

5. RELACIONES PATRIMONIALES  
ENTRE CÓNYUGES.  
DOTE, BIENES EXTRADOTALES  
Y *DONATIO PROPTER NUPTIAS*



RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CÔNJUGES:  
DO DIREITO ROMANO AOS DIREITOS  
PORTUGUÊS E BRASILEIRO

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO  
UNIVERSIDAD DE COIMBRA

1. PRELIMINARES

Ninguém ignora que as relações patrimoniais entre cônjuges dependem da estrutura da família. Roma não constitui exceção. Por isso, não as podemos apreciar sem determinar, primeiro, o tipo de *familia* a que se ligam. Somos, assim, irresistivelmente levados para um *mare magnum* de problemas que não deixaram, ainda, de alimentar discussões sem fim à vista. Como observou De Martino, “è difficile tracciare uno sviluppo storico del concetto (*familia*)”<sup>1</sup>. Volterra afirma, no mesmo sentido, que “la ricostruzione della nozione che i giuristi romani avevano della famiglia costituisce un problema difficile dal punto di vista storico”<sup>2</sup>. E, ainda recentemente, escreveu Pedro Resina Sola que “no se puede afirmar nada con carácter definitivo” e “tal vez fuera conveniente comenzar diciendo qué es lo que “no es” familia”<sup>3</sup>. Como reconhece ainda Resina Sola, “aún queda bastante por decir”<sup>4</sup>. E, sabemos todos, não há livro, por muito lido e relido que esteja, que dispense uma leitura nova. Por isso, aqui estamos, enfrentando as dificuldades com o optimismo romanista e a fé que, disse um dia Riccobono, nos une na procura da *veritas*<sup>5</sup>.

O tema, que aqui nos traz, intitula-se “Relações Patrimoniais entre Cônjuges: do Direito Romano ao Direito Português”, seguindo-se uma brevíssima referência ao Direito Brasileiro. Justifica-se, portanto, que não dediquemos ao estudo da *familia* romana a atenção principal: embora não as ignoremos, procuraremos evitar as opiniões mais controversas que continuam a dividir a romanística, para podermos abordar, com o cuidado necessário, o assunto que escolhemos.

<sup>1</sup> Vid. Francesco DE MARTINO, *Famiglia (Diritto Romano)* no *NNDI VII* (1961) 43.

<sup>2</sup> Vid. Edoardo VOLTERRA, *Famiglia (Diritto Romano)* na *ED XVI* (1967) 723.

<sup>3</sup> Vid. Pedro RESINA SOLA, *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística Española (1940-2000)* (Universidad de Huelva / Huelva, 2001) 5.

<sup>4</sup> Vid. RESINA SOLA, *ibidem* 5.

Seguindo a evolução que tem sido assinalada à *familia* romana e aos sucessivos regimes patrimoniais correspondentes, dividimos a nossa intervenção em 5 partes:

1. A família agnática e a absorção de bens;
2. A família natural e a separação de bens;
3. A família medieval e a comunhão de bens;
4. O Direito Português
5. O Direito Brasileiro.

## 2. A FAMÍLIA AGNÁTICA. A ABSORÇÃO DE BENS

Segundo Ulpianus, o vocábulo *familia* comporta vários significados: aplicase a *res* e a *personae*<sup>6</sup>; pode também referir-se a uma corporação regida por um direito próprio dos seus elementos ou por um direito comum. Aquele disciplina a corporação chamada *familia* constituída por várias pessoas que se encontram sujeitas à *potestas* dum chefe (*paterfamilias*); o *ius commune* compreende todos aqueles que, pelo falecimento do *pater* comum, deixaram de estar sujeitos à sua *potestas*<sup>7</sup>.

Portanto, excluída a referência a *res*, Ulpianus dá-nos dois sentidos:

- a) a *familia proprio iure*: é o núcleo de pessoas que estão sujeitas à *potestas* dum *paterfamilias*. É a família em sentido restrito que se caracteriza pelo parentesco civil (*adgnatio*);
- b) a *familia communi iure*: é o núcleo de pessoas que estavam sujeitas ao poder dum *paterfamilias* quando faleceu ou sofreu uma *capitis deminutio*. Trata-se duma concepção lata, também agnática: o parentesco continua a ser civil.

Pressupondo a *familia communi iure* várias *familiae proprio iure*, serão estas o ponto de referência da originária *familia* romana agnática: as diversas pessoas que vivem na dependência da *potestas* dum chefe (*paterfamilias*), ou seja, a *uxor*, os *fili*, as *filiae*, as *uxores filiorum*, os netos, etc., independentemente da relação consanguínea.

Portanto, a *familia* romana originária é uma instituição que se pode caracterizar como uma relação jurídica de sujeição (*adgnatio*) ou parentesco jurídico. Este vínculo de sujeição é tendencialmente perpétuo: apenas cessa com a morte ou *capitis deminutio* do *pater* ou de quem lhe está submetido.

Como elemento nuclear da sua constituição surge o matrimónio (*nuptias*) que, na *definitio* de Modestinus, é a “*coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”<sup>8</sup>. A crítica de Solazzi não

<sup>5</sup> Vid. Salvatore RICCOBONO, *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria Guidata dai Pontefici* em *Festschrift Friz Schulz I* (Hermann Böhlau Nachfolg / Weimar, 1951) 309.

<sup>6</sup> Cf. D. 50,16,195,1.

<sup>7</sup> Cf. D. 50,16,195,2.

<sup>8</sup> Cf. D. 23,2,1. Esta definição de MODESTINUS é, segundo GARCIA GARRIDO, “de indudable procedencia clásica”. Vid. Manuel GARCIA GARRIDO, *La Concepción Clásica del Matrimonio* em *AHDE XXV* (1956) 887.

altera a substância deste fragmento que, embora nada diga sobre a sua natureza jurídica, revela fielmente o que o matrimónio é: “la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer”, nas palavras de Juan Iglesias<sup>9</sup>; ou, segundo Bonfante, “la convivenza dell'uomo e della donna solto l'autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie”<sup>10</sup>. Daqui já podemos retirar algumas características que distinguem os matrimónios romano e oriental: aquele não se funda numa compra, mesmo simbólica, mas no simples consentimento contínuo dos cônjuges, expresso livremente, ou seja, sem a exigência dum formalismo adequado<sup>11</sup>. Tão-só são exigidos dois requisitos: a convivência conjugal e a *affectio maritalis*, embora aquela tenha fundamentalmente um sentido eminentemente ético, não material como observa Iglesias<sup>12</sup>. Por outro lado, o matrimónio romano sempre foi monogâmico, como informa Gaius<sup>13</sup>; e, destinando-se à constituição duma comunidade perpétua, não pode ser sujeito a condição nem a termo<sup>14</sup>.

Não parece ousado afirmar que estas características terão sido constantes na sociedade romana. Reforça esta opinião a distinção entre *matrimonium* e *conventio in manum* que, segundo Volterra, é necessário fazer. Com efeito, enquanto aquele visa criar a sociedade conjugal, esta apenas põe a mulher sob a *manus mariti* ou do seu *paterfamilias*. Por isso, os juristas romanos só conheceram um tipo de matrimónio, independentemente da *conventio cum* ou *sine manu*<sup>15</sup>.

Definido e caracterizado o matrimónio romano, é provável que, nos tempos mais antigos, estivesse difundido o costume de a mulher, que se unia em matrimónio ao marido, realizar também a *conventio in manum* através da qual ficava sujeita ao poder marital (à *manus*)<sup>16</sup> com o estatuto de filha (*loco filiae*)<sup>17</sup>. A *uxor in manu* perdia a capacidade patrimonial que teve se e enquanto foi *sui iuris*: todos os seus bens ingressavam no património do marido ou do seu novo *paterfamilias*. Depois, estava-lhe vedada a possibilidade de contrair obrigações: primeiro, porque não gozava da necessária capacidade<sup>18</sup>; e, mais tarde,

<sup>9</sup> Vid. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*<sup>11</sup> (Ed. Ariel, S.A. / Barcelona, 1993) 482.

<sup>10</sup> Vid. Pietro BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia* (Attilio Sampaolesi - Editore / Roma, 1925) 187.

<sup>11</sup> Vid. Edoardo VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Ed. Ricerche / Roma, 1961) 644-645.

<sup>12</sup> Prova-o o facto de o matrimónio se poder contrair na ausência do marido, com a entrada da mulher em sua casa (*deductio in domum mariti*). Cf. D. 23,2,5; -23,3,69,3; -23,2,6; PS. II,19, Vid. IGLESIAS, *ibidem* 483.

<sup>13</sup> Cf. GAIUS 1,67.

<sup>14</sup> Vid. IGLESIAS, *ibidem* 484.

<sup>15</sup> Vid. VOLTERRA, *ibidem* 645-647. No mesmo sentido, vid. M. GARCIA GARRIDO, “*Conventio in manum*” y *Matrimonio* no *NHDE* XXVI (1956) 781-785.

<sup>16</sup> Dispensamos uma referência às formas de *conventio in manum*: *confarreatio*, *coemptio e usus*. Cf. GAIUS 1, 110-113.

<sup>17</sup> Cf. GAIUS 1,114; -1,115b; -1,118; -1,137.

<sup>18</sup> Cf. GAIUS 3,104. Vid. GARCIA GARRIDO, *El Patrimonio de la Mujer Casada en el Derecho Civil I - La Tradición Romanística* (Ed. CEAC, S.A. / Barcelona, 1982) 12.

## VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

nem sequer podia obrigar *civiliter* o seu marido (ou *paterfamilias*) por efeito do princípio referido por Gaius segundo o qual “*melior condicio nostra per servos (et filios) fieri potest, deterior fieri non potest*”<sup>19</sup>. Restava à *uxor in manu* a possibilidade de, enquanto *loco filiae*, ser herdeira<sup>20</sup> ou legatária do marido, pois os bens, que este eventualmente confiasse à sua administração, não deixariam de, como *peculium*, ser propriedade do marido (ou do seu *paterfamilias*). Assim se cumpria perfeitamente a tradição de que a mulher romana “nace y vive para el matrimonio y para el hogar”, nas palavras de Garcia Garrido<sup>21</sup>.

Todavia, esta posição que a *uxor in manu* ocupa na família na sociedade romana nada tem a ver com o *status* de *infirmitas sexus* que os Filósofos da velha Grécia referiam para ridicularizar a mulher. Se Aristóteles via nela um ser inferior ao homem em todos os aspectos (anatômico, fisiológico e ético) e Sócrates afirmava que não se devia perder tempo a falar de tecelagem e da confecção de bolos e guisados<sup>22</sup>, com que ridicularizava a mulher e enaltecia a superioridade do homem, não deixa de ser significativo o espanto e a indignação de Platão perante o paradoxo de “a missão de educar os cidadãos ser confiada a seres que são tão mal educados”<sup>23</sup>.

Em Roma, a *uxor* é uma mulher respeitada; goza, em qualquer parte, dum lugar de honra. Mais: quando Catão comentava que “por toda a parte os homens governam as mulheres e nós, que governamos todos os homens, somos governados pelas nossas mulheres”<sup>24</sup>, revela inequivocamente a importância que a mulher teve na sociedade romana que permitiu a Giuliano Crifò considerar falsa representação das coisas dizer que a mulher, em Roma, era “maîtresse par les moeurs, esclave par les lois”<sup>25</sup>.

De todo o modo, os bens que pertencessem à mulher *sui iuris* e aqueles que, tratando-se duma *filia*, o seu *pater*, parentes ou amigos tivessem concedido como dote eram adquiridos pelo marido ou sogro (se *paterfamilias*)<sup>26</sup>. No entanto, na primeira hipótese as suas dívidas extinguíam-se, *iure civili*, em consequência da *capitis deminutio* sofrida. Neste caso, estar-se-ia perante um enriquecimento injusto, decerto intolerável que importaria evitar. Gaius fala-nos duma *fictio* em que “ *fingimus adversarium nostrum capite deminutum non*

<sup>19</sup> Cf. D. 50,17,133.

<sup>20</sup> Vid. Pál CSILAG, *I Rapporti Patrimoniali fra Coniugi all' Epoca di Augusto* em *Studi in Onore di Edoardo Volterra* IV (Casa Edit. Dott. A. Giuffrè / Milão, 1971) 303.

<sup>21</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 44.

<sup>22</sup> Vid. Severino Augusto dos SANTOS, *Tutela dos Impúberes e das Mulheres* (Ed. do Autor / Coimbra, 2001) 175.

<sup>23</sup> Vid. PLATÃO, *A República* II, 377; e Severino Augusto dos SANTOS, *ibidem* 175.

<sup>24</sup> Vid. PLUTARCO, *Reg. Apoth.* (Ed. Didot. t 111.240); e Severino Augusto dos SANTOS, *ibidem* 180.

<sup>25</sup> Vid. Giuliano CRIFÒ, *La Condizione Femminile in Roma* em *Estudios Jurídicos “in memoriam” del Profesor Alfredo Calonge* I (Salamanca, 2002) 240.

<sup>26</sup> Como refere GARCIA GARRIDO (*ibidem* 308), o dote podia ser constituído a favor do marido independentemente do facto de ter ou não a *manus* sobre a mulher. Cf. ULPIANUS, Tit. 7,1; D. 24,1,1 ; FV 276.

*esse*<sup>27</sup>. Fingindo que a *uxor in manu* não sofreu a *capitis deminutio*, os credores podê-la-iam demandar exigindo o pagamento dos seus créditos. Ou seja, por efeito dum expediente do *ius praetorium*<sup>28</sup>, o marido (ou o seu *paterfamilias*) recebia o património activo e passivo da mulher *sui iuris*.

Trata-se, portanto, do regime de absorção de bens que podemos considerar típico do matrimónio acompanhado da *conventio in manum*: os bens que a *uxor* levava para o matrimónio e os que posteriormente adquirisse (*v.g.*, por herança, doação, trabalho, etc.) integravam-se no património do marido (ou de seu *paterfamilias*)<sup>29</sup>.

No entanto, sem bens próprios, é natural que, desde os tempos mais afastados, o marido entregasse à sua *uxor* um conjunto de bens sobretudo dedicados ao seu uso pessoal e ao trabalho no lar: *v.g.*, roupa, objectos de adorno, jóias, escravos, etc.<sup>30</sup> Tais bens constituíam um *peculium*, cuja propriedade continuava a pertencer ao marido: à *uxor* era, tão só, atribuída a sua administração<sup>31</sup>. É também natural que se difundisse a prática de, para manter a posição da *uxor* na família e assegurar-lhe os necessários meios de subsistência, o marido legar bens que faziam parte do dote e do *peculium*<sup>32</sup>. Para o efeito, e porque a *uxor in manu* integrava o grupo dos *heredes sui* do marido, este devê-la-ia deserdar *inter caeteros*<sup>33</sup> e deixava-lhe, num legado, as *res* destinadas à alimentação e à preparação e conservação de alimentos (*legatum de penus*)<sup>34</sup>; ao adorno ou embelezamento da mulher (*legatum de mundus*)<sup>35</sup>; e as roupas da mulher (*legatum de vestimenta muliebria*)<sup>36</sup>. Depois, se houvesse dificuldades na determinação dos bens legados, poder-se-ia recorrer à *praesumptio Muciana*: os bens que a mulher utilizava no seu uso pessoal e no trabalho do lar que, agora, lhe eram legados, presumiam-se procedentes do marido<sup>37</sup>.

### 3. A FAMÍLIA NATURAL. A SEPARAÇÃO DE BENS

#### 3.1 A posição jurídica da *uxor sine manu*

Entretanto, a *familia* romana ia evoluindo: o parentesco agnaticio foi substituído paulatinamente pelo parentesco natural ou consanguíneo (*cognatio*)<sup>38</sup>.

<sup>27</sup> Cf. GAIUS 4,38. Vid. António dos SANTOS JUSTO, *A "Fictio Iuris" no Direito Romano ("Actio Ficticia")*. *Epoca Clássica I* no suplemento XXVII do *BFDC* (1983) 233.

<sup>28</sup> Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* §§ 2 e 3.

<sup>29</sup> Vid. Juan IGLESIAS, *o.c.* 498.

<sup>30</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *El Patrimonio de la Mujer Casada*, cit. 13 e 23.

<sup>31</sup> Enquanto proprietário, o marido (ou o seu *paterfamilias*) devia responder pelas obrigações contraídas pela *uxor* administradora. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 13.

<sup>32</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 130.

<sup>33</sup> Cf. D. 33,5,21; -34,1,10,2. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 84.

<sup>34</sup> Cf. D. 33,9,1; -33,9,3; -33,9,5. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 90-91.

<sup>35</sup> Cf. AULO GÉLIO, *Nott. Att.* 4,1; TITO LÍVIO, 34,7; D. 34,2,39 pr.; -34,2,25,10-12. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 91.

<sup>36</sup> Cf. D. 34,2,33; -34,2,23,1-3; -34,2,25,9. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 91.

<sup>37</sup> Cf. D. 24,1,51. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 93-95 e 130-131.

<sup>38</sup> Vid. DE MARTINO, *o.c.* 46.

Em consequência, vai-se afirmando, paralelamente, a personalidade de cada um dos elementos da família e a *conventio in manum* cai em desuso<sup>39</sup>. Nas palavras de Pál Csilag, “all’epoca di Augusto, la *manus* era un istituto in via di estinzione”<sup>40</sup>. A evolução passou por fases: primeiro, durante os tempos mais antigos, terá vigorado o regime único e indiferenciado da *conventio in manum*; depois, foi introduzido o matrimónio dito livre, coexistindo os dois regimes; e finalmente, generalizou-se e impôs-se definitivamente o matrimónio livre, desaparecendo a antiga *conventio in manum*<sup>41</sup>.

A mulher adquire um novo *status*: torna-se independente do marido (ou do *paterfamilias* deste). Deixa de ser *loco filia mariti*; por isso, tem capacidade patrimonial que lhe permite ter um património próprio que não se confunde com o do marido. Não perdia a titularidade dos bens que tivesse enquanto *sui iuris*; e, se fosse *alieni iuris*, adquiria, para si própria, os bens que o seu *paterfamilias*, a cuja família (natural) não deixava de pertencer, lhe transmitisse *inter vivos* ou *mortis causa*: era até frequente a prática de o seu *paterfamilias*, de quem era *heres sui*, a deserdar *inter caeteros* e legar-lhe os bens que constituíam o dote e o *peculium*<sup>42</sup>. Por outro lado, não sendo *loco filia mariti*, não era sua herdeira legítima. Porém, também aqui se tornou frequente, quando não fosse instituída herdeira testamentária, o uso de o marido lhe deixar, em legado, os bens que constituíam o dote e os bens extradotais. Acresce que, à medida que a família cognática se ia impondo, o pretor foi concedendo à *uxor sine manu* a *bonorum possessio unde vir et uxor* que lhe permitia entrar na posse dos bens do marido depois dos seus consanguíneos<sup>43</sup>. Destaca-se, também pela sua grande frequência, o legado de usufruto que, sem lesar os legítimos direitos sucessórios dos filhos, proporcionava à *uxor* viúva as condições de subsistência indispensáveis a uma vida digna no seio da família. Se tivermos presente que estes legados tinham habitualmente por objecto a casa (*domus*), os bens aí contidos e os escravos<sup>44</sup> e o frequente carácter vitalício do usufruto<sup>45</sup>, compreender-se-á facilmente que a sua finalidade era assegurar não só a continuidade da *uxor* viúva e *mater* na gestão e no governo do património familiar sobretudo até aos filhos obterem a necessária capacidade de exercício<sup>46</sup>, mas também os meios de subsistência indispensáveis à viúva<sup>47</sup>. Observamos, tam-

<sup>39</sup> Vid. Fermin CAMACHO-EVANGELISTA, *Familia Agnaticia, Familia Cognaticia y Adopción (s. III d.C.)* em *Temis* 21 (Zaragoza, 1967) 157-158.

<sup>40</sup> Vid. CSILAG, *o.c.* 308.

<sup>41</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, “*Conventio in Manum*” y *Matrimonio*, cit. 785.

<sup>42</sup> Cf. D. 33,5,21; -34,1,10,2. Vid. GARCIA GARRIDO, *El Patrimonio de la Mujer Casada*, cit. 96.

<sup>43</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 96.

<sup>44</sup> Cf. D. 33,2,32,2; -33,2,35; -33,2,39. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 105.

<sup>45</sup> Cf. D. 33,2,31; -33,2,30; -33,2,24-25; -33,2,22. Por vezes, o usufruto era constituído com duração determinada (D. 33,2, 35; -33,2,30pr.), limitada, em algumas hipóteses, até aos filhos alcançarem certa idade (D. 33,2,32,4; -33,2,30pr.). Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 105-106.

<sup>46</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 106.

<sup>47</sup> Cf. D. 33,1,10,2; -24,1,28,6. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 107.

bém aqui, a evolução lenta, sem rupturas, que é típica do Direito Romano: o velho *legatum* que, em obediência à tradição e ao costume, o marido fazia à *uxor in manu* do dote (*praelegatum* ou *relegatum dotis*) assume, na época clássica, as formas do *legatum dotis* e do *legatum pro dote*<sup>48</sup>.

Finalmente, havia, como alternativa a estes legados, a possibilidade de o marido instituir a *uxor* herdeira ou deixar-lhe um legado onerado com um fideicomisso em benefício dos *filii* ou dos seus parentes<sup>49</sup>.

Reconhecida a capacidade patrimonial da mulher (e, portanto, da *uxor sine manu*), impõe-se resolver o problema da sua incapacidade de exercício que, sabemos todos, afectou a mulher romana durante grande parte da história do Direito Romano. Apesar de venerada pelos *filii* e escravos, respeitada pelo marido e querida por todos, e embora estendesse a sua influência até às assembleias populares e ao Senado<sup>50</sup>, a *materfamilias* que juridicamente não estivesse sujeita à *manus mariti* não gozava de capacidade para exercer os seus direitos: tinha capacidade de gozo, mas faltava-lhe a de exercício, talvez devido à *infirmetas* ou *imbecilitas sexus* reconhecida pelo pensamento filosófico grego. Por isso, refere Cícero, “*mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*”<sup>51</sup>, quiçá inspirado na “vontade imatura” de que nos fala Aristóteles<sup>52</sup>. Isto é, a mulher só podia fazer negócios jurídicos com a *auctoritas tutoris*.

Porém, afastada a função originária de a *tutela mulierum* satisfazer o interesse do tutor ou da família agnática<sup>53</sup>, a tutela não podia deixar de degenerar quando a família romana se tornou cognática e, em consequência, à mulher foi sendo reconhecida a dignidade que clamava a indispensável autonomia: se o sangue dos pais circula nas vias dos filhos, a igualdade consanguínea postula a igualdade dos diversos *status*. Depressa a *tutela mulierum* se limitou aos seus bens; depois, deixou de interferir na administração; por fim, tornou-se um simples instrumento fictício, puro “resquício da *vetustas* e largamente superada *potestas* sobre as *feminae*”<sup>54</sup>. Já na época clássica, Gaius refere que a *levitas animi*, invocada para justificar a tutela, “*mais speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus aucter fieri a praetore cogitur*”<sup>55</sup>. Afastada a tutela da mulher que gozasse do *ius liberorum* pela *lex Iulia et Papia Poppaea*<sup>56</sup>; permitido que o tutor

<sup>48</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 107-109.

<sup>49</sup> Cf. D. 36,1,59(57), 2. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 106.

<sup>50</sup> Vid. Severino Augusto dos SANTOS, *o.c.* 197.

<sup>51</sup> Cf. CÍCERO, *Pro Mur.* 12,27.

<sup>52</sup> Vid. Severino Augusto dos SANTOS, *o.c.* 191.

<sup>53</sup> Vid. Severino Augusto dos SANTOS, *o.c.* 193.

<sup>54</sup> São palavras de Severino Augusto dos SANTOS, *o.c.* 195.

<sup>55</sup> Cf. GAIUS 1,190. Vid. BONFANTE, *o.c.* 412.

<sup>56</sup> Cf. GAIUS 1,145.

legítimo fosse um *furiosus* ou um *mutus*<sup>57</sup>; facultada à mulher a possibilidade de pedir um tutor que substituísse o tutor ausente<sup>58</sup> e de, através duma *coemptio* dita *fiduciae causa*, substituir um tutor incómodo por um marido velho e sem vontade que se pudesse impor<sup>59</sup>; forçado o tutor pelo pretor a conceder a sua *auctoritas*<sup>60</sup>; e abolida a tutela legítima pela *lex Claudia*<sup>61</sup>, perguntar-se-á: para que servia a *tutela mulierum* em geral e da *uxor sine manu* em particular? A resposta não poderá deixar de ser: para nada!

Por isso, não surpreende que aquela tutela fosse considerada mera formalidade vazia de conteúdo até ser abandonada. E tão-pouco surpreende que, a propósito de Cesénia, viúva de Fulcínio, como de Cerénia, mulher de Cecina, Alvaro D'ORS pergunte: “Dónde está el tutor?” A resposta do eminente romanista espanhol, Mestre do meu Mestre Sebastião Cruz, é concludente: “la poca importancia que en este caso da Cicerón al tutor de la mujer y a su *auctoritas interpositio* demuestra en todo caso la decadencia de esta institución”. Mais: Alvaro D'ors não deixa de referir três aspectos que consideramos particularmente importantes. Citamos: “Estando casada, parece natural que acuda a su marido”; “al casarse, el marido se convertia, quizá por un nombramiento del pretor, quizá automáticamente, en tutor”, e “llegaremos a la conclusión de que cuando Augusto concedió el *ius liberorum*, la tutela de la mujer no tenía ya más que un valor puramente formal”<sup>62</sup>.

Efectivamente, além de ser absurdo que um terceiro fosse chamado a desempenhar a função de tutor da mulher casada intrometendo-se numa relação conjugal<sup>63</sup>, ninguém melhor do que o marido reunia as condições de aconselhar e auxiliar a *uxor* na gestão do seu património<sup>64</sup>. Isto é, tudo sugere que, mais do que um mero valor formal, a tutela deva considerar-se, como observa ainda Alvaro D'ors, “diluída (...) en la de marido”<sup>65</sup>. E óbvio que a *tutela mulierum* perdeu todo o sentido já na época clássica e, se ainda é referida em alguns textos, trata-se apenas de “un relicto histórico”, nas palavras de Garcia Garrido<sup>66</sup>. Afastada a tutela das mulheres, nada impedia que, ainda na época clássica, uma *mater* fosse a tutora dos seus *fili*<sup>67</sup>. Nas palavras de Bonfante, “la

<sup>57</sup> Cf. GAIUS 1,180. Vid. BONFANTE, *o.c.* 411.

<sup>58</sup> Cf. GAIUS 1,173.

<sup>59</sup> Cf. GAIUS 1,114-115. Vid. BONFANTE, *o.c.* 411; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 115; e SANTOS JUSTO *o.c.* § 12.2.4.1.2.

<sup>60</sup> Cf. GAIUS 1,190.

<sup>61</sup> Cf. GAIUS 1,157; -1,171. Vid. BONFANTE, *o.c.* 410.

<sup>62</sup> Vid. Alvaro D'ORS, *Miscelánea. Cicerón pro Caecina V* no *AHDE* XIII (1936-1941) 429-430.

<sup>63</sup> Vid. Alvaro D'ORS, *ibidem* 430.

<sup>64</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 116-120.

<sup>65</sup> Vid. Alvaro D'ORS, *ibidem* 430.

<sup>66</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 115. A *tutela mulierum* é ainda referida em dois *edicta* de Diocleciano dos anos 293 e 294, mas é ignorada na legislação de Constantino. Cf. *fv.* 325 e 326. Vid. BONFANTE, *o.c.* 412.

<sup>67</sup> No ano 390, uma *constitutio* de Valentiniano II, Teodósio I e Arcádio permitiu que a mãe e a avó fossem tutoras, respectivamente, dos seus filhos e netos (C.2. 5,35,21). No entanto, como

storia della tutela muliebre è storia della sua dissoluzione, non già della sua trasformazione, poichè, come la *manus*, essa è disadatta ad assumere una figura meglio confacente ai fini della nuova società”<sup>68</sup>. A similitude com a *manus mariti* é muito oportuna porque, liberta da *manus mariti*, não há motivo para sujeitar a *uxor* à tutela de alguém, marido ou estranho. Assim se evitava o absurdo e o ridículo de colocar os “tutori soggetti alla volontà della donna più di quello che essa sia soggetta alla loro autorità”<sup>69</sup>.

De todo o modo, mesmo que a tutela persistisse como um resquício puramente formal sobretudo nas mulheres de condição inferior<sup>70</sup>, a *tutela mulierum* não afasta, antes pressupõe, a capacidade patrimonial da *uxor* (*sine manu*). Por isso, urge regressar à constância do matrimônio para aí observarmos o regime dos bens conjugais. Todavia, impõe-se uma referência prévia ao dote, às *res extra dotales*, às doações *ante nuptias* e às doações *inter virum et uxorem*.

### 3.2 O dote

Embora não nos cumpra discutir os diversos problemas que o dote tem suscitado na romanística, exceptuando a *magna quaestio* da sua propriedade, não podemos omitir algumas referências que, mais ou menos pacificamente, têm sido feitas a uma figura que, nas palavras de Laura Gutiérrez-Masson, “es una de las instituciones más vitales del Derecho romano”<sup>71</sup>.

Já Bonfante escrevera que o dote “è uno degli istituti più vitali, più evolventisi e più ricchi del diritto romano”, cuja fisionomia característica “appare nelle su fasi dell’evoluzione (deste) diritto”<sup>72</sup>.

Com raízes comuns nos vocábulos *dare* e *donatio*, o dote (*dos*) é considerado um conjunto de bens que a mulher, o seu *pater* ou outra pessoa transfere para o marido (independentemente de ser ou não titular da *manus*), primeiro para compensar a *uxor in manu* da perda dos direitos hereditários em consequência da ruptura do vínculo com a sua família paterna<sup>73</sup>; depois para contribuir para as despesas da vida matrimonial (*onera matrimonii*)<sup>74</sup>; e finalmente, para assegurar o sustento da mulher viúva e dos seus filhos<sup>75</sup>.

---

adverte Pedro RESINA SOLA, “el derecho va muy por detrás del hecho humano en las instituciones familiares” e, por isso é absolutamente pertinente a opinião de Giuliano CRIFÒ de que “già in età classica (...) circostanze, condizioni, tempi, sentimenti ecc. suggeriscono di concedere alla madre, che si sia attivata in quel senso, la tutela sui propri figli”. Vid. Giuliano CRIFÒ, *La Donna e la Tutela* em *LABEO* 28 (1982) 58 e *Note e Discussioni. Ancora sulla Donna Tutrice in Diritto Romano Classico* em *BIDR* LXVIII (1965) 337-340; BONFANTE, *o.c.* 412; Alvaro D’ORS, *ibidem* 430; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 142; e RESINA SOLA, *ibidem* 6.

<sup>68</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 409.

<sup>69</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 411.

<sup>70</sup> Vid. CRIFÒ, *La Donna e la Tutela* em *LABEO* 28 (1982) 55.

<sup>71</sup> Vid. Laura GUTIÉRREZ-MASSON, *La Dote en el Derecho Romano* na *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Curso 1988-1989* (Madrid, 1989) 271.

<sup>72</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 283.

<sup>73</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 283; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 45; e CSILAG, *o.c.* 305.

<sup>74</sup> Cf. D. 23,3,56,1.

<sup>75</sup> Cf. D. 23,3,73,1. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 53.

## VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

Tinha, como pressuposto indispensável, a celebração do matrimónio<sup>76</sup> e assinalam-se, como objectos possíveis, o direito de propriedade, de usufruto, uma servidão, créditos, remissão de dívidas, etc., que não constituem *res extra dotales*<sup>77</sup>.

Inicialmente, a obrigação de dotar terá sido puramente moral (*officium*), garantida pela *fides* paterna; depois, foi consagrada pela *lex*, impondo-se juridicamente quiçá em obediência ao *favor dotium* e ao princípio “*ne mulier maneat indotata*”<sup>78</sup>.

O dote, supõe, portanto, uma doação e a sua constituição era possível através de *datio*, *dictio* e *promissio* e, mais tarde, dum *pactum dotis*. É problemática, na época clássica, a figura do dote tácito<sup>79</sup>.

Não insistimos também na *dos aestimata* e na sua eventual natureza de *venditio*<sup>80</sup>, mas já merecem uma referência, embora necessariamente breve, a obrigação de o marido restituir o dote, as garantias concedidas à mulher e os institutos a que podia recorrer para recuperar os bens dotais ou obter o correspondente valor pecuniário.

Dissolvido o matrimónio, a mulher dispunha, originariamente, de duas *actiones in personam*: a *actio ex stipulatu* que se fundava na *cautio rei uxoriae* prestada pelo marido; e, provavelmente a partir do século II a.C., a *actio rei uxoriae* a que podia recorrer na falta daquela *cautio* e a que o marido podia opor diversas *retentiones* (*propter mores graviores*<sup>81</sup>, *propter mores leviores*<sup>82</sup>, *propter impensas*<sup>83</sup>, *propter res donata*<sup>84</sup>, *propter res amotas*<sup>85</sup> e *propter liberos*<sup>86</sup>). No direito justinianeu, esta *actio* foi substituída pela *actio ex stipulatu* que se tornou geral (pode ser instaurada mesmo sem convenção) e de boa fé<sup>87</sup>. Além

<sup>76</sup> O dote permitia também fazer a prova da *affectio maritalis* indispensável ao matrimónio. Vid. GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 272.

<sup>77</sup> Vid. CSILAG, *o.c.* 308.

<sup>78</sup> Segundo Gugliermo CASTELLI, a obrigação (jurídica de dotar) é uma criação de Justiniano, determinada pelo afastamento dos vínculos domésticos e a deformação dos antigos conceitos do *officium* e do *mos*. Contra, Laura GUTIÉRREZ-MASSON invoca MARCIANUS (D. 23,2,19) e considera que foi convertida em *obligatio* jurídica por uma *constitutio* de Caracala e Septímio Severo. Vid. Gugliermo CASTELLI, *Scritti Giuridici* (Ulricho Hoepli Ed. Libraio della Real Casa / Milão, 1923) 129-142; Laura GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 272 e 277; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 166.

<sup>79</sup> Vid. GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 273-274.

<sup>80</sup> Vid. GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 275; e Juan MIQUEL, *Periculum locatoris* em SZ XCIV (1964) 154-158.

<sup>81</sup> O marido podia reter 1/6 do dote no caso de ofensa grave aos bons costumes por parte da mulher. A partir do século II a.C. essas ofensas ficaram limitadas ao caso de adultério.

<sup>82</sup> Por faltas leves da mulher aos costumes, o marido podia reter 1/8 do dote.

<sup>83</sup> Os gastos necessários eram diminuídos *ipso iure* (D. 25,1, 5pr.); a dedução dos úteis dependia do consentimento da mulher quando foram feitos; e os voluptuários não podiam ser deduzidos.

<sup>84</sup> O marido podia reter, a título de dote, os bens doados à mulher.

<sup>85</sup> O marido podia reter as *res* que a mulher lhe subtraiu.

<sup>86</sup> O marido podia reter 1/6 por cada filho e até 1/2 do dote se o matrimónio fosse dissolvido por culpa da mulher ou do seu *pater*. Se fosse dissolvido por morte da mulher, podia reter 1/5 por cada filho se o dote fosse profectício.

<sup>87</sup> Cf. C. 5,13,1,2; -5,13,1pr. Vid. BONFANTE, *o.c.* 350.

desta *actio* agora denominada *actio dotis* ou *actio de dote*, a mulher dispõe duma *vindicatio utilis* que lhe permite recuperar os bens dotais sobre os quais goza duma hipoteca privilegiada<sup>88</sup>.

Ademais, foi-lhe concedida uma hipoteca tácita também privilegiada sobre o património do marido como garantia do dote<sup>89</sup>.

Abordados muito sumariamente estes diversos aspectos que, embora laterais, facilitam a compreensão do regime do dote, é já tempo de estudarmos a questão principal que marca o regime patrimonial dos bens conjugais: a quem pertencem os bens dotais? Trata-se dum problema que, desde os Glosadores, continua a dividir a romanística<sup>90</sup>: há textos em que o dote é adquirido pelo marido que se torna proprietário; mas também não faltam outros que atribuem o *dominium* dos bens dotais à mulher. Por isso, não tem faltado quem considere que juridicamente o dote pertence ao marido e, de facto, à mulher; quem fale do *dominium* latente ou pendente da mulher; quem veja no marido (ou na mulher) um usufrutuário; quem entenda que o dote é propriedade temporária do marido; quem considere que se trata duma propriedade específica, limitada pelo escopo; etc.<sup>91</sup>.

A este problema que, nas palavras de Garcia Garrido, “es uno de de los más discutidos en la doctrina sobre la dote”<sup>92</sup>, não é alheio o facto de, «injeritando los nuevos principios y concepciones (...) en el viejo tronco del primitivo régimen dotal», a *iurisprudencia* não oferecer «una doctrina clásica romana completa y acorde sobre la dote», observa ainda Garcia Garrido<sup>93</sup>. A sua resolução há-de depender da apreciação das faculdades jurídicas que se reconheçam ao marido e à *uxor* sobre os bens dotais, sem a tentação fácil de considerar interpolados todos os textos que refiram a propriedade da mulher<sup>94</sup> e sem descurar que a evolução do Direito Romano é feita sem rupturas violentas, mas suavemente.

É necessário, portanto, determinar os poderes ou faculdades que, no matrimónio sem *conventio in manum*<sup>95</sup>, os cônjuges tinham sobre os bens dotais. Há uma série de fontes que inequivocamente reconhecem o *dominium mariti*. Referimos, apenas para não nos alongarmos excessivamente, as seguintes:

- D. 23,3,1: Paulus diz que “*dotis causa perpetua est*” e refere que o dote “*semper apud maritum sit*”. Perguntar-se-á: que significa esta frase? A resposta é-nos dada pelo texto seguinte;

<sup>88</sup> Cf. C. 5,12,30.

<sup>89</sup> Cf. C. 5,13,1,1; -8,17,12; -5,12,29. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 167.

<sup>90</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 324.

<sup>91</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 328-331; e François DUMONT, *Les Revenus de la Dot en Droit Romain* em *RHDFÉ* 21 (1942) 1-43.

<sup>92</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 43.

<sup>93</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 44-45 e 49.

<sup>94</sup> Sucedeu, *v.g.*, com ALBERTARIO, como observa GARCIA GARRIDO, *ibidem* 5237.

<sup>95</sup> No matrimónio acompanhado de *conventio in manum* todos os bens que a mulher tivesse ou fossem dados ao marido a título de dote tornavam-se *dominium mariti*; portanto, o problema da propriedade dos bens dotais não existia.

- D. 6,2,3,1: Transcrevendo o *edictum* do pretor, Ulpianus diz que a *actio Publiciana* pertence também “*cui dotis nomine tradita est, necdum usucapta*”. Sendo esta *actio* uma acção semelhante e paralela à *reivindicatio*, a conclusão é óbvia: o marido torna-se proprietário dos bens dotais: primeiro, *bonorum possessor*; depois, por *usucapio*, *dominus ex iure Quiritium*;
- D. 23,3,73: Ulpianus volta a declarar, ainda mais claramente, que os bens dotais “*in bonis mariti fieri*” e insiste: “*fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur*”. E se foram dadas antes do matrimónio? Se existe a condição do matrimónio se realizar, “*sine dubio dicemus, tunc eius fieri, quum nuptiae fuerint secutae*”;
- D. 15,1,47,6: Paulus fala-nos da transferência do *dominium* e refere, além da compra e venda, o legado e a *dotis datio*. E, com a mesma clareza:
- D. 50,1,21,4: refere que “*constante matrimonio dotem in bonis mariti esset*”;
- D. 33,4,6,1: Labeo fala-nos dum legado de *pecunia* “*pro dote*” feito pelo marido à mulher. Pode deduzir-se que o marido é proprietário do dote: só, por isso, tem sentido o legado.

Todavia, não faltam também fontes que indiciam, se não a pertença das *res dotales* à mulher, pelo menos a existência dum crédito à restituição do dote.

Destacamos:

- D. 24,3,3: Paulus fala-nos da *actio de dote* que serve “*non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote*” e refere que “*communis est patris et filiae*”;
- D. 35,2,81,1: Gaius exclui o *legatum dotis* da *lex Falcidia*, “*quia suam rem mulier recipere videtur*”;
- D. 23; 3,75: Triphoninus diz-nos que “*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*”.

Por outro lado, os poderes do marido estão fortemente limitados, fazendo pensar que não é proprietário dos bens dotais, mas sim administrador ou gestor. Salientamos:

- Gaius 2,63: “*Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam probibetur alienare*”. No entanto, Gaius não deixa de referir: “*Quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum*”;
- D. 23,5,8: Alfenus fala-nos dum marido que “*in fundo dotali uxoris rogatur olivetum succiderat*” o que indicia que, sem a autorização da mulher, não podia alterar o cultivo do *fundus*;
- D. 24,3,1: Pomponius diz que “*publice interest dotes mulieribus conservari (...) ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*”;
- D. 23,3,2: Paulus refere que “*Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*”.

Sem entrarmos na crítica interpolacionística, cuja necessidade não afastamos (desde que feita sem os exageros que a fragilizam) e tendo presente a grande lição de Roma de que o Direito evolui sem rupturas violentas, afigura-se-nos muito provável a seguinte evolução:

- 1ª fase: o dote constituído pela mulher *sui iuris*, pelo seu *pater* ou por um estranho era absorvido no património da família agnática do marido a que a *uxor cum manu* passava a pertencer. Tornava-se, portanto, *dominium mariti*;
- 2ª fase: com a afirmação do matrimónio livre e o conseqüente afastamento da *conventio in manum*, o dote continua a ser considerado propriedade do marido. Porém, foi-se impondo a ideia, determinada pela frequência dos divórcios, de que a mulher devia ser protegida. É-lhe concedida a faculdade de recuperar o dote e são-lhe outorgadas as necessárias garantias que oneram os *bona mariti*. Todavia, quer a *actio ex stipulatu* quer a *actio rei uxoriae* quer mais tarde, a justinianeia *actio dotis* têm um carácter pessoal: a *uxor* é credora, mas não proprietária dos bens dotais<sup>96</sup>;
- 3ª fase: o *favor dotis* e a necessidade de proteger eficazmente a mulher casada (cujo matrimónio fosse dissolvido sobretudo por circunstâncias insusceptíveis de censura) determinaram um passo mais à frente: é-lhe concedida a possibilidade de reivindicar os bens dotais. Embora não se afaste a hipótese de ter sido concedida antes, foi no ano 529 que Justiniano outorgou à mulher uma *actio in rem* para reivindicar os bens dotais, o que implica o reconhecimento do *dominium mulieris*. Só agora é possível falar da verdadeira “riversibilità” referida por Volterra como “elemento imprescindibile e costante della dote”<sup>97</sup>.

À primeira fase correspondem as fontes que falam inequivocamente do *dominium mariti*; à segunda, os textos que referem as *actiones in personam* concedidas à mulher (ou ao seu *paterfamilias*), as garantias do crédito que a *uxor* tem sobre o marido para a restituição dos bens dotais ou equivalente pecuniário e as limitações impostas ao marido sobre a disponibilidade destes bens; e à última fase, a *actio in rem* que permite à mulher recuperar as *res dotales*, afirmando-se, portanto, como proprietária.

Impõe-se uma referência à fonte que assinala esta viragem da mulher credora para a mulher proprietária:

C. 5,12,30,1: Justiniano concede à mulher, na *reivindicatio* dos bens dotais depois da dissolução do matrimónio, uma posição privilegiada em relação à reivindicação, por hipoteca, de terceiros, porque “*eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio*”. Considera que “*non enim quod legum subtilitate earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*”. E determina: “*Volumus itaque, ea in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere*”, assinalando duas vias: “*sive in rem sive hypothecariam*”.

Se a referência à via hipotecária pressupõe um crédito da mulher sobre os bens do marido e indicia que os bens dotais pertencem ao *dominium* do marido-deve-

<sup>96</sup> Vid. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit. 687; e GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 276.

<sup>97</sup> Vid. VOLTERRA, *ibidem* 687. Também BONFANTE (*o.c.* 329) fala da “riversibilità (come) necessario, costante elemento della dote”.

dor, a alusão à *actio in rem* e à *subtilitas legum* que falam do *dominium mariti* confirmam a nossa hipótese: com ou sem subtileza, o dote foi, durante longo tempo, propriedade do marido; depois, há uma fase de transição durante a qual a mulher se tornou credora do marido; e, finalmente, a mulher é *domina dotis*.

Diferente do que escreveu Laura Gutiérrez-Masson, não se trata duma *vindicatio utilis*<sup>98</sup> que colocaria a propriedade da mulher no âmbito do *ius praetorium*<sup>99</sup> que, aliás, só formalmente é recordado na época justinianeia. Tão-pouco se trata de *dominium* latente ou pendente da mulher, de usufruto, de propriedade temporária do marido ou de propriedade limitada pelo escopo. O dote foi propriedade do marido; depois, tornou-se propriedade da mulher. Na fase intermédia, o marido só é obrigado a restituir o dote com a dissolução do matrimónio, ou seja, há apenas um direito de crédito que não infirma o direito de propriedade do marido<sup>100</sup> e justifica a protecção da expectativa da *uxor*-credora com limitações impostas ao marido: *v.g.*, a proibição, por efeito da *lex Iulia*, de alienar o *fundus* dotal sem consentimento da mulher, “*quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum*”, nas palavras de Gaius<sup>101</sup>.

Também estas limitações não alteram o *dominium mariti* porque a *actio rei uxoriae*, com que a *uxor invita* pode impugnar a alienação do marido<sup>102</sup>, é uma *actio in personam*.

Na última fase, é natural que a administração dos bens dotais fosse confiada ao marido como um dos encargos inerentes ao *officium mariti*<sup>103</sup>, devendo actuar com a mesma *diligentia* com que actuava na gestão do seu património; por isso, a sua responsabilidade dependia de *culpa in concreto*<sup>104</sup>.

Assim evoluiu, parece-nos, o regime jurídico do dote em obediência à paralela evolução da *familia* romana, cumprindo-se, também aqui, a sábia lição que, nas palavras de Garcia Garrido os clássicos nos dão: “La necesidad de adaptar continuamente el Derecho a la vida”<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Vid. GUTIÉRREZ-MASSON, *o.c.* 281. Também BONFANTE (*o.c.* 329) fala duma “azione reale utile per riottenere le cose corporali costituite in dote”.

<sup>99</sup> Vid. SANTOS JUSTO, A “*Fictio Iuris*”, cit. §§ 9.3 e 9.4.5.

<sup>100</sup> Embora a propriedade da mulher possa ter sido reconhecida antes da *constitutio* de Justiniano do ano 529 (C. 5,12,30), afigura-se-nos excessivo afirmar, como GARCIA GARRIDO, que “la dote se considera en el régimen clásico como un patrimonio de la mujer destinado al matrimonio”. Mas já concordamos com o ilustre romanista quando refere que “la dote sigue una evolución histórica paralela a la de la familia”, observando que “en la etapa del derecho quiritarario (...) la dote había necesariamente de supor una aportación económica definitiva e incondicionada al *paterfamilias* del marido, o a éste mismo si lo era”; e quando, referindo a supremacia da família natural e a tendência de assegurar o dote à mulher, conclui que a “transición se cierra definitivamente, con la regulación justinianeia, en la que se considera claramente el destino de la dote y su pertenencia a la mujer”. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 45 e 59.

<sup>101</sup> Cf. GAIUS 2,63.

<sup>102</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 57<sup>58</sup>.

<sup>103</sup> Cf. D. 24,1,47. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 57<sup>57</sup>.

<sup>104</sup> Cf. D. 23,3, 17 pr.; -24,3,24,5. Vi. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 57 e 166; e BONFANTE, *o.c.* 332.

<sup>105</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 1.

É tempo de concluir: seja o dote propriedade do marido (como entendemos, pelo menos até ao ano 529, mas provavelmente já antes) ou da mulher (decisivamente depois do ano 529), só um regime de bens é possível verificar no matrimónio sem *conventio in manum*: a separação de bens. Mesmo na fase intermédia que prepara a transição do *dominium mariti* para o *dominium uxoris*, o escrupuloso cuidado de, em via obrigacional, limitar os poderes do marido e garantir o crédito da *uxor* à restituição dos bens dotais mostra inequivocamente o rigor desse regime<sup>106</sup>.

### 3.3 As res extra dotales

Se o dote foi, pelo menos até perto da época justinianeia, propriedade do marido, as *res extra dotales* pertenciam ao *dominium mulieris* no matrimónio sem *conventio in manum*.

Segundo Bonfante, teriam sido designados primitivamente *bona recepticia* e, mais tarde, bens parafernais ou extradotais. Na época clássica, falava-se de *bona extra dotem*, *extra dotis causam* e *praeter dotem*<sup>107</sup>. Tais bens pertencem ao *dominium mulieris* e, ainda segundo Bonfante “hanno un regime e una finalità che li avvicina molto alla dote”; resultavam dum prática frequente e a sua administração estava a cargo da própria mulher, eventualmente auxiliada pelo marido<sup>108</sup>.

Há, no entanto, dúvidas sobretudo depois de Castelli ter considerado que a expressão *parapherna* (de origem grega) só compreendia alguns bens extradotais: dinheiro e objectos de uso pessoal (v.g., vestuário, jóias, objectos de *toilette*). De fora ficavam os imóveis<sup>109</sup>. É provável que o seu regime clássico tenha sido alterado pelos compiladores de Justiniano<sup>110</sup>. De todo o modo, trata-se dum categoria de bens da mulher e, por isso, não há diferenças significativas entre os seus regimes clássico e justinianeu<sup>111</sup>. Quiçá, ter-se-á alargado aos *praedia* e créditos constituindo uma categoria inventariada destinada aos encargos matrimoniais<sup>112</sup>. A administração dos bens extradotais, excluindo naturalmente os afectados ao uso pessoal da mulher<sup>113</sup>, era, em regra, confiada ao marido que devia prestar contas no termo da *administratio* e respondia no limite da *culpa in concreto*<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 62.

<sup>107</sup> Cf. D.39, 5, 31, 1; FV. 254; C.5, 16, 17; -5,14, 8. Vid. BONFANTE, *o.c.* 373; e IGLESIAS, *o.c.* 498.

<sup>108</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 373; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 39.

<sup>109</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 375; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 28-29 e 146.

<sup>110</sup> Cf. D. 23,3,9,3 provavelmente interpolado. Vid. BONFANTE, *o.c.* 375-376

<sup>111</sup> Cf. C. 5,14,11

<sup>112</sup> Os bens *extradotais* cumprem, portanto, uma função análoga à do dote. Vid. IGLESIAS, *o.c.* 499; BONFANTE, *o.c.* 376; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 147

<sup>113</sup> GARCIA GARRIDO (*ibidem* 42) considera que estes bens se denominavam *bona recepticia* por se tratar de bens que a mulher reservava para si.

<sup>114</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 39; BONFANTE, *o.c.* 376; VOLTERRA *Istituzioni*, cit. 695; e IGLESIAS, *o.c.* 498-499.

Também aqui se impõe uma conclusão: os bens extradotais pressupõem, como o dote, a separação dos patrimónios do marido e da mulher que, como Garcia Garrido observa, “imperat, al menos en principio, durante la época clásica”<sup>115</sup> e, acrescentamos nós, persistiu nas épocas seguintes.

### 3.4 Doações ante nuptias

A *donatio ante nuptias* que, nos diferentes povos orientais, consistia numa doação que o noivo fazia à noiva para lhe assegurar um património para a eventualidade de o matrimónio se dissolver, não é compatível com o matrimónio acompanhado de *conventio in manum*, onde domina o regime patrimonial da absorção de bens. Por isso, a sua prática afirmou-se no matrimónio livre sobretudo a partir da legislação de Constantino, na qual essa doação, preferentemente denominada *sponsalicia largitas*<sup>116</sup>, surge com uma disciplina própria cuja finalidade a aproxima do dote: contribuir para os *onera matrimonii* e, depois, destinar-se aos filhos<sup>117</sup>. O paralelismo com o dote vai ao ponto de Justiniano considerar que a *donatio ante nuptias* “*et nomine et substantia nihil distat a dote*”<sup>118</sup>. Antes, Justino tinha permitido que tais doações fossem aumentadas depois do matrimónio se a mulher decidisse aumentar o dote<sup>119</sup>; e Justiniano impôs a igualdade entre os valores do dote e da *donatio*, agora dita de preferência *propter nuptias*<sup>120</sup>.

Quanto ao *dominium* das res doadas, cuja determinação nos interessa particularmente, as fontes suscitam dúvidas que justificam as palavras de Bonfante: “L’istituto delle donazioni nuziali (...) è ambiguo e disputato quanto mai nella sua funzione, oscuro nella sua origine”<sup>121</sup>. Para isso terá contribuído a crise em que a *iuris scientia* mergulhara nos séculos III e IV, como observa ainda Bonfante, para quem “la donazione nuziale è un istituto nella sua costruzione e nel suo spirito non romano, che si innesta peraltro su germi romani, e la legislazione imperiale (...) è piena di contrasti e di sottintesi”<sup>122</sup>.

De todo o modo, é permitido pensar que os textos<sup>123</sup> sugerem que o *dominium* das res doadas *ante* (ou *propter*) *nuptias* continuava a pertencer ao marido durante o matrimónio e só o perdia se este se dissolvesse por culpa ou morte sua: só então a mulher se tornava proprietária dessas res e, em

<sup>115</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 61

<sup>116</sup> Vid. VOLTERRA, *ibidem* 695; BONFANTE, *o.c.* 384; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 150.

<sup>117</sup> Cf. C. 5,9,5. Vid. Francesco BRANDILEONE, *Sulla Storia e la Natura della “donatio propter nuptias”* em *Scritti di Storia del Diritto Privato Italiano* (Nicola Zanichelli / Bolonha, 1931) 117-214; Gaetano SCHERILLO, *Studi sulla Donazione Nuziale* em *Rivista di Storia del Diritto Italiano* (Roma, 1929 e 1930), respectivamente 457-506 e 69-95.

<sup>118</sup> Cf. C. 5,3,20,3. Vid. IGLESIAS, *o.c.* 507; e BONFANTE, *o.c.* 391

<sup>119</sup> Cf. C. 5,3,19 pr.

<sup>120</sup> Cf. N. 96,1; -97,1. Vid. VOLTERRA, *ibidem* 696; IGLESIAS, *o.c.* 507; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 160.

<sup>121</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 379

<sup>122</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 380

<sup>123</sup> Cf. C. 5,3,18; N. 61,1.

consequência, podia reivindicá-las de qualquer terceiro<sup>124</sup>. Ademais, a hipoteca, que é concedida à mulher sobre os bens do marido, só tem sentido se a *donatio* não produzir o seu efeito imediato de *translatio dominii*.

Perguntar-se-á, agora: qual a natureza jurídica da *donatio ante* (ou *propter nuptias*)? Se a mulher só adquire o *dominium* dos bens doados após a morte do marido ou a dissolução do matrimónio por *culpa mariti*, a sua eficácia está dependente dum termo (morte do marido) ou condição (divórcio imputável ao marido), embora, durante a pendência, o marido não deva praticar actos lesivos da legítima expectativa da mulher<sup>125</sup>. Em qualquer dos casos (*termus* ou *condicio*), durante o matrimónio as *res* doadas continuam a pertencer ao marido, ficando à mulher assegurada, apenas, a expectativa de as vir a adquirir. Por isso, Bonfante refere que este sistema “si svolge a costituire un appannaggio e un soccorso alla donna vedova”<sup>126</sup>, apanágio que, nota ainda Bonfante, “è la funzione giuridica più eminente dell’istituto”<sup>127</sup>. Por outro lado, devemos considerar, *cum grano salis*, a afirmação de quem, como Juan Iglesias, vê nesta *donatio* “una contrapartida de la dote”<sup>128</sup>, porque na constância do matrimónio não há *translatio dominii* das *res* doadas para a mulher e, quando a *donatio ante nuptias* foi consagrada, já o dote não transferia as *res* dotais para o *dominium mariti*. Mesmo depois da dissolução do matrimónio por causa não imputável à mulher, não vemos que esta *donatio* possa constituir uma “contrapartida do dote”: aquela transfere o *dominium* das *res* doadas para a mulher, enquanto o dote se mantém no património da *uxor*<sup>129</sup>.

Importa concluir: também a *donatio ante* ou *propter nuptias* mostra inequivocamente que *inter virum et uxorem* vigorava o regime da separação de bens nas épocas pós clássica e justinianeia. O que não afasta que, embora separados, os bens doados e os bens dotais tenham constituído patrimónios destinados às necessidades da família e, por isso, em regra administrados pelo marido.

### 3.5 Doações inter virum et uxorem

As doações entre marido e mulher, que no matrimónio acompanhado de *conventio in manum* não tinham sentido<sup>130</sup>, não foram proibidas pela *lex Cincia*. Com efeito, para combater a avareza de alguns patronos e de pessoas poderosas que exigiam, a título de presentes, autênticas doações, esta *lex* proibiu-as, mas exceptuou as que fossem realizadas entre pessoas cujas ligações de ordem moral e social excluía a vontade do doador pudesse determinar-se por

<sup>124</sup> Vid. IGLESIAS, *o.c.* 507; e GARCIA GARRIDO, *ibidem* 150-160.

<sup>125</sup> Cf. N. 61,1. Vid. VOLTERRA, *ibidem* 696.

<sup>126</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 381.

<sup>127</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 383.

<sup>128</sup> Vid. IGLESIAS, *o.c.* 507.

<sup>129</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 391.

<sup>130</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 64.

coacção<sup>131</sup>. Era, nomeadamente, a situação dos cônjuges, quando o amor afastava o egoísmo das suas relações conjugais<sup>132</sup>.

No entanto, também aqui a prática se adulterou e, quiçá para evitar, nas palavras de Ulpianus, que “*ne mutuato amore invicem spoliarentur*”<sup>133</sup>, foram proibidas as *donationes inter virum et uxorem*, exceptuando várias situações que a *iurisprudencia* e a legislação imperial precisaram com espírito liberal e prudente por não implicarem a *locupletatio* de um à custa da *depauperatio* do outro: vigorava a regra “*quod utendum datum est non esse donatum*”<sup>134</sup>.

Não se conhece a data nem a fonte jurídica desta proibição. Sabe-se apenas que é posterior ao ano 204 a.C. (data da votação da *lex Cincia*) e é conhecida na época de Augusto<sup>135</sup>. Talvez haja boa razão para a atribuir à *lex Iulia et Papia Popaea* de Augusto: é ignorada por Mucius Scaevola<sup>136</sup> e é difícil imaginar que uma proibição tão importante e contrária às excepções da *lex Cincia* tenha sido introduzida consuetudinariamente<sup>137</sup>.

Seja como for, a proibição destas *donationes* é mais uma prova inequívoca de que se pretende garantir uma precisa separação dos patrimónios dos cônjuges<sup>138</sup>. Nas oportunas palavras de Garcia Garrido, “*desde el derecho clásico hasta Justiniano, impera la onerosidad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges*”<sup>139</sup>.

### 3.6 Conclusão: o regime da separação de bens dos cônjuges

Resta-nos concluir. Com a evolução da família agnática para a família natural e, em consequência, do matrimónio acompanhado da *conventio in manum* para o matrimónio livre, a mulher casada adquiriu juridicamente a dignidade

<sup>131</sup> Vid. SANTOS JUSTO, “*Donatio et Animus Donandi*” em *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilberme Braga da Cruz II* no *BFDC* LVIII (1982) 906-907; e Ramón LÓPEZ-ROSA, *Familia y Civitas a Propósito de la Lex Cincia em Estudios Jurídicos “in memoriam” del Profesor Alfredo Calonge II* (Salamanca, 2002) 614.

<sup>132</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 64; e LÓPEZ-ROSA, *ibidem* 614.

<sup>133</sup> Cf. D. 24,1,1. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 910; BONFANTE, *o.c.* 212; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 66; e Mario LAURIA, *Il Divieto delle Donazioni fra Coniugi em Studi in Memoria di Aldo Albertoni II* (CEDAM - Casa Editr. Dott. A. Milani / Pádua, 1937) 514.

<sup>134</sup> Cf. FV. 269. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 68-80; BONFANTE, *o.c.* 218-219; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 911.

<sup>135</sup> V.g., TREBATIUS, VARO e LABEO conhecem-na. Vid. BONFANTE, *o.c.* 214; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 62; e LÓPEZ-ROSA, *ibidem* 623

<sup>136</sup> A *praesumptio Muciana* refere-se a legados e não a doações. Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 63; e LÓPEZ ROSA, *ibidem* 623.

<sup>137</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 213-214; GARCIA GARRIDO, *ibidem* 65; Gaetano SCHERILLO, *Sulle Origini del Divieto delle Donazioni fra Coniugi em Studi di Storia e Diritto in onore di Arrigo Solmi I* (Dott. A. Giuffrè - Ed./ Milão) 173-174; LAURIA, *o.c.* 513; Gian Gualberto ARCHI, *Dote e Donazione nel Diritto Romano em Studi in memoria di Emilio Albertario II* (Dott. A. Giuffrè - Ed. / Milão, 1953) 231-275; e Carmelo SCUTO, *Il Divieto delle Donazioni tra Coniugi e le Donazioni Indirette em Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz III* (Edit. Jovene / Nápoles) 439-460.

<sup>138</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 51.

<sup>139</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 61.

que socialmente já lhe era reconhecida. Goza de capacidade patrimonial e o seu *patrimônio* é protegido através duma rigorosa separação de bens. Por isso, começa por recuperar o dote que o marido é obrigado a restituir quando o matrimónio cessar por causa inimputável à *uxor*; mais tarde, o marido é reduzido à condição de simples administrador (com a inerente responsabilidade) de bens cujo *dominium* se reconhece à mulher. As *res extra dotem* pertencem à mulher; as *res* doadas *ante* ou *propter nuptias* são do marido durante o matrimónio; e as outras doações entre cônjuges são proibidas para evitar a *locupletatio* de um à custa da *depauperatio* do outro.

Todavia, embora se trate duma rígida *separatio bonorum*, a influência cristã já se faz sentir. À comunhão do amor abençoada pelo Cristianismo devia corresponder a afectação igual dos bens aos *onera matrimonii*<sup>140</sup>; por isso, Justiniano determinou a igualdade entre o dote e a *donatio propter nuptias*<sup>141</sup>, constituindo-se uma comunidade de uso administrada pelo marido<sup>142</sup>. A dinâmica cristã, que reclamava uma união estreitíssima em todas as relações da vida conjugal e tinha elevado a condição da mulher impunha que os bens dos cônjuges se considerassem quase comuns<sup>143</sup>.

Esgotado o Direito Romano com a queda do Império Romano, a evolução continua no Direito medieval.

#### 4. DIREITO MEDIEVAL: O DIREITO HISPÂNICO

Como observa Hinojosa, “o Cristianismo, elevando o valor da pessoa humana e considerando todos os homens sem distinção de sexo, nacionalidade, classe ou hierarquia como iguais perante Deus, atribuiu à mulher o seu lugar na família e na sociedade”<sup>144</sup>. A mulher afirma-se a companheira do homem no *consortium omnis vitae* que só a morte pode dissolver. Marido e mulher têm a mesma condição social e os interesses recíprocos deviam conduzir necessariamente a um sistema de comunhão de bens: o amor aniquila o egoísmo<sup>145</sup>.

Ora, a Idade Média foi, no Mundo Ocidental, profundamente cristã; por isso, o Cristianismo pôde facilmente romper com o regime romano da separação de bens, causando uma mutação profunda que paulatinamente se foi impondo em todos os meios sociais. Nas palavras de Malchiorri Roberti, “era necessario qualche cosa di più per commuovere gli intelletti, per far deviare il costume (...); era necessaria una forza che dominasse gli spiriti non soltanto delle persone colte, ma anche degli incolti, per rendere cosi generale e bene

<sup>140</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 138-139.

<sup>141</sup> Vid. BONFANTE, *o.c.* 376; Melchiorre ROBERTI, *Le Origini Romano Cristiane della Comunione dei Beni fra Coniugi* (Fratelli Bocca, Edit. / Turim, 1919) 113, 156, 222, 249, 250 e 259; e supra, a nota 120.

<sup>142</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *ibidem* 78, 143 e 146.

<sup>143</sup> Vid. ROBERTI, *ibidem* 158, 174, 187, 197 e 250.

<sup>144</sup> Vid. HINOJOSA *apud* ROBERTI, *ibidem* 158.

<sup>145</sup> Vid. ROBERTI, *ibidem* 141, 197, 25,13 e 254; e Manuel PAULO MERÊA, *Evolução dos Regimes Matrimoniais I* (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1913) 48-49.

accetto il nuovo rapporto economico fra gli sposi” e “questa forza che doveva, dominando gli spiriti, modellare su altre basi l’ordine economico della famiglia (...) non poteva essere che l’idea cristiana, eguale in tutti i luoghi, eguale nei suoi principî fondamentali in tutui i tempi”<sup>146</sup>.

Todavia, por efeito de várias circunstâncias a comunhão de bens, que a ideia cristã reclamava, não se impôs uniformemente nas diferentes regiões europeias. Na Sardenha, *v.g.*, ao tempo dominada pela Espanha, a forma mais usada foi a comunhão universal, enquanto em Espanha se observava o regime dotal e, em pouquíssimos lugares, a comunhão de adquiridos: a comunhão universal é quase inteiramente ignorada<sup>147</sup>.

Nas palavras de Manuel Paulo Merêa, “é verosímil que (...) as populações hispânicas continuassem até certo ponto a praticar os seus antigos costumes matrimoniais, sobretudo entre as classes baixas e nas regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos”<sup>148</sup>. Por isso, o Breviário de Alarico ainda consagra o dote e a *donatio ropter nuptias*, ou seja, o regime da separação de bens<sup>149</sup>. Depois, quanto ao direito visigótico, urge destacar um elemento novo: o dote *ex marito* ou dote germânico, talvez derivado do antigo *pretium puellae*, cuja importância se manifesta na doutrina “*ne sine dote fiat coniugium*”<sup>150</sup>. Em relação aos bens adquiridos, uma lei de *Recesvindo* determinou que pertencem a ambos os cônjuges, sendo a quota de cada um proporcional ao valor da respectiva fortuna, embora a regra da proporcionalidade, porque “contrária aos costumes inveterados e de difícil aplicação prática, fosse com frequência inobservada, sobretudo pelos casais de fortuna modesta”, observa Paulo Merêa<sup>151</sup>.

Resta caracterizar o regime de bens no matrimônio visigótico. Nas palavras de Paulo Merêa, “graves dúvidas nos assaltam ao tentar determinar (...) o regime que os visigodos trouxeram à península e que nela vigorou durante este novo período da sua história”<sup>152</sup>. No entanto, embora entenda que “a impressão de conjunto é nitidamente favorável à separação”<sup>153</sup>, o Prof. de Coimbra não deixa de reconhecer que “a partir de *Recesvindo* a estrutura jurídica da comunhão de adquiridos adquire uma maior precisão”<sup>154</sup>.

Passando agora brevemente pelo direito muçulmano, no qual a mulher adquire a propriedade do dote (*mahre, sadaque*) que o esposo lhe oferece, vigorando o princípio da absoluta separação de bens<sup>155</sup>, chegamos ao Direito da

<sup>146</sup> Vid. ROBERTI, *ibidem*, 86

<sup>147</sup> Vid. ROBERTI, *ibidem* 23-27 e 63-64.

<sup>148</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 62

<sup>149</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 64.

<sup>150</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 95-101 e 106.

<sup>151</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 120 e 128; e Alfonso OTERO, “*Liber Iudiciorum 3,1,5*” (*En Tema de dote y “donatio propter nuptias”*) no *AHDE XXIX* (1959) 545-555.

<sup>152</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 86.

<sup>153</sup> Vid. PAULO MERÊA, *Estudos de Direito Privado Visigótico* no *AHDE XVI* (1945) 110<sup>31</sup>.

<sup>154</sup> Vid. PAULO MERÊA, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, cit. 126.

<sup>155</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 138.

Reconquista cristã que se tornou português depois da fundação de Portugal. Manteve-se o regime visigótico, designado por “casamento por arras<sup>156</sup> até à implantação do sistema dotal justinianeu<sup>157</sup>, ou seja, “cada um dos cônjuges conserva, salvo pacto em contrário, a propriedade da respectiva fortuna”, embora “o marido (administrasse) os bens da mulher e (pudesse) mesmo dispor livremente dos seus bens móveis”<sup>158</sup>. Porém, quanto aos actos de grande importância, como a alienação de imóveis, exigia-se o consentimento de ambos os cônjuges, acentuando-se a ideia duma “união de bens” ou “comunhão de administração”<sup>159</sup> que se vai enxertando sobre o lastro da separação de bens que justifica que, no caso de dissolução da união, cada cônjuge retome a sua fortuna própria<sup>160</sup>. Não se afastava, todavia, a hipótese de os cônjuges estipularem que os bens se consideravam comuns, devendo ser repartidos entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros do outro segundo as regras da comunhão<sup>161</sup>.

## 5. DIREITO PORTUGUÊS

Depois da fundação de Portugal, no século XII, as primeiras leis portuguesas mostram-nos o regime da “união de administração” herdado da Reconquista cristã, sob a designação de “arras” ou “dote *ex marito*” que mais não era do que o desenvolvimento natural do regime visigótico: as arras teriam pertencido à mulher, embora a sua administração coubesse ao marido<sup>162</sup>.

Porém, ao lado do “casamento por arras” afirma-se também o regime da comunhão de adquiridos preparado na época visigótica e divulgado na Reconquista<sup>163</sup>. Consagram-no, à semelhança do *Fuero Juzgo* castelhano<sup>164</sup>, os forais outorgados a Cuenca e os costumes de Castelo Bom, Alfaiates, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor e outros foros<sup>165</sup>.

É agora possível compreender esta evolução. Antes, porém, voltamos a transcrever Paulo Merêa: “A comunhão de administração encontrava-se em circunstâncias particularmente favoráveis para desabrochar por uma maneira insensível num regime de comunhão propriamente dita. A lógica desta evolução poderia mesmo levar a uma comunhão mais ampla do que a simples comunhão de adquiridos, se a tal não se opusessem já a força despótica da tradição, já a circunstância tangível de serem as *ganancias* aqueles bens em que directamente se manifestava, e como que se concretizava a cooperação

<sup>156</sup> *Arras* é a designação pela qual passou a ser conhecido o dote *ex marito*. Vid. PAULO MERÊA, *Evolução dos Regimes Matrimoniais* II (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1913) 5.

<sup>157</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 4.

<sup>158</sup> Transcrevemos PAULO MERÊA, *ibidem* 10.

<sup>159</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 14 e 21-27.

<sup>160</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 32-33.

<sup>161</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 38.

<sup>162</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 40-41 e 62-63.

<sup>163</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 75 e 77.

<sup>164</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 75<sup>1</sup>.

<sup>165</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 75<sup>2</sup> e 77-78<sup>1</sup>

## VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

conjugal, já finalmente e talvez principalmente a preocupação (...) de conservar intacta e inerente à família a propriedade avoenga”<sup>166</sup>.

Efectivamente, a “comunhão de administração” do direito visigótico que o Direito da Reconquista continuou sob a denominação de “casamento por arras” veio a desembocar, sucessivamente, na comunhão de adquiridos e na comunhão universal. Para esta evolução terão contribuído, primeiro, a dificuldade de a partilha dos bens adquiridos se fazer proporcionalmente ao património de cada cônjuge, impondo-se, sobretudo nas famílias de menores recursos económicos, a regra da partilha igual; depois, a participação do marido e da mulher na alienação de bens imóveis que transmitia a ideia de propriedade comum; e, finalmente as ideias cristãs que, favorecendo o sentimento da colaboração conjugal, conduziam logicamente à fusão de interesses e à comunhão de bens.

No entanto, esta evolução não eliminou o regime sucessivamente anterior: mantiveram-se a separação de bens, a comunhão de adquiridos e a comunhão universal. Para esta coexistência contribuiu poderosamente o renascimento do Direito Romano, no século XII, na Escola de Bolonha que veio travar a expansão da comunhão de bens, enfatizando o dote romano e a conseqüente separação de bens. Nas palavras de Roberti, “fu questo certamente una delle vittorie più cospicue del diritto pagano sopra la lege romano cristiana”<sup>167</sup>. Por isso, observa ainda Roberti, “si spiega come talune regioni romaniche, le regioni che subirono l’influenza bolognese, abandonino presto il nuovo indirizzo”<sup>168</sup>. Na Europa, a “união de bens” ou comunhão de administração” visigótica tinha sofrido uma bifurcação: no Sul, evoluiu para a comunhão; no Norte, manteve-se<sup>169</sup>. Longe estava o dote romano que, nas palavras de Paulo Merêa, “tornara-se un anacronismo desnecessário desde que (...) as práticas de colaboração conjugal se generalizaram”<sup>170</sup>.

Mas olhemos para a Península Ibérica. Apesar da incerteza e diversidade que caracteriza os tempos da Reconquista e da formação dos novos Estados peninsulares, é possível ver no *Fuero Juzgo* castelhano eco da “comunhão de bens adquiridos” (ou *ganancias, gaanças*)<sup>171</sup>, depois reproduzida no *Fuero Real*<sup>172</sup> e praticada em *Aragão, Navarra* e em alguns pontos da Catalunha<sup>173</sup>. Em Portugal, a mesma prática está consagrada nos costumes de Riba Côa, Castelo Bom, Alfaiates, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor e Guarda<sup>174</sup>. Não se

<sup>166</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 81-82.

<sup>167</sup> Vid. ROBERTI, *o.c.* 373.

<sup>168</sup> Vid. ROBERTI, *o.c.* 374.

<sup>169</sup> Vid. ROBERTI, *o.c.* 141.

<sup>170</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 9<sup>1</sup>.

<sup>171</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 84.

<sup>172</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 86.

<sup>173</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 821.

<sup>174</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 77-791

afastava a separação de bens se os nubentes a desejassem ou a *lex* canónica determinasse<sup>175</sup>.

Portanto, nos primeiros tempos da nacionalidade portuguesa coexistiram, em Portugal (e nos vários Estados peninsulares) fundamentalmente dois regimes: a separação de bens (o velho regime romano com a influência do direito visigótico) e a comunhão de adquiridos (ou de *ganancias*) resultado da evolução da “união de bens” visigótica. Todavia, se a comunhão de *ganancias* é dominada pela ideia de igualdade (embora ressalvado o papel de direcção e administração confiado ao marido)<sup>176</sup> e pela fusão tão íntima dos patrimónios dos cônjuges que transmitia a ideia duma propriedade comum<sup>177</sup>, estavam criadas as condições para que um novo regime pudesse desabrochar: a comunhão universal de bens. Não é possível determinar, com segurança, a época a que remonta a sua prática. Porém, já no século XII (tempos da fundação da nacionalidade portuguesa) encontramos-a no foral de Ferreira de Aves, no qual, se não é obrigatória, constitui, pelo menos, regime supletivo<sup>178</sup>. Depois, observamos a sua difusão no jovem direito português: surge consagrada numa lei de D. Afonso III, embora como regime convencional, ao lado do supletivo “casamento por arras”<sup>179</sup>. Mais tarde, nas Ordenações Afonsinas, refere-se que “costume foi em estes Regnos de longamente usado, e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a molher per Carta de meetade”<sup>180</sup>. Aí se informa também que a prática de “per casamento fossem comunicados seus bens” obedece ao “costume da Estremadura”<sup>181</sup>, a que podemos acrescentar o foral de Sabadelhe e os costumes de Santarém onde a comunhão geral de bens se apresenta como regime supletivo<sup>182</sup>.

No reinado de D. Manuel I, este regime era praticado, por força do costume, na Estremadura, Alentejo e Algarve, enquanto nas outras regiões só vigorava, por efeito duma convenção denominada “Carta de metade”. Isto é, enquanto naquelas constituía o regime-regra ou supletivo, nestas apresenta-se como convencional<sup>183</sup>. É muito provável que a comunhão universal de bens se tenha imposto, por via do costume, como regime-regra na região meridional de Por-

<sup>175</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 95.

<sup>176</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 98-99.

<sup>177</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 104.

<sup>178</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 106-107; Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O Problema do Regime Matrimonial de Bens Supletivo, no Novo Código Civil Português em Obras Esparsas III* (Universidade de Coimbra / Coimbra, 1984) 26; e Rui Manuel de Figueiredo MARCOS, *A Carta de Metade e a Evolução dos Regimes Matrimoniais na História do Direito Português em Actas do Seminário Internacional de Estudios sobre la Tradición. Facultad de Derecho de Cáceres (9 y 10 de Noviembre de 1998)* (Edit. Regional de Extremadura / Mérida, 2000) 89.

<sup>179</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 107.

<sup>180</sup> Cf. Ord. Afonsinas IV, 12.

<sup>181</sup> Cf. Ord. Afonsinas IV, 14,4.

<sup>182</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 108; e Rui MARCOS, *o.c.* 89.

<sup>183</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 109; e BRAGA DA CRUZ, *o.c.* 26-27.

tugal, constituindo casos isolados os forais de Ferreira de Aves, Sabadelhe e porventura outros.

Por outro lado, a sua origem consuetudinária permite falar duma longa e obscura evolução e recusar que se tenha imposto “*dum jacto*”<sup>184</sup>.

Perguntar-se-á: por que motivo surgiu no Sul de Portugal e não nas regiões do Norte? Segundo Paulo Merêa, porque “tenderia a brotar em meios conjugais humildes, onde as fortunas se equilibravam numa apagada mediocridade, onde a vida decorria num contacto permanente e num relativo desapego de preocupações egoísticas, onde a colaboração efectiva da mulher reclamava uma franca participação, onde, finalmente, a fazenda avoenga não tinha ocasião de fazer-se sentir com tamanho despotismo”<sup>185</sup>. Ora estas condições encontravam-se no Sul de Portugal, enquanto o Norte, “onde a grandeza das propriedades servia de base ao predomínio de famílias nobilitadas, se mostrava mais apegado ao regime tradicional do casamento por arras, restringindo a comunhão às *gaanças* conjugais”<sup>186</sup>. E Paulo Merêa conclui: “Na mesma ordem de ideias (...) não julgamos improvável que a comunhão universal começasse por desenvolver-se nas classes inferiores (...), nos casais pobres, rudimentares, de pequenos herdeiros, caseiros e reguengueiros, população esta que (...) possuía um património muito reduzido e de conteúdo principalmente mobiliário. Depois, com o desenvolvimento dos concelhos, com o incremento tomado pela agricultura, pela indústria e pelo comércio, e com outras causas que, robustecendo o movimento libertador da condição servil, produziram o crescimento da classe média, aquele regime deve ter-se expandido, contagiando-se aos casais afortunados”<sup>187</sup>.

Em breve síntese, e como mera hipótese, dir-se-á que a comunhão universal de bens surgiu nas famílias pobres e estendeu-se sucessivamente aos casais das classes média e mais rica, Porquê? Talvez porque na pobreza não há o egoísmo que pode justificar a separação de bens ou, no mínimo, a comunhão de adquiridos; talvez por a mensagem cristã ser mais facilmente recebida pelos pobres e oprimidos que nada ou pouco tinham a perder no mundo dos bens materiais; e talvez porque o Direito Romano, renascido em Bolonha, era ensinado a estudantes da alta sociedade, constituindo, portanto, um travão à expansão das ideias de comunhão de adquiridos e, sobretudo, universal. No entanto, a força cristã ia-se impondo e, com ela, a comunhão universal que não tardaria a generalizar-se sem, todavia, afastar a possibilidade de marido e mulher optarem pela separação de bens ou pela comunhão de adquiridos.

Ainda no reinado de D. Manuel I, as Ordenações Manuelinas consagram a comunhão universal como regime-regra. Citamos: “Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem ser feitos por carta

<sup>184</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 110.

<sup>185</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 112.

<sup>186</sup> Voltamos a transcrever PAULO MERÊA, *ibidem* 112-113. Vid. também Rui MARCOS, *o.c.* 90.

<sup>187</sup> São palavras de PAULO MERÊA, *ibidem* 113.

de metade”. Todavía, não se afastam outros regimes: “Salvo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado”<sup>188</sup>. Os nubentes gozam, portanto, de grande liberdade na fixação do regime que mais lhes convém, podendo inclusivamente “criar um regime novo ou combinar dum modo ou doutro os vários regimes-tipo”<sup>189</sup>. Porém em regra nada dizem, de modo que o regime regra (ou supletivo) impôs-se com extraordinária generalidade sem distinção entre famílias pobres ou ricas: a comunhão universal tornou-se, pelo menos a partir de 1521, o regime largamente utilizado em Portugal. As Ordenações Filipinas mantêm-na como regime supletivo, limitando-se a reproduzir, apenas com a actualização ortográfica, as Ordenações precedentes<sup>190</sup>; e, decorridos 264 anos, o primeiro Código Civil português continuou a nossa tradição, consagrando a comunhão geral como regime supletivo e deixando aos cônjuges a liberdade de estipularem outros regimes (para além de consagrar mais três regimes típicos: comunhão de adquiridos, separação de bens e regime dotal), salvas as disposições imperativas da lei ou dos bons costumes<sup>191</sup>.

Em abono da comunhão geral de bens invoca-se que «é o (regime) que melhor corresponde à essência do casamento» porque «só a fusão (dos patrimónios) se coaduna perfeitamente com a ideia (romana) dum *consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (...) e só ela se adapta ao rigor do «*duo in carne una*» de que fala o Evangelho de S. Marcos (XIX, 5) e que S. Paulo reproduz na sua formosíssima Epístola aos Efésios (V, 31)»<sup>192</sup>. Refere-se, também, que a participação de cada cônjuge no património do outro nada tem de censurável porque “representa quase sempre uma justa compensação do apoio moral e da colaboração que ambos mutuamente se prestaram na constância do matrimónio”<sup>193</sup>.

Porém, a comunhão geral de bens tem também o risco de desvirtuar o casamento, fomentando o casamento-negócio (o chamado *golpe de baú*, na sugestiva expressão brasileira), “convertendo o casamento num instituto cho-

<sup>188</sup> Cf. Ord. Manuelinas IV, 7pr.

<sup>189</sup> Transcrevemos FRANCISCO PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família* I<sup>2</sup> (Coimbra Editora / Coimbra, 2001) 477. Vid. também Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Regime de Bens do Casamento em Obras Esparsas* III (Universidade de Coimbra / Coimbra, 1984) 67, para quem “o princípio da liberdade das convenções antenupciais (...) aparece já consagrado expressamente nas Ordenações Manuelinas, num preceito que as Ordenações Filipinas reproduziram depois, quase *ipsis verbis*, e que os nossos praxistas sempre aceitaram sem hesitações, com a simples reserva de as cláusulas estipuladas não irem contra as leis imperativas ou proibitivas, nem contra os bons costumes”. Vid. ainda ANTUNES VARELA, *Direito da Família* (Livraria Petrony / Lisboa, 1987) 414-416.

<sup>190</sup> Cf. Ord. Filipinas IV, 47pr.

<sup>191</sup> Cf. Artºs. 1096º. a 1102º. Vid. A. M. HESPANHA, *Nota do Tradutor apud* John GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito* (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa, 1988) 592-593.

<sup>192</sup> Transcrevemos BRAGA DA CRUZ, *O Problema do Regime Matrimonial de Bens Supletivo, no Novo Código Civil Português*, cit. 27-28. Vid. também ANTUNES VARELA, *o.c.* 431; e Pascoal José de MELLO FREIRE, *Instituições de Direito Civil Português tanto Público como Particular*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Menezes no BMJ 164 (1967) 66.

<sup>193</sup> São palavras de BRAGA DA CRUZ, *ibidem* 28.

cante de aquisição de bens”<sup>194</sup>.

Ponderados os prós e os contras, o legislador português afastou, no Código Civil de 1966 (hoje vigente), a comunhão geral como regime supletivo, substituindo-a pela comunhão de adquiridos que, como sabemos, pode caracterizar-se, em breves palavras, como o regime em que a comunicação do activo patrimonial se limita ao conjunto dos bens adquiridos a título oneroso por qualquer dos cônjuges, durante a vigência do casamento<sup>195</sup>.

Impõe-se, finalmente, uma referência, necessariamente breve, ao dote, aos bens parafernais, às doações *propter nuptias* e às doações entre cônjuges.

Em relação ao dote, as Ordenações Filipinas permitem que marido e mulher celebrem um “contracto de dote” que pode incidir sobre uma “quantia ou quantidade certa (...) ou certos bens, assim como de raiz, ou certa cousa de sua fazenda, com tanto que não passe o tal prometimento”<sup>196</sup> que, nos termos do Alvará de 14 de Agosto de 1645, não pode exceder 12.000 cruzados, elevados a 12 contos de reis pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814. Havendo dote, presume-se que os cônjuges afastam tacitamente a comunhão geral quer de adquiridos, como observa Pascoal José de Mello Freire<sup>197</sup>.

E o que é o dote? Segundo Mello Freire, “é o dinheiro (ou seja, todas as coisas que podem ser úteis) que por convenção expressa é dado ao marido, em favor da mulher, para suportar os encargos do matrimónio”<sup>198</sup>. Distingue-se dos bens parafernais e dos bens ditos receptícios: aqueles são administrados pelo marido; estes são os bens que a mulher guardou para si e, por isso, só ela tem o domínio e a administração<sup>199</sup>. Trata-se de figuras do Direito Romano, como, aliás, Mello Freire reconhece: “No nosso foro reinam todas as disposições que no direito romano havia sobre o dote e pactos dotais, com poucas excepções”<sup>200</sup>. Ainda segundo Mello Freire, “aquilo que nos tempos tão pobres dos nossos antepassados se dava às filhas nubentes, era realmente de valor muito insignificante. Depois, com o crescimento das riquezas, os dotes eram bastante suculentos”<sup>201</sup>. Como no Direito Romano, também o marido não podia alienar, obrigar ou penhorar o fundo dotal, mesmo com o consentimento da mulher<sup>202</sup>.

Seguiu-se o Código Civil de 1867 que continua a consagrar o dote como regime convencional<sup>203</sup>. O dote é aí reconhecido como um centro patrimonial autónomo

<sup>194</sup> Transcrevemos ANTUNES VARELA, *o.c.* 432. Vid. também PEREIRA COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *o.c.* 478-479.

<sup>195</sup> Vid. ANTUNES VARELA, *o.c.* 410; e PEREIRA COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *o.c.* 505.

<sup>196</sup> Cf. Ord. Filipinas IV, 47pr.

<sup>197</sup> Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 71.

<sup>198</sup> Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 80; e José H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis relativos às Pessoas de uma Família Portuguesa para servir de Subsídio ao Novo Código Civil II*<sup>3</sup> (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1846) 18.

<sup>199</sup> Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 79; e CORRÊA TELLES, *ibidem* 32.

<sup>200</sup> Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 80.

<sup>201</sup> Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 84.

<sup>202</sup> Cf. Ord. Filipinas IV, 48 e 60 e a interpretação *a contrario sensu* em MELLO FREIRE, *o.c.* 86. Vid. também CORRÊA TELLES, *o.c.* 26.

<sup>203</sup> Cf. artº. 1134º.

da mulher, sujeito a um regime especial de protecção e garantia, que se destina a fazer face aos encargos normais da sociedade conjugal<sup>204</sup>. Simplesmente, admite-se a possibilidade de o dote ser constituído não só pela mulher, pais ou terceiro, mas também pelo próprio marido, ou seja, aquele Código consagra os dotes romano e germânico<sup>205</sup>. As suas garantias consistem na inalienabilidade, na imprescritibilidade dos bens imobiliários, na irresponsabilidade por dívidas e na hipoteca legal sobre os bens imobiliários do marido<sup>206</sup>. A administração dos bens dotais pertence ao marido que, como administrador, pode dispor dos rendimentos, naturalmente aplicando-os à satisfação dos encargos resultantes do matrimónio<sup>207</sup>. Dissolvido o matrimónio ou havendo separação, o dote deve ser restituído à mulher ou aos seus herdeiros<sup>208</sup>, mas o marido pode recuperar as despesas necessárias e úteis e levantar as benfeitorias voluptuárias se não houver deterioração da coisa beneficiada<sup>209</sup>. Entretanto, o dote caiu quase inteiramente em desuso quer porque as suas vantagens não superavam os seus inconvenientes<sup>210</sup> quer porque pressupõe um estatuto de inferioridade da mulher que os novos tempos recusam. Ainda é conservado no novo Código Civil, promulgado em 1966, com o mesmo regime<sup>211</sup>. Prevê-se a possibilidade de os bens dotais serem onerados ou alienados em caso de necessidade urgente ou de utilidade manifesta, mediante o prévio consentimento do marido e da mulher e com autorização do tribunal<sup>212</sup>. Todavia, não resistiu muito mais tempo: em 25 de Novembro de 1977, foi abolido pelo Decreto-Lei nº 496/77, terminando, assim, a longa história dum instituto que chegou a ser vital nas relações patrimoniais entre cônjuges.

Quanto aos bens parafernais que, já referimos, são os bens extradotais da mulher, embora confiados, em regra, à administração do marido, estão consagrados nas Ordenações Filipinas que proibem a sua alienação pelo marido sem o consentimento expresso da mulher<sup>213</sup>. Também o Código Civil de 1867 previu esses bens<sup>214</sup>, que são regidos pelas normas que disciplinam os bens próprios da mulher na comunhão de adquiridos: são administrados pelo marido, só podem ser alienados por acordo e devem ser inventariados<sup>215</sup>. Todavia, a mulher

<sup>204</sup> Vid. PINTO COELHO, *Direito de Família*, prelecções recolhidas por José Lourenço Júnior (Lisboa, 1935) 339.

<sup>205</sup> Cf. artº. 1140º. Vid. PINTO COELHO, *ibidem* 341; e Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família I. Direito Matrimonial* (Atlântida Editora / Coimbra, 1965) 332.

<sup>206</sup> Cf. artºs. 1139º., 1149º. e 1152º. Vid. PINTO COELHO, *o.c.* 360-377; e PEREIRA COELHO, *o.c.* 331 e 334-335.

<sup>207</sup> Cf. artº. 1162º. Vid. PINTO COELHO, *o.c.* 379-380

<sup>208</sup> Cf. artº. 1156º.

<sup>209</sup> Cf. artº. 1163º.

<sup>210</sup> V.g., a irresponsabilidade por dívidas dos bens dotais possibilitava fraudes em prejuízo de terceiros; e também os cônjuges podiam ser prejudicados por não poderem vender os bens dotais e substituí-los por outros, mais rendosos. Vid. PEREIRA COELHO, *o.c.* 332.

<sup>211</sup> Cf. artºs. 1738º. a 1752º.

<sup>212</sup> Cf. artº. 1746º. nº. 2.

<sup>213</sup> Cf. Ord. Filipinas IV, 48; -IV,60. Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 86.

<sup>214</sup> Cf. artº. 1153º.

<sup>215</sup> Vid. PEREIRA COELHO, *o.c.* 335-336.

não goza de hipoteca que os garanta<sup>216</sup>. No actual Código Civil, os bens parafernais dispensam uma disciplina específica porque, consagrado como supletivo o regime da comunhão de adquiridos<sup>217</sup>, são naturalmente considerados bens da mulher<sup>218</sup>.

Em relação às doações *propter nuptias*, no século XVIII Mello Freire dizia que “não quadram aos nossos costumes”<sup>219</sup>. No entanto, se a doação *propter nuptias* romana (que, reconhece Mello Freire, “não era mais do que o dote contrário do marido” e, por isso, “não podia subsistir sem o dote da mulher e devia ser “constituída e aumentada na mesma quantidade”)<sup>220</sup> jamais foi recebida em Portugal<sup>221</sup>, o que, aliás, se justifica pela possibilidade oferecida ao marido de constituir o dote (denominado arras)<sup>222</sup> à mulher, não se afasta a faculdade das “doações para casamento” ou “doações matrimoniais” feitas por um dos esposados ou terceiro a favor do outro, que, observa Coelho Da Rocha, “os praxistas têm-nas pela maior parte confundido com as doações *propter nuptias* dos Romanos”<sup>223</sup>. São doações condicionais, cuja eficácia ficava dependente, na vigência do Código Civil de 1867, da verificação da condição *si nuptiae sequantur*<sup>224</sup>; deviam ser estipuladas no contrato antenupcial<sup>225</sup>; e, contrariando o regime das doações, não podiam ser revogadas por superveniência de filhos<sup>226</sup>, por ingratidão do donatário<sup>227</sup> e nem sequer reduzidas por inoficiosidade<sup>228</sup>.

Ocorrendo segundas núpcias, o esposo que tivesse filhos ou outros descendentes de anterior matrimónio não podia doar ao outro mais do que metade dos bens<sup>229</sup>. Este regime, que vemos no Código Civil de 1867, passou ao actual praticamente sem alterações<sup>230</sup>.

Finalmente, as doações entre cônjuges constituem mais um instituto cuja história em vão se compreende sem uma referência ao Direito Romano. Como já observámos, eram proibidas as doações *inter virum et uxorem* para que, segundo Ulpianus, “*ne mutuato amore invicem spoliarentur*”<sup>231</sup>. Havia, porém, excepções impostas pela regra “*quod utendum datum est non esse donatum*”<sup>232</sup>.

<sup>216</sup> Cf. artº. 1154º.

<sup>217</sup> Cf. artº. 1721º.

<sup>218</sup> Cf. artº. 1722º

<sup>219</sup> Vid. MELLO FREIRE, o.c. 96-97

<sup>220</sup> Vid. MELLO FREIRE, o.c. 96

<sup>221</sup> Vid. MELLO FREIRE, o.c. 97

<sup>222</sup> Vid. PAULO MERÊA, *ibidem* 40.

<sup>223</sup> Vid. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez II*<sup>8</sup> (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917) §766.

<sup>224</sup> Vid. PINTO COELHO, o.c. 440; e PEREIRA COELHO, o.c. 355-356. Cf. artº. 1168º.

<sup>225</sup> Cf. artº. 1166º. Vid. PEREIRA COELHO, o.c. 360.

<sup>226</sup> Cf. artº. 1169º. Vid. PEREIRA COELHO, o.c. 360.

<sup>227</sup> Cf. artº. 1169º. Vid. PEREIRA COELHO, o.c. 360; e PINTO COELHO, o.c. 411.

<sup>228</sup> Cf. artº. 1501º. Vid. PEREIRA COELHO, o.c. 360.

<sup>229</sup> Cf. artº. 1235º. Vid. PINTO COELHO, o.c. 416.

<sup>230</sup> Cf. artºs. 1753º. a 1760º. Vid. PEREIRA COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, o.c. 470-473.

<sup>231</sup> Cf. D. 24,1,1. Vid. *supra*, a nota 133.

Este regime foi acolhido, em Portugal, sucessivamente nas Ordenações Afonsinas<sup>233</sup>, Manuelinas<sup>234</sup> e Filipinas<sup>235</sup>. Seguindo a nossa tradição jurídica, o Código Civil de 1867 manteve a validade das doações conjugais<sup>236</sup> excepto se feitas “no mesmo e único acto”<sup>237</sup>, mas considera-as livremente e a todo o tempo revogáveis<sup>238</sup>. O actual Código Civil conservou este regime jurídico<sup>239</sup> e determinou a nulidade dessas doações “se vigorar imperativamente entre os cônjuges o regime da separação de bens”<sup>240</sup>.

Em conclusão: se o regime supletivo português das relações patrimoniais entre cônjuges sempre divergiu do Direito Romano, porque as sucessivas comunhões de administração, de adquiridos e universal não são romanas, nem por isso o nosso direito afastou a possibilidade de os nubentes optarem pela separação de bens e de recorrerem ao dote e ao regime dos bens parafernais tipicamente romanos. E se a doação entre marido e mulher não foi proibida, não deixou de garantir o sábio princípio romano “*ne mutuato amore invicem spoliarentur*”, determinando a sua revogabilidade *ad nutum*. Portanto, poder-se-á dizer que mesmo quando se afastou dos institutos romanos, o Direito Português é um direito em cujas normas circula a linfa jurídica romana.

#### 6. DIREITO BRASILEIRO: BREVÍSSIMA REFERÊNCIA

O Direito Português das Ordenações Filipinas vigorou, no Brasil, até 1 de Janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro. Portanto, vigoraram, no Brasil, mais 50 anos do que em Portugal, onde a sua vigência cessou em 1867 com a entrada em vigor do primeiro Código Civil português.

Entretanto, já em 1867 os dois direitos se tinham separado: enquanto, em Portugal, se viveram com grande intensidade as agitações políticas da Revolução francesa, o Brasil vivia em paz; por isso, sem a febre das inovações, por vezes precipitadas, conservou um sistema jurídico-privado muito mais próximo da tradição portuguesa, porque mais liberto das influências estrangeiras. A própria Lei de 20 de Outubro de 1823, que manteve em vigor as Ordenações Filipinas depois da independência do Brasil, impediu a aplicação das reformas que o liberalismo introduzira em Portugal<sup>241</sup>.

<sup>232</sup> Cf. FV. 269. Vid. *supra*, a nota 134.

<sup>233</sup> Cf. Ord. Afonsinas IV, 14. Antes, a mulher podia doar ao marido e, se não houvesse filhos, este àquela. Havendo filhos, a doação era válida, mas sujeita a colação. Vid. MELLO FREIRE, *o.c.* 107-108.

<sup>234</sup> Cf. Ord. Manuelinas IV, 9.

<sup>235</sup> Cf. Ord. Filipinas IV, 65. Vid. COELHO DA ROCHA, *o.c.* § 768.

<sup>236</sup> Cf. art.º 1178.º. Vid. PINTO COELHO, *o.c.* 419; e PEREIRA COELHO, *o.c.* 339-342.

<sup>237</sup> Cf. art.º 1180.º.

<sup>238</sup> Cf. art.º 1180.º. Vid. PINTO COELHO, *o.c.* 419; e PEREIRA COELHO, *o.c.* 343-344.

<sup>239</sup> Cf. art.ºs. 17619. a 17669. Vid. PEREIRA COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *o.c.* 456-462.

<sup>240</sup> Cf. art.º 1762.º.

<sup>241</sup> Vid. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano no BFDC LXXI* (1995) 50-51.

É assim que observamos, no Direito Brasileiro, a comunhão universal de bens, como regime supletivo até 1977, enquanto o Direito Português já a tinha substituído pela comunhão de adquiridos em 1 de Junho de 1967, data em que entrou em vigor o nosso segundo Código Civil. Em 1977, o Direito Brasileiro reaproximou-se do Direito Português, consagrando, como regime supletivo, a “comunhão parcial”<sup>242</sup>. Mantêm-se, no entanto, a liberdade de os nubentes fixarem o regime que mais lhes interessar, na boa tradição jurídica luso-brasileira<sup>243</sup>. Também no regime dotal a tradição portuguesa se manteve mais tempo no Brasil: em Portugal, foi abolido em 1977 enquanto, no Brasil, só recentemente deixou de vigorar por efeito do novo Código Civil que o excluiu. Mantêm-se, no novo Código Civil, a “comunhão parcial” como regime supletivo<sup>244</sup> e a liberdade de os nubentes estipularem “o que lhes aprouver”<sup>245</sup>; e fixaram-se, além da “comunhão parcial”<sup>246</sup> os regimes da “comunhão universal”<sup>247</sup>, da “participação final nos aqüestos”<sup>248</sup> e da “separação de bens”<sup>249</sup>. Como o primeiro Código, também o novo consagra o “bem de família” que consiste no prédio residencial destinado ao domicílio familiar, podendo abranger valores mobiliários e aplicar-se a renda na conservação do imóvel e no sustento da família<sup>250</sup>. O “bem de família” é, portanto, um bem ou conjunto de bens afectados às necessidades familiares que gozam de alguns privilégios: são impenhoráveis e não podem ser executados por dívidas posteriores à sua instituição, exceptuando as dívidas relativas a tributos e despesas de condomínio<sup>251</sup>. Trata-se dum património autónomo cujo objectivo é a protecção da família e que nos faz recordar o *peculium* do Direito Romano, naturalmente com as necessárias adaptações.

O Código de 1917 também se ocupa dos bens parafernais, cuja propriedade e administração pertence à mulher<sup>252</sup>; e das doações antenupciais, proibidas na separação obrigatória de bens<sup>253</sup>. O novo Código deslocou esta matéria para o livro I da Parte Especial dedicado ao Direito das Obrigações, no capítulo IV “da doação”. Relativamente à doação entre cônjuges, determinou que “importa adiamento do que lhe cabe por herança”<sup>254</sup>. Há, portanto, um desvio em relação à longa tradição jurídica portuguesa: a livre revogabilidade com que se

<sup>242</sup> Cf. art.º 258º do Código Civil brasileiro de 1917.

<sup>243</sup> Cf. art.º 256º. do Código Civil referido na nota anterior.

<sup>244</sup> Cf. art.º 1640º. do actual Código Civil brasileiro.

<sup>245</sup> Cf. art.º 1639º.

<sup>246</sup> Cf. art.ºs. 1658º. a 1666º.

<sup>247</sup> Cf. art.ºs. 1667º. a 1671º.

<sup>248</sup> Cf. art.ºs. 1672º. a 1686º.

<sup>249</sup> Cf. art.ºs. 1687º. e 1688º.

<sup>250</sup> Cf. art.ºs. 1711º. a 1722º.

<sup>251</sup> Cf. art.ºs. 1711º. e 1715º.

<sup>252</sup> Cf. art.ºs. 310º. e 311º.

<sup>253</sup> Cf. art.ºs. 312º. a 314º.

<sup>254</sup> Cf. art.º 544º.

protege o cônjuge doador da influência do outro é substituída pela consideração da coisa doada na quota hereditária do cônjuge donatário. Quanto à doação feita “em contemplação de casamento futuro”, está condicionada à realização do casamento e dispõe-se que “não pode ser impugnada por falta de aceitação”<sup>255</sup> nem é revogável<sup>256</sup>.

Em conclusão: parece possível afirmar que o novo Código Civil brasileiro é, no direito patrimonial da família, também um Código cujas normas apresentam uma inequívoca marca romanista não só quando se aproximam, mas também quando se afastam do Direito Romano.

#### Senhoras e Senhores

Recomenda o bom senso que não devemos abusar da paciência de quem nos escuta. Sinto que me alonguei demasiadamente e, por isso, tornei-me devedor da vossa indulgência.

Não posso, todavia, omitir três palavras.

A primeira, para cumprimentar o Prof. Justo Sánchez e agradecer-lhe o honroso convite que me dirigiu para participar neste Congresso. A segunda, para saudar o Prof. López-Rosa e louvar o inextinguível empenho com que organizou este Congresso. A terceira, para cumprimentar os nossos Amigos de Espanha e da América Latina, a quem nos une o mesmo propósito de divulgar o Direito Romano. Se me é permitido, saúdo os nossos Colegas Brasileiros com o sentimento de quem pertence à Pátria Lusíada que o nosso Luís de Camões cantou por toda a parte com raro engenho e arte.

<sup>255</sup> Cf. art.º. 546º.

<sup>256</sup> Cf. art.º. 564º.- IV.

