

As Doações *Inter Virum et Uxorem* no Direito Medieval Português*

Donations *Inter Virum et Uxorem* in Medieval Portuguese Law

José DOMINGUES

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
Universidade Lusíada do Porto
jdominguesul@hotmail.com

Recibido: 17 de abril de 2015

Aceptado: 11 de enero de 2016

RESUMO

Ao redigir a colectânea portuguesa de *Ius proprium*, na primeira metade do século XV, o compilador de el-rei D. Afonso V reservou um título exclusivo para a *doação feita pelo marido à mulher e pela mulher ao marido*. Trata-se de uma temática medieval em evidência na grande parte dos ordenamentos jurídicos do velho continente, inevitavelmente, condicionada pelo renascimento jurídico do Direito romano (séc. XII). Embora as Ordenações lusas dispensem a primazia alcançada pelo princípio justinianeu da proibição das doações entre cônjuges, não deixam de o ter em conta e enveredam por uma validade bastante condicionada, arraigada em fragmentos consuetudinários, castelhanos e do regime jurídico sucessório vigente no reino.

PALAVRAS-CHAVE: *Donatio inter virum et uxorem, Ius commune*, Direito Medieval Português.

* Abreviaturas das colecções legais utilizadas: OA = *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792 (fac-símile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998) [*Disponível em* <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> (consultado 02/01/2015)]; OM-1512/13 = *Ordenações Manuelina: Livros I a V: Reprodução em fac-símile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, com Introdução de João José Alves Dias, Lisboa: Centro de Estudos Históricos da Universidade Nova de Lisboa, 2002; OM-1514 = *Liuro primeiro aquinto das Ordenações*, Nouamente corrigido na segunda impressam, Lisboa: Iohann Pedro Bonhomini, 1514; OM-1521 = *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797 (fac-símile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984) [*Disponível em* <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/> (consultado 02/01/2015)]; LLP = *Livro das Leis e Posturas*, Prefácio de Nuno Espinosa Gomes da Silva e leitura paleográfica e transcrição de Maria Teresa Campos Rodrigues, Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1971; ODD = *Ordenações Del-Rei Dom Duarte*, Edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; P = *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono*, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestade, con su repertorio muy copioso assi del Testo como de la Glosa, Impresso en Salamanca por Andrea de Portonaris, Impressor de su Magestade Año. M. D. L. V. Con priuilegio Imperial. Esta tassado el pliego a cinco mareuedis, [*Disponível em* http://bibliotecadigital.fl.ul.pt/ULFL036912_3/ULFL036912_3_item1/ (consultado 02/01/2015)] FR = José de Azevedo Ferreira, *Afonso X: Foro Real – Edição e estudo linguístico*, Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1987; X = *Decretales D. Gregorii Papae IX*, Svae Integritati, vna cvm glossis restitvtae, Roma, 1582, *Corpus Juris Canonici (1582)*, [*Disponível em* <http://digital.library.ucla.edu/canonlaw> (consultado 02/01/2015)].

ABSTRACT

When writing the Portuguese collection of *Ius proprium*, in the first half of the fifteenth century, the compiler of King Afonso V booked an exclusive title for the donation made by the husband to his wife and the wife to her husband. It is a medieval theme in evidence in most of the old continent legal systems, inevitably conditioned by the legal revival of Roman law (12th century). Although the Portuguese Ordinances dispensed the primacy of the Justinian principle which prohibited donations between spouses, they did not stop taking this into consideration and falling into a highly conditioned validity, rooted in customary and Castilian fragments, as well as in the current legal regime inheritance in the kingdom.

KEYWORDS: *Donatio inter virum et uxorem*, *Ius commune*, Portuguese Medieval Law.

RÉSUMÉ

Lors de la rédaction d'une compilation portugaise de *Ius proprium*, dans la première moitié du XV^e siècle, le compilateur du roi Afonso V aurait réservé un titre exclusif pour la donation faite par le mari à la femme et par la femme au mari. Il est un thème médiéval qui apparaît dans la plupart des systèmes juridiques du vieux continent, inévitablement conditionné par la renaissance juridique du droit romain (XII^e siècle). Bien que les *Ordenações* Portugaises dispensent la primauté atteint par le principe justinien interdisant les dons entre conjoints, ils ne manquent d'y tenir compte, ce qui donne une durée de validité plutôt conditionnelle, enracinée dans des fragments coutumiers, le droit Castillan et le régime juridique de la succession en vigueur dans le Royaume.

MOTS CLÉ: *Donatio inter virum et uxorem*, *Ius commune*, loi portugaise médiévale.

SUMÁRIO: 1. Primeiro fragmento (OA 4.14.1). 2. Segundo fragmento (OA 4.14.2). 3. Terceiro fragmento (OA 4.14.3). 4. Quarto fragmento (OA 4.14.4). 5. Quinto fragmento (OA 4.14.5). 6. Sexto fragmento (OA 4.14.6). 7. Sétimo fragmento (OA 4.14.7). 8. Conclusão.

Pode dizer-se que, desde tempos imemoriais, a relação conjugal pressupõe uma caterva de generosidades entre as partes ou consortes, nomeadamente, *donatio propter nuptias*, dote ou arras, *res extra dotales*, *sponsalitia largitas*, doações *ante nuptias* e doações *inter virum et uxorem constante matrimonio*¹. Só estas

¹ Existe tanta bibliografia sobre esta temática que se torna despropositado e ínfimo estar a alargar demasiado esta breve nota com qualquer tentativa de elenco exaustivo. Por isso, a título meramente sumário ficam aqui referidos alguns estudos que, por seu turno, fornecem referências suficientes para outra bibliografia atinente. Para o caso de Portugal, não se podem escusar os trabalhos de Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, Coimbra, 1913; *Idem*, «O Dote Visigótico», *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, pp. 23-48; *Ibidem*, «O dote nos documentos dos séculos IX-XIII (Astúrias, Leão, Galiza e Portugal)», *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, 1952; *Idem*, «Um problema filosófico-jurídico: a palavra “arras”», *Estudos de História do Direito I*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, pp. 207-219. O trabalho de síntese de António dos Santos Justo, «Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro», *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho Actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, pp. 323-353. Juan Alfredo Obarrio Moreno, «La voz donatio propter nuptias, sponsalitium, creix en la praxis y en la interpretativo dictorum de la corona de Aragón», *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho Actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, pp.465-482 (aparato bibliográfico na p. 465, nota 1). Jaime

últimas importam ao compromisso assumido nas singelas linhas lançadas à frente, com lastro a partir do título catorze do livro quarto da Reforma das Ordenações de D. Afonso V (OA 4.14: *Da Doaçom feita pelo marido aa molher, e pela molher ao marido*), concluída na vila de Arruda dos Vinhos, no dia 28 de Julho de 1446. Salvo um ou outro fragmento jurídico esparso, tudo leva a crer que o regime jurídico geral das doações entre marido e mulher na constância do casamento, vigente durante praticamente toda a Idade Média portuguesa, esteja condensado neste título das Ordenações Afonsinas.

Esta tipologia de liberalidades entre casados é uma temática assídua nos textos legais do *Ius commune* medieval (v. g., D 24.1.1-3; D 24.1.32; X 4.20.8) e bastante cara à versada jurisprudência mediéfica desenvolvida em seu torno². Como tal, tornou-se extensível à esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos do velho continente europeu.

Desde os primórdios do século XII que o fenómeno do «renascimento» jurídico do Direito romano carrega consigo uma proibição explícita às doações entre cônjuges. Consequentemente,

«la prohibition des libéralités entre époux –assevera Laurent-Bonne– est présente dans un grand nombre de droits locaux : qu’il s’agisse de l’Italie, de l’Espagne, du Portugal ou encore de l’Angleterre, de l’Allemagne et de la France, les législations urbaines et princières autant que les recueils de coutumes ont subi l’influence du droit de Justinien»³.

Piqueras Juan, «Contratos matrimoniales en régimen dotal, 1381-1491: una aproximación a la sociedad medieval de Valencia», *En la España Medieval* 35, 2012, pp. 99-120. Manuel Ángel Bermejo Castrillo, «Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1996; *Ibidem*, *Entre Ordenamientos y Códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro*, Madrid: Editorial Dykinson, 2009. Sobre o tratamento dispensado às doações esponsalícias em legislação local, cf. Pedro Andrés Porras Arboledas, «Las ordenanzas sobre donaciones esponsalicias del Concejo del Campo de Criptana (1514 y 1525)», *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI: Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, coord. por Javier Martínez-Torrón, Silvia Meseguer Velasco, Rafael Palomino Lozano, Vol. 2 (Derecho matrimonial, Derecho canónico, otras especialidades jurídicas), 2013, pp. 2505-2516. A bibliografia mais específica ao tema proposto e utilizada para elaborar este trabalho será devidamente identificada em respectivas notas de rodapé.

² José Calvo González, «Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges», *Revista Chilena de Derecho* 7-1, 1980, pp. 443-468 [Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649322> (consultado no dia 2 de Janeiro de 2015)]. Hernán F. Corral Talciani, «Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos», *Revista Chilena de Derecho* 26-2, 1999, pp. 349-367 [Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650148> (consultado no dia 2 de janeiro de 2015)]. Nicolas Laurent-Bonne, «Why prohibit donations between husband and wife in medieval Europe», *Frontiers of Law in China* 7-4, December 2012, pp. 644-655 [Disponível em https://www.acade-mia.edu/3409916/Why_prohibit_donations_between_husband_and_wife_in_medieval_Europe (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)]; e a recente Dissertação de Doutoramento Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, Bibliothèque d’Histoire du Droit et Droit Romain, Tome 28, Editeur L.G.D.J., 2014.

³ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, p. 31.

Em relação ao reino vizinho de Castela⁴, v. g., este postulado romano foi directamente acolhido na compilação das Sete Partidas de Afonso X o *Sábio* (P 4.11.4: *Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si: despues quel matrimonio fuere acabado en que manera se pueden desfazer*), que teve uma profunda influência em território do reino de Portugal⁵, onde gozou de uma aplicação efectiva como fonte de Direito⁶.

O compilador das Ordenações lusas de Quatrocentos⁷, não se deixando levar pela corrente jurídica europeia, não elege expressamente o princípio justinianeu da proibição das doações entre cônjuges, pelo menos, não as proíbe de forma explícita e terminante. Mas também não se pode dizer que desconhece esse princípio ou que o tenha ignorado *in totum*. A partir das excepções que lhe apensa, o mais consentâneo é que tenha dispensado a sua primazia, optando antes pelo uso matizado das suas normativas. Pese embora o facto de a compilação afonsina estar pejada de fragmentos oriundos do Direito romano⁸ —«basta abrir o Código de D. Afonso V, que foi principiado a ordenar no tempo de D. João I por Joane Mendes, para vêr por toda a parte o Direito Romano»⁹— não se limitou a seguir aqui a doutrina avassaladora das *pandectas*. Bem ao jeito do quotidiano medieval, ao longo dos vários parágrafos do referido título vai destilar uma amálgama de fontes de Direito vigentes à séculos, que o dito amanuense-compilador do século XV se preocupa em ajustar para forjar um regime jurídico único e específico no seu contexto medieval.

Toda a sua construção legal começa e assenta num costume arraigado no tempo de D. Afonso III (1248-1279). Em seguida, levanta uma série de ressalvas apoiando-se na jurisprudência do *Ius commune* medieval, em elemento jurídico castelhano, nos trechos consuetudinários da Estremadura, em remissão para outro

⁴ Alfonso Murillo Villar, «Perspectiva histórica de la ineficacia y revocación de las donaciones por razón de matrimonio», *Anais do XIII Congreso Internacional y XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*: en homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto: o direito de família, de Roma à atualidade, coordenado por André Augusto Malcher Meira, Belém-Pará-Amazônia-Brasil, 2011, pp. 31-49 (com extenso aparato bibliográfico na nota 38, que dispensa repetição).

⁵ José Domingues, «As Partidas de Castela na Sistemática Compilatória do Livro IV da Reforma das Ordenações», *Initium* 19, Barcelona: Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2014, pp. 353-406.

⁶ José Domingues, «As Partidas de Castela e o Processo Medieval Português», *Initium* 18, Barcelona: Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2013, pp. 237-288.

⁷ Embora fale aqui em compilador no singular, é comumente sabido e aceite que foram dois os juristas responsáveis por esta compilação, concluída no reinado de D. Afonso V: o corregedor da corte, João Mendes, e o Doutor Rui Fernandes.

⁸ José Domingues, «Direito Romano na sistemática compilatória das *Ordenações Afonsinas*», *Direito Romano Poder e Direito: Actas do XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2013, pp. 547-576.

⁹ Thomás de Vila-Nova Portugal, «Qual seja a Epoque fixa da introdução do Direito Romano em Portugal; e o grau de autoridade que ele teve nos diversos tempos», *Memorias de Litteratura Portuguesa*, tomo V, Lisboa: Academia Real das Ciências de Lisboa, 1793, p. 398.

título da colectânea, no regime jurídico sucessório vigente no reino, sem escusar uma ténue referência à validade «*per direito*», que só pode ser o romano-canónico. O que a seguir se pretende demonstrar é que, em princípio, as doações entre marido e mulher tinham a sua eficácia condicionada a uma série de eventuais revogações expressas ou tácitas e a alguns pressupostos de Direito. Para tal, vamos esmiuçar o título das Ordenações, fragmento a fragmento, seguindo a ordem estrutural definida pelo jurista compilador há cerca de seiscentos anos atrás.

1. Primeiro fragmento (OA 4.14.1)

«*Costume he, que se o marido dá em sua vida a sua mulher alguma herdade, depois da morte do marido aduga a mulher esta herdade a partiçom com os filhos do marido, ou d'ambos*».

O compilador das Ordenações começa por transcrever um costume antigo do reino —«*Costume foi d'antiguamente usado em estes Regnos*»— que andava registado nos livros da Chancelaria desde o tempo de D. Afonso III (1248-1279). A laconicidade do aspado revela que a doação feita entre cônjuges¹⁰, após a morte do cônjuge-doador, o beneficiário estaria obrigado a trazer o bem doado à colação, integrando a herança jacente para partilha com os filhos herdeiros (de ambos ou do *de cuius*). Esta é, em parte, a coeva doutrina do *Ius commune*, alicerçada nos fragmentos do Digesto, que passou para as Sete Partidas de Castela: «*porende si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer*» (P 4.11.4).

Do reinado de D. Afonso III¹¹ chegam-nos mais dois fragmentos. O primeiro, parece confirmar a validade das doações entre consortes, salvo onde existisse costume em contrário:

«*Do que dá o marido aa mulher. Costume he que sse o marido dá en ssa uida a ssa mulher alguma herdade depos morte do marido ou danbos esto he uerdade ergo se for em contrayro o costume*» (LLP: 217 e 224) (ODD: 121).

¹⁰ Para uma análise ao conceito deste contrato, cf. Fernando Barrera Zamorategui, «La donacion entre consortes» [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/175.5/cnt/cnt9.pdf>] (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)].

¹¹ Laurent-Bonne transcreve dos *Portugaliae Monumenta Historica* dois costumes de Afonso III, que, salvo melhor opinião, não se enquadram bem nesta matéria. O primeiro —«*Estabeleçudo he que a mulher nom possa dar a marydo nem o marido aa mulher en uoda nenhuma cousa senom huma dona qual escolher*»— está relacionado com o dote ou arras dados por causa do casamento ou «en uoda». O segundo —«*Estabeleçudo he que a mulher nom posse dar cousa a seu marido nem o marido a ssa mulher na morte senom de sa terça pero soluo a terça mandar lhi ha hua dona*»— tem em vista, sobretudo, as doações feitas em testamento ou legado *mortis causa*, com ressalva para o dote ou arras [Cf. Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, p. 38, notas 131 e 132, respectivamente]. Em ambos os costumes supra transcritos aparece a palavra «*dona*», referindo-se, plausivelmente, ao «*donadio ... por razom de casamento*» [Cf. Frei Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário da Palavra, Termos e Frase que em Portugal antigamente se usarão e que hoje regularmente se ignorão*, Tomo I, Lisboa, 1798, s. v. «*donadio*»].

O segundo fragmento ou «*Constituição*», onde são feitas diversas disposições sobre o casamento e o concubinato, é bastante mais extenso e alumia melhor o regime jurídico em vigor durante o século XIII. A propósito das doações entre cônjuges ou amancebados consagra que:

«...*toda-llas cousas que homem der aa molher ou a molher ao homem com que nom he casado ou sse for casado quer Jaça com ella quer nom nom seera thudo ou thuda de lhas dar quer sseia quite della quer nom ¶ outrossy sse for esposado ou esposada E der alguma cousa huum a outro ante que Jaça com ella E morrer alguun delles nom tornaram o que sse derom huums outros ¶ mais sse depois Jouuer com ella que foram esposados E lhe ante deu alguma cousa quer doas quer que quer parti-llas-am depois per meos o que ficar viuo com os filhos ou com nos herdeiros do que for morto como quer que aquellas cousas fossem dadas ou demandas huums aos outros ante que a rreçebess'e Jouuesse com ella...*»¹² (ODD: 88-89) (LLP: 114-115).

Os dois primeiros fragmentos afonsinos falam apenas na doação do marido à mulher, mas este derradeiro fragmento confirma que, como não poderia deixar de ser, a interpretação é extensiva à doação feita pela mulher ao marido. Este fragmento particulariza quatro conjunturas de matrimónio distintas¹³: (i) as doações feitas entre homem e mulher não casados, (ii) as doações feitas entre casados, (iii) as doações entre esposados, antes de qualquer cópula e (iv) as doações feitas entre esposados, com matrimónio consumado pela conjunção carnal¹⁴.

(i) Antes de mais, são declaradas como inválidas quaisquer doações feitas entre não casados. O mais provável é que se trate de doações feitas em regime de concubinato ou barregania. Esta proibição já aflora numa Constituição de Caracalla em relação às concubinas dos militares (C 5.16.2), posteriormente, alargada por Azo († 1225) e sucessivos jurisperitos às concubinas dos sacerdotes¹⁵. O compilador das Ordenações de D. Afonso V, para regulamentação das doações feitas pelos homens casados às suas barregãs recorre a mais um costume de D. Afonso III, segundo o qual «*costume he que o marido nom possa rem dar a sua barregaa que pareça*» (OA 4.13.1). Estas doações de bens móveis ou imóveis podiam ser revo-

¹² Paulo Merêa aproveitou estas duas normativas de Afonso III para fundamentar a vigência do regime da comunhão geral de bens no século XIII. Salvo melhor interpretação, não me parece que se trate aqui de qualquer regime matrimonial de bens do casamento uma vez que, por um lado, os preceitos são bem claros e falam em doações entre marido e mulher (na constância do matrimónio) e, por outro lado, o segundo preceito refere também as doações feitas entre homem e mulher não casados [Cf. Paulo Merêa, «Notas sobre o “Fuero del Baylio” e suas relações com o direito português», *Estudos de História do Direito I: Direito Português*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, p. 451 (originalmente publicado no *Boletim da Faculdade de Direito* 44, Coimbra, 1968)].

¹³ Sobre a problemática das espécies de casamento que existiram em Portugal, vide Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Casamento em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

¹⁴ Sobre a importância da *copula carnalis* na canonística medieval e em diversos direitos locais europeus cf. Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 55 e ss.

¹⁵ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 19-20.

gadas pela mulher, que ficava com a coisa só para si como se casada não fosse, sem que para tal demanda em juízo precisasse de qualquer autorização ou procuração do marido (OA 4.13.2). O mesmo procedimento era aplicado às cousas vendidas pelo marido a sua barregã, que a mulher haveria para si sem estar obrigada a pagar preço algum, por se presumir que a venda tivesse sido feita em conluio para a prejudicar. Enquanto casada, a mulher podia propor a demanda judicial a todo o tempo, mas se o matrimónio se dissolvesse, por morte ou outra causa extintiva, tinha o prazo de quatro anos, contados a partir do dia da dissolução do casamento (OA 4.13.3).

(ii) O mesmo regime de invalidade é aplicado aos casados. Importa apurar o que o fragmento de Afonso III entende aqui por casados, em contraposição aos esposados. A questão não se apresenta de fácil solução. A primeira hipótese é de que fossem os ditos casados de *pública fama* —trata-se de uma união de facto, qualificada como casamento pela circunstância de duas pessoas de sexo diferente serem consideradas e tratadas em público como marido e mulher—¹⁶. Uma segunda plausibilidade é que se trate do casamento por mera troca de consenso (*desponsatio*), anterior à bênção da Igreja, identificado pela canonística medieval como casamento por palavras de presente (*sponsalia per verba de praesenti*) ou casamento *initiatum*. Há ainda uma terceira hipótese, a do casamento de *juras* —uma espécie de casamento autóctone, documentado nos foros de Cima-Coa, em que as partes prestavam o seu mútuo consentimento e juramento perante qualquer ministro de culto, mas que ainda não gozava da graça do sacramento—. Em qualquer das conjunturas, trata-se de casamentos não sagrados, por não terem sido celebrados *in facie ecclesiae*, por isso, é possível que o fragmento afonsino quisesse incluir na categoria de casados, mas não esposados, toda a tipologia de casamentos que não fossem considerados sagrados à face da doutrina da Igreja.

(iii) As doações feitas entre esposados —«*esposado ou esposada*»—, se o cônjuge donatário morresse sem que tivesse existido cópula com o outro cônjuge —«*ante que Jaça com ella*»¹⁷—, eram consideradas válidas e o beneficiário não ficava obrigado a repetir o que lhe tivesse sido doado. Este seria o casamento já abençoado pela Igreja, casamento de bênção (*de benedictione*) —era o casamento legítimo, realizado

¹⁶ Os pressupostos da *posse de estado* de casados surgem consignados, em sintonia com o Direito canónico (X 2.23.11), numa lei de D. Dinis: «*Custume he dissi he deryto que se huum home uiue com hua molher e mantem e cassa ambos de suum por sete annos continuadamente [cohabitatio e tractatus] chamando-se ambos marido e molher se fezerem compras ou vendas ou emprazamentos e se possorem em elles nos stormentos ou cartas que fezerem marido e molher [nomen ou nominatio] e na viziindade os ouuerem per marido e molher [fama] non pode nehuum deles negar o casamento e auelhos hao por marido e per molher ainda que não seiam cassados em face da Eygreia*» [Cf. Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Casamento em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 56-57].

¹⁷ *Jouuer* corresponde a *ter ajuntamento carnal* [Cf. Frei Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário da Palavra, Termos e Frase que em Portugal antigamente se usarão e que hoje regularmente se ignorão*, Tomo II, Lisboa, 1799, s. v. «*jouuer*»].

pela troca de consenso nupcial perante um ministro da Igreja e agraciado com a protecção sacramental— ou casamento *ratum*. A versão definitiva das Ordenações Manuelinas, terminada e dada à estampa no ano de 1521, veio impor a possibilidade de uma revogação por parte do cônjuge-doador, que poderia ser feita a todo o tempo:

«Se o marido fezer doaçam aa molher, ou a molher a seu marido depois de recebidos, posto que antre elles nom interuiesse copula, poderá o doador reuoguar essa doaçam quando quiser» (OM-1521 4.9.1).

Poder-se-á subentender que, na falta dessa revogação expressa, a doação tornar-se-ia irrevogável com a morte do cônjuge-doador. Ao contrário do que interpretou Laurent-Bonne¹⁸, a doação não se torna irrevogável após a cópula, nem a doutrina das Manuelinas se opõe ao regime da *oratio antonini* e da decretal *Donatio*, antes pelo contrário.

(iv) Na eventualidade de o matrimónio se consumar pela cópula —«*sse depois Jouuer com ella*»—, o cônjuge beneficiário estava obrigado a trazer à colocação os bens, mesmo que a doação fosse anterior a essa união carnal. A doação seria partida ao meio, ficando metade para o cônjuge sobrevivente e a outra metade para os filhos ou herdeiros do *de cuius*. Esta solução jurídica é uma influência ditada pela ideia sobre o contrato de casamento na Idade Média. Por força do Direito canónico, a *copula carnalis* ou *commixtione corporum* é considerado um elemento essencial do casamento, na medida em que só a partir desse momento se pode considerar o matrimónio perfeito, rato e consumado – v. g., no Decreto de Graciano «*Quapropter*» (C27 q2 c37) – tornando-se indissolúvel.

A hegemonia do *Ius commune* fez com que a solução do Direito português se revele idêntica à verificada noutros sistemas locais europeus –v. g., os estatutos da Vila de Ferrara (1456) e os costumes de Bourges (1481), Marche (1521), Berry (1539), e Melun (1560)– que «*permettent aux fiancés, dont l’union n’est pas encore consommée, de se consentir une libéralité*»¹⁹.

O conteúdo desta derradeira norma jurídica de Afonso III é mais copioso que o das outras duas e acaba por estar em perfeita sintonia com a que o compilador das Ordenações acolheu para encetar o título «*da Doaçom feita pelo marido aa molher, e pela molher ao marido*» (OA 4.14.1). É forçoso concluir que, em suma, o princípio romano da proibição estava latente desde o século XIII. E não será despidendo que este seja considerado o século de integração do *Ius commune* em Portugal²⁰.

Por outro lado, não faz sentido que estes fragmentos continuem a ser considerados leis de D. Afonso III²¹. Mas também se deve ter algum cuidado em os quali-

¹⁸ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 38-39.

¹⁹ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, p. 57.

²⁰ José Domingues, «Recepção do *Ius commune* medieval em Portugal, até às Ordenações Afonsinas», *Initium* 17, pp. 255-302.

²¹ José Domingues, «Exame Crítico às Leis de D. Afonso III», *Revista Lusíada – Direito* 7-8, 2013, pp. 185-223.

ficar como fontes consuetudinárias em sentido estrito. Não raro, o costume medieval pode surgir como jurisprudência, sob a chancela do tribunal supremo da época (a Casa da Justiça de el-rei²²), consubstanciando «a ideia de norma reforçada ou fixada pela via do julgamento»²³. Não será, portanto, de excluir a hipótese de estarmos perante registos do tribunal superior da Corte –para serem aplicados com força de Lei a casos análogos– tomados a partir da solução de casos concretos e individualizados, onde, com certeza, teria sido colacionada e discutida a aplicação dos preceitos romano-canónicos.

2. Segundo fragmento (OA 4.14.2)

«O qual costume visto per nós declarando em elle dizemos que o dito costume averá lugar quando aquelle que a Doaçom fez a revogou em sua vida».

Estas primeiras declarações do compilador afonsino seguem de perto a cartilha da *Oratio severi*²⁴. A compilação de Justiniano, não raro, prescreve regimes jurídicos diferentes para a mesma matéria: as doações entre esposos, por um lado, são expressamente proibidas pelos *mores* (D 24.1.1-2)²⁵, por outro lado, o *senatusconsulto* de Septímio Severo, proposto por Antonino Caracala para se moderar o rigor do costume, decide que a doação se tornaria válida se o cônjuge-doador morresse sem a revogar (D 24.1.32.pr.-2)²⁶. As Partidas de Afonso X de Castela, na mesma linha de entendimento, consideram que seria válida a doação entre consortes «*si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la reuocasse: nin la desfiziesse en su vida*». Mas a colecção legislativa do *Sábio* vai mais longe, discriminando a revogação

²² No reinado de D. Afonso V altera-se a designação para Casa da Suplicação, que já consta em documento de 25 de Agosto de 1441: Lisboa, IAN/TT – Chancelaria de D. Afonso V, Liv. 5, fl. 76 [Disponível em <http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=3815948> (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)]

²³ Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, vol. 1, Lisboa, 2005, p. 250.

²⁴ Trata-se da *Oratio Antonini*, chamada *Oratio Severi* porque Caracala a apresentou como coregente de seu pai, Septímio Severo.

²⁵ «*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate: Ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia*».

²⁶ «*pr. Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. 2. Ait oratio "Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse"*».

expressa —«diziendo señaladamente: tal donacion como esta que fize a mi muger, nõ quiero que valga»— e as revogações tácitas —«si callasse non diciendo nada, e la diesse despues a outro, o la vendiesse, o si muriesse aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la fizo»— por parte do cônjuge-doador (P. 4.11.4).

A propósito da revogação, uma Constituição do imperador *Gordianus*, do ano 243, decide que em virtude de doação, venda ou qualquer outro modo de alienação se considerava revogada pelo marido a doação feita a favor da mulher —«*revocatam esse a viro in mulierem factam donationem*» (C 5.16.12)—. Os civilistas medievais vão alargar esta revogação ao penhor e à hipoteca. A diferenciação entre revogação expressa e tácita consta manifesta nas Decretais de Gregório IX (X 4.20.8)²⁷. Estes fragmentos do *utrumque ius*, sem surpresa, alimentam a sapiência jurídica dos mais conceituados civilistas e canonistas medievos²⁸.

As Ordenações portuguesas, não referindo expressamente a proibição romana, determinam a indispensabilidade de uma revogação (expressa ou tácita) em vida, por parte do cônjuge-doador, para que pudesse ser invalidada a doação e os bens doados durante a constância do matrimónio fossem trazidos à colação e partilhados com os filhos de ambos ou do cônjuge donatário. A formulação jurídica, ao contrário do Digesto e das Partidas, é feita pela positiva e, como tal, pode implicar que as doações entre cônjuges não fossem consideradas proibidas, mas apenas revogáveis.

Neste sentido, talvez não seja alheia a influência das Decretais de Gregório IX, que se afasta do estilo redactorial austero e proibitivo dos *mores* romanos. A decretal *Donatio*,

«n'utilise pas le vocabulaire du droit romain. Dans les fragments d'Ulpian —persevera Laurent-Bonne—, les donations entre époux sont en effet réputées «ne pas valoir» (*non valere*) et sont dites «prohibées» (*prohibere*). Grégoire IX, abandonnant le vocabulaire teinté de prohibition, choisit de dire que la donation «n'a pas de force» (*firmitatem non habet*) et que sa validité dépend de sa confirmation à la mort du donateur. Ce choix, conforme à l'esprit de l'oratio Antonini, ne reprend pas l'opposition des compilations justiniennes entre le principe séculaire de prohibition des mores et la possible confirmation issue du sénatus-consulte sévérien. Le pape opte ouvertement pour un régime de révocabilité»²⁹.

3. Terceiro fragmento (OA 4.14.3)

«*Outro sy averá lugar quando ao tempo da Doaçom aquella que a fez nom avia filho algum e ao depois veeo a nascer filho d'antre ambos porque em tal caso logo esta Doaçom ficou revogada per bem da nasçença do filho*».

²⁷ «*Donatio, quae constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur; quae tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite vel expresse, vel qui donatum accepit prius debitum naturae persolvat. Sane soluto matrimonio, sicut dos ad mulierem, sic et donatio propter nuptias redit ad virum, nisi de consuetudine secus obtineat, vel ex pacto de lucranda dote vel donatione propter nuptias, quod aequale sit, quum hinc inde contrarium inducatur*».

²⁸ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 117-120.

²⁹ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, p. 30.

O compilador afonsino prevê ainda, com efeitos *mortis causa*, uma revogação tácita a operar em virtude da nascença posterior de um filho do casal³⁰. Esta ressalva acusa uma plausível influência do sistema jurídico consagrado no Foro Real de Afonso X de Castela (FR 3.13.3)³¹. Este fragmento do Foro do monarca *Sábio*, que determina a validade das doações entre cônjuges na condição de que não existissem ou viessem a existir filhos do casal, parece acusar alguma influência da Lei *Si unquam* do Código de Justiniano (C 8.55(56).8)³². Sem embargo de nas Ordenações se ter silenciado o período de defeso de um ano, segundo o qual, no primeiro ano de casamento estavam proibidas as doações entre esposados, «para evitar comportamentos movidos más por el cariño incontrolado que por la razón»³³.

A versão portuguesa do século XIII do *Fuero Real* –cópia de uma tradução original, que deve ter sido feita pouco depois de 1267– conservada no códice dos Foros da Guarda³⁴, não tem sido suficiente para justificar uma integração no sistema jurídico português e, muito menos, para dar como provada a sua vigência, nem que seja a título de fonte subsidiária de Direito, como pretendeu Braga da Cruz. A falta de outros indício concretos –v. g., fragmentos ou remissões expressas– converteu-se na *magna quaestio* que tem macerado as mentes mais autorizadas desta temática. O desalento lateja no manifesto legado por Azevedo Ferreira³⁵, quando lamenta que

«foi em vão que procurámos nas compilações jurídicas, em especial, nas Ordenações Afonsinas, Ordenações de D. Duarte, Ordenações Manuelinas e Livro das Leis e

³⁰ A doação feita em caso de já existirem filhos, depreende-se, estava implicitamente proibida.

³¹ «Se o marido quiser dar algo a sa moler ou a molher ao marido non auendo fillos, possam fazer depoyz que for o ano passado des que casarem e non ante. E se depoyz desta doaçõ ouuerem fillos non ualha a doaçõ, foras quanto in seu preyto e se ante que se otorgarem. E se depoyz que a doaçõ for feyta huu ao outro, esta doaçõ non se desfaça por fillo nenhuu que depoyz nasca, e se o marido morrer e a molher ficar prenhy, se fillo ou filla nascer, partam ygualmente cum outros yrmaos, se os ouuer. E se nenhuu yrmao non ouuer da parte de seu padre, ou se o padre ou a madre aya mandado todo o seu, toda a quarta parte de quanto auya partam entre sy aquelhes a quem faz a manda e as .III. partes aya este filho ou os que depoyz ueerem».

³² Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, p. 148.

³³ Alfonso Murillo Villar, «Perspectiva histórica de la ineficacia y revocación de las donaciones por razón de matrimonio», *Anais do XIII Congreso Internacional y XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*: en homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto: o direito de família, de Roma à atualidade, coordenado por André Augusto Malcher Meira, Belém-Pará-Amazônia-Brasil, 2011, p. 46.

³⁴ Lisboa, IAN/TT – *Feitos da Coroa*, Núcleo Antigo 398; Cód. Ref.^a – PT/TT/FC/001/398; [Disponível em <http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4182542> (consultado no dia 07 de Janeiro de 2015)]. A versão portuguesa do Foro Real foi dado à estampa por José de Azevedo Ferreira, *Afonso X: Foro Real – Edição e estudo linguístico*, Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1987 (2 vol.º). José de Azevedo Ferreira, *Afonso X: Fuero Real*, Universidade do Minho, Centro de Estudos Portugueses, Braga, 1982. Alfredo Pimenta, *Fuero Real de Afonso X, o Sábio, Versão portuguesa do século XIII*, Lisboa: Instituto para a Alta Cultura, 1946.

³⁵ José de Azevedo Ferreira, *Afonso X: Foro Real – Edição e estudo linguístico*, Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1987, vol. I, pp. 102-103.

Posturas vestígios ou referências ao Foro Real. Tendo mesmo consultado dois historiadores do direito português, os Professores Mário Júlio de Almeida Costa e Martim de Albuquerque, confirmaram a não existência de remissões ao Foro Real».

Para Ruy e Martim de Albuquerque

«a versão portuguesa do Fuero Real constitui mera tradução particular, sem qualquer valor legal entre nós; ou, quando muito, a exemplo do sucedido em Castela, foi apenas integrar o regime jurídico local –aqui o do concelho da Guarda»³⁶.

As divergências perceptíveis com a versão castelhana³⁷ levam Maria do Rosário Ferreira a sugerir que

«a tradução do Foro Real, um código que, reconhecidamente, nunca foi incorporado nas «leis do reino», tendo um valor subsidiário e um âmbito de aplicação local, poderá ter tido uma funcionalidade mais relacionada com a adaptação e consignação escrita do código costumeiro do que com critérios de codificação unitária de uma justiça emanando do rei. Seja como for, no actual estado da investigação, o trajecto do Fuero Real no reino de Portugal continua a ser uma incógnita»³⁸.

Existe, no entanto, alguma probabilidade de esta não ser a única tradução medieval para Português. O *adelantado* de Cazorla, Alfonso Tenorio (†1430), tinha no seu pecúlio literário um «*libro pequeño escrito en pargamino en lenguaje portugués de los fueros del Enperador*»³⁹. Não será despiciendo que o seu titular seja um cavaleiro de origem portuguesa, filho de Aires Gomes da Silva e Urraca Tenório, exilado em Castela após a batalha de Aljubarrota (1385). As estreitas ligações desta linhagem à Corte portuguesa permitem pressupor que o *livro pequeno em pergaminho com os foros do imperador em Português* tenha as suas origens em Portugal, plausivelmente, como parte integrante de uma biblioteca familiar⁴⁰.

³⁶ Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, vol. 1, Lisboa, 2005, p. 218.

³⁷ Cf. também a diferença registada por Teresa Luso Soares, *Mais uma diferença entre as versões castelhana e portuguesa do Fuero Real*, Lisboa, 1991.

³⁸ Maria do Rosário Ferreira, «As traduções de castelhano para galego-português e as políticas da língua nos séculos XIII-XIV», *e-Spania Revue Interdisciplinaire d'Études Hispaniques Médiévales et Modernes* 13, Juin 2012 [Disponível em <http://e-spania.revues.org/21021#ftn35> (consultado no dia 07 de Janeiro de 2015)].

³⁹ Isabel Beceiro Pita e Alfonso Franco Silva, «Cultura Nobiliar y Bibliotecas. Cinco ejemplos de las postrimerías del siglo XIV a mediados del XVI», *Historia Instituciones Documentos* 12, 1985, p. 322 [Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=6322> (consultado no dia 13 de Janeiro de 2015)]. A identificação feita pelos autores a p. 324: «Con toda probabilidad, una obra jurídica de Alfonso X, más concretamente el Fuero Real».

⁴⁰ *Ibidem*, p. 286. No entanto, esta identificação com o *Fuero Real* não está isenta de quaisquer dúvidas, uma vez que Afonso X nunca se terá identificado com o cognome de *Imperador*. Por isso, o mais vulgar é que os «*Fueros del Emperador*» correspondam a textos jurídicos da lavra de Afonso VII o *Imperador* (1126-1157). Outro texto jurídico bastante provável para esta identificação é o «*Fuero de las Cabalgadas*», que, não raro, é identificado como «*Fuero del Emperador*» – cf. Pedro

Independentemente de o item da biblioteca de Afonso Tenório corresponder ou não ao Foro Real, o contágio exercido sobre a compilação oficial das Ordenações de Afonso V, deixa o horizonte aberto para um texto bem conhecido nos meandros da Corte dos monarcas portugueses. Aliás, estou em vias de crer que o famigerado códice do arquivo da Casa da Coroa (núcleo antigo ou fundo primitivo da Torre do Tombo) não corresponda ao original usado pelos oficiais do concelho da Guarda, mas antes a um instrumento de registo para uso palaciano e, sobretudo, dos magistrados do tribunal supremo da Suplicação. Caso contrário, como se justificaria a sua presença na Torre do Tombo em meados do século XVII (c. 1656)⁴¹, quando a sua aplicação local (no território da Guarda) ainda era indispensável e incontroversa?

«Já desde a época de Afonso III se encontram citações implícitas a textos do Fuero Real –assevera José Mattoso, identificando algumas dessas citações implícitas– o que significa que inspirava de facto os juristas da corte»⁴². Se bem que escassos e ainda pouco significantes, já são vários indícios, a juntar à versão portuguesa que chegou aos nossos dias, que podem caboucar certa influência desta obra legislativa de Afonso X de Castela no ordenamento jurídico português. Caso contrário, faria pouco sentido que fosse aproveitado na compilação oficial das Ordenações, para complementar o regime jurídico das doações entre cônjuges. Fica, no entanto, por provar a sua eventual aplicabilidade a casos concreto dirimidos em tribunal. Por último, o facto de aqui se tratar de mais uma *citação implícita*, sem remissão expressa para o fragmento do Foro Real, em nada obsta a que tenha servido de base a este parágrafo, porque o mesmo aconteceu, em múltiplas conjunturas, com fragmentos das Sete Partidas do mesmo Afonso X⁴³.

Andrés Porrás Arboledas, «Dos casos de erechamiento de cabalgadas (Murcia, 1334-1392)», *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor José Marques II*, Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2006, pp. 261-269 [Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4920.pdf> (consultado no dia 15 de Março de 2015)]; María Martínez Martínez, «La Cabalgada: Un medio de vida en la frontera murciano-granadina (siglo XIII)», *Miscelánea Medieval Murciana* 13, 1986, p. 54 [Disponível em <http://revistas.um.es/mimemur/article/view/6391> (consultado no dia 15 de Março de 2015)]; Carmela Pescador del Hoyo, «El fuero de las cabalgadas», *Cuadernos de Historia de España* 33-34, 1961, pp. 169-172.

⁴¹ Cf. Fernanda Ribeiro, «Como seria a estrutura primitiva do Arquivo da Casa da Coroa (Torre do Tombo)?», *Os Reinos Ibéricos na Idade Média* – Livro de Homenagem ao Professor Doutor Humberto Carlos Baquero Moreno, Coordenação Luís Adão da Fonseca, Luís Carlos Amaral e Maria Fernanda Ferreira Santos, Faculdade de Letras da Universidade do Porto e Livraria Civilização, Porto, 2003, p. 1410. [Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1240.pdf> (consultado no dia 13 de Janeiro de 2015)]. Esta referência infirma a ilação de que o códice tivesse sido integrado na Torre do Tombo com a «*remessa de Santarém*», pouco antes de, em 1799, o lá ter consultado D. Josef Cornide (Cf. José de Azevedo Ferreira, *Afonso X: Foro Real*, Lisboa: INIC, 1987, vol. 1, p. 11).

⁴² No mesmo sentido: José Mattoso, *Identificação de um País II – Composição*, Obras Completas 3, Círculo de Leitores, 2001, p. 80.

⁴³ José Domingues, «As Partidas de Castela e o Processo Medieval Português», *Initium* 18, Barcelona: Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2013, pp. 237-288; José Domingues, «As Partidas de Castela na sistemática Compilatória do Livro IV da Reforma das Orde-

4. Quarto fragmento (OA 4.14.4)

«E Também poderá aver lugar quando a Doaçom fosse feita antes que fossem casados, e ao depois per casamento fossem comunicados seus bens, segundo costume da Estremadura; ca em taaes casos, e outros semelhantes deve seer trazida a partiçom esta cousa doada com os herdeiros do morto, assy como fora nunca seendo feita tal Doaçom».

O próximo parágrafo das Ordenações refere-se a doação feita antes do casamento, em princípio, considerada válida, mas que, onde vigorasse o *costume da Estremadura*, devia ser devolvida à herança e «trazida a partiçom esta cousa doada com os herdeiros do morto, assy como fora nunca seendo feita tal Doaçom». Embora este tipo de doações não se inclua no objecto desta comunicação, não deixa de ser curiosa a hegemonia do regime jurídico consuetudinário, que tem sido identificado com o *Fuero del Baylio*. As origens mediévicas deste foro tem sido ligadas a Portugal e à Ordem dos Templários⁴⁴, embora existam outras teses a considerar⁴⁵.

Sem mais demora, é fácil de entender que a doação feita antes do casamento seja aqui considerada inexistente – «assy como fora nunca seendo feita» – e, por maioria de razão, nem sequer seja considerada a doação entre cônjuges, porque o dito costume da Estremadura pressupunha uma comunhão universal para todos os bens do casamento. O *Fuero del Baylio* continua vigente como direito foral de Estremadura, por força da Constituição de Espanha (art. 149.1,8º), com uma bibliografia oceânica que é desnecessário e seria demasiado ocioso estar aqui a arrolar.

5. Quinto fragmento (OA 4.14.5)

«E se o marido fez Doaçom a sua molher, ou a molher ao marido, seendo casados, e este, que assy fez tal Doaçom, se veeo a morrer abintestado sem lidemo, e necessario herdeiro, assy como som os ascendentes, e descendentes, e sem revogando a dita Doaçom ataa o dito tempo da morte, fica em tal caso essa Doaçom confirmada, em quanto nom passar a conthia, em que he necessaria nossa confirmaçom, segundo diremos no Titulo, Das Doações, que ham de sser insinuadas e confirmadas per EIRey. E ficando per sua morte herdeiro lidemo, e necessario, poderá esse herdeiro revogar a Doaçom atee haver compridamente sua necessaria lidema; e o mais, que sobejar da dita Doaçom, avelo-ha esse Donatario».

Este fragmento resume as condições cumulativas de validade das doações entre cônjuges, considerando-as válidas e definitivamente confirmadas se o cônju-

nações», *Initium* 19, Barcelona: Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2014, pp. 353-406.

⁴⁴ V. g., Paulo Mêrea, «Algumas notas sobre o “Fuero del Baylio” e suas relações com o Direito Português», *Boletim da Faculdade de Direito* 44, Coimbra, 1968, pp. 1-37. Magdalena Rodríguez Gil, «Vigencia de libertades medievales “A Fuero de Baylio”», *Os Reinos Ibéricos na Idade Média: livro de homenagem ao professor doutor Humberto Carlos Baquero Moreno*, Porto, 2003, vol. 1, pp. 621-626.

⁴⁵ Mercenario Villalba Lava, *El Fuero del Baylío como derecho foral de Extremadura*, Asamblea de Extremadura, 2009, pp. 145290. Vide também *Estudios sobre el Fuero de Baylío en memoria de Don José Soto García-Camacho*, 2012.

doador tivesse morrido (*i*) sem testamento, (*ii*) sem outros herdeiros legitimários (descendentes e ascendentes), (*iii*) não tivesse revogado a doação em vida, mas desde que o valor da doação (*iv*) não ultrapassasse a quantia fixada para as doações a serem confirmadas ou insinuadas⁴⁶.

A revogação por parte do cônjuge-doador já ficou supra explanada (OA 4.14.2). Quanto ao valor máximo para que a doação pudesse ser considerada válida sem necessidade de serem insinuadas, o compilador remete para outro título, no mesmo livro da colectânea (OA 4.68: *Das Doações que ham de seer insinuadas e confirmadas per EIRey*). Segundo este título, sob pena de não valem «*per direito alguma cousa*», tinham que ser aprovadas e confirmadas perante a Justiça da terra ou perante el-rei as doações acima das quinhentas dobras ou coroas de ouro, considerando-se que «*em todo mais que sobejar da dita quantia he nenhuuma e de nenhuum vigor assi como se nunca fosse feita*». O compilador, fixou o valor em duzentos escudos de ouro para as doações feitas pelas mulheres, «*porque as molheres por grande fraqueza de seu entender ligeiramente se movem ao que lhe he requerido ainda que lhe seja dapnoso, o que nom fazem os homeens tam de ligeiro porque geralmente som mais constantes e firmes em seus prepozitos*»⁴⁷.

Em princípio, os herdeiros legitimários —«*lidemo, e necessario herdeiro*»— podiam revogar a doação até que fosse satisfeita a sua parte legítima, ficando o sobejo ao cônjuge-donatário. Este regime jurídico sucessório, que limitava o poder dos cônjuges dispoem dos seus bens em vida, é desenvolvido nos fragmentos seguintes⁴⁸.

6. Sexto fragmento (OA 4.14.6)

«*E se aquella, que assy fez a dita Doaçom em seendo casado, se veeo a finar com testamento, em o qual mandou destrubuir sua terça em todo, ou em parte, sem revogando a dita Doaçom, devem*

⁴⁶ Trata-se de uma exigência de forma escrita, registo feito perante uma autoridade pública, com raízes no Direito romano (C 8.53(54).34.pr.-1) (C 8.53(54).36.3) e muito explorada pela Doutrina medieval. A insinuação é um prova de fiabilidade pública que pretende combater a fraude e falsificação de documentos. Cf. Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 108-114.

⁴⁷ Sobre a condição inferior da mulher no Direito espanhol, cf. Enrique Gacto Fernández, «*Imbecillitas Sexus*», *Cuadernos de Historia del Derecho* 20, 2013, pp. 27-66, em <http://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/45328/42654> (consultado no dia 16 de Fevereiro de 2015).

⁴⁸ A propósito do sistema de sucessão legitimário consagrado nas Ordenações de D. Afonso V, cf. Jorge Silva Santos, «*A livre disposição mortis causa nas Ordenações Afonsinas entre a tradição jurídica medieval e a recepção do Direito Romano (contributo para a história do direito das sucessões português medieval)*», *Revista de História do Direito e do Pensamento Político* 3, Lisboa: Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 79-123 [<http://www.fd.ulisboa.pt/Institutos/InstdeHistdoDireitoedoPensamPol%C3%ADtico/RevistaHDPP.aspx>] (consultado no dia 02 de Fevereiro de 2015)]. O autor não considerou a relevante influência das Sete Partidas de Afonso X nesta matéria, cf. José Domingues, «*As Partidas de Castela na sistemática Compilatória do Livro IV da Reforma das Ordenações*», *Initium* 19, Barcelona: Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2014, pp. 373 e ss.

seus herdeiros lidemos e necessarios primeiramente seer entregues da sua lidima parte, avendo respeito aos beens, que o finado deu em sua vida, e tambem aos que ficarom por sua morte, em tal guisa que a Doaçom seja contada com a dita herança, assy o principal, como a terça, e reputada assy como leguado, porque em a vida nunca valeo, e per morte foi confirmada. E nom ficando tanta herança do dito finado per sua morte, per que os ditos herdeiros possaõ aver sua direita lidema sem a dita Doaçom, em tal caso será defalido tanto da dita Doaçom, e bem assy da dita terça soldo por livra, atee que a dita lidima seja primeiramente supprida; e feito assy o dito defalcamento, se algũa cousa ficar da dita terça, e Doaçom, o que sobejar da Doaçom havelo-ha o Donatario, e o que sobejar da terça será destribuido segundo a forma do testamento».

A cominação feita no final do fragmento anterior, permitindo ao herdeiro revogar a doação apenas até ao montante que lhe satisfaça a sua legítima, aplicar-se-ia no caso de não existir testamento. Ao invés, a hipótese normada neste sexto fragmento gira em torno de uma manifestação escrita da última vontade do cônjuge-doador, que «*se veeo a finir com testamento*». O testamento constituía a derradeira hipótese de revogação da liberalidade. A partir da *Oratio severi* (D 24.1.32.2), a jurisprudência medieval vai problematizar em torno do *silentio donatoris*, bem como entre a morte natural e a morte civil por causa do fisco⁴⁹. O compilador luso, na rasto dessa doutrina comum, não teve dúvida em considerar confirmada a doação que não tivesse sido revogada em testamento —«*e reputada assy como leguado, porque em a vida nunca valeo, e per morte foi confirmada*»— equiparando-a a um legado ou *donatio mortis causa*.

Consequentemente, a doação era integrada na cota disponível (ou terça) e só seria atingida se não existisse herança suficiente para satisfazer a parte legítima dos herdeiros legitimário, estabelecida em dois terços da herança. Em tal caso, terça e doação seriam restringidas de uma forma proporcional —«*soldo por livra*»⁵⁰— até ser devidamente suprida a legítima; o que sobejasse da doação, após composição da legítima na íntegra, seria entregue ao cônjuge-donatário sobrevivente e o resto da terça distribuído segundo a forma do testamento.

7. Sétimo fragmento (OA 4.14.7)

«E se no caso suso dito fosse a dita Doaçom feita em tal modo, que logo em vida d'ambos valesse per direito, assy como quando aquelle, que a faz, nom he por ella feito mais pobre, ou aquelle a que he feita, nom he por ella feito mais rico, ou qualquer outro caso, em que tanto que a Doaçom he feita pelo marido aa mulher, ou pela molher ao marido, logo he per direito valiosa, em tal caso nom podendo os herdeiros aver toda sua lidema pela herança do finado sem a dita terça e Doaçom, entom deffalcar-se-ha soomente da dita terça tanto, per que a dita lidema seja supprida de todo; e nom abastando a dita terça pera ello, entom será defalcada da dita Doaçom, e nom se fará defalcamento da dita Doaçom atee que toda a terça seja deffalcada; porque pois que a dita Doaçom

⁴⁹ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 85-96.

⁵⁰ Frei Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário da Palavra, Termos e Frase que em Portugal antigamente se usarão e que hoje regularmente se ignorão*, Tomo II, Lisboa, 1799, s. v. «*Soldo á Livra – Frase proverbial. É o mesmo que rectamente, à risca, com a mais escrupulosa igualdade até o último real, e proporcionadamente aos bens de cada um (...) para que cada um pague à proporção do que tiver*».

valeo em vida daquelle, que a fez, nom se deffalcará della pera supprimento da dita lidima, salvo quando per toda sua herança, que per sua morte ficou, assy principal, como a terça d'outra guisa se nom poder aver».

A propósito do princípio da proibição oriundo da jusromanística, não será despidiendia a referência explícita à invalidade da doação em vida —«*porque em a vida nunca valeo*»— consagrada no fragmento anterior. A reforçar o dito princípio, surge vertido neste sétimo fragmento o critério lapidário que sustenta a proibição do Digesto —«*Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes*» (D 24.1.1)— por se considerar que um dos cônjuges poderia ficar mais pobre ou o outro mais rico⁵¹.

Embora neste fragmento resume a fundamentação inerente ao princípio romanístico, existem outros textos jurídicos mais próximos da terminologia usada pelas Ordenações, que ficam melhor colocados como textos-base, v. g., as Decretais de Gregório IX (1234):

«Donatio, quae constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur» (X 4.20.8).

A questão não é fácil e terá que permanecer em aberto. Não se podendo excluir as múltiplas fontes de *Ius commune* que exaustivamente glosaram e comentaram esta matéria, não será difícil encontrar proximidades textuais. No entanto, por razões múltiplas que não merece a pena estar agora a desfiar, a fonte literal mais próxima pode ter sido o fragmento das Sete Partidas de Afonso X: «*E porende si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre*» (P 4.11.4).

Debruçando-nos sobre o conteúdo, a diferença patente em relação à hipótese legal do fragmento anterior é a posição privilegiada da doação entre esposos em relação à terça parte disponível. Sendo a doação válida segundo o Direito —«*quando aquelle, que a faz, nom he por ella feito mais pobre, ou aquelle a que he feita, nom he por ella feito mais rico*»—, para se completar a quota legítima, primeiro dever-se-iam esgotar todos os bens da parte disponível (terça) e só depois, não sendo estes suficientes para integrar a legítima da herança, se chamaria à colação a doação feita em vida ao outro cônjuge. O fundamento que se adivinha no fragmento sétimo para este tratamento diferenciado é que, ao contrário do previsto no sexto fragmento, a doação é considerada válida em vida de quem a fez.

Estes três últimos fragmentos das Ordenações acabam por subsumir a antecedente invalidação tácita «*per bem da nascença do filho*» (OA 4.14.3). Por outras palavras, o amparo consignado em particular aos filhos, no fragmento terceiro,

⁵¹ Este critério (um mais rico e outro mais pobre) surge disseminado por vários fragmentos do Digesto, v. g., «*nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit*» (D 24.1.5.8), «*non videri locupletiore (...) quia non est locupletior, quae tantundem in re mortua impendit*» (D 24.1.7.1).

acaba por se diluir nestas normas sucessórias mais abrangentes, que incluem descendentes e ascendentes na sua aplicação concreta.

Antes de concluir, é notório que o compilador das Ordenações se não preocupou em assinalar quaisquer excepções ao princípio romano da proibição, salvo a indirecta de um dos cônjuges se não tornar mais pobre e o outro mais rico⁵². Uma vez que eram comumente conhecidas, poderá ser entendido como um silêncio eloquente do legislador? A lacuna seria facilmente integrada com recurso às fontes do *Ius commune* em vigor. O Direito romano-canónico, as Partidas (P 4.11.5-6) e a literatura jurídica medieval erigiram uma densa muralha de ressalvas como, v. g., a doação que não faz o doador mais pobre ou o donatário mais rico, as doações *religionis* ou *pietatis causa* (tal como sepultura, terreno para se erigir mosteiro ou igreja, rendas para luminárias), as doações *mortis causa* (herança e legado), as feitas a título oneroso (como a que a mulher faz para o marido conseguir alguma dignidade, *donatio honoris causa*, ou para o remir do cativo), doações remuneratórias, alimentos, presentes módicos (que se dão em dias solenes, v. g., no Natal ou no aniversário), vestimentas, jóias, etc⁵³. O trabalho dos juristas medievais deu azo a que, no século XIX se afirmasse que:

*«Pela extensão de que são susceptíveis as referidas excepções, valem hoje geralmente em muitas Nações as doações entre os conjuges»*⁵⁴.

A terminar, só a propósito da doação remuneratória que, em princípio, não deveria servir para compensar um serviço conjugal⁵⁵ é curiosa a cláusula inserta numa doação feita no dia 1 de Novembro de 1284, por Fernando Peres a Urraca Lourenço, sua mulher, de todos os seus herdamentos na terra de Lafões e Sátão e

⁵² Segundo as Partidas *«esto [de não se tornar um dos cônjuges mais pobre e o outro mais rico] seria como si algun ome, o muger fiziesse su heredero algun ome casado, diziendo assi: yo fago mi heredero a tal ome (nombrandole señaladamente). E mando, que quando el finare, que este heredamiento quel yo do, que finque a su muger. Ca si el marido della ante que entrasse en tenencia de aquella heredad, la diesse a su muger, valdria tal donacion. E esto es, porque non seria el porende mas pobre, pues que non era aun en tenencia del heredamiento, e non se le mengua ninguna cosa del patrimonio que auia ante. Esso mismo seria, si alguno en su testamento mandasse al marido alguna cosa assi como casa, o viña, o heredad en la manera sobredicha. E despues la diesse a su muger, ante que fuesse apoderado della. Otro tal seria, si el marido diessea la muger alguna cosa que non fuesse suya, ca valdria la donación, para poderla ganar la muger por tiempo. Esso mismo seria ca valdria la donación que fuesse fecha en alguna outra manera semejante destas entre marido, e la muger»* (P 4.11.5).

⁵³ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 153-202.

⁵⁴ Manuel Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal: Contendo três livros, I das pessoas, II das cousas, III das obrigações e acções*, Lisboa: Tipografia Maria da Madre de Deus, 1858, tomo II, p. 179 [Disponível em <http://purl.pt/705> (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)].

⁵⁵ Nicolas Laurent-Bonne, *Aux Origines de la Liberté de Disposer entre Époux*, 2014, pp. 153-200: *«la donation rémunératoire (...) elle peut servir à compenser une inégalité sociale ou la différence d'âge entre les époux, mais ne peut récompenser un devoir conjugal: la chasteté de l'épouse et les bons soins prodiguées à son mari sont des obligations n'ouvrant droit à aucune gratification»*.

outros que possuir noutras zonas, compensando-a pelo facto de lhe ter doado o seu próprio corpo:

«quod uos habeatis toto ipso herdamento meeum in omnibus diebus . uite uestre . et si ego moriero ante quam uobis remaneat uobis ipsam hereditatem et post mortem uestram remaneat meis et uestris ffilijis qui de uobis exierint et si ego non habuero ffilium uel ffilios de uobis remaneat totam dictam hereditatem ubj ego mandauero ad meam mortem et hoc facio uobis pro donacione uestri corporis que mihi fecistis»⁵⁶.

Isto tanto pode ser uma manifestação da copiosidade e diversidade que os *Iura propria* assumem sob a égide do *Ius commune*; como um indicativo de que, em Portugal, nos finais do século XIII ainda estava pouco disseminado o princípio da proibição dos *mores* romanos. Os fragmentos do reinado de D. Afonso III, supra referidos, podem ser meros indiciários de uma cultura jurídica nos meandros da Corte, que a custo se teria alastrado ao território do reino. Nos finais do século XIII, para além da supra identificada, surgem outras doações entre cônjuges, v. g., em Novembro de 1272, Gonçalo Gonçalves de Erosa doou a sua mulher, Maria Viegas, uma herdade em Erosa e os casais e quinta junto de São Clemente de Sande⁵⁷; no dia 19 de Junho de 1292, em Sevilha, D. João Fernandes de Lima doa a sua mulher, D. Maria Garcia, os herdamentos que havia comprado a Afonso Garcia de Souto Mayor⁵⁸.

8. Conclusão

O compilador das Ordenações concluiu: *«e com esta declaração mandamos que se guarde o dito costume, segundo em elle he contheudo e per nós declarado como dito he»* (OA 4.14.8). O regime construído a partir do costume do século XIII resulta num regime jurídico *sui generis*, com o concurso e cumulação de várias fontes de Direito. O jurista amanuense nunca assume a proibição explícita dos *mores* romanos, mas também não se consegue eximir à avassaladora influência que este exerceu sobre textos legais como o das Partidas ou das Decretais e sobre o pensamento dos Doutores do medievo. Por trás desta aparente indecisão poderá estar a vetusta permissão consignada no Código Visigótico⁵⁹, que, entre-

⁵⁶ Lisboa, IAN/TT – Ordem de São bento, Mosteiro de Santa Eufémia de Ferreira de Aves, cx. 1, mç. 1, doc. 9 [Disponível em <http://digitalq.dgarq.gov.pt/details?id=6014142> (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)]

⁵⁷ Lisboa, IAN/TT – Colegiada de Santa Maria da Oliveira de Guimarães, Documentos Particulares, mç. 11, doc. 18 [Disponível em <http://digitalq.dgarq.gov.pt/details?id=4653114> (consultado no dia 24 de Fevereiro de 2015)].

⁵⁸ Lisboa, IAN/TT – Leitura Nova, Liv. 16 (Odiana, Liv. 8), fls. 17v-18.

⁵⁹ *«De lo que da el marido á la muier ó la muier al marido. Si el marido diere alguna cosa á la muier, faga escripto por su mano daquello quel diere ante dos testimonios ó ante tres. E si la muier diere alguna cosa al marido, faga otro tal; é todavia que ie lo non faga fazer el marido por fuerza. E sea fecha en tal manera, que segund la donacion, la buena de cada uno sea asmada assí cuemo manda la ley»* (FJ 5.2.7).

tanto, tinha deixado de se aplicar em território do reino português desde os finais do século XII⁶⁰.

A efectiva vigência, ou não, e a intensidade do princípio romano da proibição, bem como o burilar do regime próprio implementado no reino de Portugal no curso da Idade Média, implicam uma procura aturada de possíveis doações entre esposados, sobretudo a partir do século XIII, e a sua análise cuidada, conjugadas com os eventuais litígios judiciais que as impliquem no seu objecto. Um possível resultado negativo pode ser o confirmar desta proibição, mas até lá ficam as singelas referências às três doações da segunda metade do século XIII.

O conteúdo do título das Ordenações de 1446 acabou por se transmitir, *mutatis mutandis*, às sucessivas Ordenações Manuelinas do início do século XVI (OM-1512/13 4.11) (OM-1514 4.11) (OM-1521 4.9) e às Ordenações Filipinas, que entraram em vigor no ano de 1603 (OF 4.65), consubstanciando o regime legal vigente até ao advento do Código Civil de 1867 (art. 1235º), que, abrogando o regime anterior, se limitou a definir uma limitação em caso de segundas núpcias e no pressuposto de haver filhos ou outros descendentes do anterior matrimónio:

«O varão, ou mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successíveis de anterior matrimonio, não poderá comunicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes».

⁶⁰ José Domingues, «O Elemento Castelhana-Leonês na Formação do Direito Medieval Português», *Cuadernos de Historia del Derecho* 21, 2014, pp. 216-217 [Disponível em <http://revistas.ucm.es/index.php/CHUD> (consultado no dia 23 de Fevereiro de 2015)]; José Domingues, «Códices Medievais de *Ius Commune* em Portugal – *Status Quaestionis*», *Anuario de Estudios Medievales* (aceite para publicação). O reino de Portugal não constitui caso isolado, uma vez que, antes da unificação, Castela também se insurgiu contra o tribunal régio de Leão e, consequentemente, contra o Direito encarnado no *Liber Iudicum*. No prólogo do *Juicio de Albedrío* ficou bem explícito que aos castelhanos era demasiado gravoso deslocar-se à alçada de Leão –«*fazíeles muy grave ir a León porque el fuero era muy luengo e el camino era luengo e avían de ir por las montañas e quando allá llegavan asoberiábanlos los leoneses*». Chegando a argumentar-se que, em Burgos, teria sido feita uma pretensa queima pública dos exemplares do *Fuero Juzgo*.