democrática da época, que acentuavam os valores de liberdade, igualdade e propriedade como direitos naturais do homem. A lei era o reflexo da igualdade política, pois era entendida como norma geral e abstrata.

Outra coordenada fundamental foi a política, que com a separação dos poderes, cada um deles teve função específica, sendo que o poder legislativo ocupou papel principal, pois, ao criar as leis definia e limitava os outros poderes.

No campo estritamente jurídico tinha-se uma igualdade perante a lei, que era traduzida na aplicação da lei, sendo o direito um sistema prévia e logicamente definido, originando desta forma a segurança jurídica.

O positivismo jurídico foi definido pela Escola da Exegese francesa, que foi uma corrente do pensamento jurídico que iniciou-se no começo do século XIX, e que influenciou o legalismo da codificação pós-revolucionária. Para essa escola o direito era visto como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos, traduzindo uma concepção estatista do direito, sendo a lei suficiente para solucionar todos os casos jurídicos, excluindo assim as lacunas no sistema codificado.

Esta concepção do positivismo jurídico encontrou forte oposição na Escola do Direito Livre, difundida por Gény, que combateu os seus postulados fundamentais. Primeiramente o legalismo estatista, sustentando a existência de fontes extra-legais, como o costume, as decisões judiciais e a doutrina. Portanto o direito livre concorria com o direito legal.

A visão exegética de um sistema logicamente fechado e suficiente normativamente, negando a existência de lacunas contrapõe-se ao modo de ser do direito livre que defendia um sistema aberto, de constante evolução histórica, podendo, desse modo acontecer inovações que não acarretariam a estagnação jurídica.

A superação do positivismo jurídico ocorreu devido a uma série de fatores: o positivismo não possuía historicidade, era contra o desenvolvimento histórico; a igualdade geral fracassou, pois não funcionava para todos, não alcançando a justiça social; o pensamento jurídico deixou de ser visto pela sua forma, aumentando assim a intenção de realização.

Hoje, o direito não se identifica com a lei. Esta possui uma intenção normativa, uma intencionalidade prática, sendo um instrumento usado para concretização dessa normatividade. Os Estados modernos são de direito material, sendo que o poder legislativo não possui mais a titularidade exclusiva do direito.

4.3. As codificações portuguesas no campo do direito privado

O movimento codificador europeu do século XIX também atingiu Portugal, que iniciou-se com o direito mercantil. Aprovado pelo Decreto de 18 de setembro de 1833, surgiu o Código Comercial português, de autoria de Ferreira Borges, que utilizou o direito comparado para

elaboração do projeto, sendo utilizado o Código Comercial francês e o espanhol, assim como o projeto do Código Comercial italiano.

O grande defeito dessa obra, segundo Almeida Costa⁴, é o exagero em definições e qualificações. Também o fato de ser a primeira codificação resultou na incursão de normas de direito civil e processual.

Em 1888 foi promulgado um novo código mercantil, pela Carta de Lei de 28 de junho do mesmo ano, encontrando-se ainda em vigor, apesar de profundamente alterado por um grande número de leis avulsas que disciplinam as sociedades comerciais, propriedade industrial, etc..

Em Carta de Lei de 1º de julho de 1867, foi aprovado o Código Civil português que resultou do projeto de Antônio Luís de Seabra.

Sua divisão sistemática afastou-se das grandes obras da época, sendo dividido em quatro partes essenciais: 1º “*Da capacidade civil*”; 2º “*Da aquisição dos direitos*”; 3º “*Do direito de propriedade*”; e 4º “*Da ofensa dos direitos e da sua reparação*”.

Este código perdurou por quase um século, quando da aprovação, pelo Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966, do novo código civil, tendo começado a vigorar em 1º de julho de 1967 (art. 2º). *Está dividido sistematicamente em cinco livros, a saber: Livro I - Parte geral; Livro II - Direito das obrigações; Livro III - Direito das coisas; Livro IV - Direito de família; Livro V - Direito das sucessões.*

5. A influência das Ordenações Filipinas no direito privado brasileiro e sua evolução histórica

A Cultura dos povos indígenas que habitavam o Brasil na época do descobrimento não influenciou na formação do nosso direito. Seus costumes não deixaram marcas na nossa formação jurídica.

O direito português, por tudo que foi exposto, se sobrepôs de maneira autoritária, do mesmo modo que foi a própria colonização.

Quando o Brasil foi descoberto vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas. A par dessa compilação (e posteriormente a compilação manuelina), vigoravam também diversas leis extravagantes, assim como outras fontes normativas como os alvarás e cartas régias. Desse modo as fontes que vigoravam em Portugal também aqui possuíam vigência, devendo acrescentar que foram criadas fontes especiais para organizar e disciplinar situações específicas da colônia. Nesse sentido encontramos as cartas de doação, os forais e os regimentos dos governadores.

As cartas de doação e os forais foram mecanismos criados pelos monarcas da época para reger o povoamento e a exploração da colônia. Os primeiros estabeleciam a legitimidade, direitos e privilégios dos donatários, ou seja, através delas que criaram-se as capitanias hereditárias; enquanto os forais complementavam a doação feita anteriormente, determinando os tributos que deveriam ser pagos à coroa.

Portanto, os forais completavam a carta de doação, formalizando na figura do donatário o grande senhor das terras doadas, devendo obediência ao rei, nos mesmos moldes do feudo medieval, onde este donatário era chefe dessas terras doadas, possuindo poder militar e devendo decidir os conflitos de interesse.

Em 1548, D.João III retirou os poderes concedidos aos donatários, implantando o sistema dos “governadores-gerais”, surgindo assim uma nova legislação especial para instituir e disciplinar essa nova relação de poder, que foi constituída pelos “regimentos do governo-geral”, tendo como primeiro governador geral Thomé de Souza. Paralelamente o monarca criava regimentos parciais para disciplinar os auxiliares diretos do governador como o ouvidor-mor e o provedor-mor.

⁴ Ob. Cit.

A partir de 1603 começou a vigorar no reino as Ordenações Filipinas, sendo esta a grande fonte de direito privado também da colônia. Mas as normas especiais continuaram em grande número através de alvarás e cartas régias, regendo principalmente direito público de cunho administrativo.

Com a independência do Brasil em relação a Portugal em 1822, não houve uma ruptura imediata do nosso sistema jurídico. Só no campo político essa ruptura foi quase que imediata com a Constituição outorgada de 1824.

Nesta transição de poder do Reino Português para o Império Brasileiro podemos observar uma maior democratização das leis, haja vista ter diminuído o despotismo, sendo que as penas criminais e civis tornaram-se mais brandas, tendo sido revogados os textos que continham castigos corporais à mulher e filhos.

Com relação ao direito privado, as modificações necessárias para evolução e solução dos conflitos que surgiam demoraram um pouco mais, tanto que somente em 1850 foi promulgado o nosso Código Comercial pela Lei nº 556, de 25/06/1850. A codificação mercantil foi fruto de interesses econômicos da burguesia da época que necessitava de uma maior agilidade e segurança nas relações mercantis, haja vista não existir na época certezas jurisprudenciais que eram resultado de uma grande quantidade de diplomas legislativos.

No campo das relações estritamente civis somente em 1916 é que foi promulgado o nosso Código Civil, entrando este em vigência no dia 1º de janeiro de 1917. Portanto, as Ordenações Filipinas permaneceram com eficácia quase plena por quase 315 anos, ou seja, de 1603 até 1916. Nesse período elas regularam as relações civis na época colonial, e, após nossa independência, passando pelos dois governos imperiais, para alcançar a república e sobreviver até o século XX.

Em 10/01/03 entrou em vigor o novo código civil brasileiro, através da Lei nº 10/406 de 10 de janeiro de 2002, revogando o código anterior (Lei nº 3.071/16) e a parte primeira do Código Comercial de 1850 (Lei nº 556).

5.1. A influência das Ordenações Filipinas no direito comercial brasileiro

O direito comercial brasileiro pode ser estudado em três fases: antes e depois da vigência do nosso Código Comercial, sancionado pela Lei 556, de 25 de junho de 1850, e mais recentemente após o advento do novo código civil brasileiro, que unificou o direito obrigacional, sem distinção entre obrigações civis e mercantis.

Na primeira fase temos as relações comerciais desde o período colonial, onde não existia uma codificação específica voltada para as relações mercantis, sendo este tipo de relação disciplinada pelas Ordenações (especificamente nos primeiros títulos do livro IV, que tratava do direito das obrigações) e leis extravagantes, assim como alvarás, dos quais podemos citar o alvará de 21 de abril de 1751 que expressava: “Devem-se facilitar meios ao comércio para este florescer e dilatar-se”.

Com a vinda da família real para o Brasil em 1808, deu-se a abertura, expandindo-se assim as relações mercantis.

Também a criação do Banco do Brasil impulsionou as operações de crédito favorecendo o crescimento e desenvolvimento das relações comerciais, assim como a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, fábricas e Navegações, estimulando novas atividades que surgiam.

Após a proclamação da independência em 1822, a Assembléia Constituinte de 1823 autorizou que vigorassem no Império as leis portuguesas vigentes até 23/04/1821.

Em 1832 iniciou-se os preparos para elaboração do Código Comercial Brasileiro, que após dezoito anos de tramitação do projeto, foi sancionada a Lei nº 556, de 25/06/1850, promulgando assim o nosso Código Mercantil, que teve como fontes de inspiração os Códigos Francês de 1807, Espanhol de 1829 e Português de 1833.

No mesmo ano surgiu o regulamento nº 737, que regulamentava o Código Comercial, sendo considerado por muitos como uma obra magnífica de respeitável valor jurídico.

Com referência as Ordenações Filipinas encontramos apenas no Título XLIV (Livro IV) - *“Do contrato da sociedade e companhia : É aquele que duas pessoas ou mais fazem entre si, ajuntando todos os seus bens, ou parte delles para melhor negócio e maior ganho”*. Desse modo, já existia a intenção de regularizar a obtenção de lucro, pois o mesmo título esclarece sobre a limitação do tempo da “companhia”, seus bens e a comunicação desses bens pelos contratantes, bens particulares, renúncia e suas dívidas.

Portanto, com relação ao direito comercial, no Livro IV das Ordenações Filipinas, além do título supracitado, apenas encontramos institutos de natureza comum ao direito civil.

Com a vigência do novo Código Civil, conforme já foi dito, houve uma unificação do direito obrigacional, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, sendo que o artigo 2.045 das Disposições Finais e Transitórias revoga, além do Código Civil de 1916, a parte primeira do Código Comercial. Em seu lugar encontraremos no Livro II o Direito de Empresa, que pela primeira vez numa codificação civil brasileira regula a atividade negocial, traçando, do conceito de empresário ao de sociedade, os diversos tipos dessa formação e traçando o seu perfil.

Cumprir colocar que as normas sobre Direito de Empresa, além de amplas e flexíveis deverão ser interpretadas de acordo com diversificação da atividade negocial, as condições econômicas e os costumes existentes. Os princípios doutrinários também contribuem na formação das instituições empresariais. O direito positivo, igualmente, reflete as tendências culturais, devendo disciplinar e racionalizar de forma objetiva as inúmeras relações que poderão surgir à margem da lei.

5.2. A influência das Ordenações Filipinas no direito civil brasileiro

A primeira Constituição brasileira, com data de 25 de março de 1824, no seu artigo 179, XVIII, fez referência à organização de um código civil. Mas somente na década de quarenta daquele século, iniciou-se estudos para elaboração da nova codificação civil e processual, que foram devidas a Carvalho de Moreira.

Em 1855 foi encarregado Teixeira de Freitas para elaboração desse trabalho preparatório, que ao seu término ficou conhecido como “esboço”. Esta tentativa de codificação da lei civil não obteve êxito devido a comissão revisora que priorizou discussões prolongadas sobre o projeto, não alcançando, desse modo, conclusões satisfatórias. Cumpre colocar que o “esboço” de Teixeira de Freitas foi reconhecido internacionalmente, tendo sido aproveitado na elaboração do Código Civil Argentino.

Até o projeto de Clóvis Beviláqua, que foi apresentado ao Presidente da República e remetido ao Congresso Nacional em 17 de novembro de 1900, outras tentativas não obtiveram êxito, como a de Joaquim Felício dos Santos e da comissão formada por Antonio Joaquim Ribas, Antonio Ferreira Viana, Antonio Coelho Rodriguês, Francisco Gonçalves de Andrade, Lafayette Rodriguês Pereira e também por Felício dos Santos.

O projeto de Clóvis Beviláqua ficou anos sem avançar no Congresso Nacional, até ser aprovado, com 1736 emendas, convertendo-se na Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916, e entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.

A sistematização do código civil de 1916 seguiu a orientação adotada pelo Código Civil Alemão, ou seja, o método científico-racional, elaborado por Savigny, onde encontramos uma Parte Geral e uma Parte Especial. Desse modo encontramos na primeira parte (geral) disposições sobre pessoas, bens e fatos jurídicos; na Parte Especial temos normas sobre direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões.

O novo código civil (Lei nº 10.406/02) manteve o método científico-racional, sendo dividido em uma parte geral e outra especial. Com relação a esta, a disposição das matérias foi

alterada, sendo acrescentado ainda o direito de Empresa, sendo adotada então a seguinte ordem: Livro I – Do Direito das Obrigações; Livro II – Do Direito de Empresa; Livro III – Do Direito das Coisas; Livro IV – Do Direito de Família; Livro V – Direito das Sucessões; além do Livro Complementar que trata de Direito Intertemporal, Das Disposições Finais e Transitórias.

Se fizermos uma análise direta das Ordenações Filipinas com relação ao nosso código civil, veremos que houve uma ruptura sistemática e isto é explicado pela evolução jurídica codificadora, que nos foi dada pelo positivismo jurídico no final do século XVIII e início do século XIX.

As Ordenações do Reino seguiram uma sistematização confusa, em que se misturam normas de direito de família, direito das sucessões e direitos obrigacionais, sem uma prévia separação dessas matérias, estando tudo isso incorporado no seu livro IV.

Mas o legado jurídico que recebemos de Portugal não pode ser abandonado, sob pena de perdermos nossas raízes históricas e culturais, provenientes de séculos de evolução jurídica, que foram absorvidos desde a ocupação da Península Ibérica pelos romanos, bárbaros e mulçumanos, e, é claro, sem esquecer do Direito Canônico, que humanizou diversas situações.

Assim, temos de reconhecer que apesar do código civil de 1916 ter adotado sistematização diversa do direito civil anterior, alguns institutos nele vigentes nunca poderiam ser retirados ou colocados sem eficácia, pois já faziam parte da sociedade brasileira. Ocorreu sim uma evolução desses institutos, e o surgimento de novas disposições sobre assuntos que ao tempo das Ordenações não possuíam realidade fática para serem normatizados.

Interminável seria esta exposição se fosse realizada uma análise comparativa de todos os institutos no tempo das Ordenações e comparados com os institutos vigentes no novo código civil e no código de 1916. Desse modo tentaremos abordar somente alguns institutos com relação ao direito das obrigações, direito de família e direito sucessório, para que possamos compreender melhor a vida social no século XVI e XVII e a necessidade de aperfeiçoamento desses institutos no mundo atual.

5.2.1. Direito de família

No direito de família encontramos o conjunto de regras e princípios sobre o casamento, sua celebração, validade, efeitos, regime de bens, sua dissolução, parentesco, relações entre pais e filhos, tutela, curatela e ausência.

O Livro I da parte especial do Código Civil Brasileiro de 1916 regia a matéria referente ao direito de família, diferentemente do Código Civil Alemão que inicia a parte especial com direito das obrigações. Essa orientação seguida pelo nosso legislador foi consequência do pensamento nacional da época que “obedece, no Brasil, a certo sentimentalismo de sociedade em que o máximo de organização ainda se acha no círculo social da família”⁵. O novo código civil brasileiro adequou-se a nova realidade social, sendo inserido em seu Livro I da Parte Especial o direito obrigacional.

Poucas são as disposições específicas sobre direito de família no Livro IV das Ordenações. As referências encontradas são em sua maior parte reguladoras de obrigações entre marido e mulher, como a *Doação de bens móveis, feita pelo marido sem outorga da mulher* (Tit. LXIV). Mas apesar deste Livro das Ordenações tratar de direito privado, encontramos disposições concernentes ao direito de família em outros Livros desse corpo legislativo, demonstrando bem a falta de sistematização legislativa da época.

Sabidamente colocou Pontes de Miranda:⁶

Mas não fez mais do que aparar o seiscentismo das Ordenações Filipinas... A multissecularidade de uma prática quase exclusiva da

⁵ In Pontes de Miranda. História e evolução do direito civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁶ Ob. Cit.

comunhão universal de bens, de tipo germânico e o patriarcalismo romano deixaram nos pais portugueses, e, menos, porém muito, nos brasileiros, a noção de que a família é o pai, de que os bens são do pai, do marido, do “chefe de família”. Morta a mulher, não fazem inventários, e só o fazem por intimação do juiz. Dessa mentalidade, em que se misturaram as desvantagens da dureza da patria potestas e os inconvenientes (certamente menores que as conveniências morais), da completa comunhão de bens entre cônjuges, resultava a absorção do patrimônio da mulher e dos filhos pelo marido e pelo pai.

Do exposto acima podemos ver a herança que nos foi passada e que fortemente é encontrada no código civil de 1916. Como exemplo, temos o artigo 233, IV que dispunha (antes da redação determinada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) sobre a autorização do marido para o exercício da profissão pela mulher.

Portanto difícil tarefa é a de fazer uma comparação direta de institutos de direito de família das Ordenações e os existentes no nosso código civil. Necessário seria buscar outras fontes da época (como o direito canônico) para uma melhor clareza na evolução desse direito onde é notório a disputa que sempre existiu entre o Estado e a Igreja, como na disputa sobre a celebração do matrimônio.

De certo é que somente com a Constituição de 1988 houve a plena equiparação entre homem e mulher dentro da sociedade conjugal. Nessa evolução foram reconhecidos direitos e deveres aos concubinos que antes só eram reconhecidos aos cônjuges.

O Título XLVI do Livro IV das Ordenações filipinas especifica “*como marido e mulher são meeiros em seus bens*”:

Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos per carta de ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado.

1- E quando o marido e mulher forem casados per palavras de presente á porta da Igreja, ou per licença de prelado fora della, havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda. E posto que elles queiram provar e provem que foram recebidos per palavras de presente, e que tiveram copula, se não provarem que foram recebido á porta da Igreja, ou fora della com licença do Prelado, não serão meeiros.

2- outrosi serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher per tanto tempo, que segundo Direito baste para se presumir Matrimônio antre elles, posto que se não provem as palavras do presente.

3- E acontecendo, que o marido, ou a mulher venham a ser condenados por crime de heresia, por que seus bens sejam confiscados, queremos que comuniquen entre sí todos os bens, que tiverem ao tempo do contracto do Matrimonio, e todos os mais, que depois adquirirem, como se ambos fossem Catholicos. O que assi havemos por bem, por se acusarem conluios e falsidades, que se poderiam commeter sobre a prova dos bens, que cada hum delles comsigo trouxe.

Desta forma, a compilação filipina dispensava especial atenção a proteção dos bens do casal, constituído perante a Igreja Católica, sendo que o pecado poderia ser punido com a perda dos bens constituídos pelo casal.

Cumprir colocar que o texto filipino expõe o matrimônio como *contrato*, não se importando com o credo de cada indivíduo, pois todos deveriam estar sob a autoridade da igreja católica, sob pena de perda dos bens.

A importância deste instituto pode ser vista com relação a sua evolução para as modernas disposições sobre o Direito de Família, que atualmente dispensam espaço relevante sobre o tema, como fez o código de 1916, e atualmente o novo civil, que dispõe em seu Livro IV, Título II, Do Direito Patrimonial, traçando os regimes de bens entre os cônjuges.

Outro ponto importante, sendo necessário fazer uma breve exposição, é sobre a tutela e curatela, haja vista existir disposições expressas sobre estes institutos no texto das Ordenações.

Os Títulos *CII* e *CIII* do texto filipino fazem menção, respectivamente, sobre “*Dos Tutores e Curadores, que dão aos Órfãos*” e “*Dos Curadores que se dão aos prodigos e mentecaptos*”. Portanto já existia naquela época a intenção, no caso da tutela, de substituir o poder familiar diante das pessoas cujos pais faleceram, não se fazendo referência ainda sobre a destituição ou suspensão desse poder.

Nas disposições constantes no supracitado Título *CII*, não encontramos clareza entre a perfeita distinção entre tutela e curatela, sendo esta última encontrada tanto para os órfãos como para os incapazes, sendo certo que, o “*Juiz dos Órfãos*” deveria nomear tutor ou curador dentro de um mês, entregando a estes todos os bens que pertenciam ao orfão para administrá-los, caso não tenha ocorrido nenhuma disposição de vontade deixada por testamento.

No nosso atual Código Civil encontramos que a nomeação de tutor deve constar de testamento ou qualquer documento autêntico e compete aos pais, em conjunto, sendo nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe se um destes, ou ambos, não possuem o poder familiar. Na falta de nomeação feita pelos pais, o magistrado deverá seguir a seguinte ordem: aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; aos colaterais até terceiro grau, também havendo preferência entre os mais próximos aos mais remotos.

5.2.2. Direito das obrigações

O direito das obrigações constitui um dos mais extensos capítulos do direito civil, onde a própria idéia de direito envolve a de obrigação, pois as obrigações surgem da lei, do contrato, dos atos ilícitos e das declarações unilaterais de vontade, podendo ser considerado ainda, como uma relação jurídica entre credor e devedor em torno de uma prestação.

No corpo das Ordenações, no que tange ao direito obrigacional, não encontramos uma sistematização específica como na atualidade, mas sim diversos tipos de contratos que estipulam direitos e deveres, consoante quem esteja no polo ativo ou passivo da relação jurídica.

No Título I do Livro IV das Ordenações Filipinas encontramos “Das compras e vendas, que se devem fazer por preço certo”. As disposições referentes à compra e venda estão dispostas nos títulos subsequentes até o título XXI, que diz “Em que moedas se farão os pagamentos do que se compra ou deve”.

O código civil de 1916, em seu Livro III (Direito das Obrigações), dispõe em seu Título V (Das várias espécies de contratos), o contrato de compra e venda (artigos 1.122 a 1163). O código de 2002 focaliza este tema no Livro I, Título VI, Capítulo I.

O que deve ser analisado sobre um prisma mais aprofundado é a eficácia obrigacional que possui o contrato de compra e venda, tanto nas Ordenações Filipinas, como também no Código Civil Brasileiro, ou seja, a aquisição da propriedade da coisa comprada não é adquirida pelo simples contrato de compra e venda, sendo necessário a tradição do objeto para a efetiva concretização do negócio jurídico. Desse modo temos o artigo 1.122 do C.C. de 1916, que “Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Esta disposição foi mantida no código de 2002.

Já nas Ordenações não encontramos, como no Código Civil brasileiro, um título específico sobre a obrigação de transferir o domínio, mas sim diversos trechos que nos levam a uma interpretação de todo o corpo legislativo nesse sentido.

O Código Civil Português de 1966, em seu artigo 874 dá a noção de compra e venda: “é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço”. Assim sendo, pode-se notar que o legislador brasileiro seguiu rumo diferente do que foi adotado pelo legislador português contemporâneo, que no antigo código civil de 1867, já havia optado em atribuir efeitos reais ao contrato de compra e venda, como também a outros negócios translativos do domínio.

No Título XXIII e seguintes das Ordenações encontramos “*Dos alugueres das casas*”, que disciplina o consentimento do locador a conseqüente proibição de qualquer pessoa “*reter casa alhea*” sem tal permissão; o Título XXIV expõe os casos de despejo, que são quatro:

Se o alugador não pagar a pensão, ao tempo que prometteo”;
“quando o alugador usa mal da casa, assi como danificando-a”;
“quando o senhor a quer renovar ou reparar de adubios necessários”; e “Quando o senhor da casa pôr algum caso, que de novo lhe sobreveio, a ha mister para morar nella, ou para algum seu filho, filha, irmão, ou irmã.

O nosso código civil disciplina a locação de prédios nos artigos 1.200 e seguintes, sendo que a locação de imóveis urbanos é regulamentada pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Neste diploma legal encontramos disposições que evidenciam uma certa influência das normas contidas nas Ordenações, pois no artigo 47, III, temos que o locador pode pedir a desocupação do imóvel, além de outros motivos enumerados, para : *uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha de imóvel residencial próprio*”.

É de notar que, em ambos os diplomas legais, a ordem de despejo terá que ser proferida pelo poder competente para isso, pois, já no século XVII, o locador tinha de requerer o pedido ao “*alcaíde da villa*”.

Portanto, o direito obrigacional nas Ordenações é encontrado sem nenhuma sistematização específica, pois mistura disposições de direito de família, sucessões e obrigações. Estas são, em geral, encontradas nos contratos, como: “*Das arras e camera fechada*” (Tit. XLVII) e “*Do emprestido que se chama mútuo*”.

5.2.3. Direito das sucessões

O direito sucessório pode ser compreendido como o conjunto de regras que disciplina a transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida para uma ou mais pessoas vivas, podendo ser legítima, quando o acervo deixado deve ser recolhido pelos herdeiros em conformidade com a ordem estabelecida ou testamentária, quando existe disposição de última vontade do testador por ato manifestado em vida.

O direito sucessório é disciplinado nas Ordenações Filipinas em vinte e seis títulos (do Título LXX ao CVII), regulando a sucessão legítima e testamentária.

Primeiramente a matéria é tratada sobre a sucessão testamentária - *Dos testamentos e em que forma se farão* - perseguindo vários títulos que regulam a legitimidade de quem pode testar, receber herança, codicilos, substituição, etc.

O codicilo é um bom exemplo de um instituto que permaneceu até os nossos dias. Nas Ordenações encontramos o seu conceito no Título LXXXVI, onde encontramos em seu *caput*:

Codicillo he uma disposição de última vontade sem instituição de herdeiro. E pôr isso se chama codicillo, ou cedula, per diminuição, que quer dizer, pequeno testamento, quando huma pessoa dispõe de alguma cousa, que se faça depois de sua morte, sem tratar nelle de diretamente instituir, ou desherdar a algum, como se faz nos testamentos.

Carlos Roberto Gonçalves⁷ conceitua o codicilo como sendo “ato de última vontade, destinado porém a disposição de pequeno valor”. Dessa forma este instituto permaneceu em nosso ordenamento jurídico e é encontrado no artigo 1.651 e seguintes do Código Civil de 1916. Mas o mesmo não ocorreu em Portugal, onde o código civil de 1.966 não faz menção ao codicilo, porém trata com grande pormenorização os legados.

Outro instituto que permanece em nosso ordenamento civil e que estava disposto nas Ordenações é a *substituição dos herdeiros*, que é um dos títulos mais extensos do Livro IV, tendo cinco espécies de substituição: vulgar, recíproca, pupilar exemplar e compendiosa.

No código civil de 1916 também encontramos a substituição vulgar (art. 1.731), além da substituição fideicomissária, que pode ser compendiosa se combinada com a vulgar, ou seja, o substituto só herdará se o fideicomissário não tiver condições de aceitar a herança, ou não possuir a vontade de aceitar, razão pela qual passará diretamente do fiduciário ao fideicomissário. O código de 2002 adotou ainda a substituição recíproca, em seu Título IX, arts. 1947 e seguintes.

O Código Civil Português possui quatro modalidades de substituição: direta (art. 2.281), fideicomissária (2.286), pupilar e quase pupilar (arts 2.297 e 2.298).

6. Conclusão

Um dos objetivos principais que foram colocados no início deste trabalho monográfico não foi alcançado pela sua dimensão e complexidade, que era a comparação plena dos institutos existentes no Livro IV das Ordenações Filipinas com os institutos de Direito Privado Brasileiro.

Mas, apesar de todos os objetivos não terem sido finalizados, a situação problema pode ter uma resposta satisfatória, se combinada com a evolução histórica exposta.

Como vimos, o direito português na época das Ordenações era fruto da congruência do direito romano, germânico e canônico, que nas palavras de Pontes de Miranda⁸ representava “*um mais político do que moral e religioso, o romano; outro mais moral do que político e religioso, o germânico; e outro, mais religioso do que político e moral, o canônico*”.

Herdamos do direito português esse legado histórico, assim como quase todos os países latino-americanos. Daí a importância colocada no estudo da história do direito, onde é mostrada a evolução jurídica dos povos como forma de esclarecer o tempo presente, em que vivemos.

As Ordenações alcançaram o século XX acumuladas com leis extravagantes que foram promulgadas ao longo dos anos para solucionar novos conflitos. Deste modo, era cada vez maior a necessidade de uma nova legislação civil que atendesse as necessidades da época.

O nosso legislador civil sentiu fortemente a influência das tendências de sistematização codificadora do século XIX, tendo como pontos de referência o código civil francês (code civil) e o alemão (BGB).

Mas a sistematização é o corpo do código. No seu interior é que encontramos os institutos. E aqui é que encontramos resposta ao problema colocado.

O direito dos países continentais da Europa, em sua maioria, é fruto de origem idêntica ao do direito português, sendo o elemento nacional o fator diferenciador de uma maior ou menor

⁷ In Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁸ Ob. Cit.

evolução de certos institutos. Cada país assimilou em maior ou menor grau o fator político moral ou religioso, mas a origem provém das mesmas fontes: romanas, germânicas ou canônicas.

Também os fatos históricos influenciaram, de alguma forma, na formação de certos institutos. Portugal e Espanha sofreram uma certa influência árabe, assim como cada país teve a sua particularidade.

Portanto, os institutos de direito privado brasileiro sofreram as alterações necessárias para dar segurança jurídica às relações sociais da época. O Código Comercial de 1850 surgiu para regular relações jurídicas que praticamente não existiam nas Ordenações; o Código Civil de 1916 trouxe uma maior clareza na exposição das matérias, usando uma sistematização positivista em voga no período, mas sem ruptura plena do direito anterior. Houve sim uma evolução desses institutos, que pela própria sistematização adotada, foram colocados com uma maior clareza, facilitando o seu entendimento, diminuindo os seus conceitos (que ficaram a cargo da doutrina), aumentando desse modo o campo de regulamentação normativa.

Referências

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

ARNALDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria Geral do Direito Comercial: Introdução à Teoria da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1942.

CAETANO, Marcelo José das N. Alves. *História do Direito Português*. 2ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1985.

CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Estudos Jurídicos e de História*. Rio de Janeiro: Barrister's Editores Ltda, 1987.

_____. *Subsídios Para a História do Direito Pátrio*. 2ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1973.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, V. I.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Pensamento Moderno Iluminista Como Fator Determinante do Positivismo Jurídico*. Coimbra, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. V3. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995, v 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v 1.

PINHEIRO, Ralph Lopes. *História Resumida do Direito*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Thex Editora/ Biblioteca da Universidade Estácio de Sá, 1999.

PORTUGAL, Leis e Decretos. *Ordenações do Reino de Portugal*. Duodécima Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª edição revista, São Paulo: Saraiva, 1977.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 1993. V. 1.

SEGURADO, Milton Duarte. *O Direito no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.