

ESTUDOS DE DIREITO PRIVADO VISIGÓTICO

I

Sôbre a compra e venda na legislação visigótica

Os preceitos da legislação visigótica em matéria de compra e venda prestam-se a diversas construções, quer no que toca ao seu sentido e alcance, quer no que respeita à sua origem. Os dois aspectos estão, de resto, intimamente ligados, e no fundo tudo se cifra em saber se aqueles preceitos reflectem concepções germânicas ou se são antes uma manifestação do *processus* de degeneração do direito romano ocidental. Embora muitas vezes se tenha encarado a legislação visigótica sôbre esta matéria como uma fonte de direito germânico, e até utilizado as suas normas para a reconstrução dogmática do direito germânico das obrigações, também já se tem relacionado os preceitos do Código Euriciano com as fontes romanas post-clássicas e apelado para influências helenísticas.

Que a categoria jurídica da compra e venda, contrato consensual dentro dos quadros do direito clássico, se modificou notavelmente a partir do século IV, observando-se já vestígios dessa transformação na legislação constantiniana, parece-me indisputável. É, com efeito, cada vez mais acentuada desde Constantino a tendência para con-

ceber e tratar a compra e venda, não já como um contrato à maneira clássica, isto é, gerador de meras obrigações e *causa* dum acto translativo de propriedade (*mancipatio*, *traditio*), mas sim como um acto de que imediatamente resultava um efeito translativo¹.

Esta concepção da compra e venda observa-se no antigo direito germânico, mas não é de modo algum exclusiva deste direito, nem é seguramente à influência germânica que se deve atribuir o seu desenvolvimento no direito do Baixo Império.

Mais legítimo seria sem dúvida ver no facto uma manifestação da índole helenística do direito desta época, mas ainda assim não é fácil precisar a parte que cabe a esta influência oriental, e seria temerário considerar o fenómeno como um simples caso de recepção. Se há evoluções cuja procedência helenística é um ponto averiguado, há outras que talvez se devam antes explicar pela decadência da cultura jurídica e pelo correlativo predomínio duma mentalidade popular, à qual as categorias clássicas nunca foram verdadeiramente acessíveis, quiçá mesmo pela desforra de concepções jurídicas indígenas, em latente conflito com certas construções peculiares ao direito romano².

Seja como for, o certo é que o novo modo de encarar a compra e venda resalta duma maneira impressionante da terminologia jurídica do Baixo Império, como mostrou

1 Já, de resto, em período anterior áquele que consideramos no texto a venda romana era uma ou outra vez concebida como *alienatio*. Vide os exemplos reunidos na *Nouv. Rev. Histor. de Droit*, 1899, pág. 518.

2 Entre os que põem reservas às origens helenísticas sobreleva a autoridade de E. Levy. Vide sobretudo o seu estudo *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes* in «Atti del Congresso Intern. di Diritto Romano. Roma», vol. II, 1935, página 44.

Ernesto Levy com grande número de exemplos³. Assim, enquanto Gaio (II, 87) falava nas coisas que os nossos filhos ou os nossos servos adquirem por mancipação, tradição ou qualquer outra causa, o lugar correspondente do Epítome (II, 1, 7) diz: «*quidquid his... donatum vel venditum fuerit*».

Mais do que isto. Parece que a tendência é tóda no sentido de figurar a compra e venda (à semelhança do que acontece nos direitos primitivos) como um acto «instantâneo» ou «sintético» (*Bargeschäft*), como uma permuta imediata do objecto pelo preço, por forma que no proprio momento em que o acto se realiza, os seus efeitos—ou pelo menos os seus efeitos primários e essenciais—ficam esgotados⁴.

Para êstes resultados deve ter concorrido a generalização do acto escrito, visto que a escritura de venda dava o negócio como exausto, com pagamento do preço e transferência da propriedade da coisa vendida. Ora a importância atribuída ao instrumento em matéria de venda, não menos que em matéria de doações, está sobejamente atestada por um conjunto de fontes, se bem que não seja assás clara a relação entre a escritura e a entrega do preço⁵.

Êste último ponto exige particular atenção.

Ensina-se geralmente que pelo direito romano a propriedade não se transferia para o comprador, mesmo que tivesse havido *mancipatio* ou *traditio*, enquanto o vendedor não recebesse o preço, a menos que se satisfizesse com uma garantia equivalente, ou mostrasse que fiava do com-

3 Cit. art. dos «Atti del Congr. Intern. di Dir. Rom.», pág. 39 e segs.

4 Vide sobretudo as observações e exemplos de Levy.

5 Vide *Interpr. Paul.* I, 7, 7; II, 18, 10; V, 2, 4; *Interpr. Cod. Theod.* III, 4, 1; *Cod. Eur.* 286. Cf. *Form. Visig.* 12 e 13 (esta última reproduz a *Int. Paul.* II, 18, 10).

prador. Mas esta regra, que, a julgar por vários textos justinianeus, devia ser muito antiga, tem sido modernamente objecto de dúvidas por parte de algumas autoridades, havendo quem chegue a negar em absoluto que ela fôsse uma realidade antes de Justiniano.

Trata-se duma questão extremamente complexa e difícil, a respeito da qual ainda não foi proferida a última palavra. Mas, quer se admita quer não que o direito clássico exigia o pagamento do preço para a transferência da propriedade, o que me parece inegavel é que essa exigência era um facto na época seguinte⁶.

Cumprê acentuar que se não trata duma nova dogmática da compra e venda, de linhas definidas e rigorosas, mas tão sómente de novas tendências, que não conseguem desterrar por completo as concepções tradicionais, como se vê pelo Breviário de Alarico, onde ainda encontra acolhimento, através da *Epitome Gai*, a doutrina clássica dos contratos consensuais⁷.

E dentro dêste quadro que tem de ser encarado e apreciado o Código Euriciano, cuja índole romana, dum modo geral, não pode pôr-se em dúvida⁸, e cujos preceitos respectivos à compra e venda passaram quasi sem alteração para a *Antiqua* do Código Visigótico. Êstes preceitos

6 E. Levy, art. cit., pág. 42. Os textos em que assenta esta opinião são: *Paul.* II, 17, 1 e 7 (glossemas); *Interpr. Paul.* I, 13, 4; II, 18, 10; *Cod. Eur.* 286, 292 e 296.— Alguns autores, como Pringsheim, explicam a exigência do pagamento do preço como uma transposição para os efeitos *obrigacionais* da compra e venda, daquilo que os direitos orientais prescreviam quanto à transferência da propriedade. Ernesto Levy, que a principio apelara para influencias germânicas, prefere agora referir a regra post-clássica à compra e venda encarada como *Bargeschäft*, mas mostra-se pouco favoravel à idea de influencia oriental.

7 Vide II, 9, 13. 14. Cf. *Paul.* II, 17, 3; *Int. Paul.* II, 8, 11; *Cod. Theod.* III, 1, 1 e *Interpr.*; *Greg.* VI, 4; *Int. Greg.* VII, 2.

8 Isto não impede que fosse um código só para uso da população visigótica.

estão efectivamente em harmonia com os do Breviário, ou melhor, com os da camada mais recente do Breviário, visto que nêste estão estratificadas várias épocas do direito romano, ao passo que o Código de Eurico oferece, relativamente, um aspecto muito mais homogêneo e orgânico⁹.

* * *

Diz o cap. 286 do Código Euriciano (= *L. Vis. V, 4, 3*): «Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem».

Quer dizer: para que a venda se considere perfeita e irreformável, é necessário que se redija a costumada escritura, ou, se o acto não tiver sido documentado nos termos gerais da lei, que se possa provar por meio de testemunhas que o prego foi entregue ao vendedor.

É essencialmente a mesma ideia expressa na *Interpretatio* das *Senl. Paul. II, 18, 10*: «In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnoscí»¹⁰.

A referência às testemunhas, como meio de prova contraposto à escritura, é um traço habitual da legislação visigótica, podendo citar-se muitos exemplos¹¹.

No presente caso pode considerar-se esta alusão como

9 Com isto não pretendo negar que análogas concepções, em especial a da venda como «acto sintético» (*Bargeschäft*), sejam conformes à tradição germânica. Vide, por ex., *Lex Sal. XXXVI e XLVII, 1. 2*.

10 A primeira parte desta sentença é reproduzida na *Form. Vis. núm. 13*. Cp. *Form. 12*: «licet fidei vinculis adligetur».

11 Vide Steinacker, *Der Ursprung der «traditio cartae» und das westgoth. Urkundenwesen*, ap. «Festschrift des akad. Vereines deut. Historiker in Wien», 1914, página 21.

correspondendo a um requisito de publicidade, o que talvez permita entroncar estas testemunhas nas da lei de Constantino (*Fr. Vat. XXXV, 4*) através do Cód. Teod. III, 1, 2 e respectiva *Interpretatio*¹².

Tanto no cap. 286 do Código Euriciano como no citado passo da *Interpretatio* parece conceber-se a venda como um «acto instântaneo», e não como um simples acto produtor de obrigações. Isto equivale a dizer que a *plena firmitas* de que fala o legislador envolve o reconhecimento da propriedade do comprador como efeito imediato da compra.

Estamos com efeito muito longe dos tempos clássicos para poder admitir que uma venda «plenamente firme» não produza mais que obrigações, e, comquanto em uma obra daqueles tempos as palavras do cap. 286 pudessem ter êsse alcance, elas tem de ser entendidas, não dentro do espírito de então, mas sim em harmonia com a mentalidade do século v¹³.

O cap. 292 (= *L. Vis. V, 4, 16*) vem em reforço deste modo de ver. Nêle se declara que, se o servo for comprado com o seu proprio peculio, ignorando o senhor a proveniência do preço, a venda ficará sem efeito, visto que o vendedor não recebeu um verdadeiro preço, mas sim um valor que lhe pertencia¹⁴.

12 Levy, nos cits. «*Atti*», pág. 43 nota 58. Cf. sobre o assunto Salvioni ap. «*Riv. Ital. per le Scienze Giur.*» 1894, pag. 227.—Para um caso especial providenciou Egica determinando que a venda de escravos fosse feita «*coram iudice vel bonis hominibus*» (*L. Vis. IX, 1, 21*).

13 Cf. *L. Rom. Burg. XXXV, 1 e 2*: «*De vindendis et emendis contractibus hic ordo servandus est, ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem. Vindicionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta*».—A troca era equiparada á venda: *Cod. Eur. 293* (= *L. Vis. V, 4, 1*) e *L. Rom. Burg. XXXV, 5*. Cf. *Form. Vis. 27*.

14 «*Si servus de peculio suo fuerit emptus, et hoc dominus eius forte nescierit,*

E significativo o confronto com uma lei de Diocleciano (*Cod. Jusl.* IV, 49, 7), na qual se determina, figurando a mesma hipótese, que o senhor tem acção para pedir o preço. O negócio, que pelos princípios do direito romano era válido, criando para o comprador do escravo a obrigação de pagar um preço verdadeiro, é na concepção post-clássica um negócio ineficaz, por lhe faltar o elemento essencial da entrega do preço. Ora para significar que a venda não produz efeito, o legislador emprega as palavras «*servus... de domini potestate non exeat*».

Os autores que sustentam a existência de «contratos reais» na época franca, como Gierke, apresentam o cap. 286 do Código Euriciano como um dos seus melhores argumentos¹⁵. Quer dizer: interpretam-no como significando que a entrega do preço cria para o vendedor a obrigação de transferir a coisa, ou seja, que representa o mesmo que o mero consenso no direito romano. Todavia, entre os proprios germanistas a existência de «contratos reais» na alta Idade Média encontra hoje pouca aceitação¹⁶.

Mas nem por darmos êste ponto como assente o cap. 286 deixa de levantar dúvidas sérias e de difícil solução.

Assim, é lícito hesitar quanto à força da escritura na hipótese de não ter sido entregue o preço.

O sentido literal do dispositivo parece ser que a venda é firme quando se tenha redigido escritura ou quando haja sido entregue o preço e disso haja testemunhas; e de facto assim tem sido já interpretado. Levy acha mesmo que

de domini potestate non exeat; quia non praetium, sed res servi sui, dum ignorat, accepit».

15 Vide *Schuld und Haftung*, pág. 84.

16 Vide Schröder-Künssberg, *Lehrbuch*⁸, pág. 325 e as obras aí citadas. Cf. Schwerin in AHDE I pág. 49 (a tradução espanhola não é feliz, mas a idea resulta claramente dos lugares alegados em nota).

tanto o capítulo Euriciano como a *Inl. Paul.* II, 18, 10 são «ganz klar»¹⁷.

Não me parece que os referidos passos do Breviário e do Código Euriciano sejam tão categóricos em favor da *alternativa*, nem se me afigura demasiado forçado entender êsses passos como significando que, na falta de escritura comprovante do pagamento, êste pode ser provado por testemunhas.

A *Lex Baiuvariorum* XVI, 2, que sem dúvida teve como modelo o Código Euriciano, só assim pode ser interpretada: «Si quis vendiderit possessionem suam alicui... post accepto pretio aut per cartam aut per testes comprobetur firma emptio»¹⁸.

A falta de precisão das fontes visigóticas explica-se, segundo creio, pelo facto de ser coisa normal ter já sido entregue o preço quando se celebrava a escritura, ou ser entregue nêsse mesmo momento, tanto assim que as cartas de venda sempre consignam essa circunstância, de harmonia com o formulário romano tradicional. Por outras palavras, as escrituras supõem um negócio realizado, esgotado.

Sirva de exemplo a Form. Vis. n.º 11: «Definito igitur et accepto a vobis omne praetium, id est auri solidi numeri

17 E. Levy, in «Zeit. der Savigny St., Rom. Abt.» XLIX, pág. 256. Neste artigo sustentava o autor que a alternativa do C. Eur. 286 era um compromisso entre concepções ocidentais e orientais. Mudou, porém, de opinião e pretende agora explicar a mesma alternativa dum modo «racional», dizendo que no negocio oral era o pagamento o único facto que permitia distinguir suficientemente a venda da doação. Essa prova impunha-se ao comprador que quisesse demonstrar a legitimidade da sua aquisição, visto que, se o acto houvesse sido gratuito, teriam sido necessarias as complicadas formalidades da legislação constantiniana. Vide tambem sobre este ponto Schwerin in AHDE I, pág. 48.

18 Cf. XVI, 15: «Quicquid vendiderit homo aut comparaverit quaecumque re, omnia sint firmata aut per cartam aut per testes qui hoc probare possent».

tot, quos a te datos et a me acceptos per omnia manet certissimum, nihil penitus de eodem practio apud te remansisse polliceor».

Em reforço desta opinião podem ainda alegar-se os diplomas da época neogótica em que se alude a bens adquiridos *per pretium et cartas*¹⁹.

Uma outra dúvida se poderia levantar, a saber: se, no caso de venda oral, a propriedade se transmitiria só pela entrega do preço, independentemente de tradição, questão que se não põe para a venda escrita, porque é legítimo ver na escritura um sucedâneo da *traditio*²⁰.

A-pesar-de as fontes visigóticas se não referirem à entrega do objecto, parece-me que a devemos considerar pressuposta pelo legislador.

A *traditio* na compra e venda se refere expresamente a *Lex Romana Burgundionum* no passo acima transcrito (XXV, 2), dando a entender que sem ela o acto não tem suficiente firmeza²¹. Era, de resto, um principio comum aos direitos romano e germânico, que a propriedade se não transmitia sem a entrega da coisa²².

19 V. gr. *Dipl. et Chartae*, núms. 25, 115, 169, 265...

20 A entrega da carta de venda se referem especialmente as Form. Sal. Merkel., núms. 10 e 12: «Et quod pretium mihi bene complacuit vel aptificatum fuit, in praesente de manu emptoris in manu mea accepi et praedicta villa una cum carta venditionis coram testibus et publicae vendidi atque firmavi» (form. 10). Que a escritura valia como *traditio* nas doações é fora de dúvida. Vide o meu estudo *A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico*, in «Boletim da Fac. de Direito da Univ. de Coimbra», tomo XVII (pág. 11 e segs. da separata). Do facto de as fórmulas de venda empregarem o verbo *tradere* no perfeito (*tradidi*) não deve concluir-se que a escritura pressupusesse uma *traditio* efectiva: Brunner, *Röm. u. German. Urkunden*, pág. 21.

21 Cf. *Form. Marculfi* II, 19: «Liceat empti venditique contractus sola pretii adnumeratione et rei ipsius traditione consistat».

22 *Sic*, a respeito da venda no direito franco e longobardo, Schupfer, III, *Diritto delle obbligazioni*, 1909, pág. 202 segs.

Examinemos agora o que dizem os capítulos 296 e 297.

O primeiro destes capítulos (= *L. Vis. V, 4, 5*) figura a hipótese dum pagamento parcial.

Diz assim: «Si pars practii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; sed si emtor ad placitum tempus non exhibuerit praetii reliquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte con-
venerit, ut res vendita reformatur».

Dois germanistas insignes, Gierke e Schröder, estão em divergência quanto ao significado jurídico deste texto, que, todavia, para ambos se integra na evolução do direito germânico das obrigações.

Segundo Gierke, fiel à sua doutrina do «contrato real» (*Realvertrag*), é a entrega da coisa feita pelo vendedor que constitui o comprador na obrigação de pagar o resto do preço ²³.

Para Schröder o comprador só está obrigado a pagar o restante se tiver feito uma promessa formal—*wadiatio*—, aliás o vendedor pode exigir a restituição da coisa como é próprio dos *Bargeschäfte* ²⁴.

Não me parece que o legislador tenha querido visar uma promessa formal! O verbo *promittere* tem nas leis visigodas o sentido geral que já tinha em muitas fontes romanas e, se a promessa devesse ser feita de certa forma ou com especiais garantias, o legislador tê-lo-ia dito.

Mas também não vejo necessidade de recorrer à ideia de «contrato real», nem me parece natural que, a ser êsse o pensamento do legislador, só tivesse figurado o caso de pagamento parcial.

As categorias do direito germânico—*Formalvertrag*,

²³ *Schuld und Haftung*, pág. 88.

²⁴ *Lehrbuch*^o, p. 325.

Realvertrag—não tem aqui aplicação. A meu ver, estamos em face duma hipótese que apenas difere da do cap. 286 em que o preço não foi pago integralmente, e a solução dada pelo legislador está na lógica do direito romano post-clássico.

A venda, ainda nesta hipótese, só produz efeitos desde que haja desembolso—nêste caso: parcial—do preço, e o efeito principal e directo é a transferencia da propriedade dum modo definitivo. Simplesmente, como o vendedor não teve satisfação completa, cabe-lhe un direito de crédito relativamente ao resto do preço.

Apenas mediante expressa convenção pode o vendedor ficar com a faculdade de reclamar a coisa vendida se o comprador não pagar o resto dentro do prazo marcado.

E a esta cláusula—a bem conhecida *lex commissoria*—que se refere a parte final da lei, na qual as palavras «ut res vendita reformetur» devem traduzir-se assim: «que a coisa vendida seja restituída».

Quer dizer: em relação à parte do preço que ficou por pagar, tudo se passa segundo as regras tradicionais do direito romano ²⁵.

Poderia, é certo, conceber-se uma outra solução: fazer depender a transferência da propriedade do pagamento integral do preço, o que equivaleria a reconhecer ao vendedor a faculdade de reclamar em qualquer altura a coisa do poder do comprador. Mas esta solução devia ser contrária à jurisprudência da época post-clássica, pois há pelo menos um glossema das *Sententiae* que mostra ser o pagamento parcial equiparado ao integral ²⁶. O legislador

25 Cf. Wieacker, *Lex Commissoria*, pág. 109 nota.

26 *Paul. Sent.* II, 17, 7: «Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent»

visigodo, dentro desta orientação, pôs termo a todas as dúvidas.

Além do restante do preço, tem o vendedor direito aos juros respectivos (*usurae*), mas, ao contrário do que determinava o direito romano, parece que o texto visigótico só se refere aos juros da mora ²⁷.

Resta o debatidíssimo cap. 297 (correspondente á *antiqua emendata* V, 4, 4), que é do seguinte teor: «Qui arras pro quacumque acceperit re, praetium (?) cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat» ²⁸.

Não repetirei aqui tudo quanto deixei escrito sôbre êste assunto em um anterior estudo ²⁹.

Em discordância da opinião corrente, que vê no cap. 297

Huschke, na sua edição, suprimiu as palavras em itálico, deslocando-as para o § 8, mas a emenda não tem encontrado aceitação).

27 Um passo das Sentenças de Paulo em que se ensina a lição tradicional foi inserto no Breviario (II, 18, 6). No entanto, a regra do Cod. Eur. é seguramente de origem romana, porque no direito germanico só aparece muito mais tarde, conforme já observou von Schwerin, AHDE I pág. 44. Cf. Wieacker, *ob. cit.*, pág. 109 nota.

28 *L. Vis. V, 4, 4*: «Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si per egritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurrerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si constituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat».

C *L. Baiuw, XVI, 10*: «Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non occurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit placitum amplioem, si hoc neglexerit facere, tunc perdat arras, et pretium, quod debuit, impleat».

29 *Novos Estudos de Historia do Direito*, pág. 169 (excurso sobre a arra no direito visigótico). Wieacker, *loc. cit.*, aceita provisoriamente bastante das doutrinas tradicionais, mas observa que a questão da arra no direito visigótico necessita de ser revista: oxalá a minha tentativa tenha sido uma contribuição não de todo desvaliosa para essa revisão.

a expressão da primitiva função da arra germânica—isto é, duma arra cuja entrega só vinculava o vendedor (*Arrhal-vertrag*)—penso que o preceito nada mais é do que uma manifestação de direito romano degenerado.

O facto de o legislador não ter feito alusão às obrigações do comprador não significa que elas não existissem, mas sim que apenas se teve em mira fixar o ponto fundamental das obrigações do vendedor. Pela entrega da arra o contrato tornou-se perfeito e obrigatório para ambas as partes; portanto, se o comprador se apresentar a pagar o preço, o vendedor é obrigado a cumprir pelo seu lado.

E, no fundo, a doutrina do direito romano, com a diferença apenas de que a arra parece ter deixado de ser uma mera prova ou sinal confirmatório do mutuo consenso (*argumentum emptionis et venditionis*), para se elevar á categoria de elemento formal do contrato. Esta diferença explica-se tendo em vista que no direito vulgar a questão da prova, de importância prática capital, ia naturalmente absorvendo em si a questão da existência jurídica do contrato³⁰.

Vê-se, pois, que ao lado da venda concebida como «acto sintético», o direito visigótico admitia uma venda de efeitos puramente obrigacionais. Essa venda, derivada do contrato consensual romano, adquiria existência jurídica desde o momento em que o acordo das partes se concretizasse na entrega duma arra ou (sem dúvida também) na redacção duma escritura.

30 Cf. *L. Rom. Burg.* XXXV, 6: «Arra pro quibuscumque rebus a uinditore accepta ab eo qui emit, uinditionem perfectam esse; precium tamen postmodum emptor uinditori impleturus, si aut inter ipsos conuenerit aut uirorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem Pauli».

— Todavia, nas forms. 12 e 13 afirma-se o character consensual da compra e venda, o que mostra que a doutrina a este respeito não devia ser firme.

Quanto à segunda parte do cap. 297, a minha opinião é que ela visa o caso de o comprador se não oferecer a pagar no dia aprazado. Em face dos puros principios romanos o vendedor nem por isso deixaria de estar obrigado, visto não se admitir a chamada condição resolutive tácita, mas o legislador visigodo, talvez sob a influência da prática da *lex commissoria*, optou pela soluço contrária, que   de facto mais razoavel.

Desde que o comprador não cumpriu quando devia, não   justo que o vendedor fique indefinidamente vinculado, e deve antes reconhecer-se-lhe a faculdade de se considerar liberto, restando apenas ao comprador o direito a retomar a arra. As palavras «et res definita non valeat» não significam que o comprador não esteja vinculado, mas sim que pela mora do comprador cessa o compromisso do vendedor³¹.

São estes os preceitos fundamentais da compila o euriciana, preceitos que não sofreram altera o sensivel na revisão de Leovigildo nem no *Liber Iudiciorum*³².

Recapitulando, verifica-se que se não trata duma regulamenta o completa³³, mas há que reconhecer que o todo não deixa de ser coerente.

O legislador encarou sobretudo o negócio pelo lado

31 Sobre o alcance efectivo deste preceito (que não interessa ao presente estudo) vide os meus *Novos Estudos*, pág. 163 e segs.

32 *L. Vis.*, cits. leis 3-5 do título V, 4.

33 Ficam de fora hipóteses teóricamente importantes, e até frequentes na prática, tais como a entrega da coisa sem recep o imediata do preço (venda a crédito) e a do preço sem entrega da coisa. E discutivel se, no primeiro caso, o vendedor tem direito a reclamar o preço: a soluço terá de ir buscarse a dados estranhos   legisla o visigótica, e por isso nos não ocupamos da questão neste momento. Quanto ao caso da entrega previa do preço, parece deduzir-se *a fortiori* do cap. 297 que o comprador tem ac o pessoal contra o vendedor e que já lhe não   lícito exigir a restitu o do que pagou.

dos direitos do comprador. No caso de o negócio se ter esgotado, isto é, se se operou a tradição (para o que é suficiente celebrar-se a escritura) e houve entrega do preço, o comprador ficou sendo imediatamente proprietário (cap. 286), e o mesmo se dará ainda que o pagamento tenha sido sómente parcial, pois neste caso o vendedor apenas fica com um direito de crédito (cap. 296).

Se houve sómente um acordo sôbre o objecto e o preço, mas sem entrega nem dum nem doutro—acôrdo que o legislador figurou como firmado por meio de arra—o vendedor fica obrigado a transferir a coisa mediante a recepção do preço dentro do prazo estabelecido (cap. 297), o que não quer dizer que o comprador não fique também vinculado.

Uma tal construção pode dizer-se que estava como que em estado virtual no direito romano post-clássico, do qual o Código Euriciano não é senão uma expressão mais acabada e orgânica. A influência germânica pode, quando muito, ter secundado a evolução nêste ou naquêle aspecto secundário, por exemplo, na decadência do principio consensual, mas não alterou essencialmente o direito da compra e venda, nem substituiu por novas categorias as categorias romanas tradicionais.

II

Sôbre o testamento hispânico no século VI

Em regra a matéria do testamento visigótico é versada com referência ao *Liber Iudiciorum*, no qual as leis de Chindasvindo e Recesvindo ocupam o principal lugar. A verdade, porém, é que estas leis não nos elucidam suficientemente sôbre o direito e a prática testamentários do século VII, e muito menos sôbre a época anterior.

Vismara, em um estudo recente sôbre a sucessão voluntária nas leis bárbaras¹, propôs-se examinar as fontes visigóticas por ordem cronológica, abrangendo na sua exposição o testamento e a *donatio mortis causa*, que êle considera mais importante. Mas o distinto historiador-jurista não utilizou todo o material disponível e chegou a conclusões que não posso aceitar sem restrições. Por isso me pareceu oportuno voltar ao assunto, contribuindo com novas observações para o conhecimento do direito romano vulgar ocidental.

Antes de mais, recordemos sumariamente que o testamento sofrera no Baixo Império grandes transformações, quer no conteúdo quer na forma, e até mesmo no tocante á sua função social². Essas transformações não foram

¹ *La successione volontaria nelle leggi barbariche*, in «Studi in onore di Arrigo Solmi» II, Milano, 1941.

² Sobre o testamento no Baixo Imperio vide: Auffroy, *Evolution du testament en France*, 1899; Palumbo, *Testamento romano e testamento longobardo*, 1892; Roberti, *Le origini dell' esecutore testamentario*, Módena, 1913; Bruck, *Die Testamentsvollstreckung im röm. Recht*, 1914; G. Ferrari, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente*, Padova, 1914; Roberti, *L'influenza crist. nello svolgimento stor. dei patti nudi*, in «Cristianesimo e Diritto Romano», Milano, 1935; G. Vismara, *Appunti intorno alla «heredis institutio»*, in «Studi Besta», 1938; G. Vismara, *Storia dei patti successori*, 1941.

apenas, nem sequer principalmente, obra legislativa, mas sim também resultado da acção combinada da doutrina e da prática sob a pressão das novas condições sociais e culturais, particularmente das ideias cristãs.

A instituição de herdeiro—*caput et fundamentum totius testamenti* (Gai. II, 229)—perdeu grande parte da sua importância devido ao desenvolvimento dos codicilos³ e ao caracter agora exclusivamente patrimonial do testamento⁴. Foram-se esbatendo as diferenças entre os diversos tipos clássicos de legados e aproximando progressivamente legados e fideicomissos, ao mesmo tempo que uma corrente doutrinária divulgada começava a atribuir à *donatio mortis causa* traços próprios dos actos de última vontade⁵.

Na interpretação do testamento fez-se prevalecer cada vez mais a vontade do testador^{5a}.

Por outro lado, tomam grande incremento as disposições pias e liberalidades *pro anima*⁶, o que obriga a adoptar para elas normas especiais e a dar maior elasticidade à técnica do direito testamentário.

3 Vide sobre uma Const. do ano 389 (*Cod. Theod.* IV, 4, 2) e respectiva interpretação: Ferrari, *ob. cit.*, pág. 24. Sobre *epistolae*: Auffroy, *ob. cit.*, pág. 80 e 278.

4 Sobre a decadência da instituição de herdeiro vide o cit. estudo *Appunti intorno alla «heredis institutio»*. Na *interpr.* do Cod. Teodosiano IV, 4, 1, aceita-se a ideia dum codicilo com «instituição de herdeiro»!

5 Vide sobre este ponto Levy, *Westen und Osten*, in «Zeit. der Savigny Stiftung», Rom. Abt. XLIX, 1929, nota 5 de pág. 256 e as obras aí citadas.—Em sentido inverso é digna de nota a frequência na prática helenística, da cláusula pela qual o testador se compromete a não revogar o testamento (Bortolucci, *Studi romanistici*, pág. 66).

5a Suman, «*Favor testamenti*» e «*voluntas testantium*». Roma, 1916.

6 Remontam ao séc. v os exemplos conhecidos de disposições por alma. Marini, *Papiri diplomatici*, Roma, 1805, pág. 264, apoia-se, para fazer esta afirmação, em um passo de S. Gelasio e cita o testamento de Peristeria (*ante 451*) que deixou muitos bens a mosteiros, hospitais e pobres ὑπὲρ τῆς ἑαυτῆς ψυχῆς. Também em uma inscrição do séc. v ou principios do vi se fala em uma manumissão «pro redemptione animae».

Finalmente, sofre alterações a forma do testamento: atenua-se a diferença entre testamento civil e pretório, facilita-se o mais possível aos militares o uso da faculdade de testar ⁷ e difunde-se a prática extra-legal do testamento oral sem formalidades, prática esta que parece ter sido favorecida pela Igreja em nome do princípio *in ore duorum vel trium testium stet omne verbum* ⁸.

E este ambiente jurídico que cumpre ter presente ao procurar reconstituir o testamento hispânico no século VI.

O Código Euriciano mostra claramente que os Visigodos já no século V conheciam e praticavam o testamento, instituição à qual se haviam habituado no seu convívio com a população romana. O cap. 308 revela-nos mesmo que a doutrina—talvez, neste ponto, em contraste com a prática, ou buscando reagir contra ela ⁹—insistia na indole ambulatória das *donationes mortis causa*, equiparando-as aos testamentos.

Além da compilação euriciano e do Breviário, também a *antiqua* do Código Visigótico e a obra de Santo Isidoro ¹⁰

7 Sobre o *testamentum militis* e sua importância como factor de evolução do testamento no Ocidente vide Tamassia, *Testamentum militis e diritto germanico*, in «Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, lettere ed arti» LXXXVI, parte II (obra que não pude consultar).

8 Vide *Cod. Theod.* IV, 4, 5 (= *Cod. Iust.* VI, 23, 20) e respectiva *interpretatio*. Cf. *Cod. Theod.* IV, 4, 7 e a epistola do papa S. Gregorio ap. Migne, P. L. LXXVII, col. 569. Sobre este ponto vide Roberti in «Cristianesimo e Diritto Romano», pág. 147.

9 Vide os meus *Temas histórico-jurídicos* II (no «Bol. da Fac. de Dir. de Coimbra», t. XIX), pág. 10 da separata.

10 S. Isidoro refere-se muitas vezes, como é sabido, a instituições desaparecidas há muito da cena jurídica, e além disso mostra em alguns pontos incompreensão das noções romanas, por exemplo, quando alude ao testamento pretorio. Mas noutros pontos toma em consideração instituições ainda em vigor no seu tempo, e até formações novas do direito romano vulgar. Cf. Zeumer, *Neues Archiv.*, XXIII, página 181.—Vide o que S. Isidoro escreveu sobre o *jus liberorum* e sobre codicilos e *epistolae* ap. *Etymol.* V, 4, 13. 14.

nos fornecem alguns dados sobre as *voluntales*¹¹ na época anterior às reformas de Chindasvindo e Recesvindo¹².

Mas as principais fontes que nos permitem fazer ideia do que eram na realidade as disposições por morte na Espanha do século VI são as Fórmulas Visigóticas e um documento do ano 576 (data fixada por Fidel Fita), que excepcionalmente chegou até nós¹³.

Este último documento é um testamento característico segundo o modelo romano em uso no Baixo Império.

O testador, o bispo de Huesca Vicente, dita, no leito de morte, a sua última vontade ao diácono Estevão, dispondo que, se ela não valer como testamento por direito civil ou pretório, tenha a força de codicilo *ab intestato* (cláusula codicilar)¹⁴.

O testamento é encabeçado pela instituição de herdeiro—é instituída herdeira universal a igreja oscense—seguindo-se a fórmula de deserdação: *celeri celerave personae exheredes mihi sint totae*.

Posto isto, o prelado confirma, na parte que subsiste inalterada, a ampla doação que, antes de ser elevado ao episcopado, fizera em favor do mosteiro de Asán¹⁵, acres-

11 As expressões mais usadas nas fontes dos secs. V e VI para designar as disposições por morte duma maneira geral são: *voluntatem ordinare* (*antiqua* IV, 2, 4), ou simplesmente *ordinare* (C. Eur. 355=L. Vis. IV, 2, 12). Vide também as Forms. 21, 23, 24 (*epistola voluntatis, carta voluntatis*) e 25 (*voluntas, suam condidit voluntatem*). Cf. ainda C. Eur. 307 e 308 e a *antiqua* VII, 5, 5. A palavra *testamentum* era sobretudo usada para designar o acto de última vontade (unilateral) quando revestia a forma escrita.

12 Sobre os *Fragmenta Gaudenziana* vide *infra*, nota 32.

13 O testamento do ano 576 foi publicado pela primeira vez por J. Traggia (1792), e de novo por Fidel Fita no *Boletín de la Real Acad. de la Historia*, XLIX, 1906, págs. 155-157.

14 Podem verse outros exemplos de cláusula codicilar em Zeumer, *Formulae*, página 585, nota.

15 Esta doação (do ano 551) foi também publicada por Fidel Fita no *Bol. de*

centando vários legados (para os quais usa o verbo *donare*) e manumitindo alguns servos.

Da parte final resta apenas a ressalva das emendas e rasuras, que estava na tradição notarial romana¹⁶, e o principio da cláusula cominatória¹⁷. Faltam a data, a *scriptio* (ou sinal) do testador e as *subscriptiones* das testemunhas.

Entre as Fórmulas Visigóticas figuram várias com a rubrica *Testamentum*, mas nenhuma delas nos fornece um modelo tão característico de testamento como o documento a que acabo de referir-me.

A Fórmula 22 contém apenas o introito do acto, o bastante em todo o caso para se presumir que nas escrituras a que servia de modelo não figuraria a instituição de herdeiro; rigorosamente, pois, deveria valer como codicilo, o que, de resto, está acautelado pela costumada cláusula codicilar. A Fórmula 26 é ainda mais lacónica, tendo apenas como digna de nota a circunstância de o testador declarar que está fisicamente sã (*sanus*), e não apenas no uso das suas faculdades mentais.

Quanto à Form. 21, que também se inscreve *Testamentum*, mas em cujo texto esta palavra não aparece¹⁸, é uma espécie bárbara e híbrida, uma mistura mal forjada de testamento e doação.

la Real Acad. de la Historia, vol. cit., págs. 151-54. Nela se declara que os lugares não compreendidos na doação devem ser considerados *pro quarta parte hereditatis* («quarta falcidia»).

16 Vide, por exemplo, o testamento de Dasumius ap. Girard, *Textes de Droit Romain*, pág. 801 da 4.^a edição, ou em Bruns-Mommsen, *Leges et Negotia*, pág. 304 da ed. de 1909. Cf. *Form. Marculfi* II, 17; Marini, *Papiri*, núm. 77; Auffroy, *ob. cit.*, página 690 (testamento do diácono Adalgiso); etc. vide também Dig. XXVIII, 4, 1.

17 Esta cláusula também já aparece em testamentos franceses do século vi. Vide Auffroy, *ob. cit.*, pág. 300.

18 A expressão empregada no introito é *voluntatis meae epistolam*.

Abre à maneira dos testamentos, declarando o autor que está enfermo no leito, mas são de espírito (*sana mente sanoque consilio*). Não falta tão pouco a cláusula codicilar, à qual se segue a ordem dada pelo testador ao filho—a quem o testamento foi ditado—para que o faça registrar nas actas municipais (*gestis publicis*), coisa também frequente no formulário dos testamentos romanos¹⁹.

Segue-se uma deixa de bens de raiz em favor da igreja onde o testador deseja ser sepultado—a expressão empregada é: *ad ecclesiam ill... volo pertinere locum illum*—e a manumissão de vários servos, também beneficiados (*donare eis elegi et dono...*).

Até aqui, portanto, estamos em presença dum testamento da decadência, sem instituição de herdeiro, comparável a outros de que temos conhecimento através de fontes extra-peninsulares. Mas o character de acto de última vontade é gravemente comprometido pela seguinte cláusula, mais propria duma doação *mortis causa* (Zeumer) ou antes, duma doação *reservato usufructu*²⁰: «ea tamen interposita conditione, ut, quousque me Deus omnipotens vivere permiserit, hoc quod ecclesiabus vel quod unicuique concessi... a me universa possideantur, post diem vero obitus mei omnes secundum huius voluntatis meae tenorem addendi, habendi, tenendi reddidero».

Quer dizer: o disponente reservava para si expressamente a «posse» dos bens doados, ao mesmo tempo que declarava que os deixaria por sua morte às pessoas designa-

19 Encontra-se nos papiros de Ravena do fin do séc. v e mantem-se nos testamentos da época bárbara feitos segundo os modelos romanos enquanto durou o registo nos arquivos municipais. Vide, por exemplo, o *Testamentum Bertrani* (a. 615) ap. Pardessus I, pág. 197.

20 As cláusulas das *donationes m. causa* e das doações com reserva de usufruto deviam confundir-se amiúde no direito romano vulgar. Cf. Cod. Eur. 308.

das, modo de dizer que parece denunciar certa confusão dos conceitos de propriedade e usufruto, mas que basta para excluir a ideia dum acto de última vontade (testamento propriamente dito ou codicilo).

A fórmula termina com uma liberalidade em favor dos filhos, a qual todavia não é uma instituição de herdeiro, mas sim, igualmente, uma espécie de fideicomisso: *hunc dulcissimis filiis meis ill. et ill. volo esse concessum hoc et illud.*

Em face do exposto, não só é manifesto que houve contaminação do instituto das doações por morte, mas pode mesmo perguntar-se se não estaremos perante um acto irrevogavel. Assim pensa Vismara²¹, mas com razões pouco convincentes, sendo legitimo duvidar de que a intenção do disponente fosse excluir a revogabilidade própria das doações *causa mortis*, que a lei explicitamente estendia ás doações com reserva de usufruto²².

Além destas, figuram entre as Fórmulas Visigóticas duas fórmulas de *ius liberorum* (núms. 23 e 24) e o modelo duma acta municipal da *apertura* de um testamento (número 25).

O chamado *ius liberorum*—que provavelmente radica em antigas práticas provinciais²³—deveu a sua difusão sobretudo á *interpretatio* da Nov. IV, 1 de Valentiniano; que declarava válidos os testamentos conjuntivos recíprocos entre cônjuges sem filhos. O seu uso na Espanha é atestado pela definição de S. Isidoro: «*Ius liberorum est*

21 *Patti successori*, tomo 1, pág. 174.

22 *Brev. Paul. Sent.* III, 7, 2; C. Eur. 308.

23 Pelo que toca ao Oriente, é esse um ponto averiguado, mas tudo leva a crer que o facto fosse extensivo ás provincias occidentais; aliás a *interpretatio* não teria acolhido e alargado com tamanha generosidade a doutrina da Novela de Valentiniano.

coniugium sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio»²⁴.

Os termos em que estão redigidas as duas fórmulas 23 e 24²⁵ revelam uma degeneração do testamento conjuntivo no sentido da doação recíproca irrevogável: a *carta* ou *epistola voluntalis* cujo modelo fornecem é um acto que, pelos seus efeitos, muito se aproxima dum pacto sucessório²⁶.

Quanto à Form. 25, é, como já disse, o modelo do registo dum testamento *apud curiae ordinem*. Sánchez Albornoz, referindo-se a esta fórmula e à 21, é de opinião que na altura em que elas foram redigidas já a *curia* estava reduzida a uma simples reminiscencia verbal²⁷, mas dificilmente se compreende que fôsse incluída na colecção a Form. 25 se a formalidade do registo tivesse caído completamente em desuso.

No entanto, tudo leva a crer que a crise das instituições municipais fôsse um facto no século VI, donde se deve concluir que aquela fórmula nem sempre poderia ser aplicada²⁸.

Da exposição que fica feita resulta ser bastante imperfeito o conhecimento que temos acerca da prática do

24 *Etymol.* V, 4, 13. Cf. *supra*, nota 10. Vide também *L. Visig.* IV, 2, 19 na «forma ervigiana».

25 Sobre as diferenças, a meu ver secundarias, entre as Forms. 23 e 24, vide Schwerin in *AHDE* IX, pág. 185-186. Vismara, *Patti* cit., págs. 175-78, estabelece entre as duas fórmulas uma maior separação.

26 Sobre os pactos sucessorios entre cônjuges, vide, em diversos sentidos, Schröder, *Ehel. Güterrecht*, I, pág. 159; Auffroy, *ob. cit.*, pág. 257; Roberti, *Le origini romano-cristiane della comunione dei beni fra coniugi*, 1919, pág. 242 e segs.; Lefebvre, *Introduction générale*, págs. 196 e 222; De Francisci, in *Rev. Histor. de Droit*, 1924, pág. 78; Gama Barros, *Hist. da Adm. Publ.* III, pág. 273.

27 *Ruina y extinción del municipio en España*. Buenos Aires, 1943, pág. 101.

28 A *Lex Visigothorum* refere-se à publicação dos testamentos, mas já não faz a menor alusão ao registo na curia.

testamento na vigência das compilações de Eurico, Alarico e Leovigildo. Sem dúvida não havia a tal respeito uniformidade: segundo a nacionalidade do testador; segundo a classe a que pertencia, segundo o lugar onde o acto era celebrado e a ilustração de quem o redigia, conservarse-iam com maior ou menor pureza, ou seriam mais ou menos postergados os ditames do direito romano, tais como no-los revela a regulamentação do Breviário.

Das espécies que conhecemos, aquela que no oferece um conjunto mais cingido à tradição romana, e que não devia diferir muito da generalidade dos testamentos do Baixo Império, é o testamento do prelado de Huesca do ano 576, no qual, como vimos, nem sequer falta a instituição de herdeiro. Mas não é crível que êste documento represente o tipo normal dos testamentos hispânicos do século vi, e o facto de nenhuma das Fórmulas Visigóticas conter a instituição de herdeiro, conjugado com o silêncio da *Lex Visigothorum* a êste respeito, é sinal assás claro de que aquela formalidade ia caindo em desuso.

Supomos que ao lado de testamentos como o do bispo Vicente, deveriam ser vulgares, e até mais frequentes, documentos semelhantes aos codicilos romanos *ab intestato*, com maior ou menor desvio da praxe culta. Foram de certo êsses testamentos que os juriconsultos de Recesvindo tiveram presentes quando elaboraram a legislação respectiva.

Sem dúvida concorreu para o abastardamento do testamento romano a prática das doações por morte; não é, porém, facil precisar, nem a importância real destas doações na vida jurídica do século vi, nem a medida em que actuaram sôbre os testamentos.

Vismara²⁹ pretende tirar do fragmento 9 de Gaudenzi —o qual contrapõe a *donatio (mortis causa)* feita no estado de saúde ao *testamentum* feito à hora da morte³⁰—a conclusão de que o testamento era um meio «absolutamente excepcional»³¹, reservado para os casos em que o disponente não estava em condições de realizar uma doação. Parece-me, contudo, muito arriscado tirar uma inferência tão terminante duma frase incidental, para mais contida em um texto cuja procedência visigótica e cujo verdadeiro character estão longe de ser coisa líquida³².

A origem do frag. 9 parece ter sido o Cod. Teod. IV, 6, 6, mas o teor difere bastante. É bem possível que as palavras «dum sanus est» e «moriens» sejam um glossema bastante posterior, inspirado porventura na célebre lei 6 de Liutprando, do ano 713³³.

De resto, a Form. 26 está mostrando, apesar do seu laconismo, que o testamento podia ser feito em estado de saúde, uma vez que não repugnava abri-lo com a conhe-

29 Art. cit. dos «Studi Solmi» II, pág. 191.

30 Eis o passo: «Si quis non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos, et habuerit naturales, quartam partem hereditatis sue habeat licentiam relinquere naturalibus, si voluerit, dum sanus est, per donationis cartulam, aut moriens per testamentum...»

31 Vide também Caillemer, *Exécution testamentaire*, pág. 298. Cf. Gama Barros, *ob. cit.*, III, pág. 271: «A doação com reserva de usufruto... parece constituir a forma de que mais se usava em disposição testamentaria».

32 Com efeito, não pode haver a certeza de que estes fragmentos tenham sido elaborados em território visigótico, e ainda quando assim fosse, não sabemos qual o character da compilação, nem a vigencia que efectivamente teve. Pelo contrario, sabemos que ha nela regras que não estão de acordo com as fontes de segura proveniencia visigótica e que alguns dos seus preceitos não foram acolhidos na *antiqua* da *Lex Visigothorum* nem em leis posteriores.

33 Convem não esquecer que o manuscrito de Holkham é do sec. IX ou X e que é de confecção lombarda. A *L. Rom. Burg.* XXXVII, 4 contem um preceito analogo ao do cap. 9 da compilação gaudenziana, mas não figura nele a distincção entr e o estado de saúde e a iminencia da morte.

cida fórmula: «sanus sana mente integroque consilio metuens humanae fragilitatis casus, ne me mors repentina subripiat»³⁴.

Em resumo, a única conclusão que se pode tirar do citado passo dos *Fragmenta Gaudenziana* é o hábito de testar à hora da morte, hábito corroborado por outras fontes, inclusive visigóticas³⁵.

Um outro argumento de Vismara³⁶, tirado do Cód. Eur. 319, afigura-se-me de nenhum valor, visto que a frase «post obitum suum relinquendi» pode, como êle próprio reconhece, abranger o testamento.

Da Form. 21 não se pode tão pouco concluir, como pretende Vismara, que testamento e doação se houvessem fundido em um tipo único, de character intermédio³⁷. Pelo contrário, o conjunto da regulamentação do testamento no Código Visigótico, combinado com o que se sabe acerca da persistência desta instituição na Catalunha e na Septimania ainda depois de destruído o Estado visigodo³⁸, atestam que o testamento manteve a sua autonomia.

Mas o uso da *donatio mortis causa* e da doação com reserva de usufruto há-de ter concorrido para adulterar

34 Fórmulas semelhantes (com expressa alusão à saúde corporal) nos oferecem alguns testamentos da colecção de Ravena, v. g. o de Flavio Constancio do a. 474, *Papiri*, pág. 110, que pode ler-se em Bruns-Mommsen, *Leges et Negotia*, ed. de 1909, pág. 319. Vide também Pardessus, I, pág. 197 (*Testamentum Bertrani*).

35 Só para certas regiões e a respeito duma época posterior se pode dizer que o testamento, acto unilateral, era exclusivamente permitido aos moribundos.

36 Art. cit. dos «Studi Solmi», vol. II, pág. 191-92.

37 *Patti successori*, I, pág. 174. Quanto à Form. 23, longe de ser, como quer Vismara, «um elemento seguro para fixar a natureza jurídica da *voluntas visigótica*», refere-se antes a uma modalidade muito especial de doação por morte, manifestamente derivada do testamento conjuntivo do Baixo Imperio.

38 Vide Caillemet, *ob. cit.*, pág. 293 ss., e Brocá, *Hist. del derecho de Cataluña*, página 97.

a estrutura genuína do testamento, originando formas híbridas e mal definidas.

Se não é possível avançar mais neste aspecto da questão, é lícito, em compensação, afirmar a importância dos objectivos piedosos nos testamentos do século VI. Atesta-o de modo bem claro o testamento do prelado oscense, feito *pro animae meae remedio*. Com êste caracter pio da *voluntas*—que aliás não exclui disposições profanas—estão ligadas as manumissões de servos e a eleição de sepultura, de que nos fornecem exemplos algumas das fontes já referidas.

A distribuição do património devia reclamar em muitos casos, nomeadamente quando se tratasse de pobres ou outras pessoas indeterminadas, a existência dum intermediário, a cujo cargo estivesse a execução da vontade do defunto. As fontes que nos restam não nos dão ainda a conhecer a figura do executor testamentário, e é mesmo de supor que ela não estivesse definida³⁹, mas—sem já falar nos casos em que a distribuição das deixas estaria a cargo da igreja contemplada em primeiro lugar⁴⁰—é muito natural que se recorresse ao mandato póstumo⁴¹. Poderia também ver-se um antecedente do executor na pessoa (v. g. o filho do testador nas citadas fórmulas 21 e 25) encarregada da «abertura» do testamento *apud curiam*. Mas nada permite concluir que, sem incumbência especial, essa pessoa desempenhasse funções de executor⁴². E só

39 Os primeiros exemplos bem nítidos de executor são do século VIII e respeitam a doações. Mesmo na Italia, embora possuamos bastantes documentos anteriores a essa data, as mais antigas referencias ao executor são de meados daquele século.

40 Suponho ser o caso da Form. 21.

41 Sobre estes pontos vide o meu estudo *Sobre as origens do executor testamentario*, Lisboa, 1940, págs. 22-24.

42 Cf. Caillemer, *ob. cit.*, pág. 18 segs.

mais tarde que à função de testemunhas vemos associadas verdadeiras funções de execução testamentária⁴³.

No ponto de vista da forma, não é possível dizer ao certo se se mantinha a exigência de certo número de testemunhas (sete ou cinco), conforme ainda determina o Breviário^{43a}; mas é de crer que êsse rigor se atenuasse, ao mesmo tempo que desaparecia a distinção entre testamento civil e pretório. A *interpretatio* do Código alariciano mostra já claramente como eram mal compreendidas no Ocidente as novelas do Baixo Império sôbre a forma dos testamentos. Confirma esta conclusão o facto de a *Lex Visigothorum* não fazer referência ao número das testemunhas⁴⁴.

A prática do testamento cerrado e selado também deve ter desaparecido por esta altura, e a *subscriptio* passou decerto muitas vezes a ser substituída por um simples sinal⁴⁵. O testamento hológrafo devia ser pouco usado⁴⁶.

43 O facto, talvez já com precedentes na época visigótica, é atestado por documentos catalães do sec. XI. Vide, por ex., *Marca Hispanica*, apend. núm. 184.

43a Para o testamento *inter liberos* havia normas especiais. Uma lei de Constantino, reproduzida no Breviário (*Cod. Theod.* II, 24, 1), atribuía neste caso validade ao escrito de última vontade, ainda que faltasse o número legal de testemunhas e não se fizesse o registo *apud curiam*. A respeito da mãe, determinava-se que a divisão por ela feita em vida, e mantida até à morte, seria inatacavel (*Cod. Theod.* II, 24, 2 e *interpretatio*).

44 Justiniano, numa Constituição do a. 534 (*Cod. Just.* VI, 23, 31) refere-se à *antiqua consuetudo rusticianorum*, segundo a qual, não sendo possível reunir sete testemunhas *litteratae*, o testamento era considerado válido com menor número de testemunhas, mesmo analfabetas. Embora a lei se refira ao Oriente, tudo leva a crer que outro tanto se passasse, pela força das circunstancias, nas provincias occidentais, tanto mais que a atitude da Igreja era favoravel a estas simplificações.

45 Vide Zeumer, *Subscriptio und signum*, «*Neu. Arch.*» XXIV, pág. 13 ss. O *signum* já aparece nos *gesta de aperiundo testamento* do ano 474 ap. Bruns, *Leges et Negotia*, ed. de 1909, pág. 319. Nos papiros de Ravena dos secs. V e seguintes o uso da cruz pelos testadores é coisa corrente.

46 Cf. Auffroy, *ob. cit.*, pág. 44. No entanto, Recesvindo regulou minuciosamente as *scripturae olografæ* (*L. Vis.*, II, 5, 16. 17).

A par do testamento escrito continuaram a usar-se as disposições orais de última vontade, às quais expressamente alude a *antiqua* IV, 2, 4 (sem aliás lhe dar o nome de *testamentum*)⁴⁷, sendo contudo impossível apurar até que ponto se manteve o rigor dos princípios do Breviário.

Nada também se pode dizer de seguro acerca do *testamentum militis*, que não figura no Breviário, mas cuja tradição se manteve no Edicto de Teodorico e na *Lex Romana Burgundionum* e que talvez inspirasse em parte o testamento extraordinário da lei II, 5, 13 de Chindasvindo.

Finalmente, quanto à *publicatio* dos testamentos, apenas pode afirmar-se que ela se fez *apud curiam* enquanto vigoraram as instituições municipais e nos lugares onde era possível aplicar os preceitos legais. A medida que isso se foi tornando impossível, decerto se foi simplificando o acto, que todavia não desapareceu dos costumes, como se vê pelas fontes do século VII e seguintes⁴⁸.

Eis, em resumo, o que se pode dizer acerca do testamento hispânico anteriormente à legislação de Chindasvindo e Recesvindo. As reformas dêstes monarcas e de Ervigio são bem conhecidas e dizem respeito sobretudo à forma do testamento. Inspiram-se em modelos romanes, mas procuram adaptar o testamento romano às necessidades do seu tempo.

Resta saber se a prática não foi mais longe ainda neste desvio do direito romano puro. A falta de documentos não permite seguir passo a passo esta evolução, e apenas pelos mais antigos diplomas e formulários da Catalunha e da Gotia (Septimania) podemos fazer ideia do sentido em que ela se produziu.

47 Cf. *Cod. Eur.*, cap. 307 (texto de teor e alcance duvidosos).

48 Cf. *supra*, pág. 23.

III

Sôbre a comunhão de adquiridos do direito visigótico.

A lei recesvindiana *Dum cuiuscumque* (L. Vis. IV, 2, 16), constantemente citada pelos autores que se ocupam da história da comunhão conjugal, levanta um interessante problema de origens, para o qual tem sido apresentadas soluções muito variadas.

Desde cêdo, com effeito, as opiniões se dividiram, pois, enquanto uns, como Cárdenas, em um estudo publicado em 1850¹, consideravam a instituição como fazendo parte do património tradicional germânico², outros, como Schröder na sua obra clássica sôbre os regimes matrimoniais³, viram na comunhão de adquiridos o produto duma inovação legislativa, uma modificação ou correção do regime de «união de bens» (usufruto marital).

Ficker adoptou, como sempre, uma posição original: o sistema consagrado na lei IV, 2, 16 representaria pura e simplesmente a tradição germânica da «separação completa de bens» (*volle Güterscheidung*)⁴.

1 Servi-me da edição de 1884 (*Estudios Juridicos*, tomo II).

2 A opinião de Cárdenas encontrou eco em varios escritores espanhois, e foi também ela que principalmente me norteou nas páginas que ao assunto dediquei no meu trabalho *Evolução dos regimes matrimoniais*, obra cheia de imperfeições, em parte devidas às péssimas condições em que teve de ser elaborada.

3 *Geschichte des ehel. Güterrechts in Deutschland, I Theil, Die Zeit der Volksrechte*, pág. 135.

4 *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, IV (1899), página 313. Segundo J. Ficker, é este, e não o usufruto marital, o regime característico do primitivo direito germânico. A expressão «separação completa», usada por este autor, visa precisamente a distinguir este sistema do sistema da «união de bens», no qual os rendimentos dos bens da mulher pertencem ao marido.

Zeumer⁵, trazendo á colação o cap. 325 do Código Euriciano—do qual poucas palavras restam—e apresentando-o como provavel antecedente da lei de Recesvindo, veio tornar o problema mais complexo. Não se pronunciou todavia claramente sôbre a questão de saber se Eurico sancionou um costume anterior, e vários autores depois dêle mantiveram esta atitude prudente⁶.

Hinojosa, num trabalho que, sem deixar de ter a marca do mestre, é em todo o caso uma das suas produções menos perfeitas⁷, sustenta, com Cárdenas, que a comunhão já devia existir antes de Recesvindo, sob a forma de participação em partes iguais nos bens adquiridos, mas além disso sugere que o regime tenha tido a sua origem nas convenções antenupciais que fixavam o dote da mulher em metade dos bens do marido.

Finalmente, Lefebvre afastou-se de todos os escritores anteriores. Segundo êle, o preccito recesvindiano constitui uma inovação, mas não contém uma verdadeira comunhão de adquiridos. A lei *Dum cuiuscumque* é «uma extensão dos dados romanos da *societas* bem mais do que um preludio da moderna comunhão de adquiridos, produto da colaboração dos cônjuges»⁸.

5 *Neues Archiv.*, XXVI (1900), pág. 122.

6 Parece ser o caso de Brissaud, cujo artigo dos «*Mélanges Couture*» (1901) não pude consultar (cf. o resumo que desse trabalho fornece o proprio autor no seu *Manual de Historia do Direito*). Quanto a R. Schröder, aceitando a interpretação dada por Zeumer ao cap. 325 do Cod. Eur., recuou para Eurico aquilo que primeiro afirmara de Recesvindo: vide o seu *Lehrbuch*.

7 Discurso de recepção lido perante a *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid, 1907).

8 *Cours de Doctorat: Droit des gens mariés* (1908), pág. 122 segs. Para bem compreender o alcance do pensamento de Lefebvre, é preciso ter presente que a *Communauté* francesa abrangeu até tarde os bens doados a qualquer dos cônjuges. Pelo contrario, os *augmenta* da lei recesvindiana referem-se apenas a aquisições feitas com os rendimentos e economias que os cônjuges disfrutavam em comum.

Dos escritores contemporâneos, a maioria propende para os pontos de vista de Schröder e de Lefebvre; no entanto, os autores espanhóis seguem de preferencia na pegada de Cárdenas e Hinojosa.

Para tomar posição no debate, torna-se necessário, por um lado, examinar os lugares da legislação visigoda capazes de esclarecer o assunto, em segundo lugar, integrar o problema no quadro mais geral da evolução jurídica romana e germânica.

As leis visigóticas foram sobretudo analisadas por Zeumer. Nos restos do cap. 325 do Código Euriciano há, segundo êle, um passo, «simul la...», que só poderá ser satisfatoriamente completado com uma flexão do verbo «laborare». Além disso, encontramos aí palavras como (*man*)*ci-piis, post mor(tem), marito, relin(qu)...*, que, a par de «simul laborare», convcem perfeitamente a uma lei sôbre o assunto.

«Não é possível, escreve Zeumer, reconstituir o conteúdo do preceito, mas é lícito presumir que as palavras que nos restam sejam peças soltas da mais antiga fonte sôbre a comunhão de adquiridos germânica. Certamente algumas partes do cap. 325 foram aproveitadas na lei IV, 2, 16; pelo menos, há principios da lei nova que se pode provar terem pertencido ao direito anterior».

Zeumer argumenta com o cap. 323 (= *antiqua* IV, 2, 15), considerando-o como un preceito excepcional relativo ás aquisições *in expeditione publica*⁹, o que equivale

⁹ Zeumer considera as palavras «aliquid adquisierit vel», do principio da *antiqua* IV, 2, 15, como uma interpolação de Leovigildo ou de Recesvindo, um «ornamento estilístico irrefletido» cujo sentido literal seria incompatível, quer com os motivos da lei, indicados no seu proprio final, quer com a lei IV, 2, 16. Cf. a sua reconstituição do cap. 323 de Eurico.

a dizer que a regra em matéria de aquisições não era a união de bens. Igualmente a *antiqua* V, 2, 3, ao declarar propriedade exclusiva de cada um dos cônjuges os bens doados pelo rei (bens aos quais também expressamente se refere a lei de Recesvindo), pressupõe a vigência da comunhão de adquiridos.

Tal é o raciocínio do ilustre sábio. Mas este raciocínio, que aliás convenceu mestres da categoria de Schröder e Brissaud, e cuja força não é lícito negar, não me parece, em todo o caso, decisivo.

Pelo que toca á lei IV, 2, 15 (= Eur. 323), ela não pressupõe necessariamente que o regime-regra fôsse a comunhão de adquiridos. Ainda que tal comunhão não existisse, mesmo assim haveria tódã a vantagem em fixar a qual dos cônjuges pertenciam os bens adquiridos pelo marido com os servos da mulher: se à mulher, por serem dela os escravos, se ao marido, por ser sua a presa, se finalmente a ambos¹⁰. Dêste modo, as palavras «aliquid adquisierit vel» não seriam, como explicava Zeumer, uma flor de retórica inabilmente empregada, mas sim um acrescentamento propositado de Leovigildo, tendente a generalizar o preceito casuístico de Eurico.

A lei V, 2, 3—cuja procedência euriciana se não pode assegurar: pode bem ser uma lei de Leovigildo—também não é tão comprovante como parece à primeira vista. Se o facto de o legislador providenciar para as doações regias em benefício dum dos cônjuges pressupusesse a existência da comunhão de adquiridos como principio geral, teríamos de admitir que este principio abrangia os bens doados, coisa bastante improvavel¹¹.

10 Cf. J. Ficker, *ob. cit.*, IV, pág. 314.

11 Cf. a *antiqua* V, 2, 4, na qual se distinguem as *donationes* e as *profligationes*.

A explicação é, porventura, outra: dada a frequência das escrituras em que ambos os cônjuges figuravam como adquirentes¹², é possível que houvesse tendência para presumir comuns os bens doados pelo monarca a qualquer dos cônjuges, e de aí a conveniência de acentuar o contrário.

Nestas condições, e dado o estado lacunar do cap. 325 no palimpsesto parisiense, os argumentos invocados por Zeumer não bastam para concluirmos que a comunhão remonta a Eurico. Cumpre, pois, olhar as coisas por outra face, enquadrando o problema na evolução jurídica da Europa ocidental.

* * *

Segundo uma opinião defendida primeiro por Schröder¹³, o regime seguido a principio entre os povos germânicos era a «união de bens» ou «comunhão formal», isto é, os bens do marido e da mulher permaneciam reunidos durante a constância do casamento, pertencendo ao marido a sua administração e o seu usufruto.

A esta doutrina contrapõe-se francamente uma outra—Huber, Heusler—segundo a qual, ainda na época dos *Volksrechte*, os bens levados pela mulher, com excepção dos *vestimenta et ornamenta*, se fundiam no património do marido, sendo só posteriormente que o direito de alguns povos evoluiu no sentido da união de bens, enquanto noutros lugares se passou daquele regime para um sistema de verdadeira comunhão.

A maioria dos autores alemães prefere hoje uma dou-

12 Vide *infra*, pág. 37.

13 *Gesch. des ehel. Güterrechts*, I. Cf. *Lehrbuch*⁸, pág. 337.

trina conciliadora. Admite-se que primitivamente os bens da mulher fizessem parte do «património familiar» e fossem portanto tratados como propriedade do marido, mas entende-se que essa fase já fora ultrapassada na época dos *Volksrechte*, sendo substituída pela simples união de bens¹⁴.

Há enfim quem sustente que o marido não tinha poderes alguns sobre os bens da mulher, a qual poderia administrá-los e dispor dêles livremente, embora de facto fôsse o marido quem geria o património feminino (Lefebvre)¹⁵.

Quanto à comunhão de bens adquiridos, nenhum historiador do direito germânico a considera já hoje como uma instituição tradicional.

Em regra, ensina-se que ela data apenas da época merovingia, e não falta mesmo quem entenda que se não pode falar de comunhão propriamente dita antes do *droit coutumier* (Brissaud, Chénon).

Das leis germânicas, é a *Lex Ribuaria* (fins do século VI) aquela em que primeiro se assegura á mulher, no caso de predefunção do marido, *terciam de omne re, quod simul conlaboraverit*¹⁶.

Entendem muitos autores que é com esta lei que entra em cena a comunhão de adquiridos¹⁷, mas é possível que a *tertia* já fosse conhecida dos francos antes de a *Lex Ri-*

14 Vide, por exemplo, Hübner, *Grundzüge*⁵, pág. 661.

15 Esta opinião aproxima-se até certo ponto da de J. Ficker (*supra*, pág. 30), mas a «separação completa» deste não é incompatível com a administração marital.

16 *Lex Ribuaria*, XXXVII, 2. O preceito refere-se ao caso de não haver escritura dotal, pois havendo-a cumprir-se-á o que nela estiver estipulado (§ 1.º).

17 Alguns escritores vêem o modelo da *tertia* franca no preceito da *Lexo Burgundionum* (tit. 42) que conferia à viuva o usufruto de um terço dos bens do marido. Sem dúvida, a Lei Burgúndia revela o mesmo propósito de proteger a viuva, mas a ideia da participação nos adquiridos é-lhe completamente estranha.

buaria a atribuir à viuva no caso de falta de escritura dotal¹⁸.

Lefebvre, admitindo embora que a prática da *collaboratio* fosse anterior à *Lex Ribuaría*, procura mostrar que os francos salios não a conheciam ainda nos fins do século VI¹⁹.

Seja como for, o que pode afirmar-se afoitamente é que o costume já estava difundido no século VII, quer entre os francos ribuarios, quer entre os salios, segundo provam as Fórmulas de Marculfo e as Andecavenses, bem como a narrativa dos cronistas acerca da viuva do rei Dagoberto.

Há porém quem entenda que a *tertia* era um méro «lucro de sobrevivência», isto é, que os herdeiros da mulher nenhum direito podiam invocar no caso de ela morrer antes do marido; e de facto é como tal que ela figura na *Lex Ribuaría*²⁰.

O ponto é de difícil solução. É certo que aquele preceito legal não exclui a vigência dum costume de verdadeira comunhão, mas, por outro lado, as fórmulas que se costumam invocar no sentido desta vigência²¹ estão longe de ser concludentes.

Após a Lei Ribuaría, apenas encontramos a participação da viuva (com filhos?) em uma parte—agora metade—dos bens adquiridos, na Lei dos Saxões²², a qual de resto acentua ser êsse costume exclusivo dos Vestfalios ou Sa-

18 Schröder, *Lehrbuch*⁶, págs. 346-47; Brunner, *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, II, pág. 111.

19 *Cours de doctorat: Introduction générale*, pág. 438.

20 E também no capitular franco do a. 821.

21 Form. Marc. II, 7 e II, 17; Sen. 31; Liedenbrog, 13; Andecav. 59.

22 Tits. 47 e 48.

xões ocidentais, o que talvez se possa explicar por influência da Austrasia²³.

Estamos pois em face dum costume especificamente franco, o qual depois se alargou algum tanto, sem todavia se estender, de modo algum, a todo o mundo germânico²⁴.

* * *

Até aqui, com se vê, nada nos assegura que existisse no século v uma comunhão de adquiridos; a própria *tertia* como lucro de sobrevivência não se demonstra que remonte a uma época tão recuada.

Mas a questão tem ainda um outro aspecto, de que se não pode abstrair. Refiro-me à tendência que de há muito se vinha fazendo notar no sentido de aproximar os interesses pecuniários dos cônjuges²⁵.

Assim, não pode deixar de admitir-se como coisa vulgar os dois cônjuges alienarem e adquirirem bens conjuntamente. A essa prática se referem já alguns papiros da colecção de Ravena que remontam ao século v e, mais claramente ainda, várias fórmulas e documentos da época franca²⁶.

Sem dúvida o facto da alienação ou aquisição em nome

23 Lefebvre, *Cours de doctorat. Droit des gens mariés*, pág. 142.

24 A doutrina de Schupfer sobre a comunhão longobarda parece-me vitoriosamente rebatida por Roberti, *Le origini romano-cristiane della comunione dei beni fra coniugi*, 1919, pág. 266.

25 Muitos autores aceitam hoje que a comunhão tem o seu pródromo em práticas do Baixo Imperio, favoráveis à aproximação dos interesses conjugais, movimento esse que uns atribuem ao novo espírito cristão (Lefebvre, Roberti, Lemaire), enquanto outros acham possível que se trate dum fenómeno de evolução económica (Schupfer).

26 Vide Lefebvre, *Introd. Générale*, pág. 220, e *Droit des gens mariés*, pág. 110; Roberti, *ob. cit.*, pág. 349.

de ambos não é bastante para que se afirme a propriedade dos bens, mas é de crer que em alguns casos os bens fossem comuns, e de facto um diploma do a. 491 ^{26a} fala duma doação, feita por dois cônjuges, duma casa que era propriedade de ambos: *casam iuris nostri*.

Por outro lado, devia ser coisa frequente consagrarem-se à satisfação dos encargos do matrimónio os rendimentos de todos os bens do casal, e tanto assim que o Breviário acolheu a Nov. XIV de Teodosio II e Valentiniano III que proíbe qualquer reclamação do cônjuge sobrevivente a respeito dos frutos dos seus bens, quando êstes houvessem sido administrados conjuntamente com os do outro cônjuge e os rendimentos consumidos em comum ²⁷.

Estes factos mostram quão longe se estava do regime romano clássico e como o ambiente era propício à eclosão da comunhão de adquiridos. Todavia, não pode dizer-se que esta comunhão fôsse já um facto: podem mesmo apontar-se casos de bens adquiridos por um dos cônjuges e que ficam sendo propriedade sua ²⁸.

Pelo que toca à Península, embora seja pouco crível que as mesmas tendências se não manifestassem sob formas análogas, o certo é que nem sequer temos nas Fórmulas Visigóticas nada que corresponda aos discutidos passos dos outros formulários. Os próprios modelos de *ius liberorum* (forms. 23 e 24) não fazem referência ao produto da *collaboratio* conjugal. Esta expressão técnica, tão característica das fontes francas a partir do século VI, não

26a Marini, núm. 84.

27 E a Nov. I de Valent. no Breviário de Alarico. Sobre esta prática vid. o que diz Lefebvre, cit. *Introd. Générale*, pág. 214, e Roberti, *ob. cit.*, pág. 144. Cf. Lemaire in «*Rev. Hist. de Droit*», vol. VII, 1928, pág. 610 segs., o qual pretende, a meu ver sem razão, ver em algumas das fórmulas francas a confirmação de aquele facto.

28 Exemplos em Lemaire, *art. cit.*, pág. 612, nota.

se encontra nunca nas fontes visigóticas. Pelo contrário, a Form. 23 contrapõe aos bens presentes do cônjuge doador aquilo que êle viera adquirir de futuro, usando a fórmula habitual «quicquid in vita mea augmentare potuero», como se essas futuras aquisições apenas viessem reforçar o seu cabedal próprio²⁹.

* * *

Em face de tudo quanto fica exposto, afigura-se-nos altamente improvável que Eurico tivesse consagrado no seu código a comunhão de adquiridos.

Não há tão pouco razão para atribuir uma tal inovação a Leovigildo. Pelo contrário, as palavras que êste acrescentou à lei euriciana na *antiqua* IV, 2, 15³⁰ fazem crer que os bens adquiridos eram considerados como pertencendo, em principio, ao respectivo cônjuge.

A lei *Dum cuiuscumque* é o primeiro testemunho inequívoco duma modificação no regime legal tradicional, modificação certamente suscitada pelos costumes, mas que nem por isso vem contrariar abertamente os principios essenciais da separação³¹.

29 O único dado que, em sentido diverso, se pode extrair das Fórmulas Visigóticas é o fornecido pela Form. 20 (a célebre fórmula em hexâmetros), na qual o futuro marido dota a sua esposa com metade de todos os seus bens, tanto presentes como futuros. Foi sem dúvida a esta fórmula que Hinojosa quis aludir quando pretendeu fazer derivar a comunhão visigoda do costume de dotar a mulher com metade do patrimonio. Mas esta suposição, reproduzida por Minguijón e Beneyto, não consegue convencer. Nada há na lei de Recesvindo que se reporte a esta prática, cuja importancia efectiva ignoramos, que se tornara ilegal a partir da Lei de Chindasvindo sobre os dotes (III, 1, 5), e que, em qualquer hipótese, difficilmente poderia, por si só, desembocar em uma comunhão de adquiridos.

30 Vide *supra*, pág. 103.

31 Parto do postulado de que o regime de bens do *Cod. Eur.* e da *Lex Vis.*, era a separação, sem tentar reconstituir o regime visigótico primitivo. Que os dois

A forma por que a lei se acha redigida parece, efectivamente, indicar que o intuito de Recesvindo foi, não tanto introduzir uma nova concepção das relações patrimoniais entre os cônjuges, como fixar critérios para a solução de dificuldades sôbre a liquidação das aquisições feitas durante a constância do matrimónio.

E manifesto que em um regime de separação pertence a cada um dos cônjuges o que êle adquiriu pelo seu trabalho ou como fruto dos seus bens próprios. Mas não é menos certo que a vida em comum havia de implicar aquisições feitas com a colaboração dos dois cônjuges ou graças ao património de ambos, sobretudo quando o marido administrava os bens da mulher e os rendimentos formavam uma massa única. Nestas condições não é de estranhar que à morte do marido se levantassem dúvidas sôbre quais os lucros que cabiam aos seus herdeiros e quais os proventos da viuva ³².

Recesvindo pretendeu, ao que parece, resolver estas dificuldades accitando, como presunção legal, que para os *augmenta et profligationes* haviam concorridos os dois patrimónios, pelo que a repartição deveria ser feita proporcionalmente à importância destes.

No caso de os dois patrimónios serem sensivelmente iguais—mas só nêsse caso—a divisão far-se-ia ao meio. Finalmente, se da escritura feita em favor de ambos os

patrimônios estavam separados quanto á propriedade, mostram-no varias *antiquae*, sign. II, 3, 6; III, 6, 1; IV, 2, 15; V, 2, 4. 5. 7; as leis III, 4, 12 e III, 6, 2 de *Chindasvindo* e o proprio final da lei IV, 2, 16 de Recesvindo. Quanto aos poderes do marido, apenas a lei III, 6, 1 nos permite concluir que ele administrava normalmente os bens da mulher, mas nem essa nem outra qualquer lei indica que lhe pertencesse o usufruto destes bens. A impressão de conjunto é nitidamente favoravel à separação.

³² Cf. as considerações de Ficker, *ob. cit.*, IV, págs. 300-301.

cônjuges constasse a proporção em que cada um deles ficava sendo proprietário, deveria guardar-se essa proporção³³.

Mas já não havia lugar a repartição se se tratava de bens adquiridos exclusivamente pelo marido numa *expeditio publica*, ainda que com servos da mulher³⁴, ou de *extraneorum lucra*³⁵. Nêstes casos nada cabia à mulher, assim como também ficavam pertencendo a cada um dos cônjuges os valores que lhes fôsem doados³⁶.

Tal é, a nosso ver, o alcance da célebre lei recesvindiciana. Seguramente, ela não se opunha a que se celebrassem convenções matrimoniais com diverso conteúdo, e entre essas convenções é possível que já figurasse a comunhão de adquiridos com a fisionomia que nos revelam os documentos da Reconquista³⁷. Mas nada de positivo se pode afirmar a tal respeito.

PAULO MERÊA

33 Ao formular estes principios é de supor que Recesvindo tenha tido presente o modelo romano da *societas*, segundo afirmam ou insinuam alguns autores (Lefebvre, Leicht, Roberti). Sobre a índole romanizante da legislação deste monarca vide Dahn, *Westgothische Studien*, pág. 42 e von Halban, *Das röm. Recht in den germ. Volksstaaten I*, pág. 199.

34 *L. Vis.*, IV, 2, 15.

35 O sentido das palavras «extraneorum lucris» não é claro.

36 E certamente também os adquiridos por sucessão, embora a lei lhes não faça referencia. Cf. Zeumer, no N. A. XXVI, 1900, pág. 123.

37 Um doc. do a. 898 alude já à meação da mulher nos adquiridos: «ex medietatem quam in porcione uenit de omne facultatem que cum meo marito auumentau». Vide *Cuadernos de Hist. de España*, I-II, Buenos Aires, 1944, pág. 345.