

MEMÓRIAS
DA
ACADEMIA DAS CIÊNCIAS
DE
LISBOA

CLASSE DE LETRAS

TOMO XL
Volume II

O sistema lusófono de Direito

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO



ACADEMIA DAS CIÊNCIAS
DE LISBOA

LISBOA • 2019

O sistema lusófono de Direito¹

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: I — *A revisão do comparatismo tradicional:* 1. *A ideia de sistema no Direito comparado;* 2. *Os critérios de determinação; a inversão;* 3. *Critérios preconizados;* 4. *A massa crítica.* II — *O peso das relações básicas e a língua:* 5. *O objecto da comparação: as obrigações;* 6. *O papel da linguagem;* 7. *A coesão científica e linguística das obrigações.* III — *As obrigações no Mundo:* 8. *Conspecto geral;* 9. *O sistema napoleónico;* 10. *O sistema romano-germânico;* 11. *O sistema anglo-saxónico;* 12. *O sistema islâmico;* 13. *O sistema chinês.* IV — *As obrigações em língua portuguesa:* A — *Na Europa:* 14. *Ordenações;* 15. *Pré-codificação;* 16. *O Código de Seabra;* 17. *A recepção do pandectismo;* 18. *O Código Vaz Serra (1966);* 19. *Evolução posterior;* B — *No Brasil:* 20. *Aspectos gerais;* 21. *O Código Civil de 1916;* 22. *O Código Civil de 2002;* 23. *Perspectivas;* C — *Em África:* 24. *Angola;* 25. *Cabo Verde;* 26. *Guiné;* 27. *Moçambique;* 28. *São Tomé e Príncipe;* D — *Na Ásia:* 29. *Goa, Damão e Diu;* 30. *Macau;* 31. *Timor.* V — *A autonomia do sistema lusófono:* 32. *As perspectivas planetárias;* 33. *As línguas nacionais e as obrigações;* 34. *O papel do português no Direito;* 35. *A esfera lusófona;* 36. *O sistema lusófono.*

I — A REVISÃO DO COMPARATISMO TRADICIONAL

1. A ideia de sistema no Direito comparado

I. O Planeta oferece-nos uma Humanidade repartida por nações, por Estados e por diversas culturas. Acompanhando essa fragmentação singraram, no Globo, diversas Ordens Jurídicas: tendencialmente uma por cada Estado, a que haveria ainda que somar os Estados plurilegislativos. Compete ao Direito comparado proceder ao cotejo entre dois ou mais ordenamentos diferentes, de modo a melhor

¹ O presente escrito foi elaborado antes da entrada em vigor do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa; mantém, por isso, a ortografia antiga.

conhecer as essências respectivas, explicando as suas origem e evolução². Além disso, o Direito comparado permite aperfeiçoar as diversas Ordens Jurídicas³, acompanhando reformas e ponderando as consequências do que se faça. O Direito comparado é, ainda, um instrumento necessário para permitir, quando assim seja determinado pelas normas de conflitos, conhecer e aplicar o Direito estrangeiro. Finalmente, o Direito comparado revela-se fundamental nos actuais esforços de aproximação europeia⁴. Podemos dizer que o Direito comparado é, há muito, tomado como uma disciplina básica da Ciência do Direito⁵.

II. Uma das tarefas do Direito comparado — porventura a mais básica — é a de ordenar as ordens jurídicas em grandes grupos; também se fala em famílias de Direitos ou em estilos ou modelos jurídicos⁶. Trata-se de uma operação clarificadora, que permite transmitir com eficiência uma grande quantidade de informação e que facilita todas as ulteriores tarefas de investigação.

Pela nossa parte, recuperada a ideia kantiana de sistema⁷, falaremos em sistemas de Direito. Estes derivam da possibilidade de reconduzir diversas Ordens Jurídicas nacionais a grandes postulados unitários. Pois bem: quando distintos ordenamentos apresentem, em comum, aspectos ponderosos que os aproximam, distinguindo-os dos demais, podemos ordená-los num sistema. Admitimos, todavia, que a mesma ideia pudesse ser expressa com recurso a «modelo».

² O Direito comparado conheceu uma especial radicação após a publicação do Código Napoleão (1804); vide BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, *Comparative Law in France*, em REIMANN/ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2008), 36-67; todavia, surgiu anteriormente: CHARLES DONAHUE, *Comparative Law before the Code Napoleón*, *idem*, 3-32.

³ HEIN KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, *RabelsZ* 54 (1990), 203-216, acentuando os aspectos funcionais da «boa dogmática».

⁴ ULRICH EVERLING, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, *RabelsZ* 50 (1986), 193-232; HEIN KÖTZ, *Europäische Juristenausbildung*, *ZEuP* 1993, 268-278; HEINZ-PETER MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, *JZ* 1991, 529-534.

⁵ FRIEDRICH KÜBLER, *Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft*, *JZ* 1977, 113-118; logo no pós-guerra: KONRAD ZWIEGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5-21.

⁶ H. PATRICK GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 421-440.

⁷ Veja-se a introdução à tradução portuguesa de CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2.^a ed. (1996), LXIV ss., ambas de nossa autoria.

III. A noção de sistema, assim tomada, é formal. Podemos arvorar qualquer factor comum a eixo ordenador do sistema. Por essa via, teremos, por exemplo, sistemas de Direito europeus e extraeuropeus; de língua francesa ou de língua inglesa; socialistas ou capitalistas; democráticos ou totalitários.

O grande desafio está em compor sistemas com base em elementos intrínsecos, que tenham uma efectiva utilidade jurídico-científica.

2. Os critérios de determinação; a inversão

I. A fixação de critérios para a determinação de sistemas ou famílias de Direitos, para efeitos comparatísticos é um tema clássico do Direito comparado. Têm sido apresentadas várias soluções⁸, cabendo referir a de Zweigert/Kötz⁹, que estudam, sucessivamente, os seguintes círculos jurídicos: românico; alemão; nórdico; *common law*; extremo oriente (China e Japão); religiosos (islâmico e hindu). Admitem, ainda, círculos «híbridos»¹⁰, que levantam dificuldades de recondução: o grego, o da Louisiana, o do Québec, o da Escócia, o da África do Sul, o de Israel, o das Filipinas, o de Porto Rico e o da China Continental. Com flutuações, podemos afirmar que a classificação apresentada surge, de uma forma ou de outra, nos diversos estudiosos do Direito comparado¹¹.

II. Os referidos comparatistas (Zweigert e Kötz), que consideramos representativos do actual comparatismo, apresentam, como estando na base da ordenação por eles preconizada, os critérios seguintes¹²:

⁸ Remetemos para KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. (1996), § 5 (62 ss., com indicações). Entre nós: CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito comparado*, 2.^a ed. (1998), 31 ss. e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I — *Introdução e parte geral* (2008), 63 ss..

⁹ ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., § 6, IV (73).

¹⁰ Sobre esse tema: JACQUES DU PLESSIS, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 477-512.

¹¹ RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRED-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.^a ed. (2002), 15 ss.; estes Autores referem as seguintes famílias: romano-germânica, russa, *common law* e outras (muçulmana, hindu e extremo-oriental); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 95 ss., considera, por seu turno, as famílias seguintes: romano-germânica, *common law*, muçulmana, dos sistemas africanos, hindu e chinesa.

¹² ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., § 5, III (68).

- 1) a origem e o desenvolvimento históricos das ordens jurídicas;
- 2) uma forma específica do pensamento jurídico nelas dominante;
- 3) institutos jurídicos especialmente característicos;
- 4) tipo de fontes e sua interpretação;
- 5) factores ideológicos.

A origem e o desenvolvimento históricos permitiriam isolar o sistema da *common law* e, com mais dificuldade, o francês e o alemão; a forma específica do pensamento jurídico contraporía a *common law* aos sistemas continentais; os institutos jurídicos marcantes permitiriam separar a *common law* e contrapor o círculo francês (causa, acção directa, *actio de in rem verso*) ao alemão (cláusulas gerais, contratos reais abstractos, *culpa in contrahendo*, base do negócio, enriquecimento sem causa e registo predial); o tipo de fontes e de interpretação permite, de novo, isolar a *common law*; os factores ideológicos, a que se acrescentam os religiosos, isola as ordens jurídicas chinesa, hindu, islâmicas e outras¹³.

III. Estamos perante critérios empíricos que, do nosso ponto de vista, mais não fazem do que procurar justificar, *a posteriori*, uma ordenação intuída. Abreviando, parece claro que os sistemas de *common law* se distinguem dos continentais por qualquer dos parâmetros em jogo, excepto o «ideológico». A separação entre os sistemas românico (francês) e alemão já é complicada, exigindo referências a institutos especializados. Os elementos ideológicos e religiosos acabaram por ter reflexos em áreas pessoais, familiares e sucessórias. Do ponto de vista técnico e nas áreas nucleares, não é discutível a recondução, por exemplo, dos Direitos coreano (Sul), grego, japonês e turco ao sistema germânico.

No fundo, o que se passa é o seguinte: o núcleo histórico do comparatismo trabalha na base da contraposição entre os Direitos alemão, francês e inglês. Só com dificuldade considera outras experiências, fazendo-o em termos por vezes clamorosamente errados.

¹³ *Idem*, 68-71.

As pretensões de universalismo hoje patentes nos comparatistas e o próprio fenómeno de globalização obrigam a rever os critérios tradicionais do comparatismo clássico¹⁴.

3. Critérios preconizados

I. O Direito é uma realidade muito complexa. Desde logo, tem uma natureza histórico-cultural. Obedece a inúmeros parâmetros, de tal modo que, muitas vezes, nem pode ser explicado na sua génese: tem uma natureza ontológica, comparável à da língua. De seguida, implica uma aprendizagem. Desde o Direito romano que perguntar pela essência do jurídico obriga a indagar como se fez o seu ensino. O Direito comporta fenómenos de recepção: uma determinada Ciência Jurídica pode ser adoptada por uma comunidade, independentemente de fenómenos de dominação económica, política ou militar. Basta pensar na recepção do Direito romano, ocorrida por três vezes no último milénio, nalguns países europeus: no século XII, com as universidades, no século XVI, com o humanismo e no século XIX, com o pandectismo.

Tanto chega para não ser possível fixar um mapa planetário dos sistemas jurídicos, sem ter em conta o ensino e as recepções da Ciência do Direito. Basta recordar os códigos civis grego, japonês e turco, de estilo germânico, bem como o Código Civil da China Continental, que entra em vigor no presente ano de 2010, também de tipo alemão. Temos, como primeiro critério, a autonomia do ensino e das recepções condicionantes do sistema considerado¹⁵.

II. O relevo do ensino e a eventualidade das recepções não devem obnubilar o papel da História e a constância das instituições ou de algumas delas. Um sistema coerente ou está totalmente assente em recepções ou depende, nalguma medida, daquilo que o antecedeu. Tanto basta para apresentar, como segundo critério, a consistência histórico-cultural.

¹⁴ HORATIA MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 579-607.

¹⁵ MICHELE GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 441-475.

III. Um terceiro parâmetro é o da língua. Como abaixo procuraremos aprofundar, o Direito surge como um domínio linguisticamente condicionado. O Direito romano deve a sua precisão ao latim: um tanto à semelhança do actual Direito alemão, que nunca atingiria o nível de analitismo que o torna tão sedutor, se não fora a língua que o veicula.

Não parece realista descobrir sistemas jurídicos planetários sem considerar o fenómeno linguístico. Temos, por isso e como terceiro critério, o condicionamento linguístico. Um sistema autónomo assenta num idioma específico¹⁶.

4. A massa crítica

I. Na fixação de grandes sistemas de Direito, temos ainda uma exigência, empírica mas inevitável: a da massa crítica. O moderno comparatismo tem uma pretensão de universalismo. Tanto basta para que, a um sistema de Direito, se deva exigir uma certa dimensão geográfica e humana.

O Direito alemão será, quanto sabemos, o Direito mais aperfeiçoado e evoluído do Planeta: sejam quais forem os critérios e isso nos seus diversos âmbitos. Seria, porém, deslocado descobrir, nele, um sistema mundial, apenas por ser compartilhado pela Alemanha, pela Áustria e pela Suíça, pelo menos em parte. De facto, o essencial do sistema alemão foi recebido por todo o Mundo, tendo conquistado, recentemente e segundo parece, a maior nação do Planeta: a China Continental. Este aspecto é, curiosamente, pouco enfocado (quando não: desconhecido) pelos comparatistas de Além-Reno, mas é bem real.

Podemos admitir que um pequeno País disponha de uma Ordem Jurídica coerente, avançada e totalmente diferente das demais: isso não permite falar num «sistema de Direito» mas, tão-só, um Direito autónomo.

II. Que dimensões devemos exigir para se falar em massa crítica? Tentemos o método das aproximações. O Direito inglês, só por si, estaria confinado a um

¹⁶ A diversidade linguística coloca, só por si, específicos problemas ao Direito comparado: VIVIAN GROSSWALD CURRAN, *Comparative Law and Language*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 675-707; mas vamos mais longe: ela condiciona os sistemas.

Estado e a parte das Ilhas Britânicas. Mas se considerarmos a sua expansão aos Estados Unidos, a parte do Canadá, a parte da Índia, a Hong-Kong, à Austrália e à Nova Zelândia, teremos uma imagem humana, económica e geográfica que permite considerar presente a tal massa crítica.

O Direito francês limita-se ao hexágono gaulês e à Bélgica: é pouco, mas tem manifestações efectivas no Québec, na Louisiana, em vários Estados francófonos e em diversos Países do Norte de África, incluindo o Egipto. Além disso, toma corpo em muitos ordenamentos de fala castelhana. Passa no teste.

O Direito islâmico está difundido por dezenas de Estados e aproxima-se da fasquia do bilião de praticantes. A ter efectiva autonomia (isto é: a não se limitar a aspectos familiares mais circunscritos, questão que não tem de ser aqui solucionada), tem, seguramente, uma massa crítica.

Os Direitos chinês e hindu, a não se reconduzirem ao sistema alemão e ao anglo-saxónico, respectivamente, teriam seguramente e cada um deles, massa crítica: ultrapassam o bilião de praticantes.

III. Já Direitos como o holandês (evoluindo do francês e com cariz próprio) e o italiano (também evoluído do francês, sob influência alemã, e com autonomia sua), notáveis e muito interessantes, não podem aspirar, com realismo, a «sistemas de Direito» de cariz planetário. Não lograram, no Globo, uma expansão bastante. O mesmo se diga do «sistema» nórdico, circunscrito à Escandinávia e regendo algumas dezenas de milhões de pessoas.

IV. A presença de uma massa crítica não é um mero dado quantitativo, com expressão estatística. De facto, apenas a partir de uma certa dimensão teremos universidades bastantes, uma doutrina autónoma, tratados, manuais, monografias e revistas especializadas e uma vivência auto-suficiente. Além disso e num Mundo em mutação constante, apenas uma massa crítica dá garantias de perenidade e de futuro.

V. Resta definir «massa crítica». O Mundo que conhecemos resultou da expansão da Europa moderna: primeiro, atlântica e, depois, índica e pacífica. Tirando os casos extremos da China e da Índia, com os seus biliões de habitantes, haverá que requerer, pelo menos, uma presença pluricontinental e algumas centenas de

milhões de praticantes. Esses dados fácticos poderão ser reforçados pelo peso cultural (caso de França), pela unidade linguística (*common law*) ou pela elevação doutrinária (caso do sistema germânico).

Veremos se é possível equacionar, nestes domínios, o Direito lusófono: caso este exista.

II — O PESO DAS RELAÇÕES BÁSICAS E A LÍNGUA

5. O objecto da comparação: as obrigações

I. O Direito comparado deve recair sobre as relações básicas dos ordenamentos em presença: tendencialmente, todos os que possam ser reconduzidos a grandes sistemas. Sem prejuízo pelo papel científico, cultural e social que assumam, não é realista fixar sistemas universais na base de particularismos atinentes ao Direito de família ou das sucessões, ao Direito constitucional ou à Administração Pública. A História recente mostra que aspectos organizativos e publicísticos fundamentais podem mudar sem que isso decida do destino sistemático do Direito considerado. Como exemplos: a ex-República Democrática Alemã não deixou o sistema germânico em 1949 (ou 1975, data da publicação do *Zivilgesetzbuch*, que substituiu o BGB), a ele regressando em 1991, com a reunificação: o interlúdio soviético não modificou a cultura profunda do respectivo ordenamento¹⁷; o Portugal do Estado Novo não mudou de sistema com a Revolução de 1974-1975, nem com a Constituição de 1976.

II. A comparação de Direitos, para ser frutuosa, deve ainda recair sobre realidades comparáveis. Essa comparabilidade exige institutos funcionalmente captáveis e reportados a modelos de decisão jurídica claros e economicamente identificáveis¹⁸.

¹⁷ Esta afirmação pode ser demonstrada através de concretização do «princípio da moral socialista», equivalente ao da boa fé ocidental; vide o nosso *Da boa fé no Direito civil* (1985, 5.ª reimp., 2009), 1268-1271.

¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito comparado, ensino e método* (2000), 149 ss..

Tudo isso leva-nos ao Direito das obrigações. Nos nossos dias, qualquer Direito conhece institutos como o contrato, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. De resto, é precisamente nesses domínios que trabalha o comparatismo tradicional¹⁹.

III. Além de se reportar a uma realidade objectiva comum aos diversos Povos, o Direito das obrigações rege as relações básicas entre as pessoas e afina os diversos conceitos usados, depois, noutras áreas. Está em jogo uma Ciência Jurídica profunda, pouco sensível a modas e a flutuações sócio-políticas. Em suma: exprime, por excelência, a vivência jurídica real, interferindo em todas as outras áreas do ordenamento. Temos em conta um Direito das obrigações material, o qual envolve a doutrina do negócio jurídico e a formação dos contratos, deslocada, nalguns Direitos, para a «parte geral».

IV. Resta adiantar: um sistema de Direito comparatisticamente admitido abrangerá ordens jurídicas reconhecíveis pelos Direitos das obrigações respectivos. Paralelamente, na presença de Direitos das obrigações distintos, não há lugar para a inclusão num mesmo sistema.

6. O papel da linguagem

I. Num breve acervo de nótulas metodológicas introdutórias ao Direito civil, é importante referenciar o papel substantivo da linguagem.

Na origem, encontramos as correntes que integram a denominada Filosofia da Linguagem e que constituem como que o contraponto cultural aos esquemas abstractos da hermenêutica pós-existencialista²⁰. Vamos sintetizar o essencial²¹.

¹⁹ Sempre como paradigma: ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., 314 ss., 538 ss. e 597 ss., respectivamente quanto ao contrato, ao enriquecimento sem causa e ao delito.

²⁰ FRIEDRICH MÜLLER, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts* (1997), 55 ss. e GEORG PAVLAKOS, *Persons and norms: on the normative groundwork of discourse-ethics*, ARSP 85 (1999), 7-22; refira-se ainda o já clássico de JOHN LANGSHAW AUSTIN, *How to do Things with Words* (1975), trad. al. *Zur Theorie der Sprechakte*, 2.^a ed. por EIKE VON SAVIGNY (1979). Em todo este domínio, é incontornável LUDWIG WITGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1922, sendo usada aqui a 3.^a ed., da Suhrkamp, 2003).

²¹ Entre nós e com aplicação ao negócio jurídico, veja-se o muito importante 2.^o vol. de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico* (1990).

II. As fórmulas jurídicas correspondem a abstrações. A sua aprendizagem e a sua comunicação não se fazem — pelo menos por agora — em termos de pensamento puro: os seres humanos são obrigados, pelas suas limitações, a operar através da linguagem, isto é, através de figurações fonéticas com correspondência escrita e das subsequentes combinações estudadas pela gramática e pela semântica. Um conceito jurídico é, assim, uma fórmula linguisticamente condicionada ou melhor: ontologicamente linguística. Comunicar um conceito é transmitir a figuração linguística que lhe corresponda. Pensar nesse conceito é, antes de mais, invocar essa mesma figuração. O jurista não «pensa» em termos puros: estes são susceptíveis, apenas, de dar corpo a sentimentos básicos ou a estruturas muito genéricas e indiferenciadas.

III. Este estado de coisas dá azo a três proposições que compete ter sempre em conta, num qualquer discurso humano. Assim:

- os conceitos são viabilizados ou potenciados pela linguagem;
- as justificações podem ser meramente linguísticas;
- é possível um metadiscurso, isto é, um discurso que não se reporte à realidade em si mas, apenas, às locuções que a descrevam.

A primeira proposição tem um papel decisivo no Direito comparado. Os conceitos são viabilizados ou potenciados pela linguagem: trata-se do ponto de partida de toda a rubrica relativa ao papel substancial da linguagem. O Direito comparado permite ilustrar esta afirmação da melhor forma: uma obrigação será simples ou complexa, consoante o idioma em que ela seja expressa compreenda ou não um termo para a exprimir; na hipótese negativa, somos obrigados a recorrer a um conjunto de expressões — e, portanto: a um conjunto de deveres — para traduzir o que, de outro modo, surgiria como dever único. Certos contratos ocorrem como tipos autónomos nos Direitos cujos idiomas comportem expressões próprias. Por exemplo: no Direito alemão e no Direito italiano aparece, como autónoma, a figura da «locação de coisa produtiva», ao contrário do que sucede no Direito português; quer a língua alemã, quer a italiana têm termos unitários para designar essa figura: *Pacht* e *affitto*, respectivamente²². No limite, podemos

²² Quanto ao *Pacht*, cf. os §§ 581 e seguintes do BGB; quanto ao *affitto*, os artigos 1615 e seguintes do Código italiano.

afirmar que um Direito nacional — particularmente: um Direito civil nacional — será verdadeiramente distinto dos restantes na medida em que assente numa língua diferenciada²³.

IV. As segunda e terceira proposições também são ponderosas, ainda que por uma via diversa. Vamos vê-las.

Perante um problema, pode-se encontrar uma efectiva solução material que o resolva. Mas pode-se tudo deixar em aberto, recorrendo ao subterfúgio de uma (simples) composição verbal. O exemplo histórico mais conhecido no campo do Direito é o da afirmação, na relação de trabalho, duma situação comunitário-pessoal²⁴. Procurando resolver o problema da litigiosidade entre trabalhadores e empregadores, veio pura e simplesmente afirmar-se que, entre uns e outros, haveria uma relação de tipo comunitário-pessoal que daria corpo a uma solidariedade de interesses. Os problemas continuaram. Linguisticamente, porém, tudo ficou resolvido.

No Código Civil encontramos exemplos de soluções linguísticas: não podendo — ou querendo — optar entre uma orientação objectivista (pensamento da lei) e uma orientação subjectivista (pensamento do legislador), o artigo 9.º/1 remeteu para um (ambíguo) «pensamento legislativo». Tudo ficou resolvido apenas na linguagem²⁵.

Nos contratos, as soluções linguísticas são frequentes. Querendo contratar mas não conseguindo chegar totalmente a acordo, as partes optam seja por consagrar fórmulas ambíguas seja por, pura e simplesmente, colocar, lado a lado, esquemas contraditórios. Tudo é transferido para o momento da execução do contrato.

Finalmente: o discurso jurídico pode reportar-se não à realidade em si, mas apenas a determinada palavra. Por exemplo, uma discussão sobre a «Justiça»

²³ JEAN-LOUIS SOURIOUX, *Pour l'apprentissage du langage du droit*, RTDC 1999, 343-353 e HANS HATTENHAUER, *Zur Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft*, JZ 2000, 545-551 (546); este Autor — *idem*, 549 — chama a atenção para os problemas suscitados pela tradução do Código Civil alemão em língua inglesa.

²⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do Direito do trabalho*, sep. ROA, 1982, 27 ss.. *Vide infra*, 196-197.

²⁵ A Constituição de 1976, na sua versão inicial, era muito pródiga em compromissos vocabulares; visando um consenso inexistente, ela consagrou, lado a lado, princípios contraditórios. A interpretação e, sobretudo, as revisões constitucionais subsequentes ultrapassariam os problemas assim deixados em aberto.

poderá fixar a complexa realidade subjacente ou centrar-se, apenas, sobre o termo «Justiça». Teremos, então, um metadiscorso, fonte de pseudo-soluções, todas elas meramente vocabulares.

Pois bem: o nível meramente linguístico de certas proposições e a possibilidade de metadiscursos podem dificultar o comparatismo. Pense-se no sistema soviético, de Direito, perfeitamente consagrado e objecto de análises infundáveis dos comparatistas. Como pode ter desaparecido subitamente? Provavelmente, nunca teve verdadeira autonomia substancial²⁶: assentava em abundantes desenvolvimentos linguísticos e dependia de um metadiscorso ideológico que não bulia nas estruturas jurídico-científicas fundamentais.

V. A linguagem, em Direito, deve ser técnica, precisa, simples e correcta. Quando se possa exprimir um pensamento ou uma ideia em termos simples, nenhuma vantagem há em fazê-lo de modo complicado. De outro modo, além do mau serviço cultural, poderemos criar situações que ponham em causa a bondade e a natureza científica das soluções que se alcancem.

Cumpram ainda acentuar o seguinte. A linguagem comum, particularmente quando se trate de línguas latinas²⁷, é muitas vezes imprecisa: ambígua, vaga ou polissémica. Um bom discurso jurídico deve ultrapassar essas limitações apresentando-se, pelo menos, mais preciso. Adiante veremos o papel da língua portuguesa no Direito.

7. A coesão científica e linguística das obrigações

I. O Direito comparado deve ter consciência de que certos sectores normativos vivem dominados por soluções linguísticas e por metadiscursos. Veja-se a evolução da linguagem constitucional, nos últimos cinquenta anos. Ora para fixar sistemas de Direito, devemos transcender modas e contingências. Isso leva-nos a procurar o núcleo duro dos ordenamentos, dotado de funções comparáveis nas

²⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito comparado*, 2.^a ed. cit., 33-34.

²⁷ FRIEDRICH E. SCHNAPP, *Von der (Un-)Verständlichkeit der Juristensprache*, JZ 2004, 473-481, fez essa mesma afirmação em relação à própria língua alemã, tendencialmente mais precisa do que as latinas.

várias ordens jurídicas e pouco sensível às modas: o Direito das obrigações. Este sector civil apresenta dois pólos essenciais, que se retratam já no Direito romano²⁸: a área contratual e a área delitual. A primeira dá azo à generalidade das obrigações, obrigações essas que servem, em muitos pontos, de matriz à própria matéria delitual; a segunda preenche o domínio fundamental da responsabilidade civil. Mas para além desses dois pólos, o Direito das obrigações dispõe de uma forte estruturação científica.

II. Vamos procurar explicitar a coesão científica do Direito das obrigações através de alguns tópicos. Assim:

- a extensão da matéria;
- a afinação da linguagem;
- a experimentação e o aperfeiçoamento dos institutos;
- a densidade doutrinária.

A extensão da matéria leva a que poucas questões não tenham um posicionamento obrigacional. Noutros termos: para qualquer problema da vida real, há uma solução de Direito das obrigações. Ainda que, concretamente, devam prevalecer saídas impostas por outras disciplinas, o Direito das obrigações seria sempre capaz de apontar composições equilibradas. Estas, de resto, são úteis, mesmo quando não aplicáveis: têm um papel de sindicância, exprimindo um equilíbrio sistemático que só por especiais razões pode ser quebrado.

III. A afinação da linguagem prende-se com a antiguidade da matéria, o seu contínuo aperfeiçoamento e, sobretudo: com a natureza abstracta dos vínculos obrigacionais e dos regimes a eles relativos. Noutras disciplinas, o Direito é «visível»: desde os direitos reais à família, às sucessões, ao Direito público e ao próprio Direito constitucional. Nas obrigações, há que recorrer a figurações linguísticas. Isso só será funcional na medida em que as pessoas usem, entre si, uma linguagem precisa. E precisos terão de ser, por maioria de razão, os operadores jurídicos

²⁸ Como veremos, essa contraposição surge, hoje, muito nítida, no sistema anglo-saxónico, através da contraposição entre *contracts* e *torts*.

e, *maxime*, o juiz. A essa luz, compreende-se a utilidade do uso instrumental de línguas analíticas, como o latim e o alemão, para melhor apreender o exacto alcance dos conceitos. Em consequência desta afirmação, o Direito das obrigações prepara e reelabora a generalidade das formulações linguísticas usadas nas diversas disciplinas privadas e em todo o tecido normativo e jurídico-científico.

IV. A experimentação e o aperfeiçoamento dos institutos têm a ver com a antiguidade, a perenidade e a intensidade do Direito das obrigações. As diversas regras foram aplicadas ao longo da História e em ambiências distintas: muitos milhares de vezes. Existe, nesse nível, um gigantesco laboratório onde as teorias e as saídas podem ser testadas e aperfeiçoadas. O moderno Direito das obrigações é um código de justiça e de equilíbrio: o melhor que a Humanidade logrou aprontar, após milénios de erros e de tentativas.

A maioria das novidades jurídico-científicas surgidas, no passado ou nos nossos dias, tem a ver com o Direito das obrigações: directa ou indirectamente. De novo se manifestam as virtualidades da experimentação e do aperfeiçoamento.

V. Finalmente, a coesão científica das obrigações apoia-se na densidade doutrinária. Sobre os diversos temas é possível coligir uma bibliografia infinda. A vida de um ser humano seria insuficiente para esgotar um simples desses temas. Torna-se, assim, possível avançar com uma coesão muito elevada.

Em suma: se há uma área onde a verdadeira essência dos sistemas jurídicos deverá transparecer, com significado, será a das obrigações

III — AS OBRIGAÇÕES NO MUNDO

8. Conspecto geral

I. No desenvolvimento subsequente, damos por adquiridas as considerações gerais sobre as codificações, a sua origem e a sua evolução²⁹. Na presente rubrica interessar-nos-ão, pelas razões apontadas, apenas os aspectos relativos ao Direito

²⁹ Vide o nosso *Tratado de Direito civil, I — Parte geral*, tomo 1, 3.ª ed. (2005, reimp., 2009), 73 ss..

das obrigações. E ainda aí, vamos relevar não propriamente as diversas experiências nacionais mas, antes, os grandes sistemas que repartem o Globo. Tudo isso pressupõe um conhecimento desenvolvido da matéria, que cumpre remeter para os comparatistas³⁰.

II. O Planeta, como foi referido é repartido por centenas de Direitos privados: todos com a sua História, a sua dignidade e a sua aptidão para acolher a reflexão jurídico-científica dos interessados. Na base das considerações acima efectuadas, e apelando aos critérios do ensino e das recepções, da consistência histórico-cultural, do condicionamento linguístico e da massa crítica, vamos distinguir, desde já, cinco sistemas planetários:

- o sistema napoleónico;
- o sistema romano-germânico;
- o sistema anglo-saxónico;
- o sistema islâmico;
- o sistema chinês.

Outros poderiam ser considerados, como o indiano: a este faremos, todavia, uma referência breve, a propósito da experiência de Goa.

III. Na concretização desses cinco sistemas, vão-nos interessar critérios técnicos, particularmente os mais relevantes, para o Direito das obrigações. Com efeito, é evidente que os sistemas napoleónico, romano-germânico e anglo-saxónico operam em sociedades muito semelhantes, todas comungantes da cultura ocidental. Aliás, os países que os encabeçam estão empenhados numa experiência de integração económica, social e política que terá, pelo menos, o efeito de os aproximar: especialmente no tocante ao Direito das obrigações. O próprio sistema chinês continental, tanto quanto é perceptível e um tanto à semelhança dos sistemas japonês e coreano, está hoje próximo do romano-germânico, enquanto o Direito de Hong-Kong é de tipo anglo-saxónico.

³⁰ Em especial: KONRAD ZWEIGERT/HEINZ KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., 62 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 70 ss..

Apesar de as conexões comparatisticamente mais complexas estarem sempre presentes, vamos privilegiar a contraposição técnica como ponto de partida. No final, testaremos a possível autonomia de um sistema lusófono.

9. O sistema napoleónico

I. O sistema napoleónico das obrigações resulta do Código Civil francês ou Código Napoleão, de 1804³¹. Na sua origem temos o desenvolvimento próprio da sistemática humanista, montado pelos grandes juristas elegantes Cujacius (1522-1590) e Donellus (1527-1591) e ordenados por afeiçoados ao jusracialismo: Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772)³². Daí resultaria, mercê da direcção exercida por Napoleão e da presença, em comissão, de juristas de génio, o primeiro grande código civil.

II. O Código Napoleão acolheu o Direito romano da sua época, dando-lhe uma arrumação racional intuitiva, com projecção do pensamento líbero-individualista. Depois de um título preliminar sobre a publicação, os efeitos e a aplicação das leis em geral (1.º a 6.º), comporta três livros:

Livro I — Das pessoas (7.º a 515.º);

Livro II — Dos bens e das diferentes modificações da propriedade (516.º a 710.º);

Livro III — Das diferentes maneiras por que se adquire a propriedade (711.º a 2283.º).

³¹ Não nos parece hoje possível falar num sistema românico, que envolveria os Direitos francês, italiano e ibérico-americano; num erro que surge na melhor doutrina — p. ex., WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung / I — Frühe und religiöse Rechte / Romanischer Rechtskreis* (1975), 425 ss., que se limita, quanto ao Direito português a, transcrevendo Zweigert, se interrogar sobre se ainda pertencerá a esse sistema (e não ao germânico): chega mesmo a considerar o Código de 1966 como uma segunda versão portuguesa do Código francês [a primeira seria o Código de Seabra (!)], ob. cit., 580.

³² Vide o nosso *Tratado I/1*, 3.ª ed., 69 ss. e 74 ss.. Quanto à elaboração do Código Civil francês: JEAN-FRANÇOIS NIORT, *Homo civilis / Contribution à l'histoire du Code Civil français*, 1.º vol. (2004), com indicações; FRANÇOIS EWALD (publ.), *Naissance du Code Civil / Travaux préparatoires du Code Civil* (2004); a apresentação de JEAN-DENIS BREDIN à ed. fac simile, *Code Civil des français / Bicentenaire, 1804/2004* (2004), e a 1.ª parte de AAVV, *1804/2004, Le Code Civil / Un passé, un présent, un avenir* (2004). Entre os Autores do Código Civil, uma referência a PORTALIS; vide JEAN-LUC A. CHARTIER, *Portalis, père du Code Civil* (2004) e PEDRO SOARES MARTINEZ, *O pensamento filosófico de Portalis*, RFDUL 2006, 9-17.

Trata-se de uma arrumação geral bastante lógica³³, mas que não tem em conta a materialidade jurídica subjacente. Há, pois, que descer às subdivisões do Código, de modo a apreendê-la.

III. A matéria das obrigações surge no livro III: mas em parte dele. Com efeito, o livro em causa tem a seguinte arrumação³⁴:

Título I	— Das sucessões (720.º a 892.º);
Título II	— Das doações entre vivos e dos testamentos (893.º a 1100.º);
Título III	— Dos contratos ou das obrigações convencionais (1101.º a 1369.º);
Título IV	— Dos compromissos («engagements») que se formam sem convenção (1370.º a 1386.º);
Título IV bis	— Da responsabilidade pelo facto de produtos perigosos (1386.º/1 a 1386.º/16) ³⁵ ;
Título V	— Do contrato de casamento e dos regimes matrimoniais (1387.º a 1581.º);
Título VI	— Da venda (1582.º a 1701.º);
Título VII	— Da troca (1702.º a 1707.º);
Título VIII	— Do contrato de locação (1708.º a 1831.º);
Título VIII bis	— Do contrato de promoção imobiliária (1831.º/1 a 1831.º/5) ³⁶ ;
Título IX	— Da sociedade (1832.º a 1873.º);
Título IX bis	— Das convenções relativas aos direitos indivisos (1873.º/1 a 1873.º/18) ³⁷ ;
Título X	— Do empréstimo (1874.º a 1914.º);
Título XI	— Do depósito e do sequestro (1915.º a 1963.º);
Título XII	— Dos contratos aleatórios (1964.º a 1983.º);
Título XIII	— Do mandato (1984.º a 2010.º);
Título XIV	— Da fiança (2011.º a 2043.º);

³³ Vide JEAN RAY, *Essai sur la structure logique du Code Civil français* (1926), 196 ss..

³⁴ Disponível: *Code Civil* da Dalloz, 108.ª ed. (2009).

³⁵ Aditado pela Lei 98-389, de 19-Mai.-1998, em transposição da Directriz n.º 85/374, de 25-Jul., relativa à responsabilidade do produtor.

³⁶ Aditado pela Lei 71-579, de 16-Jul.-1971, com alterações subsequentes.

³⁷ Aditado pela Lei 76-1286, de 31-Dez.-1976.

- Título XV — Das transacções (2044.º a 2058.º);
 Título XVI — Do compromisso (2059.º a 2061.º)³⁸;
 Título XVII — Do penhor (2071.º a 2091.º);
 Título XVIII — Dos privilégios e hipotecas (2092.º a 2203.º);
 Título XIX — Da execução e das graduações de credores (2204.º a 2218.º);
 Título XX — Da prescrição e da posse (2219.º a 2283.º).

Como se vê, releva o título III, quanto às obrigações em geral, o título IV, sobre a responsabilidade civil e os títulos VII a XVI, referentes aos diversos contratos. Depois poderíamos ainda apontar os títulos XVII e XVIII, sobre garantias reais e parte do XX, quanto à prescrição.

A arrumação do Código Napoleão foi adoptada pela doutrina francesa, nas diversas fases da exegese³⁹.

IV. Mais tarde, num esforço a que não é alheia uma certa influência do pensamento jurídico alemão, a doutrina veio a arrumar a matéria em «bens» (direitos reais), Direito das obrigações (em geral), contratos, Direito das pessoas e da família e Direito das sucessões. A ordem respectiva varia, consoante os autores⁴⁰.

³⁸ Os artigos 2062.º a 2070.º foram revogados pela Lei de 22-Jul.-1867.

³⁹ Assim: HENRI-JEAN BAPTISTE DARD, *Code Civil des français avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article ou Conférence du Code Civil avec les lois anciennes* (1805), 217 ss., quanto às obrigações; M. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, tomo 3.º (1824); M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code Civil*, tomo 10 (1830); segue nos tomos subsequentes; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente ou commentaire du titre VI du livre III du code civil*, 2.ª ed., a partir de 1835; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie & Pratique des Obligations en commentaire des titres III & IV, Livre III, du Code Napoléon*, I (1857) (5 volumes no total); V. MARCADÉ, *Explication theorique et pratique du Code Napoléon*, 5.ª ed., tomo 4 (1859), 328 ss. e tomo 5.º, 5.ª ed. (1859), até 378; FERNAND LAURENT, *Principes de droit civil français*, vol. 15, 3.ª ed. (1878), 469 ss. (Tit. IV, *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), que continuam no vol. 16, no 17 e no 18, no 19, e no 20, todos 3.ª ed. (1878); vol. 1, 3.ª ed. (1878), sobre a codificação; A. M. DEMANTE/E. COLMET DE SANTERRE, *Cours Analytique de Code Civil*, tomo 5, 2.ª ed. (1883), 1 ss.; MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2.ª ed., tomo VI, *Obligations*, parte I, por PAUL ESMEIN (1952), 1046 pp. (Parte I, contrato e Parte II, 639 ss.), responsabilidade civil; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge / Principes — Doctrine — Jurisprudence*, tomo II — *Les obligations*, 3, 1.ª parte (1964), 389 ss. e 2.ª parte, tomo IV, 3.ª ed. (1967) (RENÉ DEKKERS intervém apenas a partir do tomo V).

⁴⁰ Por exemplo, o grande civilista JEAN CARBONNIER (1908-2003), trata, por esta ordem — *Droit civil*, ed. 2004, 2574 pp.: introdução; pessoas; família; bens; obrigações. Cf. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat / Théorie des Modes d'acquisition des droits réels et des Sources des Obligations*, 2.ª ed. (1924), 445 ss..

A preparação do Código Civil alemão foi seguida com interesse em França, sendo de recordar o esforço de Saleilles, na divulgação do BGB no hexágono gaulês⁴¹. O método alemão aplicado ao Código Napoleão surgiu na Renânia onde, até ao advento do BGB, vigorou uma versão em alemão daquele diploma⁴². Nesse âmbito, Zachariä elaborou um manual de Direito francês, escrito em língua alemã⁴³ e, mais tarde, vertido para francês⁴⁴. Teve influência, vindo a ser aproveitado por Charles Aubry (1803-1883) e Frédéric-Charles Rau (1803-1877), no seu *Cours*, que lhe assumiram o método⁴⁵. A Grande Guerra de 1914-18 veio provocar um afastamento entre os dois grandes pólos do Direito continental. O intercâmbio, que nunca cessou, foi retomado nos anos cinquenta do século xx, intensificando-se com a integração europeia.

No tocante à arrumação interna da matéria relativa às obrigações em geral, é comum distinguir as rubricas seguintes⁴⁶:

- contratos em geral, incluindo a formação, a invalidade, os efeitos, a inexecução e a resolução;
- a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa;
- o regime geral das obrigações, abrangendo a cessão, a extinção e as medidas de coacção.

Alguns autores começam, porém, pela responsabilidade civil⁴⁷: numa especial liberdade sistematizadora que é, justamente, possibilitada pelo papel da doutrina, sobre uma ordenação antiquada.

⁴¹ RAYMOND SALEILLES, *De la possession des meubles / Études de droit allemand et droit français* (1907) e *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, 3.^a ed. (1914).

⁴² ELMAR WADLE, *Rezeption durch Anpassung: Der Code Civil und das Badische Landrecht / Erinnerung an eine Erfolgsgeschichte*, ZEuP 2004, 947-960.

⁴³ KARL SALOMO ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 3.^aed., 4 volumes (1827-1828).

⁴⁴ K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. da 5.^a ed. alemã, por G. MASSÉ/CH. VERGÉ (1857).

⁴⁵ C. AUBRY/C. RAU, *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6.^a ed., s/d, 8 volumes.

⁴⁶ Tal, por exemplo, a arrumação de JEAN CARBONNIER, *Les obligations*, 22.^a ed. (2002, ed. 2004), 1939 ss., 2269 ss. e 2529 ss., de ALAIN BÉNABENT, *Droit civil / Les obligations*, 11.^a ed. (2007), 25 ss., 315 ss. (»obrigações de origem legal») e 515 ss., de FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil / Les obligations*, 9.^a ed. (2002), 25 ss. e 663 ss., embora com subdivisões e de BERTRAND FAGES, *Droit des obligations* (2007), 15 ss. e 339 ss., o qual inclui no final (449 ss.) um «regime geral das obrigações».

⁴⁷ Por exemplo, PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS/PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2.^a ed. (2007): parte I — responsabilidades delituais (11 ss.), parte II — contratos e quase-contratos (177 ss.) e parte III — regime geral (579 ss.).

V. Passando ao conteúdo da matéria, o sistema napoleónico das obrigações caracteriza-se pelos aspectos seguintes:

- utiliza uma linguagem elegante, emotiva e um tanto imprecisa (o francês), que permite conexões intuitivas e compreensivas, por oposição a racionais e analíticas;
- concentra, na doutrina do contrato, toda a matéria relativa ao negócio jurídico: o Direito civil francês desconhece a parte geral;
- lida com uma responsabilidade civil centrada num pressuposto único e vago (a *faute* ou falta), de tal modo que é capaz de cobrir diversos problemas novos que, com o tempo, vieram a surgir;
- apresenta conceitualizações mais antigas: por exemplo, no tocante à arruamação das fontes (com categorias como os quase-contratos e os quase-delitos), às invalidades (com nulidades absolutas e relativas) e ao enriquecimento sem causa;
- acusa dificuldades no acolhimento efectivo de novos institutos, como a *culpa in contrahendo*, os deveres acessórios e a alteração das circunstâncias.

Globalmente, o uso da língua francesa⁴⁸ e o envelhecimento do Código Napoleão, que encetou valentemente o seu terceiro século de vigência⁴⁹, conduz a uma dogmática menos rigorosa, mais subtil e, tecnicamente, menos eficaz. Deve ainda notar-se que, tradicionalmente, o estudo do Direito era, em França, pouco prestigiado, sendo facilitada a obtenção de graus académicos. Todavia, mantém-se, subjacente, uma grande vitalidade, sendo de sublinhar o recente surto de estudos romanistas, no âmbito das obrigações⁵⁰.

⁴⁸ O elegante (e impreciso) estilo do Código Napoleão já era criticado, por BERNARD WINDSCHEID, *Zur Lehre des Codes Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (1847, reimp., 1969), V: poria em causa a precisão que advém da completa clareza do pensamento.

⁴⁹ ALFONS BÜRGE, *Zweihundert Jahre Code Civil des Français: Gedanken zu einem Mythos*, ZEuP 2004, 5-19.

⁵⁰ Como exemplos, embora de distinta valia: JEAN-FRANÇOIS BRÉGLI, *Droit romain: les obligations* (2006), 310 pp.; EMMANUELLE CHEVREAU/YVES MAUSEN/CLAIRE BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations* (2007), 286 pp.; DAVID DEROUSIN, *Histoire du droit des obligations* (2007), 916 pp.; MARIE-HÉLÈNE RENAUT, *Histoire du droit des obligations* (2008), 137 pp..

10. O sistema romano-germânico

I. O sistema romano-germânico das obrigações tem⁵¹, como manifestação mais directa, a consagração da «classificação germânica» do Direito civil, na pandectística da primeira metade do século XIX e, em especial, a obra de Savigny⁵². O livro dedicado às obrigações corria, *grosso modo*, a matéria tal como ficaria no então futuro BGB. Assim e na base das clássicas *Pandectae* de Windscheid⁵³, ele abrangia, numa primeira parte, os créditos em geral, envolvendo⁵⁴:

- o conceito de direito de crédito;
- o objecto do crédito (a prestação);
- o conteúdo do crédito;
- os sujeitos do crédito, incluindo a pluralidade;
- a constituição, a modificação e a extinção dos créditos.

Seguia-se, depois, o tratamento das relações de crédito em especial, reportado aos diversos contratos, à responsabilidade civil e ao enriquecimento sem causa⁵⁵.

II. No BGB, o livro II, intitulado «Direito das relações obrigacionais», tem o seguinte conteúdo⁵⁶:

- Secção 1 — Conteúdo das relações obrigacionais (§§ 241 a 304);
- Secção 2 — Formação de relações obrigacionais negociais através de cláusulas contratuais gerais (§§ 305 a 310);

⁵¹ Quanto a aspectos gerais do sistema romano-germânico («do Centro da Europa») vide WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* / III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 37 ss. (Savigny), 101 ss. (Jhering) e 307 ss. (pendulação entre Direito natural e positivismo): a melhor parte da monumental obra de Fikentscher.

⁵² FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* I (1851), 520 pp. e II (1853), 331 pp.; existe uma 2.ª reimp., 1987. Num primeiro capítulo, Savigny versa o conceito de obrigação (I, 4 ss.), os tipos (I, 22 ss.), os sujeitos (I, 131 ss.) e o objecto das obrigações (I, 295 ss.); num segundo capítulo, é versada a constituição das obrigações, distinguindo-se o contrato (II, 7 ss.) e o delito (II, 293 ss.).

⁵³ BERNARD WINDSCHEID / THEODIOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed. (1906, reimp., 1984), 2.º vol., 1-538.

⁵⁴ *Idem*, 1 ss., 13 ss., 86 ss., 193 ss., 237 ss., 355 ss. e 415 ss..

⁵⁵ *Idem*, 865 ss. e 959 ss..

⁵⁶ Na sequência da grande reforma de 2001, que acrescentou algumas das rubricas; o § 419 foi revogado.

- Secção 3 — Relações obrigacionais provenientes de contratos (§§ 311 a 359);
- Secção 4 — Extinção de relações obrigacionais (§§ 362 a 397);
- Secção 5 — Cessão de um crédito (§§ 398 a 413);
- Secção 6 — Assunção de dívida (§§ 414 a 418);
- Secção 7 — Pluralidade de devedores e credores (§§ 420 a 432);
- Secção 8 — Relações obrigacionais em especial (§§ 433 a 853).

Na secção relativa às relações obrigacionais em especial, o BGB começa por tratar, em 25 títulos, os contratos de compra e troca, de habitação periódica, de mútuo, de doação, de locação, de comodato, de mútuo de coisa, de prestação de serviço, de empreitada e de mediação, a oferta pública de recompensa, os contratos de mandato e de agenciamento de negócios, a gestão de negócios, os contratos de depósito, de entrega de coisa a estalajadeiro e de sociedade, a comunhão, os contratos de renda vitalícia, de jogo e aposta, de fiança e de transacção, a obrigação de informar, a promessa ao portador e a obrigação de exibição de coisa. Temos, aqui, figuras comuns ao Código Napoleão e outras que se prendem mais directamente com as práticas comercial e jurídica alemãs. Além disso, é patente que não estão em causa, apenas, contratos: lado a lado surgem negócios unilaterais e outros tipos de fontes de obrigações. Finalmente, temos os dois últimos títulos:

- Título 26 — Enriquecimento sem causa (§§ 812 a 822);
- Título 27 — Actos ilícitos (§§ 823 a 853).

III. A ordenação do BGB, dentro do Direito das obrigações, tem, em geral, sido conservada pela doutrina. Trata-se de uma ordenação profundamente radicada na Ciência do Direito que antecedeu e que acompanhou a preparação do Código alemão: a sua publicação veio, naturalmente, reforçá-la. Todavia, seria engano pensar que a Ciência do Direito subjacente permaneceu estática. Pelo contrário: embora conservando os quadros formais apontados, ela está, hoje, irreconhecível.

IV. A primeira constatação é a de que o sistema alemão das obrigações está mais próximo do *ius romanum* do que o do Código Napoleão e isso mau

grado este ser mais antigo. A razão é simples: o BGB assentou na pandectística que representou uma nova recepção do Direito romano, agora tomado não num sentido de reconhecimento histórico, mas de reconstituição dogmática actual. O sistema merece assim, plenamente, o epíteto de sistema romano-germânico.

De seguida, verifica-se que se trata de um sistema mais «científico» (menos «ideológico») do que o francês. Particularmente nas obrigações, o BGB eleva-se ao nível de pura Ciência do Direito. As categorias usadas tornam-se de maior precisão e assumem um grau superior de analitismo⁵⁷.

V. No plano do conteúdo, o sistema romano-germânico das obrigações marca os pontos seguintes:

- lida com a parte geral, onde se inclui a temática do negócio jurídico e da sua formação⁵⁸; o Direito das obrigações fica, assim, alijado dessa matéria e dos temas a ela conexos;
- prevê cláusulas gerais de grande relevo, que possibilitaram todo o desenvolvimento jurídico-científico processado no século xx: uma menção especial ao lendário § 242 (o parágrafo real) em que assentaram importantes descobertas jurídicas e que consagra a boa fé nas obrigações;
- trabalha com um conceito fechado e analítico de responsabilidade civil: houve, assim, que afinar diversos instrumentos;
- apresenta, designadamente após a grande reforma de 2001/2002, as conceitualizações mais avançadas da Ciência do Direito continental.

A linguagem do BGB, que foi cuidadosamente respeitada, aquando da reforma de 2001/2002, é considerada (Helmut Köhler) como antiquada, com frases complicadas e conceitos abstractos. O Código fala para juristas e não para

⁵⁷ Quanto ao confronto entre os Códigos alemão e francês *vide* o curto mas rico texto de Sir BASIL MARKESINIS/HANNES UNBERATH/ANGUS JOHNSTON, *The German Law of Contract / A Comparative Treatise*, 2.^a ed. (2006), 16-19.

⁵⁸ A parte geral é considerada como o aspecto mais característico do BGB; *vide* MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, *The German Law of Contract* cit., 19-20.

cidadãos, afinando, num sistema completo, o Direito romano da pandectística⁵⁹. O alemão é, já por si, mais rico e mais analítico do que o francês, permitindo mais e melhores formulações. Mas sobretudo: temos uma Ciência do Direito desenvolvida por juristas muito prestigiados, apoiada em dezenas de universidades e num grande rigor académico. Como veremos, o elevado tecnicismo científico do BGB explica a sua vitalidade, muito para além das áreas de influência política, cultural e económica da Alemanha.

11. O sistema anglo-saxónico

I. O Direito da Inglaterra conheceu uma evolução distinta da dos Direitos continentais, contrapondo-se-lhes directamente. *Grosso modo*, podemos considerar que ele não sofreu nem a segunda nem a terceira recepções do Direito romano, mantendo-se à margem das sistemáticas racionalista e integrada. Consequentemente, passou ao lado das codificações jurídico-científicas do século XIX. A explicação é de ordem histórica, limitando-se aqui as referências ao Direito das obrigações⁶⁰.

II. Os traços romanos da *Brittania* perderam-se⁶¹. Seguiram-se elementos anglo-saxões de base consuetudinária⁶² e normandos, de tipo feudal⁶³. Os reis normandos impuseram o francês, com reflexos na linguagem jurídica⁶⁴. O Direito canónico e o Direito romano tiveram, depois, um certo papel.

⁵⁹ HELMUT KÖHLER, na introdução ao *Bürgerliches Gesetzbuch* da Beck, 60.ª ed. (2009), XIII.

⁶⁰ Cabe referir, em especial: THOMAS EDWARD SCRUTTON, *The Influence of Roman Law on the Law of England* (1885, reimp.), 19 ss. e 67 ss., DAVID IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (1999, reimp., 2006) e WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung / II — Anglo-amerikanischer Rechtskreis* (1975), 15 ss. e 58 ss. (método do caso). De todo o modo, é precisamente na área das obrigações, pela sua objectividade, que o Direito comparado se torna mais estimulante: no clássico de ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed. cit. 314 ss., 538 ss. e 597 ss., a parte especial recai sobre os contratos, o enriquecimento ilegítimo e o delito.

⁶¹ Sir FREDERICK POLLOCK/FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *The History of the English Law / Before the Time of Edward I*, 2.ª ed. por S. F. C. MILSON, I (1968) 1 ss..

⁶² *Idem*, 25 ss..

⁶³ *Idem*, 64 ss..

⁶⁴ *Idem*, 79 ss.. Vide, sobre tudo isto, também H. POTTER's, *Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4.ª ed. por A. K. KIRALFY (1958), 9 ss. e ARTHUR R. HOGUE, *Origins of the Common Law* (1966, reimp., 1985), 15 ss., 33 ss. e 185 ss..

No século XII (Henrique II, com o seu *chief justician* Ramulf Glanvill) ocorreram reformas processuais que lançaram as bases de tribunais independentes, a funcionar com júris⁶⁵. No século XIII (Henrique III, com Henry de Bracton) avançou-se com novos tribunais de jurisdição real, que aplicavam Direito comum (*common law*) por oposição a particularismos consuetudinários locais⁶⁶.

O Direito dos contratos era muito incipiente, antes da conquista normanda. Foram necessários séculos de evolução para que a matéria se impusesse⁶⁷. A Igreja sublinhava a necessidade de cumprir a palavra dada, mesmo sem especiais formalismos primitivos: mas nem sempre a lição era acolhida pelos tribunais.

Foram sendo atribuídas acções de base contratual (p. ex., o *writ of covenant de breve de conventione*), permitindo remédios para diversas obrigações⁶⁸.

III. A matéria dos delitos (*torts*), correspondentes à violação de deveres legais e às consequências daí derivadas, foi a primeira a desenvolver-se⁶⁹. Só mais tarde vieram os contratos formais (*covenant under seal*) e os simples, apoiados na *consideration*⁷⁰.

IV. Não existe, propriamente, uma categoria sistemática Direito das obrigações: *law of obligations* é usado para tratar o tema no Direito romano⁷¹. No Direito inglês — e, mais latamente, no sistema anglo-saxónico — surgem duas distintas disciplinas: *contracts* e *torts*. A primeira ocupa-se do negócio jurídico, da sua formação, do conteúdo, das invalidades e do incumprimento⁷²; a segunda versa o equivalente à nossa responsabilidade civil delitual⁷³.

⁶⁵ POLLOCK/MAITLAND, *The History of the English Law* cit., 1, 136 ss..

⁶⁶ *Idem*, 174 ss.; ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung* cit., 180.

⁶⁷ POLLOCK/MAITLAND, *The History of the English Law*, II (1968), 184: o contrato começou por ser um simples prolongamento da propriedade.

⁶⁸ *Idem*, II, 184-239.

⁶⁹ POTTER'S, *Historical Introductions*, 4.^a ed. cit., 372 ss..

⁷⁰ *Idem*, 446 ss.. Cf., quanto à *consideration*, o *Black's Law Dictionary*, 7.^a ed. (1999), 300-301.

⁷¹ Assim o clássico de REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations / Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996); *vide*, já sob a luz de uma (certa) integração, GEOFFREY SAMUEL, *Law of Obligations* (2010), XXIX + 358 pp., 1 ss..

⁷² *Vide*, p. ex., RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 6.^a ed. (2006), TREITEL, *The Law of Contract*, 20.^a ed., por EDWIN PEEL (2007) e MINDY CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2.^a ed. (2008).

⁷³ SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Tort Law*, 6.^a ed. (2008).

A disparidade técnica acentua-se, ainda, pela não autonomização, no Direito inglês, do Direito comercial⁷⁴. Os contratos comerciais são tratados em conjunto com os demais, de acordo com as opções dos seus autores.

V. No tocante a *contratos*, o Direito inglês e o norte-americano construíram uma laboriosa parte geral. Com base em Closen, Perlmutter e Wittenberg, podemos apontar a seguinte sequência⁷⁵:

- I — O processo de formação;
- II — Bases para a responsabilidade pré-contratual e para a *restitution*⁷⁶;
- III — Excepções à validade do contrato (incluindo as invalidades e a quebra do contrato).

VI. Quanto a *torts*, área em que existem, também, diversas arrumações, encontramos, com exemplo na de Markesinis e Deakin:

- I — Introdução;
- II — *Tort of Negligence*;
- III — Formas especiais de negligência;
- IV — Interferência com a pessoa;
- V — Imóveis, móveis e interferência intencional com interesses económicos;
- VI — Responsabilidade objectiva;
- VII — Protecção da dignidade humana;
- VIII — Defesas e remédios.

VII. Para além da total diversidade sistemática, existente entre as obrigações continentais e o seu equivalente anglo-saxónico⁷⁷, há que sublinhar uma profunda

⁷⁴ Vide o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.^a ed. (2007), 72 ss..

⁷⁵ MICHAEL L. CLOSEN/RICHARD M. PERLMUTTER/JEFFREY D. WITTENBERG, *Contracts: contemporary cases, comments and problems* (1997), 19 ss., 155 ss. e 255 ss.. Outros conteúdos podem ser vistos em RICHARD STONE, *The Modern Law of Contract*, 6.^a ed. (2006) e em MINDY CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2.^a ed. (2008), já citados.

⁷⁶ *Grosso modo*, o enriquecimento continental.

⁷⁷ Curiosa a rearrumação do Direito alemão, de acordo com a lógica anglo-saxónica; cf. BASIL S.

clivagem conceptual e dogmática. Os conceitos não coincidem, sendo impossível proceder a traduções literais. De um modo geral, podemos dizer que as construções obrigacionistas anglo-saxónicas são menos diferenciadas, perante as romano-germânicas. Múltiplos institutos do Direito das obrigações, como a boa fé, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias ou o próprio enriquecimento sem causa só tardiamente chegaram ao Direito anglo-saxónico. Este, por seu turno, tem-se mostrado mais robusto em certas áreas da responsabilidade civil (por exemplo, os *punitive damages*), num fenómeno algo paralelo ao do sistema napoleónico: assente em imprecisões terminológicas e na indiferenciação dos pressupostos da responsabilidade civil.

Na falta de um sistema contratual completo, os contratos anglo-saxónicos tornam-se muito desenvolvidos, procurando prever as diversas hipóteses.

Verifica-se ainda, no Direito dos contratos inglês, uma predilecção pela interpretação objectiva⁷⁸.

12. O sistema islâmico

I. A referência ao Direito islâmico, no domínio das obrigações, fica fora dos roteiros comuns dos civilistas continentais: apenas os comparatistas mais especializados se lhe reportam. Todavia, afigura-se que, pelo peso humano, demográfico, cultural e sócio-económico que o Islão representa e, ainda, pelas especiais relações que mantém com o espaço português, deve ser feita uma apresentação, ainda que elementar, do tema⁷⁹.

II. O Direito islâmico é uma ordem normativa que não se distingue da Ordem mais vasta formada pelas regras aplicáveis aos crentes. Torna-se difícil fazer qualquer comparação com os Direitos ocidentais laicizados: falta, a estes, uma

MARLKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts / A Comparative Treatise*, 4.^a ed. (2002).

⁷⁸ ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, *A interpretação no Direito anglo-saxónico*, O Direito 141 (2009), 665-678.

⁷⁹ A bibliografia ocidental sobre Direito islâmico é muito extensa. Assim, em RÜDIGER LOHLKER, *Bibliographie des islamischen Rechts* (2005), 185 pp., podem ser confrontadas 1802 obras. De reter, pelas sínteses que levam a cabo: MALISE RUTHVEN, *Der Islam / Eine Kurze Einführung* (2005), CHRISTINE SCHIRRMACHER, *Der Islam / Eine Einführung* (2005) e MICHAEL COOK, *Der Koran / Eine Kurze Einführung* (2005). Em termos comparatísticos, KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., 296 ss..

dimensão teocrática que permita colocá-los num plano comparável com as regras islâmicas. Isto dito, podemos distinguir, no Direito islâmico, quatro fontes: o próprio Corão, texto sagrado revelado por Deus⁸⁰, a Suna, que traduz uma série de condutas do Profeta Maomé, fixadas no século IX por El-Bokhâri e por Moslem, dois grandes doutores do Islão, a Idjamâ' ou a opinião unânime dos doutores e o qiyâs ou raciocínio por analogia⁸¹.

Por seu turno, nos níveis normativos, cumpre distinguir a *Shari 'ah*, ou conjunto de condutas esperadas da parte do crente⁸² e que, do nosso ponto de vista, englobariam normas religiosas, normas éticas e normas jurídicas e a *Fiqh* ou doutrina jurídica islâmica, sujeita a aprendizagem específica⁸³.

III. As regras reveladas no século VII visavam uma sociedade delimitada, com características próprias, na Península arábica. A rápida expansão islâmica, primeiro militar e, depois, sócio-cultural, veio exigir uma série de readaptações que, mantendo o espírito do Islão, permitissem encarar novas realidades⁸⁴. Nos textos revelados, há pouca matéria relativa ao Direito das obrigações⁸⁵.

A área das obrigações (contratos e responsabilidade civil) é considerada mais técnica e, nesse sentido, menos dependente da *Shari 'ah*, concentrando-se a *Fiqh* em matérias de Direito de família e de Direito das sucessões.

⁸⁰ Na impossibilidade de aceder ao original em árabe, cotejamos as seguintes traduções: *Alcorão Sagrado / O significado dos versículos*, trad. port. SAMIR AL HAYEK (1994); *The Qur'an / A new translation*, trad. ingl. ABDEL HALEEM (2005, reimp., 2008); *Der Koran*, trad. al. MAX HENNING (2006); *Le Saint Coran*, trad. francesa. intr. LYESS CHACAL (2005).

⁸¹ 'ABN AL-WAHHÂB KHALLÂF, *Les fondements du Droit musulman*, trad. fr. de CLAUDE DABBAK, ASMAA GODIN e MEHREZIA LABIDI MAIZA (2008), 33 ss., 53 ss., 67 ss. e 77 ss.; este Autor acrescenta, ainda, a escolha preferencial, o interesse geral, a presunção de continuidade, as leis dos povos monoteístas e a opinião do próximo. Na nossa literatura: ANTÓNIO VEIGA MENEZES CORDEIRO, *Princípios essenciais do Direito civil muçulmano* (1956, polic.), 5 ss..

⁸² MOHAMAMDA HASHIM KAMALI, *Shari 'ah Law: An Introduction* (2008), 14 e AHMAD A. REIDEGELD, *Handbuch Islam / Die Glaubens- und Rechtslehre der Muslime*, 2.^a ed. (2008), 105. Uma introdução muito acessível à *Shari 'ah* pode ser vista em SAÏD RAMADAN, *La Shari 'ah / Introduction au Droit islamique*, 2.^a ed. (2001).

⁸³ KAMALI, *Shari 'ah Law* cit., 19 e REIDEGELD, *Handbuch Islam*, loc. cit.. Cf. BERNARD BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes* (1993), 28 ss..

⁸⁴ IGNAZ GOLDZIHNER, *Le dogme et la loi dans l'Islam / Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, 2.^a ed., trad. FÉLIX ARIN (2005; a 1.^a ed. é de 1920), 27 ss.; N. J. COULSON, *A History of the Islamic Law* (2007), 9 ss. e 75 ss.; WÂEL B. HALLAQ, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, 5.^a ed. (2008), 29 ss. e 122 ss. e *A History of Islamic Legal Theories* (2007), 3 ss..

⁸⁵ CHAFIK CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman* (1969, reimp., 2005), 47.

De todo o modo, encontramos, no Corão, as regras básicas das obrigações. Assim:

Ó vós que sois crentes: não gasteis o vosso património, entre vós, por ninharias; realizai antes o tráfico, por mútuo consentimento e não cometeis suicídio, pois Deus é misericordioso (4,29)⁸⁶;

Ó vós que sois crentes: cumpri as vossas obrigações (5,1)⁸⁷;

A paga para o mal será (apenas) o mal em igual medida, mas àquele que perdoa e faz a paz, a sua paga será perante Deus; Ele não gosta de quem faz o mal (42,40)⁸⁸.

Quanto a específicos contratos:

(...) Deus permitiu a venda, mas proibiu a usura (...) (2,275)⁸⁹.

A regra do equilíbrio nos contratos pertence, também, ao acervo islâmico⁹⁰.

IV. A doutrina islâmica rejeita o enriquecimento injusto, os contratos de jogo ou de aposta e a usura⁹¹. A contratação em geral fica sob controlo ético, tendo vindo a desenvolver-se na base da analogia⁹². Os vícios dos contratos são relevantes, com destaque para a violência⁹³.

As necessidades da vida moderna levaram a que a matéria mais técnica das obrigações venha a assumir feições napoleónicas (Marrocos, Argélia, Tunísia ou Egipto), romano-germânicas (Turquia) ou anglo-saxónicas (Paquistão). Os temas

⁸⁶ *Alcorão Sagrado* cit., 94 = *Der Koran*, 95 = *The Qur'an*, 53. Na trad. ingl.: (...) *but trade by mutual consent* (...).

⁸⁷ *Alcorão Sagrado* cit., 122 = *Der Koran*, 114 = *The Qur'an*, 67. Os comentadores tomam, aqui, obrigações em sentido amplo, as quais são, por vezes, traduzidas por «contratos»; assim, KAMALI, *Shari'ah Law* cit., 20 e MAX HENNING, *Der Koran*, trad. al. cit..

⁸⁸ As traduções variam nos termos usados; ficamos com a alemã: *Der Koran* cit., 468.

⁸⁹ *Idem*, 65.

⁹⁰ NAYLA COMAIR-OBEID, *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East* (1996), 17 ss..

⁹¹ JOSEPH SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law* (1982, reimp.), 144.

⁹² MOHAMAD HASHIM KAMALI, *Principles of Islamic Jurisprudence* (2003), 264 ss.; NAYLA COMAIR-OBEID, *Les contrats en Droit musulman des affaires* (1995), 20 ss..

⁹³ CHAFIK CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman* cit., 120 ss..

delicados da vida das pessoas (família, sucessões ou direitos pessoais) mantêm-se mais próximos da origem, aí surgindo contraposições algo vincadas com o Direito do Ocidente⁹⁴. O Código egípcio de 1948, particularmente na área das obrigações e dos reais, logrou uma síntese islâmico-românica que tem sido apreciada e alargada⁹⁵.

O ponto mais delicado da responsabilidade civil conheceu, de todo o modo, o passo decisivo da sua individualização: um esforço conseguido, também, pelo Direito canónico⁹⁶.

V. Na actualidade, os grandes interesses islâmicos estipulam, muitas vezes, a aplicação do Direito anglo-saxónico. Todavia, desenvolve-se uma teoria jurídica que, apelando aos princípios clássicos do Islão, toca, com muito virtuosismo, nos temas jurídicos⁹⁷. Os modernos instrumentos contratuais comportam uma exposição islâmica⁹⁸, ainda que se afigure uma reflexão sobre dados ocidentais.

O indesejável ruído de fundo causado pelo denominado fundamentalismo não deve prejudicar a dignificação universitária, entre nós, da teoria islâmica das obrigações.

13. O sistema chinês

I. A China representa a maior Nação do Planeta. Hoje, ela mantém relações económicas muito intensas, com todos os países, surgindo como o segundo País mais rico do Mundo, depois dos Estados Unidos. Também aqui se impõe uma

⁹⁴ Cf. MATHIAS ROHE, *Der Islam und deutsches Zivilrecht*, em *Beiträge zum Islamischen Recht II* (2003), 35-61.

⁹⁵ KILIAN BÄLZ, *Das moderne arabische Recht*, em *Beiträge cit.*, 175-187 (1790 ss.). O célebre curso de Direito comparado das obrigações de Betti foi leccionado no Cairo: EMILIO BETTI, *Cours de Droit civil comparé des obligations (1957/58)*, que tem em conta, entre outros, o Código Civil egípcio.

⁹⁶ Corão 6,164: ninguém suportará os pecados de outrem; *The Qur'an cit.*, 93; retivemos a trad. de RAMADAN, *La Sharî'ah cit.*, 7.

⁹⁷ Vide, p. ex., LAWRENCE ROSEN, *The Justice of Islam* (2002), 3 ss., 154 ss. e *passim* e CLAUS LUTTERMANN, *Islamic Finance: Ein Dialog über Recht, Weltwirtschaft und Religionen*, JZ 2009, 706-715.

⁹⁸ Vide os escritos reunidos por MUNAWAR IQBAL e TARIQULLAH KHAN, *Financial Engineering and Islamic Contracts* (2005) ou os múltiplos contributos reunidos nos *Beiträge zum Islamischen Recht* (6 volumes publicados), de que destacamos, como exemplos, HASSAN REZAEI, *Islamic Sharia and Cyberspace: Reflections on the Interactions of Sharia and Iranian Society in Cyberspace*, em *Beiträge IV* (2004), 105-124.

breve referência ao sistema chinês das obrigações: a ligação histórica representada por Macau mais o justifica.

Na China, encontramos quatro distintos sistemas de obrigações: o da China Continental, o da Ilha Formosa, o de Hong-Kong e o de Macau. Este último repousa num Código Civil do tipo romano-germânico, muito semelhante ao português. Ser-lhe-á feita referência a propósito dos Direitos lusófonos⁹⁹.

II. Em Hong-Kong vigora um sistema do tipo anglo-saxónico, particularmente na área contratual¹⁰⁰. Aquando da reunificação com a China, a Lei Básica de 1997¹⁰¹ especificara que se manteria em vigor, sem prejuízo de alterações, o *common law* pré-vigente. Na verdade, desde o Tratado de Nanquim, assinado em 1842, ficara consignado Hong Kong como possessão britânica. Isso levou a que, num dilatado período finalmente marcado por uma larga expansão económica, fosse implantado um Direito de tipo anglo-saxónico. A influência australiana (variante do *common law* mais estatutária) é apontada. Encontramos, nas obrigações de Hong Kong, as diversas categorias a que nos habituou o sistema anglo-saxónico. Subjacente, porém, está sempre o velho Direito chinês.

III. A civilização chinesa é bastante anterior, nas suas origens, à romana: uma afirmação também válida para o Direito. Assim, o primeiro corpo de leis chinesas data de 536 a.C.: quase cem anos antes da Lei das XII Tábuas¹⁰². Todavia, a cultura prevalente não foi muito favorável ao desenvolvimento de uma autónoma Ciência do Direito.

O pensamento de base postulava uma harmonia entre a terra, o homem e o céu. O homem deveria pautar a sua conduta pela natureza, processando uma conciliação. O sistema social assenta em deveres de harmonia e de adaptação e não em direitos. Os juristas, enquanto portadores de regras abstractas *a priori* válidas, são desconsiderados: incentivariam ao litígio, por oposição à negociação

⁹⁹ *Infra*, 210-211.

¹⁰⁰ MICHAEL J. FISHER/DESMOND G. GREENWOOD, *Contract Law in Hong Kong* (2008), 21 ss. e *passim*.

¹⁰¹ HUALING FU/LISON HARRIS (SIMON N. M. YOUNG (publ.), *Interpreting Hong Kong's Basic Law: the Struggle for Coherence* (2008); com diversos estudos relevantes.

¹⁰² Sobre toda a matéria das codificações chinesas, JIAYOU SHI, *La codification du Droit civil chinois au regard de l'expérience française* (2006), 57 ss..

equilibrada¹⁰³. Os tribunais eram muito aleatórios: diz-se que propositadamente, de modo a incentivar a busca de soluções negociadas.

O confucionismo deu lugar a uma sociedade ritualizada, assente na família, geradora de costumes que dispensavam um Direito, como o que conhecemos.

IV. Com a revolução republicana de 1911, pôs-se, na ordem do dia, a adopção de leis modernas, de tipo ocidental. O *common law* não era transponível, mercê das suas características próprias. Deste modo, ainda sob a Dinastia Qing, deposta em 1911, o grande jurista Shen Jiaben (1840-1913), particularmente impressionado pelo êxito do Japão, que havia operado codificações de inspiração alemã, programou um conjunto de reformas, que incluíam códigos modernos. Assim, no final do período Qing, foi elaborado um projecto de ordenação semelhante ao BGB alemão. A queda do Império e as convulsões subsequentes levaram a que, apenas no ano de 1929, fosse aprovado um primeiro Código Civil chinês: também modelado sobre o BGB, embora com abertura a soluções tradicionais chinesas¹⁰⁴. Trata-se de um diploma que continua a vigorar na Ilha Formosa (Taiwan).

V. O regime popular implantado em 1949 não logrou uma recodificação do Direito civil chinês. A quebra da legalidade levou a que se falasse num certo retorno às tradições conservadoras chinesas (prevenir questões pela negociação), agora sensíveis à necessidade de evitar problemas com o Partido único. A subsequente abertura económica ao exterior, com a readmissão da iniciativa privada, levou à aprovação sucessiva de diversos diplomas avulsos, com relevo para uma lei de contratos, em 1999, de inspiração romano-germânica.

Um projecto do Código Civil de 2002, sujeito a discussão e moldado na tradição do BGB, veio acolher os diplomas em causa¹⁰⁵. Em certas áreas, como a do

¹⁰³ O Direito seria adequado para os bárbaros, que o teriam inventado. Vide RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.ª ed. cit., 406.

¹⁰⁴ JIAYOU SHI, *La Codification du Droit Civil chinois*, cit. 65-79. Quanto à recepção da Ciência Jurídica alemã cf. ALEXANDER THEUSNER, *Das Konzept von allgemeinem und besonderem Teil im chinesischen Zivilrecht / Mechanismen, Ursachen und dogmatische Hintergründe der Rezeption deutschen Zivilrechts in China, dargestellt am Beispiel der Übernahme des Konzepts von allgemeinem und besonderem Teil* (2005), 7 ss..

¹⁰⁵ THEUSNER, *Das Konzept cit.*, 81 ss., 103 ss. e 237 ss.; quanto ao projecto, JIAYOU SHI, *La Codification cit.*, 250 ss..

Direito intelectual, há que relevar influências anglo-saxónicas¹⁰⁶. Eis a sua sistematização¹⁰⁷:

- Livro I — Parte geral;
- Livro II — Direitos reais;
- Livro III — Direito dos contratos;
- Livro IV — Direitos de personalidade;
- Livro V — Direito de família;
- Livro VI — Direito de adopção;
- Livro VII — Direito das sucessões;
- Livro VIII — Direito da responsabilidade civil;
- Livro IX — Direito internacional privado.

Está prevista a sua aprovação para 2010.

VI. *Grosso modo*, o Direito dos contratos chinês apresenta muitas dogmatizações de tipo romano-germânico¹⁰⁸. Estão nessas condições princípios como o da boa fé, institutos como a *culpa in contrahendo*¹⁰⁹, as cláusulas contratuais gerais, a perturbação das prestações¹¹⁰ e a inclusão de terceiros na relação obrigacional. Quanto ao Direito da responsabilidade: beneficiando dos progressos doutrinários registados ao longo do século xx, o projecto chinês assume uma feição pós-industrial: sanciona os actos ilícitos e consigna a responsabilidade objectiva, a responsabilidade pela organização e a responsabilidade por danos ambientais¹¹¹.

¹⁰⁶ Em DONALD C. CLARKE, *China's Legal System: New Developments, New Challenges* (publ.) (2008), podem ver-se oito escritos sobre diversos aspectos do actual Direito chinês; da Société de Législation Comparée, refira-se *Un nouveau regard sur le Droit chinois* (2008), com mais de duas dezenas de estudos diversificados.

¹⁰⁷ Por último, GERT BRÜGGEMEIER/ZHU YAN, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz* (2009), 20.

¹⁰⁸ Em especial PING SHI, *Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts* (2005), 47 ss..

¹⁰⁹ PING SHI, *Dir Prinzipien* cit. 62 ss.; *vide*, a sua aplicação nos seguros: PENG CHENG, *L'information précontractuelle en droit des assurances / Étude de droit comparé français et chinois* (2005), *passim*.

¹¹⁰ *Vide*, além de PING SHI, MARIE PEI-HENG CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution / Étude comparative du droit français et du droit chinois* (2005), *passim*.

¹¹¹ O texto, incluindo traduções em inglês, francês e alemão, pode ser confrontado em GERT BRÜGGEMEIER/ZHU YAN, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz* cit., 116 ss., precedido por elucidativa justificação de motivos.

IV — AS OBRIGAÇÕES EM LÍNGUA PORTUGUESA

A — Na Europa

14. Ordenações

I. Na origem das obrigações em língua portuguesa estão os textos latinos do *Corpus Iuris Civilis*, da Glosa e dos comentadores. O português foi usado nas Leis dos Reis de Portugal, desde o início do século XIII e, depois, nas Ordenações do Reino: Afonsinas (1447), Manuelinas (1522) e Filipinas (1603). Vamos tomar estas como referência, tanto mais que seguiram o esquema das antecessoras¹¹².

II. Nas Ordenações Filipinas (1603), a matéria das obrigações surgia no Livro IV¹¹³. Aí eram tratados, por vezes com bastante pormenor, os contratos mais importantes: compra e venda, locação, prestação de serviço, enfiteuse, parceria, mútuo, comodato, penhor, fiança e doação, para além de alguns pontos de Direito de Família.

Quanto à *compra e venda* tínhamos, desde logo, dezassete títulos: I — Das compras e vendas que se devem fazer por preço certo; II — Das compras e vendas, feitas por signal ao vendedor simplesmente, ou em começo de paga; III — Que quando se vende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo; IV — Da venda de bens de raiz feita com condição, que tornando-se até certo dia o preço, seja a venda desfeita; V — Do comprador que não pagou o preço ao tempo, que devia, por a cousa não ser do vendedor; VI — Do que compra alguma cousa obrigada a outrem, e consigna o preço em Juízo, por não ficar obrigado aos credores; VII — Do que vende huma mesma cousa duas vezes a diversas pessoas; VIII — Do perigo, ou perda que aconteceu na cousa vendida, antes de ser entregue ao comprador; IX — Da venda de cousa de raiz feita a tempo, que já era arrendada, ou alugada a outrem per tempo certo; X — Das vendas e alheações, que se fazem de cousas litigiosas; XI

¹¹² Usa-se a edição da Fundação Calouste Gulbenkian.

¹¹³ Quanto à sistematização geral das Ordenações e aos seus antecedentes: *Tratado* I/1, 3.^a ed., 117 ss..

— Que ninguém seja constringido a vender seu herdamento, e cousas que tiver contra sua vontade; XII — Das vendas e trocas, que alguns fazem com seus filhos e netos; XIII — Do que quer desfazer a venda, por ser enganado em mais da metade do justo preço; XIV — Que ninguém compre, nem venda dezembargos; XV — Que os Corregedores das Comarcas e outros Officiaes temporaes não comprem bens de raiz, nem fação outros contractos nos lugares onde são officiaes; XVI — Que os Clerigos e Fidalgos não comprem para regatar; XVII — Quando os que comprão scravos, ou bestas, os poderão engeitar por doenças, ou manqueiras.

Seguia-se matéria relativa a certas *provas e promessas*: XVIII — Quando os Carniceiros, Padeiras, ou Taverneiros serão cridos per seu juramento no que venderem fiado dos seus mesteres; XIX — Do que prometteu fazer scriptura de venda, ou de outro contracto, e depois a não quer fazer; XX — Como se pagará o pão que se vendeu fiado, ou se emprestou.

Depois, sucessivamente:

Obrigações pecuniárias: XXI — Em que moedas se farão os pagamentos do que se compra, ou deve; XXII — Que se não engeite moeda d'El-Rey.

Locação: XXIII — Dos alugeres das cazas; XXIV — Em que casos poderá o senhor da caza lançar fora o alugador; XXV — Dos Officiaes que não podem ser Rendeiros; XXVI — Que os Officiaes da Fazenda não arrendem cousa alguma aos Rendeiros d'El-Rey, nem os Senhores de terras a seus Ouvidores, XXVII — Das sterilidades.

Prestação de serviço: XXVIII — Que todo o homem possa viver com quem lhe aprouver; XIX — Do Criado, que vive com o senhor a bemfazer, e como se lhe pagará o serviço; XXX — Do Criado, que vivendo a bemfazer, se põe com outrem, e do que o recolhe; XXXI — Como se pagarão os serviços e soldadas dos criados, que não entrarão a partido certo; XXXII — Que se não possa pedir soldada, ou serviço, passados trez annos; XXXIII — Per que maneira se provarão os pagamentos dos serviços e soldadas; XXXIV — Do que lança de caza o Criado que tem por soldada; XXXV — Do que demanda ao Criado o dano que lhe fez.

Enfiteuse: XXXVI — Do que toma alguma propriedade de foro para si e certas pessoas, e não nomeou alguem a ella antes da morte; XXXVII — Das nomeações que se fazem dos prazos, em que casos se podem revogar;

XXXVIII — Do Foreiro, que alheou o foro com auctoridade do Senhorio, ou sem ella; XXXIX — Do Foreiro, que não pagou a pensao em tempo devido: E como purgará a mora; XL — Que se não aforem cazas senão a dinheiro; XLI — Que os Foreiros dos bens da Coroa, Morgados, Capellas ou Comendas, não dêem dinheiro, nem outra cousa aos Senhorios por lhes afoarem ou innovarem; XLII — Que não sejam constringidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras ou casaes; XLIII — Das Sesmarias.

Sociedade e parceria: XLIV — Do contracto da Sociedade e Companhia; XLV — Do que dá herdade a parceiro de mêas, ou a terço, ou quarto, ou a renda por certa quantidade.

Depósito e empréstimo: XLIX — Que nenhum Official da Justiça, ou Fazenda receba deposito algum; L — Do emprestido, que se chama Mutuo; LI — Do que confessa ter recebido alguma cousa, e depois o nega; LII — Do que confessa que lhe he deixado em seu juramento com alguma qualidade; LIII — Do contracto do emprestido que se chama Commodato; LIV — Do que não entrega a cousa emprestada, ou alugada, ao tempo, que he obrigado e do terceiro, que a embarga.

Penhor e penhora: LV — Que as terras da Coroa, e os assentamentos d'El-rey, não possam ser apenhados, nem obrigados; LVI — Dos que apenhão seus bens com condição, que não pagando a certo dia, fique o penhor arrematado; LVII — Que ninguém tome posse de sua cousa, nem penhore sem autoridade de Justiça; LVIII — Dos que tomão forçosamente a posse da cousa, que outrem possue.

Fiança: LIX — Dos Fiadores; LX — Do homem casado que fia alguém sem consentimento de sua mulher; LXI — Do beneficio do Senatusconsulto Velleiano, introduzido em favor das mulheres, que ficão por fiadoras de outrem.

Doação: LXII — Das Doações, que hão de ser insinuadas; LXIII — Das doações e alforria, que se podem revogar por causa de ingratidão; LXIV — Da doação de bens moveis, feita pelo marido á mulher, ou pela mulher ao marido; LXVI — Da doação ou venda feita por homem casado a sua barregã.

III. Tem ainda interesse sublinhar que as Ordenações, depois de regularem diversos contratos em especial, continham significativa matéria que hoje

consideramos geral. Assim, surgiam determinadas proibições, a simulação, a proibição de renúncia à tutela jurídica («desaforamento») e ao foro civil¹¹⁴, da contratação com presos e da prisão por dívidas, da compensação e da prescrição. Seguia-se matéria sucessória.

Mais propriamente e no tocante à «matéria geral» das obrigações, contida no Livro IV das Ordenações, temos:

Proibições: LXVII — Dos contractos usurarios; LXVIII — Que se não fação contractos de pão, vinho, azeite, e outros mantimentos senão a dinheiro; LXIX — Que se não fação arrendamentos de gados, ou colméas; LXX — Das penas convencionaes, e judiciais, e interesses, em que casos se podem levar.

Simulação: LXXI — Dos contractos simulados.

Proibição de renúncias à tutela: LXXII — Dos contractos desaforados; LXXIII — Que se não fação contractos, nem distractos com juramento promissorio, ou boa fé.

Cessão de bens: LXXIV — Dos que fazem cessão de bens.

Presos: LXXV — Quando valerá a obrigação feita pelo que stá preso; LXXVI — Dos que podem ser presos por dividas cíveis, ou crimes LXXVII — Dos que podem ser recommendados na Cadêa.

Compensação: LXVIII — Das Compensações.

Prescrição: LXXIX — Das Prescrições.

Torna-se muito impressivo: nas Ordenações, encontram-se o essencial das mais clássicas regras de Direito das obrigações, ainda actuais e perfeitamente adaptadas ao Povo e ao seu tempo¹¹⁵.

IV. Ponto fraco das Ordenações era a responsabilidade civil. Não contiham nenhuma previsão geral de responsabilidade. O próprio termo «responsabilidade» nem existia ainda, na língua portuguesa: ele só surge nos

¹¹⁴ O que se conseguia com «juramentos promissórios» ou de boa fé, que remetiam as partes para o foro eclesiástico.

¹¹⁵ De resto, a génese dessas soluções pode ser procurada, em muitos casos, nas indicações dadas nas *Ordenações Afonsinas* (séc. XV).

princípios do século XIX¹¹⁶, tendo conhecido um emprego jurídico nos princípios do século XX, através de Guilherme Moreira. Falava-se em *delictos* ou em *perdas e interesses*.

As Ordenações previam situações de responsabilidade obrigacional, a propósito de alguns tipos contratuais. Assim, no tocante a «compras e vendas, feitas por sinal dado ao vendedor simplesmente ou em começo de pagamento», dispunham¹¹⁷:

(...) será elle obrigado de lhe entregar a coisa vendida, se for em seu poder; e se em seu poder não for, pagar-lhe-há todo o interesse que lhe pertencer, assi por respeito do ganho, como por respeito da perda.

No campo do comodato, mandavam¹¹⁸:

porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquelle, a que se empresta, guarda-la com toda a diligencia, como se fora sua. E não sómente se lhe imputará o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima.

A responsabilidade delitual ou aquiliana surgia paredes-meias com a matéria penal¹¹⁹. Numerosos crimes eram acompanhados por sanções pecuniárias, algumas das quais revertendo para o lesado. Todavia, admitiam as Ordenações que o prejudicado pudesse, em certos casos, desistir da acção penal (querelar) e pedir, apenas, «sua justiça e seu interesse» (indenização). Assim, quanto a *Em que casos se devem receber querelas*¹²⁰:

¹¹⁶ Vide o nosso *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1996), 400; «responsabilidade» adveio do francês «responsabilité», expressão surgida na segunda metade do séc. XVII (Pascal e Molière), usada, pela primeira vez, em Direito, por DOMAT e oficializada, no Dicionário da *Academie*, apenas em 1798.

¹¹⁷ Livro 4, Tit. II, Pr. = ed. Gulbenkian, 4-5, 779-780.

¹¹⁸ Livro 4, Tit. LIII, § 2 = ed. Gulbenkian, 4-5, 847/II.

¹¹⁹ No próprio Código de Seabra (artigos 2364.º e 2367.º ss., p.ex.) ainda encontramos resquícios desta orientação.

¹²⁰ Livro 5, Tit. CXVII, § 21, 1.ª parte = ed. Gulbenkian, 1278/I.

E não tolhemos, que em todos os malefícios que forem feitos a alguma pessoa, de que póde querelar por lhe a elle tocar, e pertencer, se querelar não quiser, pode demandar judicialmente contra a parte contraria sua justiça, e seu interesse, e injuria, sendo a parte para isso citada.

Da literatura da época, inferimos que a matéria era colmatada através das *obligationes ex maleficio*, retiradas das *institutiones*¹²¹.

V. A matéria hoje contida em Direito das obrigações assumia, na vertente contratual, um especial desenvolvimento. Na origem temos o Direito romano e a sua primeira recepção, feita na Universidade. Mas ele sofreu um especial processo de adaptação à realidade lusófona. No campo delitual, lidava-se com o *corpus iuris civilis* e com toda a doutrina que o acompanhou, ao longo do período intermédio.

Um certo relevo deve ser dado a temas gerais das obrigações. Embora discretamente inseridos após o tratamento dos diversos contratos em especial, tais temas estavam presentes e revelavam já um tratamento abstracto de certas áreas da matéria. Era, de resto, a tradição do *ius romanum*.

Cumprе ainda recordar que, quando se iniciou, mercê da reforma do Marquês de Pombal (1771-1772), o ensino universitário do Direito pátrio (até então só se ensinava Direito romano e Direito canónico), as Ordenações foram adoptadas como manual de estudo¹²².

As Ordenações vigoraram em Portugal e nas África e Ásia de língua portuguesa até 1867, data da sua substituição pelo Código de Seabra. No Brasil, elas mantiveram-se até 1916, ano da publicação do primeiro Código Civil daquele País. Muitas particularidades do actual Direito das obrigações remontam às Ordenações: é um erro grave não as ensinar nas faculdades lusófonas.

¹²¹ Por ex., HEINECCIUS, *Institutiones Juris Civilis*, ed. WALDECK (1814, reed. 1887), 265 ss. (267): uma obra muito em uso na academia jurídica da época.

¹²² Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações / Relatório sobre o programa, conteúdo e método de ensino da disciplina* (2001), 46, com indicações.

15. Pré-codificação

I. O período que decorre desde a reforma pombalina da Universidade (1772) e até ao Código de Seabra (1867) é o da pré-codificação. Os esforços dos juristas estiveram virados para a grande conquista do Direito civil moderno: a preparação de uma lei civil cientificamente elaborada.

Na origem da pré-codificação podemos colocar os compêndios de Pascoal de Mello¹²³. No tocante ao Direito civil, este Autor inspira-se nas *institutiones*:

- Livro II — Direito das pessoas, incluindo a família;
- Livro III — Direito das coisas, incluindo parte das sucessões;
- Livro IV — Direito das obrigações e acções¹²⁴.

Pascoal de Mello assenta na definição das *institutiones*, 3,13,Pr. e reparte, na linha dessa obra, as obrigações provenientes do contrato, do quase-contrato, do delito, do quase-delito e de várias outras figuras. Desenvolve passando às modalidades, aos diversos contratos, aos distintos quase-contratos e aos pagamentos e liberações¹²⁵.

O próprio Pascoal de Mello anunciara que apenas se iria ocupar das obrigações surgidas de um contrato, isto é, de um facto lícito¹²⁶. E assim, é nas *Instituições de Direito criminal português*¹²⁷ que ele nos dá a noção de delito e das suas consequências; será um:

(...) facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano, e sofrer uma pena.

¹²³ PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798); quanto a elementos biográficos e bibliográficos vide o nosso *Teoria geral do Direito civil / Relatório* (1988), 102-103.

¹²⁴ PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS, *Institutiones Juris Civilis Lusitani cum Publici tum Privati*, IV — *De obligationibus et actionibus* (1815); existe trad. port. de MIGUEL PINTO DE MENESES, BMJ 168 (1967), 27-165, 170 (1967), 89-134 e 171 (1967), 69-168 (o Livro IV — *Das obrigações e acções*).

¹²⁵ Um apanhado no nosso *Da responsabilidade civil* cit., 447; também LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 54-55.

¹²⁶ PASCOAL DE MELLO, *Instituições de Direito civil* cit., BMJ 168, 37.

¹²⁷ PASCOAL DE MELLO, *Instituições de Direito criminal português / Livro único*, trad. de MIGUEL PINTO DE MENESES, BMJ 155 (1966), 43-202 (56).

Pascoal de Mello escreveu originalmente em português. A sua obra foi publicada em latim por, na época (finais do século XVIII), se ter entendido que isso asseguraria uma maior divulgação. Quanto ao conteúdo, mormente no que respeita às obrigações, Mello actualizou, em função do Direito do seu tempo, designadamente das Ordenações, as proposições do Direito romano: é o nosso *usus modernus pandectarum*. É detectável um estilo menos agudo do que o dos jus-racionalistas do século XVIII, o que coloca Mello mais próximo da jurisprudência elegante do *mos gallicum*.

Adoptadas no ensino durante muitas gerações¹²⁸, as *Instituições* de Pascoal de Mello estiveram na base de todo o progresso ulterior.

II. Na sequência de Pascoal de Mello, Manuel de Almeida e Sousa (conhecido como Lobão) (1744-1817), elaborou uma obra extensa, apresentada como *Notas a Mello*¹²⁹. Infelizmente, ela não chegaria ao livro IV, relativo às obrigações. Todavia, Lobão produziu outros escritos, com relevo para o seu tratado sobre avaliações e danos, com o que integra a lacuna importante da responsabilidade civil¹³⁰. Publicou, ainda, diversos títulos sobre temas variados da área contratual¹³¹.

III. A primeira figura-chave da pré-codificação de Seabra foi Corrêa Telles¹³². Este Autor teve o papel importante de divulgar, em língua portuguesa, os grandes nomes da pré-codificação francesa: Domat (1625-1696)¹³³ e Pothier (1699-1772)¹³⁴.

¹²⁸ Vide o nosso *Teoria geral do Direito civil / Relatório* (1988), 104-105, indicando obras ulteriores que se desenvolveram a partir de PASCOAL DE MELLO, com destaque para LOBÃO e para LIZ TEIXEIRA.

¹²⁹ MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, de *Lobão, Notas de uso pratico e criticas, addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struivio, sobre todos os titulos, e todos os §§ do Livro primeiro das Instituições de Direito Civil Lusitano do Doutor Pascoal José de Mello Freire*, ed. Imprensa Nacional (1847-1854).

¹³⁰ MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, de *Lobão, Tratado Practico das Avaliações e dos Damnos* (1826), 231 pp..

¹³¹ Assim, MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, de *Lobão, Tractado das obrigações reciprocas que produzem acções civis* (1828), 508 pp.; vide, com mais elementos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 57-58.

¹³² JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES (1780-1849); vide elementos no nosso *Teoria geral / Relatório*, 107-108.

¹³³ JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Theoria da interpretação das leis / Ensaio sobre a natureza do censo consignativo* (1845; há ed. de 1815, 1824 e 1838), onde traduz, com anotações, a introdução de JEAN DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*.

¹³⁴ JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, trad. de POTHIER, *Tratado das obrigações pessoais, e reciprocas nos pactos, contratos, convenções, etc.*, 2 volumes (1835).

Além disso, elaborou o influente *Digesto Portuguez*, onde o tema das obrigações surge desenvolvido¹³⁵. Retemos, em títulos sucessivos:

- I — Disposições gerais;
- II — Da ignorância do direito;
- III — Dos direitos e obrigações reais e pessoais;
- IV — Dos direitos e obrigações condicionais;
- V — Dos direitos e obrigações modais ou causais;
- VI — Dos direitos e obrigações alternativas;
- VII — Dos direitos e obrigações solidárias;
- VIII — Dos direitos e obrigações indivisíveis;
- IX — Das obrigações de dar, fazer ou não fazer;
- X — Dos direitos e obrigações que derivam dos contratos;
- XI — Dos direitos e obrigações acessórios;
- XII — Dos direitos e obrigações que derivam dos delitos, ou quase-delitos;
- (...)
- XV — Dos modos de provar os direitos e obrigações;
- XVI — Dos modos de fazer cessar os direitos e obrigações.

Estamos perante uma seriação familiar: quiçá actual. Corrêa Telles apoia-se no Código francês e procede a frequentes remissões para autores do *usus modernum* e para as Ordenações. Além disso, são colmatadas lacunas, enquanto começa a tomar forma uma parte geral das obrigações, contraposta aos diversos contratos. O sistema lusófono aproximava-se então do napoleónico, de cujo Código, além da arrumação geral, eram acolhidos muitos conceitos.

IV. A segunda figura-chave da pré-codificação lusófona foi Coelho da Rocha¹³⁶. Numa primeira fase, este Autor adoptou o esquema de Pascoal de Mello,

¹³⁵ JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez do Tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da Nação portuguesa para servir de subsídio ao «Novo Código Civil»* (3.ª ed.), 1849, reimp., 1909; há ed. de 1835 e 1840), 3 volumes; nos diversos volumes, vai variando o subtítulo; existe um suplemento: *Manual de Processo Civil*, como 4.º volume ao Digesto.

¹³⁶ MANOEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA (1793-1850); *vide* elementos biográficos e bibliográficos no nosso *Teoria geral / Relatório*, 110 ss. e com LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 72 ss..

procurando actualizá-lo através de referências a Pothier, a Mackeldey, a Gustav Hugo e a Corrêa Telles¹³⁷.

Todavia, em 1843-1844, Coelho da Rocha faz uma importante inversão e passa a adoptar o sistema de F. Mackeldey, professor em Bona e autor de um Manual de Direito romano, traduzido em francês¹³⁸. Nessa base, elaborou as *Instituições de Direito civil*. Mackeldey optara pela classificação germânica, à qual aditara um título sobre o concurso de credores. Coelho da Rocha, seguindo esse esquema, acabou por transferir a matéria das obrigações para a parte geral¹³⁹.

É, pois, na parte geral que, depois de versar o Direito como «faculdade moral» e de expender noções gerais sobre pessoas, sobre coisas e sobre actos, que Coelho da Rocha vem tratar, sucessivamente:

- V — Das obrigações em geral;
- VI — Das perdas e interesses;
- VII — Das obrigações resultantes de actos ilícitos;
- VIII — Da extinção das obrigações;
- IX — Das acções e excepções.

Curiosamente: Coelho da Rocha tinha sistematicamente razão, ao incluir a responsabilidade civil na parte geral. Além disso, o desenvolvimento das rubricas integrava uma certa lacuna na doutrina lusófona: a relativa à responsabilidade civil, já colmatada por Lobão.

A matéria dos contratos em geral e dos contratos em especial ocorria no Livro III — *Dos direitos enquanto aos actos jurídicos*, da parte especial. Aí, após as disposições de última vontade, Coelho da Rocha tratava, sucessivamente:

- Secção 2.^a Dos contractos em geral e das transacções:
- Capítulo I — Dos contractos em geral;
- Capítulo II — Das transacções.

¹³⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. e loc. cit..

¹³⁸ F. MACKELDEY, *Manuel de Droit romain, contenant la théorie des institutions, précédée d'une introduction à l'étude du Droit romain*, trad. da 10.^a ed. alemã, de J. BEVING, 3.^a ed. (1846).

¹³⁹ Quanto aos sistemas de MACKELDEY e de COELHO DA ROCHA, vide o nosso *Teoria geral / Relatório*, 112-113 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 74-75.

Secção 3.^a Dos contractos gratuitos:

- Capítulo I — Das doações;
- Capítulo II — Do empréstimo;
- Capítulo III — Do depósito;
- Capítulo IV — Do mandato;
- Capítulo V — Da negotiorum-gestão.

Secção 4.^a Dos contractos onerosos:

- Capítulo I — Da compra e venda;
- Capítulo II — Da permutação;
- Capítulo III — Da locação-conducção;
- Capítulo IV — Da sociedade;
- Capítulo V — Dos contractos aleatórios;
- Capítulo VI — Dos contractos acessórios.

Deve sublinhar-se a actualidade por que são tratados muitos destes temas, sendo importante manter o conhecimento dos clássicos civilistas portugueses do século XIX.

16. O Código de Seabra

I. Na sequência de uma pré-codificação que preencheu três gerações de juristas, o Direito de fala portuguesa ficou maduro para uma primeira codificação. Ela foi levada a cabo por António Luiz de Seabra (o Visconde de Seabra)¹⁴⁰ autor do projecto adoptado, em 1867, como Código Civil. O projecto foi fonte de um debate vivo, sobretudo em torno do tema do casamento civil. No tocante às obrigações, área essencialmente técnica, pouco foi dito¹⁴¹.

¹⁴⁰ ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA (1798-1895); cf. MAXIMINO JOSÉ DE MORAES CORREIA / MANUEL DE ANDRADE, *Em memória do Visconde de Seabra*, BFD XXVIII (1952), 270-301, bem como o nosso *Teoria geral / Relatório*, 117 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 79 ss..

¹⁴¹ ANTÓNIO BANDEIRA DE NEIVA, *Observações sobre o projecto de Código Civil* (1861), 115 ss.; este Autor começa de modo demolidor, quanto aos *contractos em geral*:

A sua aprovação¹⁴² marcou a quebra da unidade formal de fontes do sistema lusófono de Direitos: o Brasil manteve, em vigor, as Ordenações.

II. O Código de Seabra é filho do seu tempo¹⁴³. Ele integra-se no sistema napoleónico, seja a nível de sistemática global, seja pelos princípios, seja, finalmente, em muitas das suas soluções.

Não foi, porém, uma integração servil. Ele beneficiou das críticas à ordenação napoleónica que, então, já ultrapassara o meio século. Além disso, tirou partido da pré-codificação portuguesa e da preparação filosófica do seu autor. Finalmente, o Código manteve linhas de continuidade com o Direito anterior, particularmente o Direito das Ordenações, de modo a concertar uma adaptação à cultura dos povos a que se aplicava.

III. Muito aplaudido¹⁴⁴, o sistema do Código de Seabra era o seguinte:

Parte I — Da capacidade civil:

Livro único (1.º a 358.º).

Parte II — Da aquisição dos direitos:

Livro I — Dos direitos originários e dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem (359.º a 640.º);

A epígrafe do capítulo promete muito; mas o capítulo não cumpriu a promessa: tudo ficou a desejar-se. Porém, na sequência, procede a um mero confronto de redacção com códigos estrangeiros; cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 79.

¹⁴² As vicissitudes da preparação e da aprovação do Código de Seabra podem ser confrontadas em: JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código civil portuguez annotado*, 1, 2.ª ed. (1894), V-X; GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito civil portuguez* — vol. I — *Parte geral* (1907), 22-25; ANTÓNIO JOSÉ TEIXEIRA D'ABREU, *Curso de Direito civil*, 1.º *Introdução* (1910), 378-382; JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito civil*, 1, 2.ª ed. (1929), 325-328; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil 1* (1929), 121-126, com muitos pormenores; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito civil (Noções fundamentais)* (1936-1937), 129-131; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil / Parte geral*, 4.ª ed. póstuma (1995), 116-118.

¹⁴³ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil português*, BFD XXXVII (1961), 138-160 e MÁRIO REIS MARQUES, *O liberalismo e a codificação do Direito civil em Portugal / Subsídios para a implantação em Portugal do Direito moderno* (1987), 147 ss. e 175 ss..

¹⁴⁴ Chegou a ser considerado como o mais racionalmente elaborado dos actuais; assim MONEVA, *apud* JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La ordenación sistemática del derecho civil* (1954), 48. *Vide*, ainda, CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil*, 4.ª ed. cit., 123: (...) não se podem negar ao nosso Código Civil nem o mérito da originalidade nem o rigor lógico na concepção do plano traçado pelo seu autor.

Livro II — Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente (641.º a 1722.º);

Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei (1723.º a 2166.º).

Parte III — Do direito de propriedade:

Livro único (2167.º a 2360.º).

Parte IV — Da ofensa dos direitos e da sua reparação (2361.º a 2538.º):

Livro I — Da responsabilidade civil;

Livro II — Da prova dos direitos e da restituição deles.

Na verdade: é patente a influência do Código Napoleão. Todavia, a arrumação racionalista vai mais longe, designadamente no modo de aquisição dos direitos.

IV. A matéria das obrigações surge, essencialmente, no Livro II, cujo conteúdo principiava pelo Título I — *Dos contractos e obrigações em geral*, que compreendia doze capítulos:

Capítulo I — Disposições preliminares (641.º a 643.º);

Capítulo II — Da capacidade dos contrahentes (644.º a 646.º);

Capítulo III — Do mutuo consenso (647.º a 668.º);

Capítulo IV — Do objecto dos contractos (669.º a 671.º);

Capítulo V — Das condições e clausulas dos contractos (672.º a 683.º);

Capítulo VI — Da interpretação dos contractos (684.º e 685.º);

Capítulo VII — Da forma externa dos contractos (686.º);

Capítulo VIII — Da rescisão dos contractos (687.º a 701.º);

Capítulo IX — Dos efeitos e cumprimento dos contractos (702.º a 817.º)¹⁴⁵;

¹⁴⁵ Incluindo oito secções: I — Disposições geraes; II — Da prestação de factos; III — Da prestação de cousas; IV — Da prestação como alternativa; V — Do logar e do tempo da prestação; VI — Das pessoas que podem fazer a prestação, e das pessoas a quem deve ser feita; VII — Da proposta de pagamento e da consignação em depósito; VIII — Da compensação; IX — Da sub-rogação; X — Da cessão; XI — Da confusão de direitos e de obrigações; XII — Da novação; XIII — Do perdão e da renuncia.

- Capítulo X — Da caução ou garantia dos contractos (818.º a 1029.º)¹⁴⁶;
Capítulo XI — Dos actos e contractos celebrados em prejuízo de terceiro (1030.º a 1045.º);
Capítulo XII — Da evicção (1046.º a 1055.º).

Esta matéria tem uma certa correspondência no Livro III (Diversas maneiras de adquirir a propriedade), Título III (Dos contratos ou das obrigações convencionais em geral (artigos 1101.º a 1369.º) do Código Napoleão sem, todavia, lhe equivaler.

Seguia-se um Título II — *Dos contractos em particular*, que abrangia:

- Capítulo I — Do casamento (1056.º a 1239.º);
Capítulo II — Do contracto de sociedade (1240.º a 1318.º);
Capítulo III — Do mandato ou procuradoria (1319.º a 1369.º);
Capítulo IV — Do contracto de prestação de serviços (1370.º a 1451.º)¹⁴⁷;
Capítulo V — Das doações (1452.º a 1506.º);
Capítulo VI — Do empréstimo (1507.º a 1536.º)¹⁴⁸;
Capítulo VII — Dos contractos aleatorios (1537.º a 1543.º);
Capítulo VIII — Do contracto de compra e venda (1544.º a 1591.º);
Capítulo IX — Do escambo ou troca (1592.º a 1594.º);
Capítulo X — Do contracto de locação (1595.º a 1635.º);
Capítulo XI — Da usura (1636.º a 1643.º);
Capítulo XII — Da renda ou censo consignativo (1644.º a 1652.º);
Capítulo XIII — Do contracto de empraçamento (1653.º a 1705.º);
Capítulo XIV — Do censo reservativo (1706.º a 1709.º);
Capítulo XV — Da transacção (1710.º a 1721.º);
Capítulo XVI — Do registo de transmissão do bem e direitos immobiliarios (1722.º).

¹⁴⁶ Abrangendo quatro secções: I — Fiança; II — Penhor; III — Consignação de rendimentos; IV — Dos privilegios creditorios e das *hypothecas*; a propósito das *hypothecas* surgia uma subsecção VII, relativa ao registo predial, de grande relevo.

¹⁴⁷ Abarcando, em oito secções, o serviço doméstico, o serviço salariado, as empreitadas, as artes e profissões liberais, a recovagem, barcagem e alquilaria, a albergaria ou pousada, a aprendizagem e o depósito.

¹⁴⁸ Subdividido em *commodato* e *mutuo*.

A correspondência com o Código Napoleão é menor; este diploma não agrupa, de resto, os contratos em particular. Qual o critério? Menezes Leitão suscita a hipótese de os contratos se arrumarem em função da intensidade decrescente dos sacrifícios exigidos às partes no contrato¹⁴⁹. Parece, todavia, que há uma certa despersonalização crescente: máxima no casamento, baixando na sociedade, no mandato, na prestação de serviços, na doação, no empréstimo e nos contratos aleatórios: todos eles, contudo, com elementos *intuitu personae*. Depois surgiam os contratos onerosos, despersonalizados, da compra e venda à transacção.

No Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei, surge, ainda, como objecto do Direito das obrigações:

Título I — Da gestão de negócios (1723.º a 1734.º).

O Título I era relativo às sucessões.

Na Parte IV — Da offensa dos direitos e da sua reparação, tinham, por fim:

Livro I — Da responsabilidade civil (2361.º a 2403.º).

Esse livro compreendia uma série de subdivisões, que consideraremos oportunamente.

V. A sistemática do Código de Seabra era linguisticamente inoperacional. Não vemos como propor, num plano de estudos, uma disciplina chamada «dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente» ou como escrever um «Manual dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei». O cérebro humano tem de colocar, na base, conceitos simples: um fenómeno válido para pedagogos, para legisladores e para cientistas.

A arrumação da matéria, no tocante às obrigações, não era a ideal, por se encontrar dispersa: nada de inultrapassável. Ainda quanto às obrigações, o maior

¹⁴⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 81-82, nota 343.

óbice era o da responsabilidade civil: muito incipiente, sobretudo à medida que a revolução industrial veio exigir novas esferas de imputação de danos.

VI. O Código de Seabra foi recebido com alguma frieza pela doutrina: não havia obras explicativas. Das críticas falaremos a propósito do Código Civil de 1966. Quanto a vantagens:

- o Código de Seabra traduziu um aperfeiçoamento no português jurídico, sedimentando conceitos e acepções antes ambivalentes ou imprecisos;
- em geral, o Código conservou as soluções territorialmente mais adequadas¹⁵⁰; manteve uma continuidade com o que de bom havia no Direito anterior;
- o Código permitiu um tratamento tecnicamente mais avançado, das obrigações;
- o Código constituiu um bom instrumento pedagógico.

O Código de Seabra facultou a viragem para o pandectismo: à sua luz desabrochou a Ciência do Direito.

VII. O Código de Seabra foi, também nas obrigações, seguido por um período exegético: tratava-se, quanto ao estudo e ao ensino do Direito, de o ler em profundidade, explicando as palavras, as conexões e o alcance efectivo. O próprio Código passou a consistir o texto base do ensino do Direito civil português¹⁵¹.

¹⁵⁰ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Anotado* cit., 1, 2.^a ed., XVII, exprime-se nestes termos:

Porém, quanto á doutrina não produziu o código civil, como tem acontecido n'outros paizes, revolução profunda nos costumes dos povos e nas suas aspirações sociaes. N'alguns paizes as disposições liberaes da legislação civil têm servido mais ao progresso das instituições politicas, do que os mais avançados capitulos das constituições democraticas.

Entre nós não succedeu o mesmo. O *fundo* do nosso direito civil resentia-se já das idéas liberaes, que foram sempre typo e característico do povo portuguez.

O código pois, se fez alteração importante no direito velho, não creou uma revolução nos nossos habitos e costumes, porque as innovações que estabeleceu representam a aspiração dos povos, as reclamações dos nossos habitos e costumes, e as opiniões dos nossos praxistas sustentadas desde largos annos.

¹⁵¹ Vide em LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 87 ss., notas 359 ss., as competentes indicações.

Não é possível, numa área jurídico-científica como o Direito das obrigações, construir do geral para o especial. Os numerosos problemas e os diversíssimos institutos devem ser aprofundados por si, um por um, de modo a permitir uma apreensão dogmática; só depois se tornam possíveis as grandes sínteses. O Direito português das obrigações tinha, assim, de ser aprofundado na periferia.

17. A recepção do pandectismo

I. Nos finais do século XIX, o Direito português integrava-se no sistema napoleónico de Direito. O esquema geral do Código de Seabra aproximava-se do de Napoleão; o método dominante era o da exegese: diversos institutos seguiam o figurino francês; a cultura geral do País era moldada pelos «caixotes de civilização» (Eça de Queirós) de Além-Pirinéus; finalmente, a língua francesa era, por excelência, a língua académica.

Todavia, desenvolvia-se, nos centros universitários alemães, uma nova Ciência do Direito. Assente nos *digesta*, ela aprofundava, reescrevia e sistematizava os diversos institutos, conseguindo soluções mais diferenciadas e melhor adaptadas aos problemas. A partir de 1850, a doutrina do Brasil foi pioneira, no sentido de, na produção alemã, procurar inspiração para uma reforma aprofundada da Ciência Jurídica civil¹⁵².

II. Um primeiro esforço fora já levado a cabo por Coelho da Rocha. Este Autor, como vimos, ao adoptar a sistematização civil de Mackeldey, deu os passos pioneiros no sentido da reorganização do Direito lusófono. Falta, porém, uma redogmatização do tecido civil, com especial focagem nas áreas mais sensíveis à Ciência do Direito: a parte geral e as obrigações.

¹⁵² O cenário de uma influência doutrinária brasileira na Faculdade de Direito de Coimbra dos finais do séc. XIX e, em especial, no pensamento renovador de GUILHERME MOREIRA deve ser investigado e confirmado.

O contributo decisivo ficou a dever-se a Guilherme Moreira^{153 154}. Do lado de lá do Atlântico, um movimento paralelo fora levado a cabo por Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) que, confrontado com a complexidade das leis civis brasileiras, então existente, preparou uma consolidação já numa base pandectística¹⁵⁵. Essa orientação reflectir-se-ia nos juristas subseqüentes e, designadamente, em Clóvis Beviláqua, pai do Código Civil brasileiro de 1916¹⁵⁶.

Em traços muito largos, podemos dizer, com especial interesse para a área do Direito das obrigações, que a recepção do pandectismo se cifrou nos seguintes pontos:

- alteração das obras de referência e de consulta: passou-se de autores franceses a autores italianos e alemães;
- progressivo conhecimento do BGB alemão;
- redistribuição das matérias civis de acordo com a classificação germânica: parte geral, obrigações, reais, família e sucessões;
- arrumação, dentro das obrigações, das rubricas em função das obras pandectísticas;
- apuramento de uma parte geral das obrigações;
- acolhimento de diversos institutos desenvolvidos além-Reno;
- afinamento dogmático geral, com a introdução e o desenvolvimento de um pensamento analítico responsivo.

As inerentes novidades são visíveis na obra de Guilherme Moreira, particularmente no volume segundo — *Das obrigações* — das suas *Instituições do Direito civil português*¹⁵⁷.

¹⁵³ Cf. os nossos *Teoria geral / Relatório*, 131 ss., *A modernização do Direito civil I — Aspectos gerais* (2004), 37-39, e *Tratado I/1*, 3.ª ed., 111-112 e 127, bem como PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* (1995), 10 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 107-113.

¹⁵⁴ GUILHERME ALVES MOREIRA (1861-1922). Quanto a elementos biográficos e bibliográficos *vide* o nosso *Teoria geral / Relatório*, 131 ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 107 ss., com especial atenção às notas de rodapé.

¹⁵⁵ EUGEN BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, ZEuP 2004, 515-547 (527, 528 e 531): citamos este escrito pela curiosidade de documentar a afirmação à luz da literatura alemã; BUCHER (ob. cit., 538) vem admitir, às tantas, uma família hispano-portuguesa de Direito, no que nos parece um desconhecimento das realidades ibéricas e das suas projecções. Já em ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed. cit., 105-107, tal confusão não ocorre.

¹⁵⁶ *Infra*, n.º 20.

¹⁵⁷ De que existe uma pré-edição, de 1902/03 e a obra definitiva, de 1911, com 2.ª ed. póstuma, 1925.

IV. Mais importante do que a mudança de paradigma cultural e sistemático é o trabalho dogmático feito na periferia. Seja na sua obra central — as *Instituições* — seja em importantes trabalhos periféricos, como os estudos dedicados à responsabilidade civil¹⁵⁸ e à personalidade colectiva¹⁵⁹, Guilherme Moreira reformulou integralmente matérias inteiras, introduzindo outras antes desconhecidas. Estão, nessas condições, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, a gestão de negócios, os negócios unilaterais, o contrato em relação a terceiros, o enriquecimento sem causa e o modelo dualista ou analítico da responsabilidade civil.

V. A classificação germânica começara por ser criticada¹⁶⁰, enquanto o próprio ensino inovador deu azo a protestos¹⁶¹. Todavia, rapidamente o novo método foi acolhido no ensino, na lei¹⁶² e na Ciência Jurídica subsequente. Os diversos autores que se seguiram a Moreira vieram adoptar a nova geografia. Paralelamente, intensificou-se o acesso às literaturas italiana e alemã: quanto a esta, primeiro,

¹⁵⁸ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Observações à proposta de lei de 7 de Fevereiro de 1903, em que são interpretados alguns artigos do Código Civil*, RLJ 35 (1903), 513-522, 529-535, 561-569, 577-585, RLJ 36 (1903), 2-8, 17-22, 33-42, 49-55, 65-70, 81-86, 97-101, 129-132, 145-149, 161-165, 177-181, 193-197, 209-213, 224-228, 241-244, 257-260, 273-276, 289-292, 305-308, 321-324, RLJ 36 (1904), 353-356, 369-373, 385-389, 401-404, 417-421, 449-452, 465-468, 497-500, 513-517, 529-532, RLJ 37 (1904), 2-5, 17-20, 33-36, 65-68, 81-84, 97-100, 113-117, 129-132, 145-148, 161-164, 193-196, 209-212, 241-244, 256-260, 273-276, 289-292, 305-308, 321-324, 336-340, 353-360, 369-372, 385-388, 401-404 e RLJ 37 (1905), 417-420, 433-436, 449-452, 465-469, 481-484, 497-500 e 529-532; *Estudo sobre a responsabilidade civil*, RLJ 37 (1905), 561-564, RLJ 38 (1905), 2-5, 17-20, 33-36, 49-52, 65-68, 81-84, 96-100, 113-116, 129-131, 144-147, 177-179, 192-196, 209-212, 224-228, 257-259, 273-275, 305-308, 321-324, 337-340, 353-356, 356-369, 369-372 e 385-388, RLJ 38 (1906), 417-420, 433-436, 449-451, 465-468, 481-483, 513-515, 529-532, 545-548 e 561-564, RLJ 39 (1906), 2-5, 17-19, 33-36, 49-52, 81-84, 97-99, 113-115, 145-147, 161-164, 193-196, 225-228, 257-259, 289-191, 305-308, 337-339, 353-356, 369-371, 385-388, 401-404 e 417-420 e RLJ 39 (1907), 449-452, 465-468, 481-483, 513-516, 545-547, 577-579 e 609-612, com extractos em BFD LIII (1977), 391-554.

¹⁵⁹ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Da personalidade colectiva*, RLJ 40 (1907) 385-388, 401-403 e 433-436, RLJ 41 (1908), 449-451, 465-467, 481-483, 513-515, 545-547, 577-579, 593-595, 609-611 e 641-644, RLJ 41 (1908), 2-4, 15-19, 33-35, 49-51, 81-83, 97-99, 129-131, 145-147, 177-179, 193-195, 225-227, 241-243, 257-260, 289-291, 305-307, 321-323, 337-339, 353-355, 368-371, 385-387 e 401-404, RLJ 41 (1909), 433-435, 449-451, 465-467, 497-500, 513-515, 529-532, 545-547, 561-563, 577-579, 593-595 e 609-611 e RLJ 42(1909), 2-4, 17-19, 33-35, 49-51, 65-68, 81-84, 97-99, 113-115, 129-131, 145-163, 193-195, 225-227 e 257-259.

¹⁶⁰ ABEL PEREIRA DE ANDRADE, *Commentario ao Código Civil Português (Artt. 359.º e segg.) / Moldado nas preleções do exmo. sr. dr. Sanches da Gama, lente da sexta cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, I (1895), CXXXIV e CXXXV e ANTÓNIO JOSÉ TEIXEIRA DE ABREU, *Curso de Direito civil — vol. I — Introdução* (1910), 372.

¹⁶¹ ANTUNES VARELA, *Discurso proferido no centenário do Dr. Guilherme Alves Moreira*, BFD XXXVII (1961), 199-204 (203) e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações cit.*, 109-110, nota 451.

¹⁶² Decreto 8:578, de 18-Abr.-1923, DG I Série, n.º 8, de 12-Jan.-1923, 51-64.

através de traduções francesas e italianas e, depois, directamente, à medida que se difundia, nos meios universitários, o hábito de ler em alemão.

A recepção do pandectismo não foi total. Em muitos institutos mantiveram-se elementos da cepta tradicional e, ainda, factores de origem napoleónica. Digamos que se obteve uma nova síntese: mas com um centro de gravidade claramente romano-germânico.

18. O Código Vaz Serra (1966)

I. O Direito civil ficou irreconhecível, em cerca de meio século: o ensino na base pandectística, tecnicamente mais aperfeiçoado e mais eficaz, levou a que, num período historicamente curto, a Ciência Jurídica basculasse para o sistema romano-germânico. O movimento foi, de resto, facilitado pelo Código Civil brasileiro, de 1916, de clara inspiração alemã.

Punha-se, agora, a questão: valeria a pena fazer um novo Código Civil? A resposta não era inelutável: o Código de Seabra permitira a recepção de um pandectismo e o seu desabrochar, em síntese nacional. Logo, ele não era impedimento à nova Ciência, então dominante. Todavia, a elaboração de um novo código civil sempre seria um ensejo para reponderar muita matéria, acertando o passo da lei pelo da História e permitindo reformas sectoriais. Além disso, a revisão do Código Civil inscrever-se-ia na obra reformadora do Estado Novo, sendo apresentada como mais um feito desse regime.

II. A reforma foi desencadeada por Adriano Vaz Serra, em 1944: professor de Direito das obrigações entre 1926 e 1937¹⁶³ e Ministro da Justiça em 1944, altura em que o Decreto n.º 33:908, de 4 de Setembro desse mesmo ano¹⁶⁴, determinou

¹⁶³ Quanto ao ensino de VAZ SERRA vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 150-153. Ficaram lições, organizadas por alunos: AFONSO LEITE DE SAMPAIO/ALBERTO LOPES MADEIRA/EDUARDO MARTINS MANSO, *Direito Civil Português / Das obrigações (de harmonia com as prelecções do Ex.mo Senhor Doutor Adriano Vaz Serra ao curso do 1.º ano jurídico de 1929-1930)* (1930) e MÁRIO AUGUSTO DA CUNHA, *Direito civil português / Das obrigações* (1935).

¹⁶⁴ DG I Série, n.º 196, de 4-Set.-1944, 830-836; vide ADRIANO VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil / Alguns factos e comentários*, BMJ 2 (1947), 24-76 = BFD 22 (1947), 451-513.

que se procedesse à reforma. Subsequentemente, Vaz Serra deixou o Governo para presidir à comissão de reforma, tendo ficado incumbido do projecto na área do Direito das obrigações¹⁶⁵.

III. No âmbito da preparação do Código Civil, Vaz Serra elaborou, precisamente para o Direito das obrigações, um conjunto de estudos que, ainda hoje, asseguram uma cobertura única da matéria.

Apesar da extensão, cumpre dar conta dos temas estudados por Vaz Serra, no domínio do Direito das obrigações e com vista à preparação do que seria o Código Civil de 1966. Assim:

1. *Compensação*¹⁶⁶;
2. *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*¹⁶⁷;
3. *Sub-rogação nos direitos do credor*¹⁶⁸;
4. *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou de penhor*¹⁶⁹;
5. *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*¹⁷⁰;
6. *Consignação em depósito, venda da coisa devida e exoneração do devedor por impossibilidade da prestação resultante de circunstância atinente ao credor*¹⁷¹;
7. *Confusão*¹⁷²;
8. *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*¹⁷³;
9. *Cessão de créditos ou de outros direitos*¹⁷⁴;

¹⁶⁵ Quanto à preparação do Código Vaz Serra vide o nosso *Tratado I/1*, 3.^a ed., 128 ss..

¹⁶⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Compensação*, BMJ 31 (1952), 13-209.

¹⁶⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, BMJ 34 (1953), 5-212.

¹⁶⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Sub-rogação nos direitos do credor*, BMJ 37 (1953), 5-66.

¹⁶⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou de penhor*, BMJ 39 (1953), 5-24.

¹⁷⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, BMJ 39 (1953), 25-57.

¹⁷¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Consignação em depósito, venda da coisa devida e exoneração do devedor por impossibilidade da prestação resultante de circunstância atinente ao credor*, BMJ 40 (1954), 5-192.

¹⁷² ADRIANO VAZ SERRA, *Confusão*, BMJ 41 (1954), 17-55.

¹⁷³ ADRIANO VAZ SERRA, *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*, BMJ 43 (1954), 5-98.

¹⁷⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BMJ, número especial (1955), 5 ss. = BFD, vol. XXX (1954), 191-399, e vol. XXXI (1955), 190-365.

10. *Mora do credor*¹⁷⁵;
11. *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*¹⁷⁶;
12. *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*¹⁷⁷;
13. *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes*¹⁷⁸;
14. *Mora do devedor*¹⁷⁹;
15. *Cessão da posição contratual*¹⁸⁰;
16. *Lugar da prestação*¹⁸¹;
17. *Tempo da prestação — Denúncia*¹⁸²;
18. *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*¹⁸³;
19. *Obrigações pecuniárias*¹⁸⁴;
20. *Obrigações naturais*¹⁸⁵;
21. *Obrigações genéricas*¹⁸⁶;
22. *Obrigações alternativas. Obrigações com faculdade alternativa*¹⁸⁷;
23. *Obrigações de juros*¹⁸⁸;
24. *Penhor*¹⁸⁹;
25. *Títulos de crédito*¹⁹⁰;

¹⁷⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do credor*, número especial (1955), 375 ss..

¹⁷⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, BMJ 46 (1955), 5-152.

¹⁷⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ 47 (1955), 5-97.

¹⁷⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes*, BMJ 47 (1955), 98-126.

¹⁷⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do devedor*, BMJ 48 (1955), 5-317.

¹⁸⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão da posição contratual*, BMJ 49 (1955), 5-30.

¹⁸¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Lugar da prestação*, BMJ 50 (1955), 5-48.

¹⁸² ADRIANO VAZ SERRA, *Tempo da prestação — Denúncia*, BMJ 50 (1955), 49-211.

¹⁸³ ADRIANO VAZ SERRA, *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*, BMJ 51 (1955), 29-229.

¹⁸⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*, BMJ 52 (1956), 5-228.

¹⁸⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações naturais*, BMJ 53 (1956), 5-171.

¹⁸⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações genéricas*, BMJ 55 (1956), 5-59.

¹⁸⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações alternativas. Obrigações com faculdade alternativa*, BMJ 55 (1956), 61-158.

¹⁸⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de juros*, BMJ 55 (1956), 159-170.

¹⁸⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ 58 (1956), 17-293 e 59 (1956), 13-268.

¹⁹⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Títulos de crédito*, BMJ 60 (1956), 5-350 e 61 (1956), 5-364.

26. *Hipoteca*¹⁹¹;
27. *Privilégios*¹⁹²;
28. *Direito de retenção*¹⁹³;
29. *Consignação de rendimentos*¹⁹⁴;
30. *Gestão de negócios*¹⁹⁵;
31. *Excepção de contrato não cumprido*¹⁹⁶;
32. *Pena convencional*¹⁹⁷;
33. *Culpa do devedor ou do agente*¹⁹⁸;
34. *Resolução do contrato*¹⁹⁹;
35. *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*²⁰⁰;
36. *Pluralidade de devedores ou de credores*²⁰¹;
37. *Fiança e figuras análogas*²⁰²;
38. *Novação*²⁰³;
39. *Expromissão*²⁰⁴;
40. *Promessa de liberação e contrato a favor do credor*²⁰⁵;
41. *Delegação*²⁰⁶;
42. *Assunção de dívida (Cessão de dívida sucessão singular na dívida)*²⁰⁷;
43. *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*²⁰⁸;

¹⁹¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Hipoteca*, BMJ 62 (1957), 5-356 e 63 (1957), 193-396.

¹⁹² ADRIANO VAZ SERRA, *Privilégios*, BMJ 64 (1957), 41-339.

¹⁹³ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito de retenção*, BMJ 65 (1957), 103-259.

¹⁹⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Consignação de rendimentos*, BMJ 65 (1957), 263-316.

¹⁹⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Gestão de negócios*, BMJ 66 (1957), 45-282.

¹⁹⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Excepção de contrato não cumprido*, BMJ 67 (1957), 17-183.

¹⁹⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ 67 (1957), 185-243.

¹⁹⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68 (1957), 13-151.

¹⁹⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ 68 (1957), 153-291.

²⁰⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ 68 (1957), 293-385.

²⁰¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Pluralidade de devedores ou de credores*, BMJ 69 (1957), 37-352 e 70 (1957), 5-240.

²⁰² ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71 (1957), 19-331.

²⁰³ ADRIANO VAZ SERRA, *Novação*, BMJ 72 (1958), 5-75.

²⁰⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Expromissão*, BMJ 72 (1958), 77-81.

²⁰⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Promessa de liberação e contrato a favor do credor*, BMJ 72 (1958), 83-95.

²⁰⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Delegação*, BMJ 72 (1958), 97-187.

²⁰⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Assunção de dívida (Cessão de dívida sucessão singular na dívida)*, BMJ 72 (1958), 189-257.

²⁰⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, BMJ 72 (1958), 259-305.

44. *Cessão de bens aos credores*²⁰⁹;
45. *Realização coactiva da prestação (Execução) (Regime civil)*²¹⁰;
46. *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdo e requisitos*²¹¹;
47. *Promessa pública*²¹²;
48. *Efeitos dos contratos (Princípios gerais)*²¹³;
49. *Responsabilidade patrimonial*²¹⁴;
50. *Contrato-promessa*²¹⁵;
51. *Obrigação de preferência (Pacto de preferência ou de opção)*²¹⁶;
52. *Obrigações — Ideias preliminares gerais*²¹⁷;
53. *Fontes das obrigações — O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações*²¹⁸;
54. *Fixação de prazo*²¹⁹;
55. *Exibição de coisas ou documentos*²²⁰;
56. *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*²²¹;
57. *Obrigação de prestação de contas e outras obrigações de informação*²²²;
58. *Contrato para pessoa a nomear*²²³;
59. *Obrigação de reembolso de despesas (ou benfeitorias) e «ius tollendi»*²²⁴;

²⁰⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Cessão de bens aos credores*, BMJ 72 (1958), 307-325.

²¹⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação (Execução) (Regime civil)*, BMJ 73 (1958), 31-394.

²¹¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdo e requisitos*, BMJ 74 (1958), 15-283.

²¹² ADRIANO VAZ SERRA, *Promessa pública*, BMJ 74 (1958), 285-331.

²¹³ ADRIANO VAZ SERRA, *Efeitos dos contratos (Princípios gerais)*, BMJ 74 (1958), 333-368.

²¹⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, BMJ 75 (1958), 5-410.

²¹⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato-promessa*, BMJ 76 (1958), 5-129.

²¹⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de preferência (Pacto de preferência ou de opção)*, BMJ 76 (1958), 131-289.

²¹⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações — Ideias preliminares gerais*, BMJ 77 (1958), 5-125.

²¹⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Fontes das obrigações — O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações*, BMJ 77 (1958), 127-219.

²¹⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Fixação de prazo*, BMJ 77 (1958), 221-225.

²²⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Exibição de coisas ou documentos*, BMJ 77 (1958), 227-251.

²²¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, BMJ 79 (1958), 105-148.

²²² ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de prestação de contas e outras obrigações de informação*, BMJ 79 (1958), 149-161.

²²³ ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato para pessoa a nomear*, BMJ 79 (1958), 163-199.

²²⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de reembolso de despesas (ou benfeitorias) e «ius tollendi»*, BMJ 80 (1958), 13-51.

60. *Obrigação de restituição*²²⁵;
61. *Obrigações de sujeito indeterminado*²²⁶;
62. *Contrato de modificação ou de substituição da relação obrigacional*²²⁷;
63. *Responsabilidade do albergueiro, etc., pelas coisas introduzidas no albergue, etc.*²²⁸;
64. *Reclamação judicial*²²⁹;
65. *Enriquecimento sem causa*²³⁰;
66. *Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*²³¹;
67. *Reparação do dano não patrimonial*²³²;
68. *Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção*²³³;
69. *Causas justificativas do facto danoso*²³⁴;
70. *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*²³⁵;
71. *Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)*²³⁶;
72. *Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações*²³⁷;
73. *Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades*²³⁸;

²²⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de restituição*, BMJ 80 (1958), 53-85.

²²⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de sujeito indeterminado*, BMJ 80 (1958), 87-99.

²²⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Contrato de modificação ou de substituição da relação obrigacional*, BMJ 80 (1958), 101-135.

²²⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade do albergueiro, etc., pelas coisas introduzidas no albergue, etc.*, BMJ 80 (1958), 137-185.

²²⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Reclamação judicial*, BMJ 80 (1958), 187-202.

²³⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Enriquecimento sem causa*, BMJ 81 (1958), 5-245 e 82 (1959), 5-289.

²³¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, BMJ 83 (1959), 5-67.

²³² ADRIANO VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ 83 (1959), 69-109.

²³³ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção*, BMJ 84 (1959), 5-303.

²³⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Causas justificativas do facto danoso*, BMJ 85 (1959), 13-113.

²³⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ 85 (1959), 115-241.

²³⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMJ 85 (1959), 243-343.

²³⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações*, BMJ 85 (1959), 345-360.

²³⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades*, BMJ 85 (1959), 361-380.

74. *Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância*²³⁹;
75. *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*²⁴⁰;
76. *Responsabilidade pelos danos causados por animais*²⁴¹;
77. *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*²⁴²;
78. *Conculpabilidade do prejudicado*²⁴³;
79. *Prescrição do direito de indemnização*²⁴⁴;
80. *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras*²⁴⁵;
81. *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*²⁴⁶;
82. *União de contratos. Contratos mistos*²⁴⁷;
83. *Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal*²⁴⁸;
84. *Requisitos da responsabilidade civil*²⁴⁹;
85. *Responsabilidade pelos danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás e por produção e emprego de energia nuclear*²⁵⁰;
86. *Algumas questões em matéria de responsabilidade civil*²⁵¹;
87. *Garantia da evicção, dos vícios da coisa e dos ónus, na venda em execução*²⁵²;
88. *Algumas questões em matéria de fiança*²⁵³;

²³⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância*, BMJ 85 (1959), 381-444.

²⁴⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMJ 85 (1959), 446-519.

²⁴¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por animais*, BMJ 86 (1959), 21-101.

²⁴² ADRIANO VAZ SERRA, *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, BMJ 86 (1959), 103-129.

²⁴³ ADRIANO VAZ SERRA, *Conculpabilidade do prejudicado*, BMJ 86 (1959), 131-175.

²⁴⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Prescrição do direito de indemnização*, BMJ 87 (1959), 23-67.

²⁴⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras*, BMJ 88 (1959), 13-62.

²⁴⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*, BMJ 90 (1959), 5-322.

²⁴⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *União de contratos. Contratos mistos*, BMJ 91 (1959), 11-145.

²⁴⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal*, BMJ 91 (1959), 147-206.

²⁴⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade civil*, BMJ 92 (1960), 37-137.

²⁵⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás e por produção e emprego de energia nuclear*, BMJ 92 (1960), 139-157.

²⁵¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Algumas questões em matéria de responsabilidade civil*, BMJ 93 (1960), 5-79.

²⁵² ADRIANO VAZ SERRA, *Garantia da evicção, dos vícios da coisa e dos ónus, na venda em execução*, BMJ 95 (1960), 5-22.

²⁵³ ADRIANO VAZ SERRA, *Algumas questões em matéria de fiança*, BMJ 96 (1960), 5-99.

89. *Prescrição e caducidade*²⁵⁴;
90. *Provas (Direito probatório material)*²⁵⁵;
91. *Empreitada*²⁵⁶.

IV. Além de Vaz Serra, também Inocêncio Galvão Telles, Ferrer Correia e Pires de Lima deram o seu contributo às obrigações do novo Código.

Quanto a Inocêncio Galvão Telles, temos:

1. *Compra e venda e locação*²⁵⁷;
2. *Mandato*²⁵⁸;
3. *Aspectos comuns aos vários contratos*²⁵⁹;
4. *Contratos civis*²⁶⁰.

Ferrer Correia:

5. *Contrato de sociedade*²⁶¹.

Pires de Lima:

6. *Contrato de doação*²⁶².

²⁵⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Prescrição e caducidade*, BMJ 105 (1961), 5-248, 106 (1961), 45-278, e 107 (1961), 159-306; em BMJ 106, 45, o estudo passa a chamar-se *Prescrição extintiva e caducidade*, título que mantém em BMJ 107, 159.

²⁵⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito probatório material)*, BMJ 110 (1961), 61-256, 111 (1961), 5-194 e 112 (1962), 33-299.

²⁵⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, BMJ 145 (1965), 19-190 e 146 (1965), 33-247.

²⁵⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos contratos em especial — I e II (Compra e venda e locação)*, RFDUL V (1948), 173-230 = BMJ 13 (1949), 5-51.

²⁵⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Mandato (Anteprojecto de um capítulo do futuro Código Civil português)*, BMJ 16 (1950), 38-46.

²⁵⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Aspectos comuns aos vários contratos / Exposição de motivos referente ao título do futuro Código Civil português sobre contratos em especial*, RFDUL VII (1950), 234-315 = BMJ 23 (1951), 18-91.

²⁶⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis. Exposição de motivos*, RFDUL IX (1953), 144-221 e X (1954), 161-245 = BMJ 83 (1959), 114-182.

²⁶¹ ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA/VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Do contrato de sociedade*, BMJ 104 (1961), 5-24.

²⁶² FERNANDO AUGUSTO PIRES DE LIMA, *Contrato de doação*, BMJ 104 (1961), 25-37.

V. O próprio Vaz Serra juntou, em publicação, os anteprojectos parcelares que preparara a propósito de cada um dos seus anteprojectos: um articulado imenso²⁶³. Do mesmo deu, à estampa, uma versão resumida²⁶⁴.

Seguiu-se uma «revisão ministerial»: levada a cabo por Antunes Varela, com o auxílio de Pires de Lima e, no plano linguístico, de Paulo Merêa²⁶⁵. A parte do Direito das obrigações foi publicada²⁶⁶. Seguiu-se nova «revisão ministerial»: a segunda, que apenas circulou copiografada²⁶⁷. O projecto final foi publicado em 1966²⁶⁸, sendo o Código Civil aprovado, pouco depois, pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966²⁶⁹: antecedido por brevíssima discussão pública²⁷⁰, que não relevou para o Direito das obrigações.

VI. A preparação do Código Civil ficou indelevelmente marcada pela obra de Vaz Serra. Não há, particularmente no domínio das obrigações, qualquer improviso possível, dada a densidade jurídico-científica subjacente. Os estudos de Vaz Serra seguem um método assaz sólido e uniforme: fazem o ponto da situação no Direito nacional e nos Direitos continentais europeus, com especial atenção ao alemão. Isto posto, de entre as várias soluções compaginadas, Vaz Serra escolhe a melhor. A aproximação ao Direito alemão era, assim, inevitável e, de um modo geral: salutar.

Mas de forma alguma (e ao contrário do que se verificou noutras experiências de recepção do BGB alemão) se poderá falar em tradução de textos. As soluções foram sempre reelaboradas à luz da Ciência e da tradição nacionais. O único senão foi a natureza muito alargada e pesada dos preceitos propostos por Vaz Serra: pretexto para que, nas revisões ministeriais, Antunes Varela alterasse

²⁶³ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações*, BMJ 98 (1960), 129-316, 99 (1960), 267-526, 100 (1960), 161-413 e 101 (1960), 163-403.

²⁶⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações* (versão resumida), BMJ 98 (1960), 13-128, 99 (1960), 27-265, 100 (1960), 17-159, e 101 (1960), 15-161. Citaremos este último articulado de acordo com a separata: *Direito das obrigações (com excepção dos contratos em especial) / Anteprojecto* (1960).

²⁶⁵ Vide JOÃO ANTUNES VARELA, *A elaboração do Código Civil*, em *A feitura das leis* 1 (1986), 17-34.

²⁶⁶ BMJ 119 (1962), 27-217 e 120 (1962), 19-162, com índice geral das obrigações, BMJ 120, 163-168.

²⁶⁷ Em Abril de 1965, o título relativo às *obrigações em geral*; em Junho de 1965, o título *Dos contratos em especial*.

²⁶⁸ *Projecto de novo Código Civil* (1966).

²⁶⁹ DG I Série, n.º 274, de 25-Nov.-1966, 1883-2086.

²⁷⁰ JOÃO ANTUNES VARELA, *Do projecto ao Código Civil* (1966) e *Código Civil*, Enc. Pólis 1 (1983), 929-944.

diversas propostas bem interessantes, substituindo-as (aí sim e por vezes) por traduções de preceitos do Código italiano de 1942.

VII. A crítica ao Código Civil de 1966 deve ser feita na Parte geral²⁷¹. No tocante às obrigações, para além das tardias incursões dos textos italianos, cabe referenciar uma certa desactualização doutrinária. O essencial dos textos doutrinários alemães que mais pesaram datava do período entre as duas Guerras.

Mas o próprio Código foi habilmente feito, de modo a não tolher o subsequente desenvolvimento da Ciência do Direito.

19. Evolução posterior

I. O Direito das obrigações é marcado pela estabilidade²⁷². Ele assenta em vínculos abstractos, concatenados, ao longo dos séculos, em esquemas de desenvolvimento constante. Os diversos institutos que nele se inserem têm conhecido um aperfeiçoamento intenso, sendo difícil encontrar novidades radicais na forma de os entender. A evolução é por vezes subtil e intervém apenas após um plano de especial aprofundamento: passa despercebido ao leigo ou, mesmo, ao jurista menos versado ou menos motivado para estes problemas.

O progresso do Direito das obrigações tem, assim, muito a ver com o sistema de exposição, com o modo por que é ensinado e pela informação que, sobre a matéria e os seus pontos, seja possível reunir.

II. O estudo do ensino do Direito das obrigações e o da sua evolução recente têm sido levados a cabo em sucessivos relatórios universitários²⁷³, com justo

²⁷¹ *Tratado I/1*, 3.^a ed., 130.

²⁷² JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações 1* (1980/81, reimp., 2001), 10 e MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.^a ed. (1966), 13.

²⁷³ Assim: JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações / Relatório*, apresentado a provas de agregação na Faculdade de Economia do Porto (1991); JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino do Direito das obrigações*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade de Coimbra (1995); LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações / Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade de Lisboa (2001); JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Direito das*

relevo para o de Menezes Leitão. Para os presentes propósitos, vamos tão-só retratar alguns tópicos.

No domínio do Direito das obrigações, o aparecimento do Código Civil de 1966 não provocou uma quebra tão grande como o sucedido noutras disciplinas, particularmente em Teoria geral do Direito civil²⁷⁴ e em Direitos reais²⁷⁵. De facto, houve aí uma continuidade mais marcada entre a doutrina anterior e a posterior ao Código Vaz Serra²⁷⁶. E isso por duas razões muito simples:

- a doutrina anterior, mormente por via dos esforços de Vaz Serra, já havia antecipado boa parte das novidades comportadas em 1966;
- o próprio Código continha potenciais que só passados 20 anos sobre a sua promulgação puderam ser aproveitados.

III. No período posterior a 1945, a doutrina obrigacionista começou a contar com as dezenas de extensos desenvolvimentos de Vaz Serra²⁷⁷. Autores de prestígio iluminaram áreas delicadas: pense-se em Pereira Coelho, no tocante à responsabilidade civil²⁷⁸ ou em Pessoa Jorge, no domínio do mandato²⁷⁹. No plano do ensino, dispúnhamos, antes de 1966, dos excelentes textos de Manuel de

*obrigações [Para um enquadramento do seu ensino no último quartel do século XX e no primeiro quinquénio do século XXI] / Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade Católica Portuguesa (2007); ANA PRATA, *Direito das obrigações / Relatório incluindo o programa, os conteúdos e os métodos de ensino e de avaliação da disciplina de Direito das obrigações*, apresentado ao concurso para professor associado, na Universidade Nova de Lisboa (2008).*

²⁷⁴ Vide o nosso *Teoria geral / Relatório*, 179 ss., onde propusemos, para o período subsequente a 1966, a «exegese germânica».

²⁷⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direitos Reais / Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino* (2009), 372 ss. e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais / Perspectiva histórica do seu ensino em Portugal* (2008), 151 ss., salientam a continuidade doutrinária e pedagógica entre a literatura de Direitos Reais antes e depois do Código; nós próprios já o havíamos afirmado. Todavia, assim é no campo das grandes opções. O discurso em si passou a reportar-se aos novos textos, com um nível de exegese ainda mais intenso do que o da parte geral; bastará recordar temas como o da posse/detenção. Ora nas obrigações, provavelmente pela obra de Manuel de Andrade e pela de Vaz Serra e pelo ensino mais alargado de Pessoa Jorge, nunca se chegou a tais extremos.

²⁷⁶ LUÍS MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações* cit., 193.

²⁷⁷ Citados *supra*, notas 165 a 255.

²⁷⁸ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Culpa do lesante e extensão da reparação*, RDES 1950, 68-87, *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, BFD/Supl. 9 (1951), 65-242 e *O problema da causa virtual na responsabilidade civil* (1955).

²⁷⁹ FERNANDO PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961).

Andrade²⁸⁰ e de Pereira Coelho²⁸¹: totalmente adaptados ao pensamento romano-germânico.

Paralelamente, a elaboração puramente nacional atingia um ponto alto com as investigações de Gomes da Silva²⁸², no domínio da dogmática básica das obrigações. Essas investigações tiveram, aliás, como base, o ensino de Paulo Cunha sobre a garantia nas obrigações²⁸³. Mesmo autores que, como Inocêncio Galvão Telles, não acediam, directamente, aos textos alemães, mantinham posturas actualizadas e asseguravam uma reflexão nacional própria, de nível elevado²⁸⁴.

IV. Em suma: o novo Código Civil não veio, mau grado o enorme passo jurídico-científico que representou, provocar aprofundadas remodelações de programas ou de dogmatizações obrigacionais. De todo o modo, após a sua publicação, todos os obrigacionistas se centraram nos seus textos, readaptando o discurso e procurando reconduzi-los aos quadros que já conheciam.

Neste sentido, mantemos que, após 1966, se assistiu a um efectivo surto de exegese, particularmente visível na obra monumental de Antunes Varela²⁸⁵.

Este Autor veio, numa exposição clara e extensa, explicar as soluções do Código Civil, com insistência nos pontos em que entendeu desviar-se de Vaz Serra. Para além disso, as obrigações de Varela caracterizam-se por uma escassa actualização (*summo rigore*, as publicações posteriores a 1966 eram

²⁸⁰ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed. (1966), já citado, que remonta às lições de 1951, como ele próprio explica no prefácio à 1.ª ed., de 1958.

²⁸¹ ABÍLIO NETO/MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Obrigações / Aditamentos à Teoria geral das obrigações*, de Manuel de Andrade, segundo as preleções do Doutor Pereira Coelho (1963/64).

²⁸² MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *Ensaio sobre o direito geral de garantia nas obrigações* (1939, reimp., 1965); *Conceito e estrutura da obrigação* (1943, reimp., 1971); *O dever de prestar e o dever de indemnizar I* (1944).

²⁸³ PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações / Apontamentos das aulas de Direito civil do 5.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa*, por EUDORO PAMPLONA CORTE-REAL, 2 volumes, 1938-1939 (364 pp. + 387 pp.).

²⁸⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed. (1965) e *Manual de Direito das obrigações* 1, 2.ª ed. (1965).

²⁸⁵ JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 1.ª ed. (1970), 809 pp., antecedidas por lições policopiadas. Temos: 2.ª ed., 1 (1973), 814 pp.; e 2 (1978), 425 pp.; os dois volumes passaram a ser editados em separado; quanto ao 1.º: 3.ª ed. (1980), 828 pp.; 4.ª ed. (1982), 866 pp.; 5.ª ed. (1986), 919 pp.; 6.ª ed. (1989), 931 pp.; 7.ª ed. (1991), 959 pp.; 8.ª ed. (1994), 977 pp.; 9.ª ed. (1996), 990 pp.; 10.ª ed. (2000), 962 pp., com diversas reimpressões; quanto ao 2.º: 3.ª ed. (1980), 417 pp.; 4.ª ed. (1990), 598 pp.; 5.ª ed. (1992), 606 pp.; 6.ª ed. (1995), 606 pp.; 7.ª ed. (1997), 612 pp., também com diversas reimpressões.

indiferentes) e pela preocupação de afastar tudo quanto contundisse com a visão mais imediata do Código Civil²⁸⁶. Varela não aceitava o diálogo com a doutrina nacional: embora a conhecesse e, sem a referir, a fosse rebatendo, a sua obra constitui uma autojustificação perante Vaz Serra e um desenvolvimento do Código Civil. As obrigações de Varela devem, de resto, ser lidas em estreita ligação com o também monumental Código Civil Anotado²⁸⁷.

De todo o modo, o saldo é positivo. Antunes Varela logrou disponibilizar muita matéria, tornando-a acessível aos seus leitores. Em compensação: prejudicou o recurso directo às fontes, essencial para a investigação.

Ainda na exegese subsequente a 1966, haverá que integrar o Direito das obrigações de Mário Júlio de Almeida Costa. Também elas nasceram da necessidade de, no imediato, explicar em texto o Código Civil. Vieram, depois, a alargar o seu âmbito²⁸⁸, acabando por acolher matéria não inferior à de Antunes Varela, embora apresentada em termos mais condensados. No confronto com este, Almeida Costa surge mais actualizado e mais sensível à doutrina circundante, embora não escondendo a ligação básica ao texto do Código Civil.

Esta linha mantém-se muito importante, até hoje, particularmente no ensino: através da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Católica de Lisboa, ela continua a formar metade dos nossos juristas.

²⁸⁶ Assim, as críticas à eficácia externa, às relações contratuais de facto, às cláusulas contratuais gerais e ao próprio abuso do direito, bem como muitas outras que iremos encontrar ao longo da exposição.

²⁸⁷ FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I (Artigos 1.º a 761.º), 1.ª ed. (1967), 261-596 e volume II (Artigos 762.º a 1250.º), 1.ª ed. (1968), 611 pp.; I, 2.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (s/d, mas 1979), 323-706 e II, 2.ª ed. (1981), 797 pp.; I, 3.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (1982), 345-751 e II, 3.ª ed., revista e actualizada (1986), 914 pp.; I, 4.ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA (1987), 794 pp. e II, 4.ª ed., revista e actualizada (1997), 938 pp..

²⁸⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 1.ª ed. (1968), 490 pp.; 3.ª ed. reformulada (1979), 833 pp.; 4.ª ed. remodelada (1984), 811 pp.; 5.ª ed. remodelada e actualizada (1991), 982 pp.; 6.ª ed. (1994), 1008 pp.; 7.ª ed. (1998), 1030 pp.; 8.ª ed. revista e aumentada (2000), 1060 pp.; 9.ª ed. (2001), 1070 pp.; 10.ª ed. reelaborada (2006), 1146 pp., 11.ª ed. (2008), 1146 pp. e 12.ª ed. (2009), 1146 pp.; das edições indicadas, diversas tiveram reimpressões.

V. A descolagem exegética adveio, paradoxalmente, de autores menos germanizados, como Inocêncio Galvão Telles²⁸⁹ e Fernando Pessoa Jorge²⁹⁰, mas que, todavia, acompanharam perfeitamente a elaboração do Código Civil, nela tendo participado. Galvão Telles revela um fino tacto jurídico e um alargado conhecimento dos problemas reais a que o Código vai aplicar-se. Deste modo, é frequente encontrarmos, no seu texto, respostas que obras bem mais desenvolvidas não comportam. Pessoa Jorge, embora em obra que não teve, infelizmente, sequência após 1974, veio remodelar o ensino das obrigações, dando-lhe um alcance mais reflexivo e mais crítico, que está na origem de toda a subsequente escola da Faculdade de Direito de Lisboa.

VI. Muito promissora foi ainda a linha obrigacionista que, de Manuel de Andrade a Pereira Coelho, passaria a Mota Pinto²⁹¹, a Rui de Alarcão²⁹², a Ribeiro de Faria²⁹³, a Baptista Machado²⁹⁴ e aos actuais obrigacionistas da Faculdade de Direito de Coimbra: Diogo Leite de Campos, Jorge Sinde Monteiro, António Pinto Monteiro, João Calvão da Silva, Joaquim Sousa Ribeiro e Paulo Mota Pinto. Na Faculdade de Direito do Porto, avulta Manuel Carneiro da Frada, sendo de referir, com muita atenção e apreço, na Escola de Direito da Universidade do Minho, Nuno Manuel Pinto Oliveira²⁹⁵.

VII. O Direito das obrigações constitui uma área de pesquisa, por excelência. Várias razões de fundo a tanto conduzem²⁹⁶. Neste momento dispomos de dezenas de monografias, em geral de nível elevado e que têm permitido aprofundar a

²⁸⁹ Dando continuidade às publicações anteriores, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES dá à estampa: 2.^a ed. (1979), 489 pp.; 3.^a ed. (1980), 445 pp.; 4.^a ed. (1982), 389 pp.; 5.^a ed. (1986), 485 pp.; 6.^a ed. (1989), 489 pp.; 7.^a ed. (1997), 485 pp..

²⁹⁰ FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito das obrigações* (1971-72, polic.), até à p. 256 e (1973-74), até à p. 288; e *Lições de Direito das obrigações* I (1966-67), 712 pp. e II (1966-69), 40 pp..

²⁹¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direito das obrigações*, por ENCARNAÇÃO CABRAL e JORGE DE AMORIM (1973, polic.), 360 pp., incompl..

²⁹² RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, por MÁRIO SOARES DE FREITAS, EMÍLIA DOS SANTOS RODRIGUES e MÁRIO JOSÉ GANDARELA (1975, polic.), 120 pp., incompl., e *Direito das obrigações*, por J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. C. PROENÇA (1983, polic.), 283 pp..

²⁹³ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações* I e II (1980/1981) e diversos escritos parcelares, referidos nos locais próprios.

²⁹⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, diversos escritos reunidos em *Obra dispersa*, 2 volumes (1991), referidos, também, nos locais próprios.

²⁹⁵ As obras destes Autores serão referidas nos locais próprios.

²⁹⁶ *Vide supra*, n.º 5.

dogmática obrigacionista. O panorama é radicalmente diverso do existente nos finais dos anos setenta, quando encetámos elaborar lições de Direito das obrigações.

Nos nossos dias, para além da necessidade de divulgar as evoluções mais recentes, põe-se a tarefa de gerir a vasta informação nacional disponível, ordenando, também com ela, uma exposição sistemática da matéria.

B — No Brasil

20. Aspectos gerais

I. O Direito brasileiro encetou, há dois séculos, uma via própria de aperfeiçoamento e de realização. Mantém, todavia, inúmeras ligações ao Direito português: históricas, pessoais, afectivas e, sobretudo, dogmáticas e linguísticas. Justifica-se, deste modo, a inclusão do Direito brasileiro, particularmente na área das obrigações, num grande sistema do Direito lusófono. Nas diversas rubricas iremos encontrando a similitude periférica que justifica, do nosso ponto de vista, esta orientação.

II. Na origem, devemos sublinhar que a Independência do Brasil, correspondendo, sem dúvida, à marcha da História e à aspiração do seu Povo, foi acordada a nível dinástico²⁹⁷. Aquando das invasões francesas, a Corte portuguesa transferiu-se para o Brasil. E enquanto durou a ocupação estrangeira da Metrópole, depois continuada com a presença britânica, a capital do Império Lusófono ficou em solo brasileiro. A Independência era já um facto. O herdeiro da Coroa portuguesa foi, depois, o primeiro Imperador do Brasil, tendo sido, ele próprio, a proclamar a independência. Não houve, ao contrário do sucedido na América de fala castelhana, nem uma ruptura, nem uma guerra de libertação. Os contactos entre o Brasil e Portugal mantiveram-se estreitos, após a Independência: muitos juristas do jovem País vinham formar-se em Coimbra, enquanto a emigração

²⁹⁷ Vide, em síntese, JOSÉ ANTÓNIO GONSALVES DE MELLO, *Brasil*, DHP I (1979), 373-382 e JOEL SERRÃO, *João VI*, DHP III (1979), 402-404 e *Pedro IV*, DHP V (1979), 35-39.

portuguesa para o Brasil se intensificou, multiplicando as famílias transatlânticas e assegurando a coesão cultural e linguística.

III. No campo do Direito privado, o Brasil independente conservou as leis do Reino, com relevo para as Ordenações de 1603 e, nomeadamente para o seu Livro IV: o menos desactualizável, porquanto votado às obrigações²⁹⁸. Vieram, sobre elas, acumular-se as leis dos Reis de Portugal e do Brasil, e as Leis do Império do Brasil, a que se seguiram as leis republicanas. Subsidiariamente aplicava-se o Direito romano, o costume e as leis das nações cultas, mantendo-se formalmente em vigor a Lei da Boa Razão²⁹⁹.

A situação era tão complexa que houve *consolidações* de inspiração privada, com relevo para a de Teixeira de Freitas³⁰⁰ e para a de Carlos de Carvalho³⁰¹. Havia que elaborar um Código, o qual fora, de resto, prometido por D. Pedro I, na Constituição de 25 de Março de 1822³⁰². Seguiram-se numerosas e movimentadas tentativas de levar a bom termo essa aspiração: sem êxito.

Num breve apanhado, sucedeu o seguinte. Em 22-Dez.-1858, o Ministro da Justiça (Nabuco de Araújo) contratou um jurisconsulto para a elaboração de um projecto: precisamente Teixeira de Freitas, que preparou um *Esboço*,

²⁹⁸ Vigoravam por força da Lei de 20-Out.-1823 (1.º), reforçada pelo artigo 83.º da Constituição Federal, em tudo o que implícita ou explicitamente não contrariasse o sistema do governo e os princípios nele consagrados.

²⁹⁹ Sobre toda esta matéria *vide* RICARDO FIÚZA (org.), *Novo Código Civil anotado* (2003), XVIII e a introdução de MANUEL PAULO MERÊA, *Código Civil Brasileiro Anotado* (1917), V ss.; recorde-se que PAULO MERÊA, professor em Coimbra e, depois, em Lisboa, foi um grande historiador do Direito e, também, um comparatista ilustre; é de retomar a sua tradição de estudos brasileiros, no País.

³⁰⁰ AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis* (1855), com 5.ª ed. (1915): 155 pp. de excelente introdução, seguidas por um articulado. A matéria tinha já um tratamento pandectístico, surgindo os contratos como direitos pessoais (artigos 342.º e ss.). O autor citava ORTOLAN e ZACHARIAE, para além dos clássicos. Quanto a TEIXEIRA DE FREITAS, M. A. DE SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas / Traços Biographicos* (1905).

³⁰¹ CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro: recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de Agosto de 1899* (1915), 708 pp., com larga introdução e com o sistema germânico, antecedendo os Direitos Reais e o Direito das obrigações (artigos 856.º a 1384.º).

³⁰² Artigo 179.º, § 18.º:

Organisar-se-há quanto antes um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade.

Vide SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA, *Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 2.ª ed. (1835), 84.

que não seguiu. Em 1872, foi disso incumbido o próprio Nabuco de Araújo, que veio a falecer. Em 1878, oferece-se Felício dos Santos para prosseguir, apresentando, passados três anos, uns *Apontamentos para o projecto do Código Civil Brasileiro*. O projecto ainda foi remetido, em 1882, à Câmara dos Deputados, mas sem êxito.

Em 1-Jul.-1889, constituiu-se uma comissão cujos membros assumiram as diversas partes do futuro Código: à semelhança do método seguido com o BGB e, em 1944, com o Código Vaz Serra. Em 1890, foi confiado a António Coelho Rodrigues (1896-1912) a organização do projecto. Este ficou concluído em 11-Jan.-1893³⁰³, mas foi rejeitado pelo Governo.

Por fim, em 1899, foi incumbido Clóvis Beviláqua, insigne professor do Recife, de preparar um novo projecto. Solidamente amparado em ricos conhecimentos civis e comparatísticos³⁰⁴, Clóvis Beviláqua, apresentou rapidamente o projecto que, após múltiplas vicissitudes, daria lugar ao Código Civil.

Entre os episódios sobrevindos que retardaram o projecto, temos o parecer da Comissão do Senado, subscrito pelo seu presidente, o célebre Ruy Barbosa³⁰⁵ que, em 3-Abr-1902, criticou fortemente o projecto, particularmente por razões linguísticas³⁰⁶.

Seguiu-se acesa polémica³⁰⁷.

O projecto final manteve-se, de todo o modo, obra de Clóvis Beviláqua. O Código foi aprovado em 1 de Janeiro de 1916, para entrar em vigor um ano depois.

³⁰³ ANTÓNIO COELHO RODRIGUES, *Projecto do código civil brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar* (1893), em 2734 artigos, concluído em Genebra e com uma clara filiação romano-germânica.

³⁰⁴ De CLÓVIS BEVILÁQUA, retomemos: *Resumo de Legislação comparada sobre o direito privado*, 2.^a ed. (1897), 296 pp., patenteando conhecimentos de Direito civil francês e alemão e isso ainda antes do BGB; *Theoria geral do Direito civil* (1908), 433 pp., com a bibliografia europeia do tempo; *Direito das obrigações*, 2.^a ed. (1910), 531 pp., com o tratamento avançado da matéria. Após a aprovação do Código Civil de 1916, de que ele fora o autor, BEVILÁQUA notabilizou-se pelos comentários a esse diploma. Destacamos: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, 2.^a ed., vol. IV, *Direito das Obrigações* 1 (1924) e 2 (1926).

³⁰⁵ Vide a publicação Ruy Barbosa / *Cronologia da vida e da obra* (1999).

³⁰⁶ *Projecto do Código Civil Brasileiro (Projecto da Câmara n.º 1 de 1902 e emendas do Senado com Parecer da Comissão Especial*, ed. oficial, e *Trabalhos da Comissão especial do Senado*, vol. I-II, *Parecer e réplica*, de Ruy Barbosa I (1902); o parecer é digno de leitura, sendo uma excelente prosa do melhor português.

³⁰⁷ ERNESTO CARNEIRO RIBEIRO, *Ligeiras observações sobre as emendas do Dr. Ruy Barbosa feitas à redacção do projecto do Código Civil* (1902) e CLÓVIS BEVILÁQUA, *Em defesa do projecto do Código Civil brasileiro* (1906), 540 pp..

IV. Os episódios que acompanharam a preparação do Código Civil brasileiro e que se prolongaram por mais de meio século, envolvendo três gerações de ilustres juristas, tiveram uma vantagem: mantiveram uma doutrina em sobresalto, sempre muito atenta ao progresso da Ciência jurídica civil.

Deve ter-se presente que a Ciência jurídica brasileira, na lógica do Direito lusófono que remonta à lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769), está permanentemente aberta às novidades exteriores, seleccionando as mais adaptadas à realidade local.

A superioridade técnica dos esquemas da terceira sistemática, da pandectística e do BGB, perceptíveis nos finais do século XIX, foi reconhecida e acolhida por juristas brasileiros. O projecto de António Coelho Rodrigues (1893), na linha de Teixeira de Freitas, já adoptava a classificação germânica, enquanto Clóvis Beviláqua era um bom conhecedor da língua alemã, cuja doutrina mais significativa citava directamente.

Guilherme Moreira acedeu à obra de Clóvis Beviláqua, que referia a propósito dos diversos assuntos. Fica a pergunta que já colocámos: até que ponto não ficaremos a dever a recepção do pandectismo, a um fenómeno semelhante, ocorrido anos antes no Brasil? Teríamos, aí, as bases para um sistema lusófono concertado e próprio.

21. O Código Civil de 1916

I. Com os antecedentes apontados, chegamos ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1916. Eis o seu sistema geral:

Parte geral:

- Livro I — Das pessoas (2.º a 42.º);
- Livro II — Dos bens (43.º a 73.º);
- Livro III — Dos factos jurídicos (74.º a 179.º).

Parte especial:

- Livro I — Direito da família (180.º a 484.º);
- Livro II — Da posse Direito das coisas (485.º a 862.º);

- Livro III — Do Direito das obrigações (862.º a 1571.º);
Livro IV — Do Direito das sucessões (1572.º a 1807.º).

A presença de uma parte geral e as quatro partes especiais, ainda que por uma ordem inabitual, logo revelam a presença da classificação germânica do Direito civil. A ordenação analítica dos preceitos, a sua articulação e o modo por que prevalece o tecnicismo confirmam a filiação romano-germânica do segundo grande código lusófono.

II. No tocante ao Direito das obrigações, o Livro III da parte especial tinha a seguinte composição:

- Título I — Das modalidades das obrigações (863.º a 927.º);
Título II — Dos efeitos das obrigações (928.º a 1064.º);
Título III — Da cessão do crédito (1065.º a 1078.º);
Título IV — Dos contractos (1079.º a 1121.º);
Título V — Das várias especies de contractos (1122.º a 1504.º);
Título VI — Das obrigações por declaração universal de vontade (1505.º a 1517.º);
Título VII — As obrigações por actos illicitos (1518.º a 1532.º);
Título VIII — Da liquidação das obrigações (1533.º a 1553.º);
Título IX — Do concurso de credores (1554.º a 1571.º).

A matéria é familiar ao sistema romano-germânico. Surge um título (o IV) sobre contratos em geral, seguindo-se a matéria dos contratos em especial. As fontes de obrigações diferentes do contrato, correctamente isoladas, são subsequentes aos próprios contratos em especial: como é lógica.

III. É certo que, no Código Civil de 1916, faltam institutos de ponta, como a *culpa in contrahendo*, o abuso do direito ou a alteração de circunstâncias. Todavia, eles também estavam ausentes do BGB, sendo de recordar que o projecto brasileiro ficou pronto, de facto, em 1899.

O Código representou um enorme avanço jurídico-científico, estando por esclarecer a sua influência em Portugal: quiçá maior do que o até agora admitido.

À sua luz floresceu a civilística clássica brasileira, com relevo para Clóvis Beviláqua³⁰⁸, Carvalho de Mendonça³⁰⁹ e Pontes de Miranda³¹⁰ e Orosimbo Nonato³¹¹.

22. O Código Civil de 2002

I. A evolução da realidade brasileira, com a urbanização e a industrialização crescentes, levaram ao desejo de preparar um novo Código Civil. Os trabalhos iniciaram-se nos anos 70 do século xx, tendo sido apresentado um projecto, em 1975. Vicissitudes várias levaram a que o Código apenas fosse promulgado em 10-Jan.-2002.

II. Cumpre reter o seu sistema:

Parte Geral

Livro I — Das pessoas (1.º a 78.º);

Livro II — Dos bens (79.º a 103.º);

Livro III — Dos factos jurídicos (104.º a 232.º)³¹²;

Parte Especial

Livro I — Do Direito das obrigações (233.º a 965.º)³¹³;

Livro II — Do Direito de empresa (966.º a 1195.º)³¹⁴;

Livro III — Do Direito das coisas (1196.º a 1510.º);

Livro IV — Do Direito da família (1511.º a 1783.º);

Livro V — Do Direito das sucessões (1784.º a 2027.º);

Livro Complementar — Das disposições finais e transitórias (2028.º a 2046.º).

³⁰⁸ Vide as obras cit. *supra*, com relevo para o *Direito das obrigações*, 2.ª ed. (1910).

³⁰⁹ MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral de direitos de crédito*, 4.ª ed., I e II (1956).

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, XXII ss..

³¹¹ OROSIMBO NONATO, *Curso de obrigações*, 2 volumes, s/d.

³¹² O livro III, por seu turno, desdobra-se em cinco títulos relativos, respectivamente, ao negócio jurídico, aos actos lícitos, aos actos ilícitos, à prescrição e à decadência (i.é: caducidade) e à prova.

³¹³ Inclui dez importantes títulos: das modalidades, transmissão, inadimplemento e extinção e inadimplemento das obrigações, contratos em geral, várias espécies de contrato, actos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil e preferências e privilégios creditórios.

³¹⁴ Inclui quatro títulos: do empresário, da sociedade, do estabelecimento e dos institutos complementares.

III. O Código de 2002 realizou a velha aspiração dos privatistas de acolher a matéria comercial. Assim:

- entre as várias espécies de contratos incluem-se a comissão (693.º a 709.º), a agência e distribuição (710.º a 721.º), a corretagem (722.º a 729.º), o transporte (730.º a 756.º) e o seguro (757.º a 802.º); além disso, e entre os títulos incluídos no Direito das obrigações, um deles — o VIII — regula os títulos de crédito (887.º a 926.º);
- temos um livro sobre a empresa que versa os comerciantes (966.º a 980.º), as sociedades, não personificadas (986.º a 990.º)³¹⁵ e personificadas (997.º a 1141.º), o estabelecimento (1142.º a 1149.º) e os institutos complementares (1150.º a 1195.º) onde se inclui o registo, o nome empresarial, os prepostos e a escrituração;
- o artigo 2045.º revoga o Código Civil de 1916 e o essencial do Código Comercial de 1850.

Fora do Código Civil ficou o Direito do trabalho e o Direito do consumo: disciplinas que, no Brasil, conhecem um grande surto de apuramento e de divulgação. Sobre o novo Código floresce, agora, uma importante literatura, com relevo para o Direito das obrigações.

23. Perspectivas

I. O Código Civil de 2002 veio fortalecer a integração do Direito brasileiro (particularmente do Direito das obrigações) no sistema romano-germânico embora, do nosso ponto de vista, evolua para um sistema lusófono autónomo.

A inspiração geral do Código, onde é patente alguma influência do Código português de 1966, é a do BGB. Como especificidade temos a relativa unificação conseguida com o Direito comercial, um tanto à luz do sucedido em Itália (1942) e na Holanda (1992). Trata-se, de resto, da melhor forma de actualizar as regras aplicáveis aos contratos comerciais.

³¹⁵ Abrangendo a sociedade em comum (uma sociedade «de facto», não registada) e a sociedade em conta de participação. Cf. RICARDO FIÚZA, *Novo Código Civil Comentado* cit., 892 ss..

II. O aprofundamento jurídico-científico de inúmeras matérias permitiu, ao legislador de 2002, consagrar as figuras emblemáticas da concretização da boa-fé: o abuso do direito (187.º), a *culpa in contrahendo* e a boa execução dos contratos (422.º) e a alteração de circunstâncias (478.º a 480.º). Multiplicam-se excelentes investigações periféricas sobre todos esses temas.

No geral, o Código de 2002 não representou qualquer ruptura dentro da tradição civilística brasileira: em muitos domínios, particularmente no Direito das obrigações, ele veio manter os esquemas de 1916. A sua aprovação desencadeou um surto de exposições gerais de Direito das obrigações, que merecem a maior atenção³¹⁶.

III. A coesão do sistema lusófono, cujo nascimento acompanhamos, depende do diálogo jurídico-científico que se mantenha e intensifique, com o Direito do Brasil. Tal como na língua, essa conexão parece-nos fundamental para preservar, nas próximas gerações, a lusofonia na Europa.

C — Em África

24. Angola

I. Angola, com as suas riquezas naturais, o seu vasto território, as paisagens únicas e as suas gentes, tem um grande potencial económico e cultural. O restabelecimento da paz civil deixa esperar um período de intenso desenvolvimento. Tem, pois, o maior interesse seguir a evolução do seu Direito privado.

³¹⁶ Como exemplos: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito civil*, II — *Teoria geral das obrigações*, 21.ª ed., atualizador Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004); *idem*, III — *Contratos*, 12.ª ed., atualizador Regis Fichtner (2007); ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 17.ª ed., atualizador Edvaldo Brito (2007); *idem*, *Contratos*, 26.ª ed., atualizadores António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2007); SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, 2 — *Parte geral das obrigações*, 30.ª ed. (2002), 9.ª tiragem (2008); *idem*, 3 — *Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 30.ª ed. (2004); *idem*, 4 — *Responsabilidade civil*, 20.ª ed., 4.ª tiragem (2007); MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito civil brasileiro*, 2 — *Teoria geral das obrigações* (2009); *idem*, 3 — *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 25.ª ed. (2009); *idem*, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 6.ª ed., 5 volumes (2006); ARNOLDO WALD, *Direito civil / 2 — Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 18.ª ed. (2009).

II. No Direito comercial, o estabelecimento dos princípios de uma economia de mercado foi fixado pela Lei das privatizações, aprovada pela Lei n.º 10/94, de 31 de Agosto e alterada pela Lei n.º 8/2003, de 18 de Abril³¹⁷. Quanto ao Direito comercial propriamente dito, temos a assinalar a Lei das Sociedades Comerciais, adoptada pela Lei n.º 1/2004, de 13 de Fevereiro. Trata-se de um diploma de grande fôlego, em 529 artigos e no qual, com adaptações, é patente a influência do Código das Sociedades Comerciais de 1986. Por essa via, o Direito angolano das sociedades mantém uma firme ligação ao Direito continental de filiação germânica. Esse diploma foi antecedido pelo Decreto n.º 47/2003, de 8 de Julho, que criou o Ficheiro Central de Denominações Sociais (FCDS).

III. No domínio dos contratos, temos três importantes diplomas a assinalar:

- a Lei sobre as cláusulas contratuais gerais dos contratos (Lei n.º 4/2002, de 18 de Fevereiro);
- a Lei sobre os contratos de distribuição, agência, franchising e concessão comercial (Lei n.º 18/2003, de 12 de Agosto);
- a Lei sobre os contratos de conta em participação, consórcios e agrupamento de empresas (Lei n.º 19/2003, de 12 de Agosto).

A experiência angolana surge sustentada: não se procurou proceder a uma codificação *ad nutum*, patrocinada por alguma instituição internacional. Antes se tem avançado por fases, apoiadas na jovem doutrina jurídica de Angola.

O intercâmbio universitário existente deve ser incrementado.

III. Quanto ao Direito das obrigações propriamente dito³¹⁸, ou com reflexos nele, verifica-se que o Código Vaz Serra foi alterado nas áreas seguintes:

³¹⁷ Toda esta matéria por ser comodamente seguida em CARLOS MARIA FEIJÓ, *O novo Direito de economia de Angola* (2005), 566 pp..

³¹⁸ Para um apanhado do Direito civil de Angola dispomos da excelente obra de CARLOS ALBERTO B. BURITY DA SILVA, *Teoria geral do Direito civil* (2004), 29 ss. (87-88).

- habitação³¹⁹;
- maioridade, que passou para os 18 anos³²⁰;
- associações³²¹;
- águas³²²;
- juros³²³.

Está em estudo uma recodificação da matéria avulsa entretanto surgida.

25. Cabo Verde

I. Cabo Verde é uma encantadora Nação, com um cunho próprio muito antes da independência formal. No tocante ao Direito civil, o Código Vaz Serra comporta alterações nalguns pontos: o Livro IV foi substituído, após diversas modificações, por um Código da Família adoptado pelo Decreto-Lei n.º 58/81, de 20 de Junho; vários preceitos do Livro I cederam o passo ao Código de Menores, do Decreto-Lei n.º 89/92, de 25 de Setembro. No Livro III, foi revogada a matéria das águas, hoje objecto do Código da Água, aprovado pela Lei n.º 41/II/84, de 18 de Junho. As sucessões foram visadas pelo Decreto-Lei n.º 138/85, de 6 de Dezembro, enquanto as associações passaram para a Lei n.º 28/III/87, de 31 de Dezembro.

II. Quanto às obrigações: o Decreto-Lei n.º 56/95, de 18 de Outubro, mexeu na matéria dos juros (559.º e 1148.º) e na exigência de escritura (1143.º e 1239.º). Anteriormente, a Lei n.º 24/II/83, de 12 de Janeiro, fixara uma preferência a favor do inquilino obrigacional.

A Lei n.º 4/V/96, de 2 de Julho, autorizou o Governo a proceder a uma revisão geral do Código Civil, absorvendo, designadamente, os Códigos da Família,

³¹⁹ Despacho n.º 54/77, de 20 de Agosto; Decreto Executivo Conjunto n.º 11/79, de 24 de Agosto; Despacho Conjunto n.º 57/79, de 29 de Novembro; Decreto Executivo Conjunto n.º 22/80, de 29 de Abril; Decreto n.º 6/92, de 24 de Janeiro; está em causa matéria de ocupação de habitações, de rendas e de despejos.

³²⁰ Lei n.º 68/6, de 12 de Outubro.

³²¹ Lei n.º 14/91, de 11 de Maio.

³²² Lei n.º 6/02, de 21 de Junho.

³²³ Lei n.º 3/03, de 14 de Fevereiro.

dos Menores e da Água e a temática das sucessões. A tarefa foi levada a cabo pelo Decreto Legislativo n.º 12-C/97, de 30 de Junho. A matéria está, pois, alterada, embora sobressaia a estabilidade relativa do Direito das obrigações: fenómeno natural, tendo em conta a sua substância romano-germânica³²⁴.

III. Devemos ainda referir vigorosas reformulações na área empresarial. Assim, o Direito de Cabo Verde mantém em vigor parte do Código Comercial de Veiga Beirão (1888). Todavia, abrigou uma importante reforma no Direito das sociedades. O Decreto Legislativo n.º 3/99, de 29 de Março, veio aprovar o Código das Empresas Comerciais, seguindo-se o Decreto-Lei n.º 59/99, de 27 de Setembro, que regulamentou o Registo das Firmas³²⁵.

IV. O Código das Empresas Comerciais abrange os pontos seguintes:

Livro I

Título I — Estabelecimento comercial (3.º a 16.º);

Título II — Formas de cooperação entre empresas comerciais³²⁶ (17.º a 74.º);

Título III — Empresas Comerciais³²⁷ (75.º a 103.º).

Livro II

Título I — Parte geral (104.º a 258.º);

Título II — Sociedades em nome colectivo (259.º a 271.º);

Título III — Sociedades por quotas (272.º a 341.º);

Título IV — Sociedades anónimas (342.º a 458.º);

Título V — Sociedades em comandita (459.º a 473.º);

Título VI — Sociedades cooperativas (474.º a 511.º);

Título VII — Sociedades coligadas (512.º a 539.º).

Livro VIII — Disposições gerais e de mera ordenação social (540.º a 560.º).

³²⁴ Cumpre agradecer os elementos fornecidos pelo Dr. Carlos Veiga.

³²⁵ Ambos os diplomas estão publicados sob o título *Código das Empresas Comerciais e Registo das Firmas*, Praia, 2003.

³²⁶ Abrange o consórcio, o contrato de associação em participação e o agrupamento complementar de empresas.

³²⁷ Com a firma, escrituração e o balanço e prestação de contas.

V. O Código das Empresas Comerciais de Cabo Verde mostra que, na sua elaboração, foi tida em conta a produção legislativa portuguesa mais recente, com especial relevo para o Código das Sociedades Comerciais. Todavia, houve o cuidado de contemplar algumas especificidades nacionais³²⁸, atendo-se, ainda, a críticas doutrinárias. Trata-se de uma experiência a seguir.

26. Guiné

I. A Guiné ou Guiné-Bissau constitui um antigo País marcado por múltiplas influências culturais e pela hospitalidade do seu Povo. No presente momento histórico, o seu Direito atravessa uma evolução marcada pela adesão à OHADA, a que abaixo faremos referência.

No que toca ao Direito civil, mantêm-se em vigor o Código Vaz Serra, alterado por leis avulsas no domínio da família (Leis n.º 3, n.º 4, n.º 5 e n.º 6, de 1976), dos negócios usurários (Lei n.º 13, de 1997) e do inquilinato (1989)³²⁹.

II. A evolução do Direito comercial da Guiné está marcada pela sua adesão à OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*): criada pelo Tratado relativo à harmonização do Direito comercial em África, assinado a 17 de Outubro de 1993 em Porto Luís (Ilha Maurícia). Hoje, ela abrange 16 países: da Zona Franco (CFA) e, ainda, os Comores e a Guiné Conacry, estando aberta a todos os Estados africanos. Anuncia-se a adesão da República Democrática do Congo³³⁰.

A OHADA tem elaborado actos uniformes, particularmente no domínio comercial. Uma vez vertidos em língua portuguesa, tais actos devem conformar as leis internas, substituindo a anterior legislação.

Os meios universitários guineenses, particularmente a Faculdade de Direito de Bissau, mantêm um bom intercâmbio com a Universidade de Lisboa.

³²⁸ Tem o maior interesse a leitura do preâmbulo do Decreto Legislativo n.º 3/99, de 29 de Março.

³²⁹ Vide, da Faculdade de Direito de Bissau, o Código Civil (com anotações) e Legislação Complementar (2006), intr. de RUI ATAÍDE, 9-14; cf. HIGINO LOPES CARDOSO (org.), *Guiné-Bissau / Índice de Legislação (1975-2005)* (2007), 689 pp. e CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS MADALENO, *Direito das obrigações guineense* (2009), 885 pp..

³³⁰ Vide www.ohada.com, onde podem ser confrontados os diversos elementos; JANUÁRIO GOMES/RUI ATAÍDE; OHADA, *Tratado, regulamentos e actos uniformes* (2008), 698 pp..

A experiência da OHADA, fortemente marcada pela influência francófona e com grande apoio francês, implica uma inflexão para a órbita gaulesa. Os actos uniformes, elaborados nessa esfera, apresentam uma grande dificuldade conceitual. A Guiné, como único País aderente portador de uma Ciência Jurídica de tipo germânico, terá excelentes condições para liderar o processo de estudo dos actos uniformes. Para já, é essencial proceder a uma adequada transposição interna, que não sacrifique a sua tradição jurídica própria. E é fundamental que o Estado português dê um apoio lúcido à cooperação interuniversitária.

27. Moçambique

I. Banhado pelo Índico e rodeado de países anglófonos, Moçambique representa uma significativa guarda-avançada da lusofonia, na África Austral. O seu vasto território, o seu potencial humano e económico e o mosaico de povos e de culturas que representa são garantes de excelente futuro.

II. No plano jurídico, Moçambique privilegiou as reformas na área da família e na das leis comerciais e bancárias. Assim, foi aprovado, após diversas peripécias³³¹, um novo Código Comercial, adoptado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro. Quanto ao Direito da família³³²: a matéria consta, hoje, da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

III. No tocante ao Direito das obrigações, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra. Em diversos domínios há que operar a sua harmonização com o Código Comercial de 2005, o qual contém matéria genérica, como a relativa às cláusulas contratuais gerais. Nalgumas áreas, como na do arrendamento, a prática social e judicial moçambicana têm vindo a encontrar soluções adaptadas à realidade desse País.

³³¹ Vide o nosso *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed. (2007), 122 ss..

³³² IBRAHIM ABUDO, *A problemática e complexidade da aplicação da Lei de Família em Moçambique* (2008, polic.).

28. São Tomé e Príncipe

I. O Direito privado de São Tomé e Príncipe evoluiu na base de reformas sectoriais. Temos diplomas relativos à banca, aos seguros, aos petróleos e a *off shores*³³³: áreas em que esse belíssimo País terá, por certo, um largo futuro.

II. No que tange ao Código Civil, regista-se a reforma da família, levada a cabo pela Lei n.º 2/77, de 28 de Dezembro, que revogou o seu livro IV. O artigo 122.º foi alterado, passando a maioria para os 18 anos. No restante e, particularmente, no tocante ao Direito das obrigações, mantém-se em vigor o Código Vaz Serra.

D — Na Ásia

29. Goa, Damão e Diu

I. O Subcontinente Indiano é, pela História, um grande ponto de encontro de povos e de culturas. O mosaico daí resultante reflectiu-se no Direito³³⁴.

O Ordenamento tradicional da Índia assentou numa concepção ética global, que inclui o Direito e da qual promanam deveres para as pessoas. As regras a observar constam de recolhas de máximas e princípios antigos (século VI a. C.), venerados e desenvolvidos. O costume complementa essa matéria. No século XVI, sobreveio uma dominação islâmica, que implantou, nalguns locais, o Direito corânico. Finalmente, a partir do século XIX, ocorre a ocupação britânica, que acabaria por deixar a língua (entre as classes letradas) e o *common law*. As sínteses resultantes destas sobreposições são muito complexas.

II. Os portugueses chegaram à Índia nos finais do século XV. A partir de 1509, constituiu-se, em Goa, um território sob administração portuguesa, alargado a

³³³ Quanto às leis comerciais santomenses *vide* KILUANGE TINY/RUTE MARTINS SANTOS/N'GUNU TINY, *Investimentos em São Tomé e Príncipe / Legislação Básica* (2006), 461 pp.; cf. *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed., 125.

³³⁴ Cf. RENÉ DAVID/CAMILLE JAUFFRED-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.ª ed. cit., 373 ss..

Damão, a Diu e aos enclaves, administração essa que perdurou até 1961. No meio-milénio que isso representa, houve intensa mistura de sangue e de cultura. Grandes juristas portugueses, como Luiz da Cunha Gonçalves, eram goeses.

A independência da União Indiana, no segundo pós-guerra, pôs o problema da subsistência de territórios sob administração estrangeira e, designadamente, do nosso Estado da Índia. O regime de Oliveira Salazar cometeu um grave erro histórico: em vez de, como se impunha, negociar com a União Indiana a entrega do Território, com ressalva da sua autonomia, do Direito e do português, manteve uma política belicista que acabou, em Dezembro de 1961, num desastre militar. O Conselho de Segurança das Nações Unidas, paralisado por um veto da União Soviética, nada pôde fazer, enquanto o Ocidente, pouco interessado em conflitos com a União Indiana, se desinteressou do problema. Um pequeno mas muito significativo povo lusófono foi, assim, abandonado.

III. Em 1961 vigorava, em Goa, o Direito civil português, através do Código de Seabra. As demais leis eram portuguesas, com algumas adaptações e o português era a língua usada nos tribunais. Havia uma Relação de Goa, com largas tradições e história: remontava ao século XVI³³⁵.

A tomada de Goa foi seguida, num primeiro momento, por regras que mantiveram em funcionamento as leis e a organização judiciária portuguesas³³⁶. O pessoal goês que permaneceu foi conservado. Todavia, iniciou-se um rápido e eficaz processo de anglicização da justiça. O português foi suprimido nas escolas: medida grave, uma vez que era, em geral, a segunda língua dos goeses (sendo a primeira o Concanim); a partir daí, as novas gerações seriam anglófonas. Nos tribunais, onde o português começou por sobreviver, a exigência de tradução, em inglês, das peças e dos documentos, acabaria por levar à proscrição da língua portuguesa³³⁷. Perdida a lusofonia, perdida ficou a Ciência do Direito a que ela deu corpo.

³³⁵ Vide, designadamente, CARMO D'SOUZA, *Legal System in Goa*, vol. I, *Judicial Institutions (1510-1982)* (189 pp.) e vol. II, *Laws and Legal Trends (1510-1969)* (306 pp.).

³³⁶ F. E. NORONHA, *Understanding the Common Civil Code / An Introduction to Civil Law* (2008), 95 ss..

³³⁷ Cf. CARMO D'SOUZA, *Legal System in Goa*, vol. I cit., 155 ss. (173 ss.).

IV. Parte do Código de Seabra sobreviveria: na área da família e em certos domínios das sucessões e da propriedade³³⁸. E recentemente, já sem complexos de parte a parte, tem-se restabelecido um promissor intercâmbio universitário entre cientistas goeses e portugueses. No tocante às obrigações, funciona o *common law* anglo-saxónico.

A experiência de Goa traduziu a inabilidade do Estado Novo em ver para além do imediato horizonte e a imposição, *manu militari*, do sistema anglo-saxónico, contra o romano-germânico. Fica a História, intocável e uma curiosa interpenetração de sistemas, com implicação do lusófono.

30. Macau

I. A presença lusófona em Macau data do século XVI. Lá esteve Camões, o que, em termos simbólicos, vale qualquer exposição histórica. Acrescente-se ainda que, ao contrário da presença britânica na China, Macau foi português por um acordo livremente celebrado com as autoridades chinesas. Ao longo dos séculos, conviveram em Macau, a comunidade chinesa e a portuguesa, a primeira observando as suas leis e costumes e a segunda mantendo as Ordenações e, depois, o Código de Seabra e o Código Vaz Serra³³⁹, vindos da longínqua Metrópole.

II. Após os convénios que levariam à entrega de Macau à China e aproveitando a cláusula que permitiria a Macau, durante cinquenta anos, manter as suas leis próprias³⁴⁰, a Administração Portuguesa optou por aperfeiçoar códigos e leis propriamente macaenses. E um dos diplomas então aprontados foi, precisamente, o Código Civil de Macau. Para o efeito, foi nomeado um coordenador (Luís Miguel Urbano), assessorado por uma comissão consultiva local e

³³⁸ Cf. DIRK OTTO, *Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa*, em 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage / Seminar in Heidelberg 20/21-11-1992* (1994), 124-141.

³³⁹ O Código Civil de 1966 foi mandado aplicar a Macau pela Portaria n.º 22 869, de 4-Set.-1967, alterado pela Portaria n.º 318/74, de 23-Abr.

³⁴⁰ Vide, sobre o Direito de Macau, ANTÓNIO KATCHI, *As fontes do Direito em Macau* (2006), 580 pp..

apoiado, nos temas mais delicados, por juristas da Metr pole³⁴¹. Assim foi aprovado, pelo Decreto-Lei n.   39/99/M, de 3 de Agosto, o Código Civil de Macau.

III. O Código Civil de Macau segue, de perto, o Código Vaz Serra. Tem adapta es sensíveis em áreas como o arrendamento, os privilégios ou a família. A matéria das obriga es em geral (Livro II, artigos 391. É a 864.  ) e a dos contratos em especial (865. É a 1174.  ) conserva-se muito próxima da de 1966.

O Código Civil de Macau, designadamente pela existência de uma versão oficial em Chinês, assegura a presença do sistema lusófono na maior Na o do Planeta. O problema reside na necessidade de manter juristas macaenses que conheçam e usem o português. A dificuldade em colocar quadros de vulto nos centros de ensino de Direito em Macau, e isso mau grado as facilidades e a hospitalidade demonstradas pelas entidades chinesas, é o grande óbice à futura manuten o desta experiência. A transforma o do território no maior casino do Globo atrai, como era inevitável, a influência da anglo-esfera.

Existe uma literatura macaense de língua portuguesa e com relevo para as obriga es, que deve ser divulgada.

31. Timor

I. A experiência timorense tem alguns contornos muito particulares: um verdadeiro caso de estudo³⁴².

Na sequência da invasão de 1975, foi posta em vigor, na então província de Timor, a legisla o indonésia. Trata-se de uma situa o de facto, uma vez que a independência fora proclamada em 28 de Novembro de 1975 e a ocupa o indonésia nunca chegou a ser reconhecida pela comunidade internacional³⁴³.

³⁴¹ Vide a *Nota de abertura* de JORGE NORONHA E SILVEIRA, então Secretário Adjunto para a justiça,   ed. oficial do Código Civil / Versão Portuguesa (1999).

³⁴² Cumpra agradecer os elementos que nos foram dados pelo Dr. LUÍS SOTTOMAYOR FELGUEIRAS, ilustre magistrado do Ministério Público e que prestou serviço em Timor.

³⁴³ Quanto a aspectos públicos e de Direito internacional, cf. JORGE MIRANDA (org.), *Timor e o Direito* (2000), com contributos de oito Autores.

A legalidade acabaria por ser reposta na sequência da intervenção das Nações Unidas e do referendo que deu larga maioria à independência. Seguiu-se a Constituição de 2002. Qual o Direito em vigor?

II. A Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto, veio dispor (1.º):

A legislação vigente em Timor-Leste em 19 de Maio de 2002 mantém-se em vigor, com as necessárias adaptações, em tudo o que se não mostrar contrário à Constituição e aos princípios nela consignados.

Mas qual era a legislação vigente em 19 de Maio de 2002? Logicamente, seria a portuguesa, uma vez que a ocupação indonésia nunca foi reconhecida, nem pela ONU, nem pelo povo de Timor. E nesse sentido, chegou a ser decidido pelo Tribunal de Recurso, em Dili. As confusões daí resultantes, em conjunto com um persistente Direito consuetudinário, levaram o Parlamento de Timor a aprovar uma lei interpretativa: a Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro, cujo artigo 1.º dispunha:

Entende-se por legislação vigente em Timor-Leste em 19 de Maio de 2002, nos termos do disposto no artigo 1.º da Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto, toda a legislação indonésia que era aplicada e vigorava «de facto» em Timor-Leste, antes do dia 25 de Outubro de 1999, nos termos estatuídos no Regulamento n.º 1/1999 da UNTAET.

III. No campo civil foi, pois, (re)posta em vigor a Lei indonésia. Está em preparação um Código Civil, de feição timorense, de tipo romano-germânico, muito próximo do modelo de Vaz Serra e que merece a maior atenção³⁴⁴.

Assinale-se, ainda, que foi aprovada a Lei n.º 4/2004, de 21 de Abril, «sobre sociedades comerciais». Trata-se de um verdadeiro código das sociedades comerciais³⁴⁵, influenciado pelo Código das Sociedades Comerciais português

³⁴⁴ República Democrática de Timor Leste/Ministério da Justiça, *Anteprojecto do Código Civil de Timor-Leste*, 2008. O Livro II ocupa, aí, os artigos 332.º a 1170.º.

³⁴⁵ Com 304 artigos ordenados em moldes continentais: parte geral e diversos tipos de sociedades. Admitimos que o próprio Direito indonésio, mercê da influência holandesa, já manifestasse tendências continentais (por oposição a anglo-saxónicas).

de 1986, mas que traduz, em diversos pontos, significativas adaptações à realidade local.

Esperemos que os poderes públicos de Lisboa criem condições para a intensificação do intercâmbio científico entre os dois Países e que se acelere a (re) divulgação da fala portuguesa em Timor.

V — A AUTONOMIA DO SISTEMA LUSÓFONO

32. As perspectivas planetárias

I. O posicionamento dos Direitos de fala portuguesa, no xadrez mundial, exige uma ponderação de conjunto. Começemos com o ponto da situação.

Na história recente assistiu-se, num primeiro momento, a uma larga expansão do sistema francês. Pelas armas napoleónicas e, depois, pela força do liberalismo, o modelo do *Code* foi introduzido na Renânia, em Itália, na Península, na Holanda e nas Américas Latinas, de fala castelhana. No início do século xx, a influência do Código Civil francês regrediu, perante a pressão do BGB alemão, tecnicamente superior. Países como o Brasil, a Suíça, a Grécia, a Turquia, o Japão, e, depois, Portugal, adoptaram o sistema romano-germânico enquanto outros, como a Itália, se mostraram, desde o início, muito influenciados por ele.

O modelo anglo-saxónico logrou implantações nos domínios britânicos. Além dos Estados Unidos (salvo a Luisiana), vamos encontrá-lo no Canadá (excepto o Québec), na Austrália e na Nova Zelândia e, ainda, em diversas outras colónias e protectorados. Este sistema, pela complexidade da sua aprendizagem, não se tem mostrado capaz de uma recepção livre: ele tem-se implantado na sequência de situações de dominação militar ou política.

O modelo islâmico e o modelo chinês, com abertura, na área das obrigações, aos modelos continentais e, em especial, ao romano-germânico, mantêm-se nos seus espaços próprios.

II. O equilíbrio assim conseguido aparentaria rupturas, nas duas últimas décadas. A globalização traduziu-se num incremento grande da língua inglesa: a pressão norte-americana e a necessidade prática de encontrar uma língua

universal, em que todos se entendam, a tanto conduz. Afirma-se, mesmo, a existência de uma anglo-esfera, que daria, aos povos que se exprimam em inglês, uma especial vantagem competitiva, em relação aos restantes³⁴⁶. A multiplicação dos contratos internacionais, concluídos em língua inglesa³⁴⁷, conduziu a um acréscimo de apelos ao Direito inglês. As dificuldades inerentes ao *common law* são contornadas com a adopção de fórmulas muito explícitas.

Paralelamente, porém, a pressão comunitária, no Reino Unido e as necessidades de uniformização comercial, nos Estados Unidos, têm levado a uma «continentalização» dos respectivos direitos contratuais.

Um tanto paradoxalmente: o domínio da língua inglesa não tem trazido, consigo, o do Direito anglo-saxónico: as dificuldades estruturais do velho *common law* a isso conduzem. Noutros termos: a aprendizagem jurídico-científica é mais eficaz na presença de leis codificadas.

III. A adesão da China Continental ao sistema romano-germânico, a somar à do Japão e à da Coreia, parece fazer bascular o Direito das obrigações, a nível mundial, para o modelo do BGB. A língua chinesa (mandarim), quando não seja materna, é de muito difícil aprendizagem. O inglês vai manter-se como língua universal, nas relações internacionais. Mas isso não equivale à expansão do (verdadeiro) *common law*.

Quanto à Europa: o alargamento a leste incrementou o inglês, em detrimento do francês e do alemão. Os esforços de unificação do Direito das obrigações têm-se processado em língua inglesa: mas com um modelo codificado avançado (romano-germânico) em vista³⁴⁸.

Previsões? A manterem-se as últimas tendências de planetarização da economia e da cultura e a não haver retrocessos induzidos de (sucessivas) crises económicas ou ambientais, no espaço de quatro gerações, haverá um código mundial

³⁴⁶ JAMES C. BENNET, *The Anglosphere Challenge / Why the English-Speaking Nations Will Lead the Way in the Twenty-First Century* (2007).

³⁴⁷ Nos princípios do século XXI, a língua inglesa é correntemente usada em negociações entre grandes empresas espanholas e portuguesas e, depois, nos contratos a que se chegue.

³⁴⁸ Temos em mente o produto mais avançado, em 2010, nesse campo: os monumentais *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law / Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ed. CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE/HANS SCHULTE-NÖLKE (2009), 643 pp., com toda uma literatura circundante.

das obrigações de tipo romano-germânico: em várias línguas, mas uniformizado em inglês. Esse código aplicar-se-á, no início, apenas nas relações plurilocalizadas; mas à medida que for assimilado, tenderá a funcionar nas próprias relações internas. Há que elevar o nível da Ciência jurídica lusófona, para sermos parceiros nesse novo mundo.

33. As línguas nacionais e as obrigações

I. O domínio previsível do inglês nos negócios não fará desaparecer as línguas nacionais. A experiência mostra que o ser humano normal, mediante um processo de adequada aprendizagem, pode dominar duas ou mais línguas. O bilinguismo ou, mesmo, o multilinguismo serão de regra entre os juristas formados. Pergunta-se, a essa luz, se não será possível um Direito das obrigações a dois tempos: uniforme, a nível internacional e tradicional, no plano interno.

O problema já tem sido estudado pelo prisma da integração comunitária e da preparação de um código europeu dos contratos ou das obrigações. De todo o modo, adiantamos algumas reflexões.

II. A grande maioria das relações obrigacionais estabelece-se dentro dos diversos espaços nacionais. A quase totalidade dos processos judicialmente resolvidos tem a ver com questões *intra muros*. Seria, assim, um erro de perspectiva sustentar que os actuais códigos territoriais estão ultrapassados ou, sequer, que prejudicam, a qualquer título, as relações empresariais. No campo das obrigações, já hoje é perfeitamente possível escolher a lei aplicável. Nada se dizendo e nas relações puramente internas: o Direito nacional é, por definição, o mais adequadamente aplicável. Sofreu todo um longo período de adaptação à realidade local e exprime-se na língua do sítio: é da natureza das coisas.

III. A contraposição entre o sistema napoleónico e o romano-germânico mostra que a língua tem um papel relevante. Há conceitos que (só) se impõem desde que exista uma fórmula vocabular para os exprimir.

É certo que algumas experiências, como a do Direito do Estado Norte-Americano da Luisiana, de feição napoleónica, mostram que o Direito pode

sobreviver, mesmo quando se perca a língua que lhe serviu de suporte. Mas isso sucede mercê de um vigoroso esforço das universidades (onde se fala francês) e da disponibilidade da cultura francesa. Em regra, o Direito localmente diferenciado apoia-se numa língua distinta. Perdida a língua, perdido fica o Direito. Vale o exemplo infeliz de Goa.

A manutenção do Direito das obrigações de base territorial depende da eficácia das línguas em que ele se apoie. Temos em vista uma vitalidade efectiva, no ensino, na economia, nas instâncias de aplicação do Direito, na política e na comunicação social: não uma pura sobrevivência folclórica ou literária.

Haverá, pois, que encontrar um equilíbrio com a anglo-esfera.

IV. Recordamos um troço clássico de Wilhelm von Humboldt (1767-1835)³⁴⁹:

A língua não é, porém, apenas um mero meio de entendimento, mas antes a expressão do espírito e da visão do Mundo dos falantes (...).

Retomando este texto podemos, com Weir, ir ainda mais longe: a língua não é, apenas, a expressão da visão do Mundo dos falantes: ela conformou, também, essa visão do Mundo³⁵⁰. Sendo uma afirmação reconhecida, ela assume, no Direito e nos actuais cenários da integração europeia, um significado acrescido.

O papel substancial da linguagem, investigado e demonstrado, designadamente, por Humboldt, desde o princípio do século XIX³⁵¹, é o argumento irrecusável para sustentar a autonomia de qualquer família jurídica.

³⁴⁹ WILHELM VON HUMBOLDT, *Über den Dualis* (1827), = *Gesammelte Schriften* (ed. Academia das Ciências Prussiana), VI (1907), 4-30 (4-5), confrontável, também, em WILHELM VON HUMBOLDT, *Schriften zur Sprache*, publ. MICHAEL BÖHLER (2007), 21-29 (21).

³⁵⁰ TONY WEIR, *Die Sprachen des europäischen Rechts / Eine skytische Betrachtung*, ZEuP 1995, 368-374 (369).

³⁵¹ De WILHELM VON HUMBOLDT, além do curioso estudo sobre o dual, acima citado, recordamos *Ueber das Entstehen der gramatischen Formen, und ihren Einfluss auf die Ideenentwicklung* (1822) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), IV (1905), 285-313, *Über den Zusammenhang der Schrift mit der Sprache* (1838) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), V (1906), 31-106 e *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts* (1836) = *Gesammelte Schriften* (ed. cit.), VI (1907), 1-344.

34. O papel do português no Direito

I. Conhecida a dimensão das obrigações em português no Planeta, vamos indagar o possível influxo do factor linguístico sobre a sua articulação e sobre o seu modo de desenvolvimento jurídico-científico. A língua francesa permite conceitos subtis e difusos, como a *faute*; a alemã é muito precisa e analítica; o inglês é criativo.

Derivam, daí, características que podemos acompanhar nos respectivos sistemas. E o português: terá características que se reflectam nas Ciências Jurídicas que o usem?

II. O uso correcto da língua portuguesa, quer oral, quer escrita, implica que se evitem repetições de palavras e cacafonias: seja na mesma proposição, seja em proposições próximas. Há uma musicalidade das frases, perfeitamente natural e de que nos apercebemos apenas quando ela seja quebrada. O legislador, o autor de textos jurídicos e o comum operador que exerça em forma oral ou por escrito, devem evitar as tais repetições ou a proximidade de palavras que, embora gramaticalmente bem inseridas, soem «mal». Esta exigência do português obriga a uma permanente procura de expressões sinónimas ou equivalentes. Pois bem: aí reside um problema específico para a decisão conceitual. Muitas vezes o termo «obrigação» surge onde era de esperar «dever», «sujeição», «ónus», «encargo» ou «dever genérico» e inversamente: tudo isso por exigência da elegância do português jurídico.

O problema não se põe noutros idiomas, como no alemão: aí, as boas regras não são feridas pela repetição de sons ou de palavras: um trunfo para a precisão jurídica do discurso, ainda que com prejuízo para a (nossa) sensibilidade.

III. A própria elegância linguística que origina o problema deverá constituir a chave para a sua superação. Quando se diga, por exemplo, que a «obrigação» é um «vínculo jurídico» pelo qual uma pessoa «fica adstrita» (397.º, do Código Civil), estão-se a equiparar essas três locuções. Noutros contextos, obrigação, vinculação e adstricção podem ter alcances distintos. Infere-se, daqui, que apenas no conjunto podemos emprestar, a qualquer locução, o seu preciso sentido. Este fenómeno é particularmente relevante no Direito das obrigações. Ele acompanha as diversas formulações conceituais, devendo estar sempre presente.

35. A esfera lusófona

I. A manutenção de toda uma cultura jurídica nacional, com universidades, livros, revistas, congressos, intercâmbios diversos, leis (logo: Parlamentos, Governos e Soberania) e códigos, exige uma massa crítica: humana, territorial, económica e linguística. Na evolução europeia, sabemos que foi possível, a nações pequenas e pouco povoadas, fazer singrar experiências jurídico-linguísticas próprias. Mas, hoje, a dimensão requerida deve ser repensada: é, seguramente, outra.

Em termos europeus, um Estado/Nação viável deverá reunir cerca de 50 milhões de pessoas, para um território de 300 ou 400 mil quilómetros quadrados. A Espanha estará no limite mínimo: Estados-padrão serão a Alemanha, a França, a Itália, a Polónia ou o Reino-Unido. Aquém desse limite: haverá todo um universo de História, de Cultura, de vivências e, até, de Direito territorial autónomo; mas será quimérico intentar lançar um verdadeiro sistema de Direito, com tudo o que isso implica: falta a massa crítica. O Direito das obrigações, pelas suas exigências de pensamento abstracto partilhado, pelas suas dimensões e pela sua imediata coesão económico-social será, disso, a mais adequada ilustração.

No plano mundial: a referência a um sistema implicará, como foi referido, ou uma dimensão humana da ordem do bilião de pessoas (China e Índia) ou uma expansão considerável através dos diversos continentes, com centenas de milhões de praticantes.

II. A independência portugalense de 1143 e a sua manutenção, em 1385, têm explicações internas. Já a restauração de 1640, em contraciclo com os movimentos integradores, que assistiram à absorção de Nações mais fortes e aguerridas do que a portuguesa, só se explica pela projecção ultramarina e pelo apoio então recebido da Índia, do Brasil e de África: económico, político e sócio-militar³⁵². Trata-se de um factor decisivo para a manutenção e progresso de um Direito de expressão portuguesa.

³⁵² Remetemos para a introdução ao nosso *Da modernização do Direito civil / I — Aspectos gerais* (2004), 13 ss..

III. Um Estado de 10 milhões de pessoas, numa Europa integrada de 500 milhões, não tem expressão. A manutenção de um sistema jurídico próprio, completo, com tudo o que isso pressupõe e exige, assume custos marginais que, a prazo, a tornarão insustentável. Mas, numa perspectiva mundial, a situação é diversa: fazendo apelo aos falantes do português (a que se poderá juntar, ainda, a Galiza), ultrapassa-se a fasquia dos 250 milhões, incluindo Estados ricos (Angola) e emergentes (Brasil). Recorde-se que o português é a terceira língua europeia mais falada fora da Europa: depois do inglês e do castelhano.

Em suma: o espaço do português jurídico, assente no núcleo duro do Direito das obrigações, já permite uma vitalidade própria, na aldeia planetária global. Vamos trabalhar nessa perspectiva.

36. O sistema lusófono

I. Ao estudioso do Direito das obrigações impõe-se a existência, entre as grandes famílias, de um sistema de Direito lusófono. Esta conclusão pode ser generalizada a toda a Ordem Jurídica.

A ideia, no quadro dos grandes sistemas de Direito, de um sistema lusófono foi apresentada pelo Prof. Erik Jayme³⁵³ e, numa perspectiva mais lata, pelo Prof. Marques dos Santos³⁵⁴. Erik Jayme sublinha a especialidade de certos institutos, como os regimes de bens, que influenciaram o Brasil e outros países. Marques dos Santos considera a presença de «uma família jurídica lusitana mais chegada dentro da grande família romano-germânica de direito, que se contrapõe ao mundo anglo-saxónico da *common law*»³⁵⁵. Também a proximidade dos esquemas constitucionais dos países de fala portuguesa tem sido enfatizada³⁵⁶.

³⁵³ ERIK JAYME, *Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts*, FS Imre Zajtay (1982), 261-269 (262-264). Tem ainda interesse referir a recolha de estudos org. por ERIK JAYME, *Das Recht der lusophonen Länder: Tagensereferente, Rechtsprechung, Gutachten* (2000), 249 pp..

³⁵⁴ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As relações entre Portugal, a Europa e o Mundo Lusófono e as suas repercussões no plano jurídico* (1999), em *Estudos de Direito internacional privado e de Direito público* (2004), 579-594.

³⁵⁵ *Idem*, 585.

³⁵⁶ MANUEL MALHEIROS/MARLIESE REINERT-SCHOERER, *Die Entkolonialisierung und die Verbreitung des portugiesischen Rechtskultur*, em *2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage / Seminar in Heidelberg 20/21-11-1992* (1994), 99-109 (104 ss.).

Dário Moura Vicente, por seu turno, reconhece a similitude dos ordenamentos lusófonos, sublinhando a facilidade de comunicação entre os juristas respectivos e, até, a possibilidade de o jurista de um desses ordenamentos exercer, sem grande esforço, a sua profissão nos demais³⁵⁷. Todavia, discorda da autonomia de uma família jurídica lusófona. Por três razões³⁵⁸:

- porque lhes falta uma concepção própria do Direito;
- porque «poderosas forças centrífugas» operam em sentido contrário ao de uma inserção num sistema (a União Europeia, o Mercosul e as várias organizações africanas);
- porque nos países africanos há um Direito consuetudinário aplicado em detrimento do Direito oficial.

Evidentemente: temos de nos entender quanto ao sentido de «família jurídica»³⁵⁹. Se descermos às raízes, encontraremos um Direito ocidental sendo, de todo, impossível distinguir o sistema napoleónico do germânico. Admitimos, ainda, que os especialistas nas diversas áreas tenham sensibilidades diferentes quanto ao problema: é natural que o internacionalista privatista se perturbe perante o esvaziamento do Direito internacional privado nacional ou que o publicista dê relevo a aspectos de organização circunstanciais.

Isto dito: no momento actual, nada põe em causa a evidente proximidade dos Direitos lusófonos.

II. Para um correcto posicionamento do sistema lusófono, será, com efeito, decisivo o Direito privado comum, fundamentalmente o Direito das obrigações. Ora, a essa luz, afigura-se que o Direito de fala portuguesa é uma família própria, aparentada à romano-germânica (não à napoleónica!), mas dela distinta. Assim, é um sistema:

³⁵⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado* cit., 1, 87-89 (89).

³⁵⁸ *Idem*, 89.

³⁵⁹ Em especial, JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch / Entstehungsgeschichte und ausgewählte Einzelprobleme* (2008), 247 ss., referindo diversas fórmulas de ordenação dos círculos jurídicos.

- com plena autonomia linguística e doutrinária: para quem conheça minimamente a realidade, ele não tem a ver com um pretenso sistema ibero-americano, faltando (e até é pena) contactos com os Direitos de fala castelhana;
- impenetrável a quem, nele, não se tenha formado;
- com uma História própria, totalmente diferenciada: partindo das Ordenações, que remontam ao início do século xv, acolheu elementos franceses, nos princípios do século xix, mas virou-se para o pandectismo romano-germânico (Brasil, 1856; Portugal, 1903) com o qual, todavia, não se confunde;
- que joga com a teoria do contrato e com a teoria do negócio, em simultâneo;
- com uma responsabilidade civil híbrida, de cunho autónomo;
- que, em cada instituto singular, tem especificidades;
- que reelaborou já os seus princípios, com leituras autónomas;
- com massa crítica: 10 países ou territórios nos cinco continentes e mais de 250 milhões de praticantes; nove séculos de desenvolvimento autónomo, com leis de estilo próprio; sete séculos de ensino universitário independente; ordens profissionais intocadas, etc..

III. De facto, o Direito civil de expressão portuguesa, pelo estilo, pela linguagem, pelas referências doutrinárias, pela estruturação do discurso e pela configuração do sistema, aproxima-se claramente da família romano-germânica: mais do que os Direitos holandês (napoleónico, embora com uma recente evolução autónoma) e italiano (apontado como intermédio, entre os sistemas romano-germânico e napoleónico). E essa filiação mais reforçada fica se considerarmos o Direito brasileiro, que se encontra nas mesmas circunstâncias³⁶⁰.

³⁶⁰ No sentido de questionar se o sistema português ainda pertencerá ao círculo napoleónico ou se não terá passado para o germânico, ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.^a ed. cit., 106-107 e KURT HANNS EBERT, *Rechtsvergleichung / Einführung in die Grundlagen* (1978), 50; também THOMAS HENNINGER, *Europäisches Privatrecht und Methode* (2009), 165.

IV. Deve sublinhar-se, ao nível dos «grandes» comparatistas, uma ignorância confrangedora quanto ao sistema português³⁶¹. Um Autor com a craveira de Eichler, por exemplo, tratando dos vários círculos do Direito, refere um pretenso círculo «íbero-americano», que integraria, *ad nutum*, o Brasil e Portugal, de cujas literaturas não refere uma única obra³⁶². Um erro similar comete Eugen Bucher, ao falar numa família hispano-portuguesa de Direito³⁶³. Inacreditavelmente insuficiente e inexacta é, também, a já citada referência de Fikentscher³⁶⁴.

É óbvio que os Autores não têm o dever (a não ser intelectual) de se pronunciarem sobre o Direito lusófono. Mas quando o façam, devem ter a humildade mínima de se informarem.

V. Mas apesar do inegável parentesco, não pode o sistema lusófono ser incluído, sem menos, nos sistemas romano-germânicos. Com efeito:

- há uma forte barreira linguística, de tal modo que, na prática, apenas no plano da investigação se pode falar num acesso completo e directo às fontes de língua alemã (leis, doutrina e jurisprudência);
- verifica-se, perante os alemães, uma simplificação de diversos conceitos, institutos e construções; os grandes doutrinadores usaram, no essencial, manuais e não estudos monográficos aprofundados;
- mantêm-se institutos tradicionais e esquemas napoleónicos, desconhecidos no Direito alemão;
- o uso da língua portuguesa esbate certos conceitos e dá azo a um modo próprio de colocação dos problemas.

³⁶¹ «O Direito português é tratado superficialmente», nas palavras de JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil* cit., 266. Quanto ao Direito da América Latina: *Latin American Law has largely been neglected by mainstream comparative law*: palavras de JAN KLEINHEISTERKAMP, *Development of Comparative Law in Latin America*, em REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook* cit. (2008), 261-301 (261); este Autor, muito interessante, dedica contudo um escasso desenvolvimento ao Brasil (*idem*, 266 e 276-277).

³⁶² HERMANN EICHLER, *Gesetz und System* (1970), 76. Mais tarde, este Autor emendou a mão, admitindo a passagem do Direito português ao círculo germânico: *Rechtssysteme der Zivilgesetzbücher* (1983), 118-124 (123).

³⁶³ EUGEN BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, ZEuP 2004, 515-547 (538).

³⁶⁴ FIKENTSCHER, *Methoden* cit., 580.

Por isso, sustentamos, hoje, a autonomia do sistema lusófono: um subsistema com elementos híbridos e uma elaboração coerente própria, dentro de uma família alargada de Direito romano-germânico.

VI. Ocorre fazer, aqui, uma referência ao escrito de Jens Müller, sobre a parte geral do Código Civil português. Este Autor procede a uma indagação alargada sobre o tema: com acesso directo à literatura portuguesa³⁶⁵.

Entre diversos pontos com interesse, Müller mostra-se surpreendido por, na opção legislativa de 1966, pela parte geral, não se referir o Código brasileiro de 1916³⁶⁶. Tem razão. As explicações possíveis são de ordem subjectiva e política: prendem-se com o desencanto de Salazar perante as orientações do Presidente Getúlio Vargas. Afigura-se-nos, porém, que a parte geral, introduzida no Brasil por Teixeira de Freitas, muito antes do Código de 1916 e retomada por Clóvis Beviláqua, pai do Código em causa³⁶⁷, teve o seu peso nas opções de Guilherme Moreira e, por aí, do Código Vaz Serra.

O próprio Müller acaba por qualificar o sistema português como híbrido³⁶⁸. Todavia, a consideração dos Direitos lusófonos, no seu conjunto, o distanciamento muito grande perante os conceitos napoleónicos (alguns dos quais intraduzíveis, em português, mau grado o parentesco linguístico) e o sistema do Code Civil, a recepção incompleta do Direito alemão e as tradição e elaboração próprias permitem falar num sistema (ou subsistema) lusófono autónomo.

(COMUNICAÇÃO APRESENTADA À CLASSE DE LETRAS
NA SESSÃO DE 27 DE MAIO DE 2010)

³⁶⁵ JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch / Entstehungsgeschichte und ausgewählte Einzelprobleme* (2008), 318 pp., já citado.

³⁶⁶ *Idem*, 271.

³⁶⁷ *Supra*, 202 ss..

³⁶⁸ JENS MÜLLER, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch cit.*, 276-279.