

O NÔVO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E O PROJETO BRASILEIRO (*)

ARNOLDO WALD

Professor catedrático de Direito Civil da Universidade do Estado da Guanabara. Procurador do Estado da Guanabara.

Representou o Código Civil Português, que acaba de entrar em vigor, vinte e dois anos de esforços intelectuais, pois a iniciativa da reforma legislativa data de 1944. Sucessivamente, os diversos Ministros da Justiça e, em particular, os Professôres ADRIANO VAZ SERRA, CAVALEIRO DE FERREIRA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, deram um impulso contínuo aos trabalhos legislativos.

Todos os estudos preliminares e as diversas fases das discussões mereceram publicação no *Boletim do Ministério da Justiça* português e, em exposição comemorativa do Código Civil, pôde Portugal reunir cerca de 150 trabalhos entre monografias, ensaios e artigos, todos referentes às inovações e peculiaridades do nôvo diploma legal, que foi, assim, a fonte de efervescente movimento doutrinário.

O país inteiro acompanhou os trabalhos e o Chefe de Estado, na sessão inaugural da IX Legislatura, apontou a conclusão dos trabalhos do nôvo Código Civil, ao lado da ponte de Lisboa e das obras de irrigação de Alentejo, como a expressão máxima de uma época e o símbolo da capacidade criadora de uma geração, afirmando que “os homens que meteram ombros a empreendimentos dêste vulto, se não devem ambicionar louvores, têm legítimo direito a que se lhes permita afirmar terem cumprido o seu dever”. Há nesta afir-

mação de Oliveira Salazar um sabor napoleônico que, numa fase politicamente agitada como a nossa, lembra a lição de RIPERT, para quem a única revolução verdadeira e duradoura é a dos juristas, dos codificadores e dos praxistas, que consolidam, na vivência diária, a reformulação do comportamento humano correspondente às novas ideologias. Revolução jurídica, acrescenta RIPERT, sem a qual as demais revoluções políticas, econômicas e sociais não teriam sentido algum.

Portugal fêz da reforma do seu Código Civil um grande acontecimento cultural da nacionalidade, convocando tôdas as classes para uma cooperação crítica na elaboração da obra que, um século depois, deveria substituir o Código outrora elaborado pelo VISCONDE DE SEABRA e que contara com a colaboração do próprio HERCULANO, em matéria lingüística.

Em palestra que proferiu perante a Assembléia Nacional Portuguesa, o Ministro da Justiça na época, Professor ANTUNES VARELA, teve o ensejo de afirmar que “quase todo o articulado do projeto nasceu de uma numerosa série de estudos doutrinários realizados por professôres de Direito, que à séria preparação científica exigida pelo magistério superior aliavam, em geral, uma sólida experiência prática, proveniente do exercício da advocacia ou de uma intensa atividade consultiva. Êstes trabalhos legislativos, à medida que os autores davam a investigação por concluída, iam sendo trazidos ao conhecimento de juristas e assim estiveram, durante anos sucessivos, graças à ampla divulgação que o Ministério lhes concedeu, expostos à apreciação crítica dos interessados na reforma...”. “Além disso, ainda na fase dos simples anteprojetos parcelares, as questões de maior delicadeza social e política, sobretudo no domínio das sucessões e no capítulo das relações familiares, foram largamente estudadas e debatidas em comissões revisoras, nas quais, ao lado dos membros da Comissão do Código, estiveram representadas as profissões mais experimentadas na aplicação concreta dos textos legais, desde a judicatura, a magistratura do Ministério Público e a advocacia até aos técnicos dos registros e do notariado”, afirma o Ministro ANTUNES VARELA.

Finalmente, após várias publicações dos diversos projetos, foi aberto um prazo de quatro meses para que a opinião pública se mobilizasse em tôrno do problema da codificação, apresentando as suas sugestões e emendas e trazendo ao Govêrno a colaboração das di-

(*) Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros.

versas profissões e das classes interessadas em geral. Num país de formação e de sistema político autoritários, assistimos, assim, a uma elaboração legislativa que se caracterizou pelo diálogo democrático, esclarecendo as autoridades que “em época nenhuma da vida do país, um projeto de lei com real interesse para a coletividade esteve sujeito a um verdadeiro plebiscito da Nação durante tanto tempo como o Código Civil”. Afirmou, ainda, o Ministro da Justiça português que: “em nenhum país do mundo as autoridades responsáveis conseguiram, até hoje, facultar aos estudiosos um conjunto tão extenso de publicações e uma coleção tão rica de elementos interpretativos como os milhares de páginas que, enriquecendo a literatura jurídica portuguesa, formam a massa imponente dos trabalhos preparatórios do Código”.

Merecerem ser lembrados tais fatos para que os comparemos com o esoterismo que caracterizou a elaboração dos nossos projetos de Códigos, provocando apenas alguns estudos isolados, mas não se tornando o verdadeiro catalizador de um movimento cultural visando à reformulação do nosso sistema jurídico. Ressalvando algumas honrosas exceções, como os magníficos trabalhos de REGINALDO NUNES, BULHÕES DE CARVALHO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, SÍLVIO RODRIGUES, ALCEU CORDEIRO FERNANDES e alguns outros, houve em torno dos anteprojetos brasileiros de Código Civil e das Obrigações uma inércia, uma apatia completa, tanto do governo como dos meios jurídicos do país. A idéia inicial surgida no governo Jânio Quadros tinha sido no sentido da elaboração imediata de uma dezena de códigos, com uma alteração completa e cabal de todo o nosso sistema de vida. Posteriormente, as obras foram amadurecendo numa técnica de discussões sigilosas em comissões fechadas, sem publicações das atas das sessões e sem qualquer diálogo com o país. As comissões revisoras foram recrutadas na maioria dos casos entre os próprios autores de projetos e faltou qualquer coordenação entre os diversos estudos que estavam sendo feitos paralelamente. Uma única exceção merece ser ressaltada, a do Professor ALFREDO BUZARD, que, por intermédio do Instituto de Direito Processual, fez questão de divulgar o seu projeto e de provocar a discussão democrática do mesmo, num congresso, em regime de seminário, que realizou em Campos do Jordão, em 1965.

Se formos contar o número de estudos feitos no Brasil sobre o projeto do Código Civil, não encontraremos nem mesmo dez ar-

tigos, em comparação com os cento e cinquenta dos quais se podem orgulhar os portugueses.

No campo científico da elaboração legislativa, parece que Portugal conseguiu realizar, na feitura do projeto de Código Civil, uma revolução democrática de grande importância.

Não há dúvida que o trabalho intenso realizado além-mar lembra um pouco as grandes polêmicas que, no fim do século passado e no início do nosso, surgiram em torno da elaboração do Código Civil brasileiro, quando RUI BARBOSA se opunha a um código feito às pressas, a “um Código já e já”, como o desejava CAMPOS SALES. Entendia a opinião pública então dominante que o Código devia ser um verdadeiro monumento, refletindo o nível intelectual da nacionalidade e constituindo uma cristalização da nossa cultura jurídica.

A primeira lição a extrair do exemplo da legislação portuguesa é a democratização da elaboração legislativa, que não pode ser o resultado das elucubrações de alguns juristas de talento nos seus gabinetes, mas deve representar a *communis opinio*, o sentimento popular, o *Volksgeist* a que se referia SAVIGNY, contando com a colaboração de todos os que fazem e vivem o direito.

Se é verdadeira a lição de CRUET, de acordo com o qual geralmente é mais fácil a sociedade mudar a lei do que a lei mudar a sociedade, não é menos evidente que, muitas vezes, as normas são instrumentos hábeis para transformar a fisionomia econômica e social de um país. No exemplo brasileiro, bastaria lembrar as consequências de normas como as referentes ao plano nacional de habitação e ao mercado de capitais, para reconhecer a importância da legislação, como eventual catalizador do progresso nacional, ou, então, como obstáculo ao natural engrandecimento do país.

Técnicamente, não discrepa muito o Código Português da nossa lei civil vigente e do próprio Código Alemão, embora tenha integrado na parte geral as normas que geralmente constituem a lei de introdução. Embora discutível a posição assumida no particular pelo Código Português, como bem o assinalou o Professor JOSÉ SARAIVA, em conferências que proferiu no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados de Lisboa, depois publicada sob o título de *Apostilha crítica ao Projeto de Código Civil Português*, a posição do legislador tem a sua explicação. Entende SARAIVA que haveria, no caso, uma opção entre elaborar uma lei especial de introdução ou

tratar da matéria no Código Civil, mas, no caso de aceitar a segunda hipótese, não poderia o legislador fixar, dentro do próprio Código Civil, normas aplicáveis a outros ramos do direito, inclusive no tocante, por exemplo, ao direito penal. Devemos confessar que, talvez por formação civilista ou por simples tradição, não sentimos muito entusiasmo pela elaboração da Lei de Normas Gerais, constituindo verdadeiro código, como se pretendeu fazer entre nós. A lei de introdução encontra no Código Civil o seu *habitat* normal e natural. Os projetistas do Código Português lembraram a este respeito que “o Código Civil constitui não só o repositório específico de toda a legislação civil, mas a matriz natural de todo o direito privado disperso por variadíssimos diplomas, desde o Código Comercial, as leis do trabalho e dos direitos do autor até aos Códigos do Registro Civil, Predial e do Notariado; e que, nesses termos, mal se poderia conceber que nêle se não fizesse alusão às fontes do direito privado, ou se não definissem as regras que dentro dêste amplo e qualificado setor presidem à interpretação e aplicação das leis”.

Entendeu, no particular, o legislador português que a Lei de Introdução se destina mais especialmente a regular matéria transitória e que as normas gerais referentes à aplicação e à interpretação do direito, pelo seu caráter permanente, se enquadram no próprio Código, especialmente num país que dá importância especial, por motivos históricos e dogmáticos, à codificação do *ius civile*.

Na referência às fontes do direito, deve ser ressaltada a importância dada aos *assentos* no momento em que o nosso sistema reconhece de fato, senão *de jure*, nas *Súmulas* do Supremo Tribunal Federal, uma autêntica forma de manifestação do direito vigente. O legislador português também admitiu a equidade como fonte de direito, embora o fizesse com restrições, sentindo a importância dos mecanismos que devem corrigir a rigidez e a inflexibilidade da lei, diante de situações concretas especiais. A equidade não foi concedida apenas como a justiça do caso concreto, mas, sim, como verdadeira fonte de inspiração do julgador, dela podendo decorrer “verdadeiras regras jurídicas, preceitos com real substância normativa, embora com um raio de ação forçosamente mais limitado que os princípios inscritos na lei”. Da equidade emanam os principais corretivos que arejam o direito numa fase de crescente dissociação entre as normas e os fatos. Surgem, assim, os chamados “conceitos

amortecedores” do direito, que vão assumindo uma grande importância e descortinam a legislação do futuro.

No campo da interpretação, receou o codificador português dar excessiva amplitude aos critérios e processos sociológicos, que, muitas vezes, liberam as disposições legais dos motivos que os inspiraram para melhor integrá-los dentro de um sistema de vida, atendendo às necessidades sociais do momento. Embora não confundisse o codificador a *mens legislatoris* com a *mens legis*, deu preponderância na interpretação da lei ao processo histórico e às circunstâncias que cercaram a *occasio legis*, assim como aos trabalhos preliminares e preparatórios do texto legal. Optando por um critério que revela a preocupação autoritária do legislador, esclareceu que “assim, se, em si mesma considerada, a lei é equívoca ou ambígua, porque comporta dois ou mais sentidos, mas não lhe faltam, nos estudos preliminares do respectivo projeto ou no próprio relatório do diploma, indicações seguras sobre qual delas exprime o pensamento do legislador, é de harmonia com êsse entendimento que a norma deve ser aplicada”.

Admitiu, todavia, o Código que, se a *mens legislatoris* não estiver, de modo algum, caracterizada no texto legal, possa o intérprete dela se liberar e então “essa vontade (do legislador) terá de ceder perante o sentido que os destinatários podem tirar da lei”.

O art. 9.º do Código, que trata dos processos de hermenêutica, merece, pois, um estudo mais minucioso, pois nêle encontramos todas as dificuldades da exegese e nêle tentou o legislador português estabelecer um equilíbrio entre a vontade do Estado, que se revela na lei, o bom senso do intérprete e seu modo de encarar as necessidades sociais do momento e a própria evolução dos costumes que, muitas vezes, acaba dando à lei um sentido que jamais tivera no momento da sua elaboração, como aconteceu, por exemplo, com as disposições do Código Napoleão referentes à responsabilidade civil e dos quais se extraíram *a posteriori* as fórmulas da responsabilidade presumida e da responsabilidade pelo fato da coisa.

Quando trata da integração das lacunas da lei, não faz referência o legislador português nem à equidade, nem aos princípios gerais do direito, que, aliás, têm sido interpretados de modo distinto nas diversas legislações e mesmo nas várias correntes doutrinárias.

O art. 10, que trata da integração, determina, exclusivamente, o recurso à analogia, sempre que haja motivo para aplicar a norma

análogica. Na falta de solução análogica, determina o legislador que “a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

Admitiu, assim, o Código Português, a fórmula do direito suíço, que também é a do direito brasileiro, no sentido de dar ao juiz poderes amplos para criar a norma, no caso de lacuna, recorrendo às diretrizes do sistema jurídico.

Há, no caso, uma delegação construtiva feita em favor do magistrado e uma limitação oportuna à construção jurisprudencial. Deverá ser sempre feita dentro do espírito do sistema, ou seja, no fundo, baseada nos princípios gerais induzidos do sistema e aplicáveis, por dedução, ao caso concreto.

O crédito de confiança aberto ao juiz se manifesta em diversos outros institutos regulados no Código Português, com a finalidade de arejar o sistema e de permitir a sua evolução construtiva diante da modificação eventual das condições técnicas e sociais num mundo que evolui num ritmo cuja aceleração obedece a progressões geométricas. Lembrou-se, no particular, o codificador português de que somente o trabalho construtivo da jurisprudência é que permite a sobrevivência do Código Napoleão, já decorridos cento e cinquenta anos da sua promulgação, numa fase conturbada da revolução industrial, social e política e da modificação das próprias ideologias e escalas de valores. Admitiu, assim, o novo Código, uma delegação aos magistrados, dando elasticidade às normas e permitindo que o prudente arbítrio do juiz inspirasse sempre soluções equitativas.

Assim no preceito que fixa a anulabilidade dos negócios usurários (art. 252), na norma que define o abuso de direito (art. 334), no artigo que se refere à teoria da imprevisão (art. 437), na revisão da renda do arrendamento rural (art. 1.070) e na decretação da separação entre os cônjuges quando requerido o divórcio (artigo 1.794), a lei conferiu ao magistrado poderes amplos para a solução das controvérsias, dentro de critérios maleáveis.

Efetivamente, numa sociedade em evolução constante, a norma não mais pode sofrer uma aplicação mecânica, sob pena de se tornar obsoleta e, portanto, injusta e acabar sendo revogada pelo desuso, com a devida vênia de alguns dogmatistas que não admitem tal forma de desaparecimento da norma jurídica.

Comentando êsses aspectos do novo Código Português e rebatendo as críticas que lhe foram feitas, o Professor MANUEL ANDRADE teceu os seguintes comentários:

“Dir-se-á contra isto ... que assim se vai confiar aos nossos tribunais um poder de apreciação para cujo exercício em termos aceitáveis êles não estão capacitados. Mas responde-se: o esforço da nossa política legislativa deve incidir antes no melhoramento da judicatura, em vista de a tornar comparável à de outras nações civilizadas, do que ao da mecanização dos textos legais, pelo receio de nos faltarem juizes competentes para uma satisfatória aplicação de textos diversamente estruturados”.

A experiência brasileira, no particular, tem sido feliz, e as normas cuja aplicação dependem do prudente arbítrio do juiz têm dado margem a poucos abusos por parte do Poder Judiciário, que tem sabido corresponder às responsabilidades que lhe foram confiadas.

Por outro lado, uma certa liberdade concedida à magistratura para adaptar as leis às novas circunstâncias, é condição essencial para a sobrevivência de um sistema legislativo. “Só assim”, reconheceu o legislador português, “o edifício legislativo disporá das janelas por onde possam circular as lufadas de ar fresco com que a filosofia, a religião e a moral renovam de tempos a tempos o ambiente pesado da vida social”.

É ainda louvável o Código Português nos referidos casos em que atribui poderes amplos ao juiz, pois não o faz sem indicar os critérios dentro dos quais deve atuar o magistrado e os limites que encontra em relação à sua atividade. Se formos analisar os artigos relativos aos negócios usurários e ao abuso de direito, por exemplo, não encontraremos um cheque em branco, mas uma abertura de crédito condicional e limitada. O juiz tem um poder discricionário desde que verificada a ocorrência de certas condições básicas e observados determinados requisitos que constam da própria lei. A interpretação do negócio usurário não fica na exclusiva dependência da formação pessoal e subjetiva do juiz. Ao contrário, depende sempre da verificação de haver, no caso concreto, alguém que se aproveita conscientemente da situação de necessidade, de inexpe-

riência, de dependência ou deficiência psíquica de outrem, obtendo, para si ou para terceiros, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados (art. 282).

Do mesmo modo, em relação ao abuso de direito, não se contentou o legislador português com a fórmula de reconhecimento implícito de sua existência, que encontramos no art. 160 do nosso Código Civil, onde a alusão ao exercício regular do direito implica na decorrente condenação do exercício irregular, que seria o abuso. Conceituou o Código Português, no seu art. 334, o abuso de direito, esclarecendo que:

“É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Consideramos muito oportuna a relação assim estabelecida entre o abuso do direito e a boa-fé, dando uma cotação nova ao instituto e alargando, assim, o seu âmbito de ação.

Também a prudência do legislador português se fez sentir quando exigiu que o abuso se apresentasse como um excesso manifesto — diz a lei: “quando o titular exceda manifestamente” — significando, na palavra dos seus intérpretes, que não é qualquer violação dos princípios básicos da boa-fé e das finalidades sociais que deve ser considerada necessariamente abusiva. Ainda é preciso que a violação se apresente como manifesta, indiscutível, franca, clara, inequívoca, lembrando uma terminologia que nos é familiar em relação ao mandado de segurança. Quis assim evitar o Código a intervenção indiscriminada do Judiciário nas relações jurídicas entre particulares, protegendo uma zona cinzenta ou uma faixa contígua, em que o aspecto subjetivo predomina e na qual, se não mais estamos dentro dos moldes rígidos do direito, ainda não se configura manifestamente o abuso.

É evidente a importância da conceituação do abuso de direito e os seus reflexos são incalculáveis no campo do direito das coisas e do direito das obrigações e até no direito de família. Não há dúvida que o direito de propriedade passou a ter novas dimensões após a elaboração do conceito de abuso de direito. Ocorreu evolução idêntica com o próprio contrato, que deixou de ser apenas a ema-

nação do princípio da autonomia da vontade, para sofrer importantes restrições decorrentes da ordem pública, dos bons costumes e da boa-fé, que foram colorindo, cada vez mais, o direito das obrigações, tornando hoje a maioria de suas normas de caráter imperativo, quando, ainda no século passado e mesmo na versão originária do nosso Código Civil, eram geralmente normas dispositivas ou supletivas.

Antes de entrar na análise de cada uma das partes do Código Civil, quisemos assinalar a posição filosófica e social em que o nôvo diploma se coloca, pretendendo conciliar as novas idéias sociais com a proteção dos direitos individuais, renovando sem abalar, criando novos institutos sem ferir as instituições tradicionais, encontrando ou procurando fixar sempre uma posição equidistante, serena, conservadora sem ser misoneísta, reformadora sem radicalismo. Não entendeu o legislador português, como MAURÍCIO MAETERLINK, que o grande trabalho na vida é o da destruição. Só destruiu para reconstruir quando sentiu que podia reconstruir melhor. Só modificou aquilo que não mais representa as aspirações nacionais e foi tímido, ou talvez mais exatamente, foi prudente nas reformas. Não pretendeu apresentar um documento que servisse de modelo para o mundo, mas, sim, um instrumento eficiente de prevenção e solução de conflitos para a atual sociedade portuguesa. Preferiu à perfeição dogmática e à absoluta coerência lógica um sistema de transação num mundo e numa sociedade que atravessa uma fase de transição no plano econômico, social e político.

Em comentário publicado na *Revue Internationale de Droit Comparé*, o Professor JEAN LISBONNE esclarece que o nôvo Código não inovou tanto quanto desejavam alguns juristas lusitanos, mas não se podem negar as suas qualidades de coerência e a oportunidade da nova codificação (*Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. I, 1968, pág. 98).

O Código de 1867 envelhecera muito e a sociedade portuguesa exigia uma nova moldura para as suas relações jurídicas, especialmente num momento de desenvolvimento industrial e de crescimento capitalista. Não só a sociedade se transformara, mas as próprias ideologias sofreram grandes modificações, intensificando-se o sôpro de solidarismo, que foi vinculando os homens numa mesma sociedade e os países na comunidade internacional transformada num só mundo, como afirmara WENDELL WILKIE.

Reconheceu-se assim que, “se a codificação levada a bom termo pelos homens de 1867 representa, no plano jurídico, a definitiva transição de uma sociedade feudal, de feição acentuadamente monástica e senhorial, para uma economia burguesa de vincada expressão liberal, com igual fundamento se pode asseverar que o nôvo diploma legislativo marca, no vasto setor do direito privado, a viragem decisiva do liberalismo individualista e do racionalismo naturalista para uma concepção orgânica da sociedade civil, que, respeitando os direitos inauferíveis da pessoa humana, afirma deliberadamente a supremacia do bem comum sôbre os puros interesses dos indivíduos ou sôbre as meras conveniências dos grupos”.

De fato, não é muito diferente a posição social e filosófica assumida pelos projetos brasileiros, mas não tiveram sempre os mesmos a prudência, a ponderação e o realismo das soluções portuguesas, inovando, algumas vêzes, em matérias nas quais as normas atuais se apresentavam como adequadas e deixando, em outros casos, de corrigir disposições legais que já não mais podiam perdurar.

Esta identidade de posição sociológica e histórica existente entre o Código Português e os projetos brasileiros justifica uma atenção maior por parte dos nossos juristas em relação ao nôvo diploma lusitano. Havia, efetivamente, uma certa analogia de fundo entre o Código Português do VISCONDE DE SEABRA e o nosso, embora tènicamente fôssem diferentes ambos os diplomas e, na forma, fôsse mais adiantado o nosso, já inspirado pelo B. G. B. Mas, incontestavelmente, o Brasil do fim do século passado não se distanciava muito do Portugal de 1867 e eram idênticas as tradições de ambos os países, inspiradas nas velhas Ordenações. Revelaram, ambos os códigos, um liberalismo vigoroso com algumas tintas de solidarismo no Código Civil Brasileiro, que então representava menos as angústias das nossas elites e do nosso povo, do que as preocupações então existentes na literatura jurídica alemã e francesa introduzidas e contempladas no anteprojeto brasileiro por CLÓVIS BEVILÁQUA. Hoje, Portugal e Brasil reformam as suas legislações no campo do direito privado, inspirando-se nos mesmos moldes técnicos, que ainda são os do B.G.B. e do nôvo Código Civil italiano, apresentando, ambos os países, situações econômicas e sociais com certas analogias, de modo que o estudo crítico e construtivo da legislação estrangeira não deixa de ser um justo pre-

texto para a comparação das soluções alienígenas com as apresentadas nos projetos brasileiros de codificação.

É, assim, sumamente louvável o esforço de divulgação que vários juristas brasileiros fizeram em tôrno dos projetos portugueses, salientando-se, entre outros estudos, a excelente conferência proferida pelo Desembargador ALOÍSIO MARIA TEIXEIRA na Faculdade Nacional de Direito, posteriormente publicada pelo Ministério da Justiça, e a palestra do Professor ARTUR DE CASTRO BORGES, proferida na Casa das Beiras, por ocasião da semana de Portugal.

Os 2.334 artigos do Código Civil Português estão divididos em cinco livros abrangendo a parte geral, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões, seguindo um critério de ordem didático, que é, aliás, o geralmente adotado no nosso currículo universitário. Os artigos estão epigrafados como nos códigos mais recentes, permitindo uma consulta mais fácil. Os preceitos são concisos, claros e corretos, caracterizando-se pela sua precisão e segurança, qualidades a que passamos a dar muito valor depois de têrmos entrado no verdadeiro labirinto legislativo em que vivemos desde alguns anos.

O nôvo Código contém numerosas disposições legais referentes ao direito internacional privado, que constitui o objeto dos arts. 14 a 65, enquanto na legislação anterior a matéria só tinha sido tratada em sete artigos (arts. 24 a 31 do Código de 1967). Os comentadores do nôvo diploma legal reconhecem que abrange um verdadeiro código de direito internacional privado, regulamentando, sucessivamente, a condição jurídica dos estrangeiros, que são equiparados aos nacionais para os fins de direito civil, as qualificações, o reenvio, a fraude à lei, a ordem pública, o conhecimento, aplicação e interpretação do direito estrangeiro e os critérios de solução dos conflitos de leis no tocante aos contratos, às coisas e ao direito de família. As relações entre os cônjuges ficaram subordinadas à lei nacional comum e, na sua falta, à lei domiciliar. Não havendo domicílio do casal devidamente caracterizado é que se aplica a lei da nacionalidade do marido.

No campo das obrigações, assistimos a uma ampliação da faixa das normas imperativas, consagrando-se as teorias das bases do negócio (art. 252, 2.º), do abuso de direito (art. 334), da imprevisão (art. 437) e da condenação dos negócios usurários (art. 232), assim como a responsabilidade pelo risco criado (art. 499).

Contrariamente ao sistema tradicional, trata no livro das Obrigações, o Código Português, de tôdas as formas de garantia, inclusive do arresto, da caução, do penhor e da hipoteca.

No campo dos contratos, mereceu regulamentação especial o contrato de promessa, ao qual se atribuem, depois de registrado, efeitos reais (art. 413).

Também aparecem, com regulamentação própria, os contratos a favor de terceiros (art. 443), os contratos para pessoa a nomear (art. 452), a venda de bens alheios (art. 892) e de bens onerados (art. 905) e a venda sôbre documentos (art. 937).

No direito das coisas, a intangibilidade tradicional do direito de propriedade sofreu as limitações decorrentes da teoria do abuso de direito, apresentando o Código Civil português definição do domínio não muito afastada da consagrada no direito brasileiro, pois o art. 1.305 do diploma lusitano esclarece que:

“O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

O Código também consagra a doutrina do *numerus clausus* em matéria de direitos reais, tratando sucesivamente da posse, restrita à exteriorização dos direitos reais, da propriedade e, inclusive, da propriedade horizontal, do usufruto, do uso e da habitação, da enfiteuse, do direito de superfície e das servidões prediais.

No campo do direito de família é que se fizeram, todavia, sentir as maiores transformações, admitindo-se a adoção plena, correspondente à nossa legitimação adotiva, e a menos plena, que é a nossa adoção tradicional. No tocante ao casamento religioso e aos impedimentos, obedeceu-se, *a grosso modo*, aos princípios firmados pela Concordata de 1940, mantido o impedimento civil decorrente de voto solene, oriundo do direito eclesiástico.

A posição jurídica da mulher foi melhorada, sem que se consagrasse, todavia, a plena igualdade entre os cônjuges na vida do casal, nem se admitisse a direção conjunta da família por ambos os cônjuges. No novo Código, o regime legal passa a ser o da comunhão de aquêstos, que assim substitui o tradicional regime das cartas de metade de outrora, que ensejaram a comunhão universal.

Podemos, aliás, afirmar que, mesmo no direito brasileiro vigente, a Lei n.º 4.121 distorceu e esvaziou tanto o regime da comunhão universal, que as exceções à regra geral tornaram-se numerosas e prevalentes pelo seu volume, não mais justificando que nominalmente continuasse a dominar o regime da comunhão universal que, de fato, na realidade, se transformou em regime de comunhão parcial.

Diante do caos jurisprudencial e das divergências doutrinárias ensejadas pela Lei n.º 4.121, as ponderações oferecidas pelo legislador português, para defender a atitude por êle assumida, merecem a atenção dos estudiosos brasileiros. Na conferência em que apresentou o projeto à Assembléa Legislativa, o Ministro ANTUNES VARELA perguntou se, “dentro da família, as leis devem atribuir aos cônjuges posições idênticas ou antes posições complementares, embora igualmente dignas no plano do direito e da moral, visto serem complementares e não idênticas as funções que a natureza assina a marido e mulher na comunhão de vidas, que é a essência da sociedade conjugal”. Argumentando com a lição de HENRI MAZEAUD num estudo intitulado *Une famille sans chef* e demonstrando o progresso realizado pelo Código Português em relação ao art. 145 do novo Código Italiano, o legislador lusitano teme um pouco a intromissão constante do Judiciário na vida familiar, como árbitro das eventuais dissensões dos cônjuges. Efetivamente, não se pode confiar muito na estabilidade do “*ménage à trois*” composto pelo marido, pela mulher e pelo juiz, em que a êste incumbe resolver, de modo contínuo e constante, as divergências entre os dois primeiros. Preferíamos, talvez, pensar em dar à família uma verdadeira personalidade jurídica, que o direito contemporâneo, aos poucos, vai reconhecendo com a atribuição do salário-família e de outros direitos. Entender-se-ia, pois, que marido e mulher são órgãos da pessoa jurídica constituída pela família, que deve ter organização e estatuto próprio, conciliando a liberdade de cada um com a responsabilidade que tem perante o grupo.

Assim mesmo, realizou grande progresso o direito português, especialmente lembrando-se das bases das quais partiu e salientando-se que ainda no projeto encontravam-se certos institutos anacrônicos e aberrantes, como, por exemplo, “o depósito e a entrega judicial da mulher casada” que, explica-se, “quase só por mera inadvertência escaparam na redação do projeto”.

Quanto à separação e ao divórcio, manteve a legislação portuguesa o regime distinto para os casamentos civis e os religiosos, só permitindo o divórcio para os primeiros e a separação para os segundos, numa fórmula que GELSON FONSECA recomendou para ser introduzida na legislação brasileira. O divórcio só pode ser contencioso, enquanto a separação pode ser amigável ou litigiosa, transformando-se a separação em divórcio após o decurso de três anos.

Entendeu o legislador português que tanto a separação ou desquite como o divórcio constituem sanções e não remédios, divergindo, assim, em parte, da jurisprudência dominante no Brasil e da doutrina estrangeira, que evoluiu no sentido de admitir a dissolução da sociedade conjugal não apenas como punição, mas, também, como remédio necessário, na ausência da possibilidade de qualquer outra solução. A tendência do Código Português foi, pois, no sentido de restringir os fundamentos do divórcio litigioso e de reforçar as sanções aplicáveis ao cônjuge culpado.

Pretendeu o legislador português dificultar tanto a separação como o divórcio, partindo da premissa de “que a simples possibilidade do divórcio gera o divórcio”, convertendo-se, algumas vezes, num estímulo ao casamento sem a necessária ponderação. Permitiu ainda a lei que, diante de um pedido de divórcio, pudesse o juiz, atendendo às circunstâncias peculiares do caso, limitar-se a conceder a separação (art. 1.794).

O Código trata, de modo expresso, dos casamentos inexistentes, negando-lhes qualquer efeito jurídico, mas não considerando inexistente o matrimônio celebrado por funcionários de fato, embora sem competência funcional para o ato (art. 1.629 e 1.630).

Quanto à investigação de paternidade, foi a mesma facilitada, permitindo-se, outrossim, o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos (art. 1.869), mesmo na vigência da sociedade conjugal do cônjuge que reconhece o filho adulterino. Neste capítulo, algumas inovações do anteprojeto mereceriam maior estudo, especialmente a possibilidade de impugnação de paternidade legítima em ação proposta pelo Ministério Público a requerimento de quem se considera o verdadeiro progenitor, solução inteligente e que se coaduna com a nossa jurisprudência, que, aos poucos, vai afastando a rigidez do princípio que atribui ao marido da mãe o privilégio exclusivo de denegar a paternidade legítima (art. 1.820 do Código Civil Português).

Modificações também ocorreram, embora de pouca importância, no direito das sucessões, com a finalidade de melhorar a situação do cônjuge como eventual herdeiro.

A *grosso modo*, o Código Civil Português se apresenta como um dos melhores monumentos legislativos da segunda metade do nosso século. Fruto da estabilidade política e de uma mobilização de todas as forças culturais do país, representa certamente uma realidade que o nosso mundo jurídico não pode desconhecer.

Despertar a curiosidade em torno de suas soluções é um dever do estudioso do direito.

Comparando a elaboração do Código Civil Português com a dos projetos brasileiros, chegamos à conclusão que as fases politicamente e constitucionalmente agitadas não se coadunam com a construção de documentos presumidamente perenes, como devem ser os códigos em geral e o Código Civil em particular.

Resta saber qual a solução que o país pode e deve dar ao problema da codificação.

Não há dúvida que o Brasil chegou a um momento no qual se torna imperativa a revisão de sua legislação. O velho Código Comercial de 1850 é verdadeira peça de museu, mas é, ainda, em textos dos meados do século passado que devemos procurar os conceitos de comerciante e de ato de comércio. O próprio Código Civil, elaborado em 1899 e que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1917, revela uma conciliação entre o individualismo e os interesses sociais expressiva da mentalidade dominante no fim do século passado, mas que merece ser reapreciada, dentro dos novos princípios constitucionais firmados pelo nosso direito público desde a Constituição de 1934. Diplomas mais recentes também exigem uma readaptação. Efetivamente, o quarto de século de vigência que tiveram os Códigos Penal, de Processo Civil e de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho justificam, pela própria experiência jurisprudencial acumulada, uma ampla e inovadora revisão.

No tocante aos trabalhos já realizados e aos projetos apresentados, três defeitos podem ser assinalados: a falha de pretender renovar simultaneamente todos os campos da legislação, a falta de coordenação dos projetos e o aspecto amplamente polêmico de que se revestiram alguns deles.

Somente uma irascível febre legiferante podia justificar a revisão simultânea de todos os códigos, criando um clima de insegura-

rança jurídica e obrigando uma geração de juizes e advogados a reaprender integralmente o direito. Mesmo FRANCISCO CAMPOS, quando Ministro da Justiça na época dos Decretos-leis do Estado Nôvo, preferiu o estudo sucessivo das várias reformas legislativas, sem ameaçar o mundo jurídico com uma renovação imediata e completa em todos os campos do Direito.

Também não se explica a total falta de entrosamento que ocorreu entre os diversos projetistas, fazendo com que o incumbido de elaborar as normas processuais não conhecesse, por exemplo, o texto do projeto de direito substantivo correspondente, havendo lacunas e conflitos positivos e negativos entre projetos que, de modo diferente, tratavam da mesma matéria ou que entendiam ser determinado assunto da competência de outro projetista, de tal modo que ninguém dêle cuidava.

Enfim, em alguns casos, os projetos não pretendiam cristalizar as opiniões aceitas nos meios jurídicos do país, tornando-se o denominador comum das nossas aspirações no campo da reforma do Direito. Preferiram enveredar pelo caminho da polêmica e das inovações, que não correspondiam às necessidades reais do meio ambiente ou se chocavam com tradições ainda arraigadas na vida brasileira, apresentando assim argumentos brilhantes para o trabalho doutrinário das teses, mas destituídos de qualquer utilidade na elaboração dos códigos. Tais motivos fizeram com que, remetido o Código Civil para o Congresso Nacional, o próprio Governo pedisse logo a retirada do projeto diante da onda de insatisfação e quase de revolta que se fêz sentir em todo o país.

É preciso conciliar a premente necessidade de nova legislação com o amadurecimento dos projetos e a discussão dos mesmos pela opinião pública, com a sua progressiva assimilação e absorção pelos meios jurídicos. É certo que, quanto a alguns projetos, a urgência se apresenta maior e as questões polêmicas são mais limitadas, facilitando a sua remessa, desde logo, ao Congresso Nacional e sua rápida aprovação. Talvez seja êste o caso do Código de Processo Civil e do Código Penal, ambos revendo matéria codificada há menos tempo e na qual, por êste motivo, as inovações foram importantes, mas de caráter essencialmente técnico e localizadas em determinadas matérias. Razões idênticas talvez militassem pelo encaminhamento dos projetos referentes às falências e ao direito das sociedades comerciais.

No campo mais aberto do Direito Civil e de uma parte do Direito Comercial, a situação hoje existente difere profundamente das perspectivas que se apresentavam ao jurista no momento da elaboração dos projetos. Efetivamente, o Governo, em numerosos decretos-leis e em algumas leis, reformulou grande parte do direito vigente, em diplomas de valor desigual e de tecnicidade duvidosa. Devemos admitir que a contribuição realizada para o desenvolvimento das instituições jurídicas teve a sua importância e o seu interesse, mas impõe-se, agora, um levantamento prévio da exata situação do nosso direito para encaminhar a nossa jurisprudência de acôrdo com normas coerentes de direito escrito.

Sòmente após a realização do trabalho de adaptação dos velhos códigos à Constituição Federal e às leis atualmente vigentes, saindo-se do atual labirinto legislativo em que nos encontramos, teremos condições para a elaboração definitiva de um Código Civil ou de um Código Comercial. Vale a pena, neste campo, repetir a velha experiência de TEIXEIRA DE FREITAS no século passado: primeiro a consolidação, depois o código.

Os Estados Unidos conhecem a tradição dos *restatements* vinculados à operosidade da Bar Association. Talvez pudesse o Instituto dos Advogados, tão fiel ao nome, à obra e à orientação de TEIXEIRA DE FREITAS, que continua presidindo aos nossos trabalhos, encaminhar a idéia de uma consolidação das leis de direito privado, que desse segurança ao país e fôsse o levantamento básico da *communis opinio* de juristas e advogados brasileiros, destinado a ser transformado num código que fôsse realmente a cristalização da nossa cultura jurídica, como o desejava RUI BARBOSA, no princípio do século, e desejamos todos nós, e neste sentido o conhecimento e a crítica do Código Português poderá ser de grande valia para os juristas brasileiros.