

NOTAS SOBRE O PODER PATERNAL NO DIREITO HISPANICO OCIDENTAL DURANTE OS SECULOS XII E XIII

(EM VOLTA DO CAP. CCVI DO FORO DE CUENCA)

I

O Cap. 206 do Foro de Cuenca diz: «Fili sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium, et sint filii familias. Et usque ad tempus illud, quicquid filii adquisierint, vel invenerint, totum sit parentum suorum, nec habeant potestatem sibi aliquid retinendi contra voluntatem eorum.»

Neste preceito bem conhecido —preceito que vemos enunciado em muitos outros estatutos municipais¹— está expressa a ideia essencial dum «poder parental» (*potestas parentum*), ou seja, dum poder exercido por ambos os pais conjuntamente em relação ao filho que com eles fazia vida comum. Ao filho nestas condições chamam os foros *filius familias*² ou «filho emparentado»³.

Nem todos os poderes reconhecidos aos pais pelo direito desta época representam verdadeiramente o exercício da *potestas paren-*

¹ Vide a indicação de alguns desses foros em MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* 3.^a ed. (1845), pág. 193 e em UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre* (Madrid, 1912), pág. 14.

² É de notar que esta expressão, bem como *paterfamilias* e *materfamilias* (vide F. de Cuenca, cap. 875), denota um conhecimento do direito romano cujo veículo não foi a lei visigótica.

³ O Foro de Teruel, cap. 166 *in fine*, define *filius inparentatus*: «ille qui parentes vivos habet, et nondum contraxit matrimonium, vel non est clericus, vel uno parente mortuo, nondum cum vivo divisit bona mortui, ut est forum». Cf. Soria, 131: «Aquel es dicho fijo emparentado que ha padre y madre vivos y es de bendición y non es casado, salvo ende clerigo ordenado depistola o dent arriba, quier sea beneficiado quier non, o clerigo que sea ordenado de corona o de quatro grados seyendo beneficiado».

tum. Alguns desses direitos persistem após a morte dum dos pais, e até os vemos exercidos por outros parentes⁴. Tal é o caso do direito de correição⁵, e bem assim do direito de casar as filhas⁶.

A manifestação mais flagrante e característica do poder parental reside no aspecto patrimonial e consiste em que o filho emparentado não adquire para si, mas sim para os pais⁷. É precisamente a propósito deste direito que os foros falam em *potestas parentum* (*poder del padre e de la madre*), usando assim uma expressão que já era conhecida das leis visigóticas⁸, mas que agora corresponde a uma realidade muito mais positiva⁹.

A consequencia do que fica dito é que tudo quanto fosse ganho *in potestate parentum* devia ser partilhado entre os irmãos, sem distinção entre os que ainda estivessem sob o poder dos pais ao tempo da morte do pai ou mãe e os que se tivessem anteriormente emancipado da autoridade parental¹⁰.

Os foros não fazem referencia a quaisquer peculios, não obstante o que sobre o assunto dispunha a *Lex Gothorum*¹¹, antes se

⁴ Cf. o que a este respeito escrevemos no nosso estudo *O poder paternal na legislação visigótica*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XV, págs. 299 e 311.

⁵ Vide, por exemplo, Foro de Soria, cap. 504.

⁶ Exemplos varios em MELICHER, *Die germanischen Formen der Eheschliessung im westgotisch-spanischen Rechts*, Viena, 1940, pág. 80 e segs. Cf., do mesmo autor, *Der Kampf zwischen Gesetz-u. Gewohnheitsrecht*, pág. 48 e 223.

As referências aos filhos varões são raras, v. g.: F. DE ZAMORA, 35.

⁷ Cit. cap. 206 do F. de Cuenca. Cf. cap. 243: «Quecumque filius mercede vel alio modo adquisierit, sit parentum suorum. Quia sicut illi pro excessibus eorum et sceleribus solet dolere, sic iustum est, ut de lucris et acquisitionibus eorundem aliquid gaudeant habere. Propterea quicquid filius extra domum parentum suorum adquisierit, totum tradat partitioni fratribus suis, si coniugatus vel coniugata non fuerit, quia post contractionem non habent tradere partitioni aliquid de his que adquisierint».

⁸ *Cod. Eur.* 320; *Lex Vis.* (antiqua) III, 2, 8. Vide o meu estudo cit. na nota 4, pág. 309.

⁹ Nunca, pelo contrário, os foros se referem a uma *patria potestas*, a um poder próprio e exclusivo do pai.

¹⁰ Cap. 243 (nota 7). O § 130 de *Libro de los fueros de Castiella* diz expressamente que os filhos que saíram da casa paterna partilham com os que ficaram, salvo se ao sair os pais lhes entregaram os bens por eles ganhos, ficando assim quites para com eles.

¹¹ Sobre os peculios do filho-familia na legislação visigótica vide o meu estudo citado na nota 4, pág. 304 e segts.

sublinha que o filho deve trazer à partilha os bens adquiridos fora da casa paterna¹². A este direito dos pais correspondia naturalmente a obrigação de sustentar o filho, dever esse que vemos expressamente reconhecido no *Fuero Real* (III. 4. 7).

Alem disso, respondiam pecuniariamente pelos direitos do filho emparentado¹³.

Afigura-se-me extremamente interessante esta especie de *ricorso* histórico. Com efeito, se, em vez dum poder parental, os textos nos falassem dum poder paternal, dir-se-ia que consagravam, na

¹² Cit. cap. 243 do F. de Cuenca (nota 7). É especialmente claro o cap. 347 do Foro de Soria: «Si fijo emparentado ganare alguna cosa de herencia o de donadio de rey o de sennor o en hueste o de otra parte qual quier quel venga, todo sea del padre et de la madre, si quier lo gane ol venga acuesta et amission dellos, si quier non. Et despues de muerte del padre et de la madre, partanlo el et los otros hermanos egual mientre entressi».

Alguns foros determinam especialmente que o filho-familia não pode realizar nenhum acto jurídico. Assim o F. de Soria, cap. 161: «Pleyto e postura o abençenya que fijo emparentado, quier ssea de edat, quier non, fiziere con otri, o otro con el, non vala, maguer sea apro suyo o non; et ninguno non sea tenido de venir a su plazo». Cf. cap. 505. Mas o cap. 164 parece restringir esta incapacidade aos menores de vinte anos, o que mostra que houve contaminação de outras ideias e revela porventura varias estratificações na formação do Foro de Soria. O *Fuero Real* toma por modelo o cap. 164 do Foro de Soria, mas corrige-o, determinando que «tal pleyto no vala, maguer los fijos sean de edad cumplida» (I, 11, 8). Quanto ao cap. 235 do F. de Cuenca, vide *infra*, nota 37.

O Foro de Brihuega (ed. Catalina García, pág. 1/0) refere-se à fiança, dizendo que a mulher casada e o filho emparentado não podem afiançar. Segundo o F. de Cuenca, cap. 516, o filho-familia não pode ser *sobrelevador*.

O filho-familia não podia demandar nem ser demandado, salvos casos excepcionais: F. de Soria, caps. 131 e 161; F. de Usagre, cap. 362.

¹³ Foro de Cuenca, cap. 207: «Parentes itaque respondeant pro malefactis filiorum suorum, sive sint sani, sive furiosi... Similiter, si filius orbatus fuerit altero parente, ille qui superstes fuerit, respondeat pro eo, donec det ei partem subere, que eum contigerit. Post divisionem vero non habet utique respondere». MARTÍNEZ MARINA, pág. 191, dá noticia de outros textos semelhantes. Cf. JOSÉ ORLANDIS, *Sobre el concepto del delito* in AHDE XVI, 1945, pág. 158.

No direito foraleiro de Castela a responsabilidade dos pais é por vezes limitada (Sepúlveda), e em vários estatutos municipais da região leonesa-extremenha uma tal responsabilidade nem sequer é reconhecida (Toro, Zamora, Alba de Tormes, Cima-Coa, Cáceres, Usagre). Vide ORLANDIS, artigo citado, págs. 159-160.

Os pais não respondem pelas dívidas *ex contractu*. F. de Cuenca, cap. 208: «Sed tamen parentes non respondeant pro his que accomodata, vel credita filiis suis fuerint». Cf. F. de Soria, cap. 131.

sua pureza, os princípios do antigo direito romano! O autor do Foro de Cuenca sentiu a necessidade de justificar o não reconhecimento de propriedade aos filhos-família e recorreu para isso a uma razão de ordem moral —quia sicut illi (parentes) pro excessibus eorum (filiorum) et sceleribus solent dolere, sic iustum est, ut de lucris et acquisitionibus eorumdem aliquid gaudeant habere¹⁴.

A *potestas parentum* não terminava pelo simples facto de o filho atingir uma certa idade¹⁵, o que está plenamente de acordo com a nossa tradição jurídica¹⁶.

Para que o filho se considere emancipado, para que deixe de ser *filius familias* ou «filho emparentado», é preciso que se quebre de facto o laço que o prende á casa paterna, que dela se destaque para iniciar uma existencia independente.

A emancipação dava-se em regra pelo casamento¹⁷. É que o casamento importava as mais das vezes separação, como se revela na propria palavra «casar»¹⁸, e era ele o facto que mais frequentemente a originava.

Em regra, os foros não figuram, nem a hipótese de o filho casado ficar vivendo com os pais, nem a de constituir um lar separado permanecendo solteiro.

Quanto ao primeiro ponto, é de supor que a maioria dos foros, ao referir-se ao casamento, considerassem apenas o caso normal¹⁹. Apenas nos textos de direito territorial castelhano se encontra formulado dum modo inequívoco o preceito segundo o qual os pais

¹⁴ Cap. 243.

¹⁵ Além dos textos a que se referem as notas 3 e 7, vide F. de Soria, 161 (nota 12) e *Fuero Real*.

¹⁶ Vide o meu estudo citado na nota 4, pág. 313 e segts.

¹⁷ F. de Cuenca, caps. 206 e 243 (nota 7). Alguns foros equiparam expressamente ao casamento a profissão religiosa: F. de Teruel, cap. 166 (nota 3) e 316; F. de Soria, 131 (nota 3).

¹⁸ Cf. FICKER, *Del íntimo parentesco*, pág. 93. O verbo «casar» existe, não só nos idiomas peninsulares, mas também em dialectos de Béarn e Languedoc. O italiano possui o vocábulo *accasare* com o significado transitivo de promover o casamento (fr. *marier*). Rifões: Quem casa quer casa», «casamento apartamento».

¹⁹ Todavia, de uma das «melhorias» do Foro de Cuenca é lícito concluir que, segundo o direito municipal conquense, o casamento emancipava em qualquer hipótese. Vide Privilegio de Sancho IV, linha 90 ap. *Fuero de Cuenca*, edição UREÑA, pág. 864.

são responsáveis pelos delitos do filho, mesmo casado, que viva na sua companhia²⁰.

Também, por via de regra, os foros não aludem ao estabelecimento do filho em casa própria independentemente de matrimônio. No entanto, o *Libro de los fueros de Castiella* § 130 refere-se á saída dos filhos da casa paterna «por casamiento o por al»²¹, e do Foro de Soria (cap. 164) também se depreende que o filho se desemparentava quando constituía um lar independente²².

Nada faz supor que os pais fossem obrigados a dar ao filho que se ausentava de casa uma parte do seu patrimônio, e por isso o estabelecimento do filho em casa própria devia depender praticamente da anuência dos pais e duma dotação espontânea²³.

O *Libro de los fueros* § 130 alude ao consentimento dos pais e determina que, no caso de estes entregarem ao filho aquilo que ele houvesse adquirido na casa paterna, isso se consideraria como adiantamento de quota para o efeito das futuras partilhas²⁴.

De emancipações propriamente ditas, como se praticavam ainda entre os visigodos²⁵, não conheço exemplos nesta época. Em compensação, segundo algumas fontes, era facultado ao pai, no caso de o filho se comportar mal. «desafilhá-lo», isto é, declarar pública-

²⁰ AHDE, XIII, p. 345 e 381; *Fuero Viejo*, II, 1, 7; mas o *Libro de los fueros de Castiella*, § 63, parece conter doutrina diferente. O *Fuero Real* (I, 11, 8) considera emancipado o filho casado, mesmo que viva com os pais.

²¹ Cf. *Fuero Viejo*, V, 3, 8, onde a doutrina aparece exposta dum modo confuso. O § 131 do *Libro de los fueros* mostra bem a importancia que se ligava ao facto de o filho viver ou não na casa paterna: «Esto es por fuero de quien a hijos e mora alguno çerca de su padre que aya pared en medio e en aquella pared haya puerta o forado que pueda pasar omne de la una casa a la otra e morando assy muere el padre o la madre, pueden le demandar los otros hermanos partiçion, tan bien commo ay morassen con ellos en su casa».

²² «Si el padre o la madre toviere hijos o hijas en su poder et les fiziere fazer pleyto alguno de debda o de fiadura o de connoçencia o de otra cosa qual quier, quier con el, quier con otri, non vala, si non oviere edat de XX annos o si non fueren casados. Mas se depues que fuere de edat de XVI annos bivieren apartada mientras en su casa et recabdaren por si sus cosas, maguer non sean casados, et pleyto alguno fizieren con su padre o con su madre (*var.* o con otro qual quiere), tal pleyto vala».

²³ Podem ver-se vários exemplos desta prática em BRAGA DA CRUZ, *Direito da Troncalidade*, I, pág. 67, nota 115.

²⁴ Cf. *Fuero Viejo*, V, 3, 8.

²⁵ Vide o meu estudo citado na nota 4, pág. 316.

mente (*in concilio*) que o não considerava como filho, e deste modo libertar-se da responsabilidade pelos seus eventuais delitos. Mas este expediente —que já foi aproximado da *apokéryxis*²⁶— não era reconhecido pelo Foro de Cuenca²⁷ e parece ser peculiar do direito aragonês²⁸.

II

A condição de filho-família cessa com a morte dum dos pais —o pai ou a mãe, indiferentemente²⁹—, ou seja, quando o filho herda do pai ou da mãe e partilha com o sobrevivente: *heredatione unius parentis mortui, cum divisum habuerit cum superstite*³⁰.

Esta regra —de importancia capital— tem facil justificação.

²⁶ BENEYTO, *Instituciones de der. hist. español*, I, pág. 139.

²⁷ Vide cap. 209. Cf. F. de Teruel, 319; Plasencia (cit. por MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*, pág. 191); etc.

²⁸ Vide Foro de Daroca, ap. MUÑOZ, *Colección de fueros*, pág. 543; Foro de Jaca (ed. Ramos), cap. 50; AHDE I, pág. 403 (núm. 25), II, págs. 504 (núm. 55); V, pág. 396 (núm. 20); *Fueros de Aragón*, ed. Savall, I, pág. 242, c. 2.^a; ed. Tílander, caps. 236 V, e 237 III; WOHLHAUPTER, *Das Privatrecht der Fueros de Aragón*, ZRG, LXII, pág. 123. HINOJOSA, *El elemento germánico*, página 20, apresenta a intuição como de direito hispânico comum, mas apenas cita o foro aragonês de Daroca.

²⁹ F. de Soria, cap. 131: «Aquel es dicho fijo enparentado que ha padre e madre vivos...» (nota 3).

³⁰ F. de Teruel, cap. 317. No mesmo cap. se determina que o pai ou mãe viuvo só responde pelos delitos do filho «donec illi tribuat partem totius substantie que ei contigerit ex parte parentis mortui suo iure» (Cf. F. de Cuenca, cap. 207, na nota 13). Além disso, o F. de Teruel, cap. 166, *in fine*, define filho emparentado aquele que «uno parente mortuo nondum cum vivo divisit bona mortui» (nota 3). É portanto lícito inferir que, enquanto permanecesse a herança indivisa, se mantinha a *potestas* do pai ou da mãe viuvo. Cf. Foro de Molina, capítulo VII e *Fuero Real*, III, 4, 6.

Um efeito importante do facto de o filho morrer antes de efectuada a partilha com os irmãos, dão-no-lo a conhecer os foros de Alcalá (c. 27) e Molina (c. XII), nos quais se determina que, se a partilha ainda se não efectuou, os irmãos partilham o patrimonio que ao defundo adveio de seu falecido pai ou mãe, como se tivessem sido eles os únicos herdeiros desse patrimonio. Vide BRAGA DA CRUZ, *Direito de Troncalidade*, II, pág. 356 (o preceito do Foro de Brihuega a que o autor se refere, não o encontrei na ed. Catalina García). Apesar de a distinção só ser feita explicitamente nestes foros, não nos repugna admitir que ela se subentendesse em muitos outros.

Em quanto ambos os pais viviam, o filho não possuía patrimonio proprio; agora, porém, que um dos pais morreu e o filho herdou a sua parte, compreende-se que esses bens passem a ser por ele livremente administrados, ou que, no caso de ele ser ainda menor, se cerquem das necessarias garantias contra os possiveis abusos do pai ou mãe administrador³¹.

Apesar disto, o preceito surpreende à primeira vista pelo que representa de contraste com a tradição.

Enquanto o patrio poder tradicional cessava apenas com a morte do pai³², a emancipação do filho-familia produz-se agora à morte da mãe, embora o pai lhe sobreviva. Por outras palavras: não ha lugar a falar em poder paternal ou maternal, mas sim — e apenas — em «poder parental» (*potestas parentum*)³³.

Algumas fontes podem, é certo, fazer crer que os filhos continuavam sob o poder do pai ou mãe sobrevivivo, sendo só pelo casamento ou pela morte do último progenitor que se tornava independente.

Há, sobretudo, um capítulo do Foro de Cuenca que pode facilmente induzir a erro. É o cap. 235, que parece attribuir ao progenitor sobrevivivo os bens que o filho houver herdado do outro (com excepção dos patrimoniais): *quia omnia bona que ei ex altero parente contigerint totum erit superstitis parentis*. E esta foi, efectivamente, a interpretação que ao texto deu Ficker³⁴.

Um tal regime nada teria, em principio, de absurdo. Há exemplos de sistemas jurídicos nos quais a mãe viuva exerce pode-

³¹ A respeito dos direitos francês e alemão observa BARTSCH, *Rechtsstellung der Frau*, pág. 100 e segs., que os deveres inherentes aos poderes do pai viuvo sobre o patrimonio dos filhos deram outro carácter ao poder paternal, aproximando-o da tutela. Neste sentido (acrescenta) pode dizer-se que a morte da mãe é *de facto* para os filhos uma espécie de emancipação. Cf. o art. 390 do Cód. Civ. Fr. e o art. 156 do Cod. Civ. Port. (que manda proceder a inventario dos bens do menor quando morre um dos pais).

³² Vide o nosso estudo cit. na nota 4, pág. 307 e segs.

³³ Foi UREÑA quem primeiro pôs no devido relevo este poder parental, sob a designação de «poder conjunto do pai e da mãe», no seu bem conhecido Discurso de ingresso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 1912).

³⁴ *Untersuchungen*, V, núm. 1.456. Vide também *Del íntimo parentesco*, pág. 92. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*, pág. 192, nota, também ensinava que os filhos continuavam sob o poder do progenitor sobrevivente.

res semelhantes à *patria potestas* até que o filho se emancipe pelos meios legais³⁵. Mas quanto ao direito leonês-castelhano não pode admitir-se a vigência desse preceito, o qual, para mais, dificilmente se harmonizaria com a preocupação, bem manifesta no Foro de Cuenca, de igualar perante a sucessão todos os filhos do mesmo leito, com exclusão dos irmãos consanguíneos e uterinos³⁶.

Ficker equivocou-se quanto ao sentido do cap. 235. A frase que acima reproduzimos não significa que os bens herdados pelo filho *pertencam* ao pai ou mãe sobrevivente, mas sim que este pai ou mãe tem em relação a eles uma expectativa sucessória³⁷.

Pelo menos, não se vê outra maneira de harmonizar o cap. 235 com o sistema geral do Foro de Cuenca, e é esta interpretação, de resto, a que está mais de acordo com o emprego do tempo futuro (*totum erit superstitis parentis; habet esse superstitis parentis*)³⁸.

³⁵ Vide OLIVIER MARTIN, *Contume de Paris*, vol. V, pág. 152; STOBBE, vol. IV, pág. 306; BARTSCH, *Rechtsstellung der Frau*, pág. 104, 107 e 109.

³⁶ Vide caps. 221 a 223, 225 e 230. Foi a uma injustiça semelhante que procurou obviar em Roma o Senatusconsulto Orficiano.

³⁷ É por isso que ao filho não é lícito doar nem testar. O texto completo do cap. 235 é do seguinte teor: «Omne testamentum quod filius, antequam contrahat, condiderit, friuolum habeatur et cassum, ruptumque iudicetur. Quia cum sit in potestate parentis, nichil potest dare, nichil testari, quia omnia sua, que ei ex altero parente contigerint, totum erit superstitis parentis preter radicem quam de patrimonio habuerit, sicut dictum est: aliam vero radicem, quam filius lucratus fuerit, habet esse superstitis parentis, sicut et mobile».

Comp. com o Foro de Zamora § 9: «Fillo que padre o madre ovier, o avolo o avola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento, non aya poder de vender nen de donar nen de enagenar sin so mandado, de toda cosa que le dier padre o madre, o avolo o avola, o soglo o sogla».

³⁸ No mesmo sentido vide BRAGA DA CRUZ, *Direito de Troncalidade*, II (1947), pág. 350 e segs., onde se particulariza o regime sucessório das várias categorias de bens e se citam muitas fontes aparentadas. Cf. MALDONADO, *La condición jurídica del «nasciturus»*, Madrid, 1946. págs. 99 e segs.

É no entanto possível que se tenha estabelecido confusão no espírito de quem redigiu o cap. 235. A expressão *in potestate parentis* é uma incorrecção, visto que o filho órfão não fica «no poder» do pai ou da mãe. A alusão ao casamento (*antequam contrahat*) também é descabida, porque o casamento nenhum efeito tem, por si só, neste caso em que o patrio poder já não existe: só o nascimento dum filho do órfão tiraria ao pai ou mãe deste o seu direito a suceder. Finalmente, é de estranhar — embora possa encontrar-se para o facto uma explicação (cf. Foro de Teruel, cap. 339: *tamen testamentum quod* cum voluntate paren-

Era, pois, Ureña quem estava na boa doutrina, afirmando —sem aliás rebater os argumentos de Ficker— que o patrio poder cessava por morte de qualquer dos pais. A afirmação rotunda do Foro de Teruel (caps. 166 e 317) é corroborada pelas disposições de muitos estatutos municipais acerca da protecção dos órfãos. Com efeito, se morre qualquer dos pais e ficam filhos menores, os foros organizam um sistema tutelar bastante perfeito, determinando a quem cabe a guarda do órfão sob a fiscalização dos parentes próximos³⁹.

É certo que o pai ou mãe viuvo continuava exercendo em relação aos filhos certos direitos que nada temem que ver com a tutela, em especial o de autorizarem o casamento das filhas⁴⁰, mas esses direitos não são suficientes para caracterizar o verdadeiro poder paternal⁴¹.

Por outro lado, a guarda do menor pode ficar a cargo do pai ou mãe viuvo, mas não se trata já do poder paternal, sendo, pelo contrario, a situação jurídica do pai ou mãe, neste caso, a mesma de qualquer parente, ou mesmo dum estranho, a quem seja confiada a tutela do órfão.

Nem se objecte que o poder paternal e a tutela podem coexistir. Podem, efectivamente, coexistir⁴²; mas, para que, no sistema

tum fecerit sit stabile atque firmum)— que o filho maior não possa fazer testamento, quando é certo que o Foro de Cuenca admite, mesmo na presença de parentes successíveis, a faculdade de dispor duma parte dos bens. A impressão com que se fica é que houve uma amálgama dos principios relativos ao patrio poder com os que regiam a successão familiar.

A confusão é ainda maior no Foro de Teruel, cap. 339, pois esse deturpa por completo o texto primitivo.

³⁹ Sobre este ponto vide sobretudo UREÑA, cit. *Discurso*, pág. 15 e segs.

⁴⁰ FICKER insiste neste ponto, bem como no direito de correição reconhecido à mãe.

⁴¹ É assim que o consentimento para o casamento, quando prestado pelo pai ou mãe sobreviventes, estava dependente da anuencia dos parentes do progenitor predefunto, e a necessidade da autorização familiar mantinha, se ainda na falta de ambos os pais. Vide fontes citadas em MELICHER, lugares citados na nota 6.

⁴² Não existe incompatibilidade essencial entre as funções tutelares e o poder paternal. Podia este continuar, e todavia a lei acautelar os interesses do órfão menor, ordenando que os bens proprios do filho fossem deixados ao pai ou mãe *sub chirographo* e que se prestassem contas anuais ao conselho dos parentes. Com efeito, desde que o filho tem agora bens seus, surge a necessidade de gerir

dos foros peninsulares, o poder paternal do pai ou mãe viuvo co existisse com uma guarda ou tutela exercida por ele proprio ou por outrem, seria preciso que as fontes continuassem a apresentar o órfão como filho «emparentado» e que o progenitor sobrevivente continuasse a ter os poderes e a responsabilidade inerentes à *potestas parentum*. Ora não se dá nem uma coisa nem outra: não só já vimos que o filho «se desemparenta» quando morre um dos pais, mas cessa por esse motivo o efeito mais característico do patrio poder, que são os poderes relativos aos bens⁴³.

De tudo o que fica dito se conclui que —no tocante a Leão e Castela— o regime vigente non fins do século XII e principios do XIII era o do poder conjunto de ambos os pais, terminando este poder com a morte de qualquer deles. Verifica-se ainda que, ao contrario das leis visigodas, a situação do pai e da mãe —salvos certos poderes excepcionais⁴⁴— é idêntica, quer durante a constância do casamento (com as naturais restrições provenientes da supremacia marital), quer depois de dissolvido este pela morte dum dos cônjuges.

III

Qual a origem desta *potestas parentum*?

Ficker e Ureña, os dois escritores que mais detidamente se occuparam do problema, aceitaram certas premissas errôneas que muito prejudicaram as suas conclusões.

Cumpre todavia dar conta das suas doutrinas, tanto mais que elas são perfilhadas, no todo ou em parte, por autores de manuais bastante recentes.

Ficker acreditava a principio⁴⁵ na versão errônea da *Lex Visig.*

o seu patrimônio, e essas funções de gerencia são no fundo as dum tutor. São estas as razões que ainda hoje tornam possível no direito francês a coexistencia do poder paternal e da tutela. Vide PLANIOL, *Droit Civil*, vol. I, núm. 1.752.

⁴³ Vide em especial F. de Cuenca, cap. 207 (nota 13).

⁴⁴ Nomeadamente o de matar a filha que desonra a casa. Vide sobre este ponto MELICHER, *Das Tötungsrecht der german. Hausherrn* in «Zeit. f. vergl. Rechtswiss.», XLVI, 1931.

⁴⁵ Digo «a principio», porque FICKER já manifesta outra opinião no tomo V das suas *Untersuchungen*, pág. 123.

IV, 2, 13, segundo a qual esta lei principiaria assim: «Patre mortuo, filii in matris potestate consistant»; e foi talvez isto o que mais concorreu para que ele aceitasse a ideia duma *potestas* da mãe viuva⁴⁶. Esta *potestas* vai também encontrá-la no direito da época neo-gótica, pois, como vimos⁴⁷, ele interpretava o cap. 235 do Foro de Cuenca como se ele consagrasse a continuação do poder paternal depois da morte do pai.

Para este historiador uma tal instituição faz parte do patrimonio jurídico germânico. O caso mais acentuado é, segundo ele, o direito franco primitivo; nele devia existir o «poder de ambos os pais», embora fosse sobretudo o pai o encarregado desta autoridade; mas é principalmente depois da morte do pai que o conceito do poder materno se revela, pois a *potestas* passa inteiramente para a mãe, ou pelo menos não é uma simples tutela destinada a suprir a incapacidade do menor⁴⁸.

O direito gótico e o noruego-islandês (com os quais se relaciona o burgúndio) ocupam, segundo Ficker, uma posição intermedia, isto é, conhecem o poder de ambos os pais, mas dão maior relevo ao poder do pai⁴⁹.

O direito da Reconquista representaria, dentro deste quadro, uma revivescencia do sistema do poder conjunto, derivação, por sua vez, dum regime matriarcal em que a *potestas* pertencia exclusivamente à mãe e à sua *gens*⁵⁰.

Não vamos refutar a tese de Ficker, sabido como é que cada uma destas afirmações se prende com um conjunto de ideias peculiares deste escritor, geralmente rejeitadas⁵¹. Acentuaremos ape-

⁴⁶ Vide o meu estudo citado na nota 4, pág. 307, nota 2.

⁴⁷ *Supra*, pág. 7 e nota 34.

⁴⁸ *Del intimo parentesco*, pág. 69 e segs.

⁴⁹ *Del intimo parentesco*, pág. 79 e pág. 91 e segs.

⁵⁰ *Del intimo parentesco*, pág. 110.

⁵¹ Sobre as doutrinas de FICKER vide: CAILLEMER, *La formation du droit français médiéval dans les travaux de M. J. Ficker* («Annales de la Faculté de Droit et des Lettres d'Aix»), I, Paris, 1906-1907); J. JUNG, *Julius Ficker* (1907); BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I^o, p. 2 e p. 107; SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*: IV. *Il diritto ereditario*, pág. 50 e 55; von SCHWERRIN, *Einführung in das Studium der german. Rechtsgeschichte*, pág. 126 e segs.; BESTA, in *Storia del diritto italiano*, sob a dir. de Del Giudice, vol. I, pág. 130 e segs.; VINOGRADOFF, *Principes historiques de droit*, tomo I; RECHFELDT, *Grenzen der vergleichenden Methode*, 1942, pág. 12.

nas que não são de aceitar as suas ideias acerca dos direitos da viuva nas fontes visigóticas e neogóticas⁵², e que as suas afirmações assentam em grande parte sobre preceitos relativos ao consentimento dos pais para o casamento, consentimento esse que está longe de ser uma manifestação característica do poder paternal⁵³.

Pelo seu lado, Ureña, cujas tendências de espírito são bem conhecidas, acreditava numa combinação de influências: germânica e muçulmana, «ayudadas acaso por supervivencias celtibéricas», e esforçou-se por sustentar este ponto de vista no seu Discurso⁵⁴.

O direito consuetudinário da Reconquista teria fundido numa instituição única o poder maternal germânico e a *hadana* muçulmana, substituindo a ideia de sucessão inerente ao primeiro pela de coexistência característica da segunda.

Que a *hadana* do direito muçulmano nada tem de comum com o poder paternal, instituição desconhecida desse direito, é o próprio Ureña quem o reconhece, pois não afirma que os árabes tivessem uma verdadeira *potestas materna*. O que Ureña ia buscar ao direito árabe era, afinal, apenas o reconhecimento de certos direitos da mãe ao lado do pai, mas esse encontrámo-lo, sem necessidade de recorrer à influência árabe, e em termos muito mais semelhantes aos do direito da Reconquista, na própria tradição da população cristã, tradição que remonta aos tempos do Baixo Império e que não fez senão acentuar-se, tanto entre a população romana como entre os visigodos.

Quanto à contribuição germânica, Ureña exprime-se com muitas hesitações, limitando-se a conjecturar que no direito consuetudinário da Espanha poderia existir «algum germe do poder conjunto»⁵⁵. Mas as razões invocadas—o cap. 321 do C. Euriciano e a lei de Chindasvinto IV, 3, 1— não provam serem os direitos da mãe uma característica germânica⁵⁶.

⁵² Vide o que a tal respeito escrevemos no estudo citado na nota 4, pág. 307 e *supra*, pág. 7.

⁵³ Cf. o nosso estudo citado na nota 4, pág. 299, n. 1 e pág. 311. Vide também HEUSLER, vol. II, pág. 433, n. 1.

⁵⁴ UREÑA, *ob. cit.*, pág. 45. Cf. BENEYTO, *Instituciones*, vol. I, pág. 141 (entende que a tese de UREÑA «no deja de tener bases»).

⁵⁵ UREÑA, *ob. cit.*, pág. 37.

⁵⁶ Vide o meu estudo citado na nota 4, pág. 307 e segs. (em especial a nota 2 de pág. 312).

Estas considerações, aliadas às que já expendi no meu anterior estudo sobre o poder paternal na legislação visigótica, bastam, segundo creio, para justificar a minha discordancia do malogrado R. Riaza, segundo o qual o germanismo era a única explicação satisfatoria para o poder parental do direito hispânico, visto ser o único nexu que unia varios direitos —direito hispânico, direitos franceses e vasco-franceses— onde existe um conceito de patrio poder diverso do romano⁵⁷.

O raciocinio é bastante frouxo, pois a simples analogia daqueles direitos não basta manifestamente para concluir, contra a opinião comum dos germanistas, que o poder conjunto dos dois pais é um instituto proprio do direito germânico⁵⁸. Seria preciso para isso, que o facto não encontrasse outra explicação, e vamos já ver que não é esse o caso.

Quando muito, poder-se-ia admitir uma influencia do direito franco, tal como ele se nos oferece nos «costumes» franceses, ou seja, numa fase adiantada da sua evolução. Mas mesmo essa hipótese se me afigura arriscada e supérflua.

Sem dúvida os antigos escritores de direito francês atribuem ao *droit coutumier* um poder conjunto de ambos os pais, e em apoio desta doutrina apontam-se certas expressões das fontes medievais —haja vista Beaumanoir, XXI, 20: *quant pere et mere ont los enfans avec eus en lor garde ou en lor mainburnie...—*; mas, ainda mesmo que aceitemos que o primitivo *droit coutumier* já associava a mãe ao poder paternal na constancia do matrimonio⁵⁹, o que não está de modo algum provado é que já então o poder sobre

⁵⁷ Vide *Manual de historia del der. español*, de RAMÓN RIAZA e GARCÍA GALLO, Madrid, 1935, pág. 704 e segs. Cf. BENEYTO, *loc. cit.*

⁵⁸ Vide o que a tal respeito escrevi no estudo citado na nota 4, pág. 307 e segs. GERDA MERSCHBERGER, *Die Rechtsstellung der german. Frau*, 1937, esforça-se por demonstrar a igualdade de posições do pai e da mãe no direito germânico, mas não pode deixar de reconhecer que a morte da mãe em nada altera a situação, não se podendo dizer o mesmo a respeito da morte do pai. Vide sobretudo pág. 109-110. Excelente exposição de conjunto em BARTSCH, *Rechtsstellung der Frau*, Leipzig, 1903.

⁵⁹ Vide sobre este ponto von SALIS, *Beitrag zur Gesch. der väterl. Gewalt*, in ZRG, XX, pág. 151 e segs., que sustenta o contrario. WARNKOENIG, *Franz. Staats u. Rechtsgeschichte*, II, pág. 268, observa com razão que a carencia de fontes não permite seguir passo a passo a evolução (temos de saltar do sec. X para o sec. XIII).

os filhos cessasse com a morte de qualquer dos pais, à semelhança do que sucede nos foros peninsulares. As *coutumes* francesas invocadas por Ureña oferecem-nos uma redacção muito moderna (sec. XVI) para que delas se possa tirar argumento. Segundo Olivier Martin, que estudou a questão em relação à região parisiense, ainda no fim do século XIII a morte dum dos pais não modificava a situação dos filhos *en selle* (isto é, que residiam com os pais), os quais continuavam adquirindo para o pai ou mãe sobrevivido: só quando este morria é que os bens se partilhavam⁶⁰. Nestas condições, seria extremamente arriscado recorrer a uma hipotética influencia franca para explicar um facto que se pode muito bem ter produzido duma maneira espontânea e independente, ou seja, segundo uma evolução paralela do direito francês e do direito hispânico, evolução porventura mais acelerada neste último.

No nosso estudo sobre o poder paternal na legislação visigótica pusemos em relevo que vinham de longe — quer do lado germânico, quer do romano — as tendencias favoráveis ao reconhecimento de certos direitos da mãe, e que essa evolução se acentuou no direito visigótico. Aí fizemos notar que a propria expressão *potestas parentum* já era usada e que, embora lhe não correspondesse um conteúdo jurídico rigoroso, contudo não se podia considerar errónea, visto que a mãe compartilhava de certos poderes disciplinares, e sobretudo devia ser ouvida sobre o casamento dos filhos⁶¹.

⁶⁰ *Hist. de la Coutume de Paris*, I, pág. 152 e segs. O autor acrescenta: «Nous apercevons peu de traces d'un droit pour les enfants d'exiger leur établissement ou leur mise hors de sele du moins au XIII^e siècle». De resto, mesmo «losque les enfants sont mis hors de sele (...) ils doivent se contenter de ce qu'ils ont reçu et ne peuvent, sauf rappel exprès, venir à la succession de leurs parents».

⁶¹ Obra cit. na nota 4, pág. 307 e segs. Acrescente-se este passo da epist. 123 de Santo Agostinho: «Rogatus sum ut confirmarem nuptias puellae: farerem, inquam, sed mater puellae non adest, et tu scis ad nuptias contrahendas, voluntatem ejus necessariam» (cit. por GODEFROY no seu Com. ao Código Teodosiano), e estoutro da Ep. 233 de mesmo Santo, que também não escapou ao eminente GODEFROY: «Puellae fortassis quae nunc apparet, apparebit et mater, cuius voluntatem in tradenda filia omnibus, ut arbitror, natura proponit, nisi eadem puella in ea jam aetate fuerit, ut iure licentiori sibi ipsa eligat quod velit». Cf. D. XXVII, 10, 4, texto atribuído a ULPIANO, no qual as palavras «etsi inaequalis est eorum (sc. parentum) potestas» são com certeza uma interpolação (SOLAZZI, ALBERTARIO). Vide também, como sinal de que a mãe costumava ser

Não repugna, pois, crer que na prática se estivesse já esboçando aquele sistema de poder conjunto que só mais tarde, no texto dos foros, adquire contornos precisos.

Deve ter concorrido em alto grau para este resultado o regime de bens que então vigorava nas relações entre os cônjuges.

Os interesses patrimoniais dos cônjuges estavam com efeito intimamente associados no nosso direito medieval, sendo mesmo considerados propriedade de ambos eles os bens adquiridos e os rendimentos dos bens próprios.

Este estado de coisas facilitou sem dúvida a concepção dum patrio poder pertencente a ambos os cônjuges, visto que os filhos eram sustentados por ambos os pais e os bens por eles adquiridos iam aumentar o patrimonio comum⁶².

A posição da mãe dentro do conjunto familiar reflecte-se bem no termo *materfamilias* usado no Foro de Cuenca⁶³, e a dos filhos na expressão romance *compañas*, equivalente a *filiifamilias*⁶⁴.

Por outro lado, sabemos que o poder do pai viuvo segundo a legislação visigótica se distanciava muito da *patria potestas* clássica, aproximando-se sensivelmente duma tutela. O pai viuvo não tinha a propriedade, mas sim apenas a administração e o usufruto, dos bens que o filho herdava da mãe, e no tempo de Recesvindo

ouvida sobre o casamento da filha, as primeiras palavras da lei IX, 24, 1 do Cod. Teodosiano: «Siquis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam cam rapuerit...» e a referencia ao *consensus parentum* no C. Theod., III, 5, 2; III, 10, 1; III, 11, 1; cf. *Form. Visig.*, 14 e 15.

⁶² Cfr. DUPLESSIS, *Histoire de l'autorité paternelle*, pág. 550 e segs.; von SALIS, *ob. cit.*, pág. 153 e segs. (este autor distingue, em todo o caso, o «poder paternal» das «relações entre pais e filhos», considerando o poder paternal como uma criação recente).

⁶³ Cap. 875: «Dominos autem vocamus patres et matres familias, et filios, et filias eorum».

⁶⁴ Vide, por ex., o Código Valentino. (ed. UREÑA do F. de Cuenca, página 261): «Los hijos sean en poder del padre et de la madre fasta que casen, et los fijos que sean compannas...». Cf. UREÑA, *Discurso*, cit., pág. 15.

Os historiadores da literatura peninsular tem chamado a atenção para as alusões frequentes da lírica medieval à autoridade maternal sobre as donzelas, em contraste com o silencio que as *cantigas de amigo* guardam a respeito do pai. Vide RODRIGUES LAPA, *Das origens da poesia lírica em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1929, pág. 54 e 262. LÓPEZ AYDILLO, *Homen. Pidal*, II, pág. 610, relaciona certos vestígios populares, revelados na poesia galega, com a influencia concedida à mulher pela heresia priscilianista.

estes poderes terminavam no caso de o pai passar a segundas nupcias, à semelhança do que sucedia com a tutela da mãe viúva, Além disso, o filho, ao completar vinte anos, tinha direito a receber metade dos *bona materna*. Portanto, também neste aspecto o direito visigótico continha em germe o regime do Foro de Cuenca ⁶⁵.

Não é fácil, evidentemente, dizer ao certo como a evolução se produziu, dado o desconhecimento quasi completo dos destinos da instituição até à época dos primeiros «foros extensos». Talvez que entre o sistema do Código Visigótico e o do Foro de Cuenca tenha vigorado um sistema de transição, mais ou menos preciso, segundo o qual a autoridade sobre os filhos só cessaria à morte de ambos os pais ⁶⁶.

Não repugna, mesmo, crer que, pelo menos de facto, as coisas continuassem a passar-se sensivelmente do mesmo modo, ainda na época dos foros extensos, quando os filhos, ou alguns deles, permaneciam sob o tecto paterno em regime de indivisão ⁶⁷. Como porém não era esta a regra, e o que sobretudourgia era garantir ao filho os bens herdados do pai ou mãe predefunto, facilmente encontrou aceitação um regime mais apertado ⁶⁸.

Se, para terminar, confrontarmos a evolução do instituto no direito leonês-castelhano com a do direito europeu em geral, verificaremos que existem traços comuns: por um lado, aproximaram-

⁶⁵ Vide o meu estudo cit. na nota 4, pág. 304, 311, 315.

⁶⁶ O poder paternal do pai viúvo manteve-se certamente durante algum tempo como continuação do direito visigótico. Quanto à mãe viúva, é mais difícil conjecturar o que se terá passado. Provavelmente, houve um período de incerteza e imprecisão, durante o qual, sob modalidades variadas, a situação da mãe viúva terá tendido a aproximar-se da do pai viúvo. Aqui ou além, ter-se-ia mesmo admitido um «poder materno» (Um doc. catalão do a. 986, *Marca Hispanica*, apend. 134, fala em *potestas matris*). Recorde-se a propósito a alteração que sofreu a *Lex Visig.*, IV, 2, 13 em alguns códices (*supra*, pág. 10): um desses códices é do ano 1019 e tres outros são do século XII. Isto, aproximado de certas incongruências dos foros de Cuenca e de Teruel (*supra*, pág. 8), confere um certo apoio à hipótese que tímidamente aqui sugerimos, hipótese que, por outro lado, encontraría reforço na analogia com o que ensina OLIVIER MARTIN acerca do direito parisiense (*supra*, pág. 13).

Por outro lado, o costume, muito divulgado, do «pacto de unidade», importando a administração e usufruto de todos os bens pelo pai ou mã sobrevo, pode bem ter exercido uma acção importante no sentido de reforçar a autoridade da mãe viúva.

⁶⁷ Vide *supra*, pág. 6.

⁶⁸ Vide *supra*, pág. 6.

se cada vez mais as situações do pai e da mãe, sobretudo do pai e da mãe viuvos; por outro lado, o poder do pai sobre os bens dos filhos sofreu limitações por efeito da morte da mãe⁶⁹. Mas o direito leonês-castelhano foi mais longe nesse caminho, visto que a identificação foi ao ponto de fazer cessar o poder paternal com a morte de qualquer dos cônjuges, norma que no quadro geral dos direitos europeus tem escassa representação, e que só relativamente tarde (ao que parece) encontrou, aqui ou além, algum acolhimento⁷⁰.

IV

Temo-nos esforçado por caracterizar o regime do poder paternal, tal como ele nos aparece no Foro de Cuenca, e dum modo geral nos Estados hispânicos ocidentais, á volta do ano 1200. Já, porém, no decurso do século XIII se observam transformações, devido às quais a instituição acaba por perder grande parte da sua importância.

Sem dúvida por influencia do direito justinianeu⁷¹, passa a atribuir-se ao filho-familia a propriedade dos bens por ele adquiridos, salvo se forem *ex re patris*.

Assim dispõe o *Fuero Real*, reconhecendo ao filho, ainda que não viva sobre si, a propriedade dos bens por ele ganhos com o seu trabalho, ou por doação, e considerando dos pais apenas os que o filho adquiriu «com o haver do pai ou da mãe»⁷².

⁶⁹ Vide sobre esta evolução BARTSCH, *ob. cit.*, pág. 96 e pág. 111.

⁷⁰ UREÑA, *ob. cit.* Dum modo geral a situação no antigo direito francês é confusa: vide von SALIS, *ob. cit.*, pág. 144 e segs.; LABOULAYE, *Recherches sur la cond. des femmes*, pág. 340; VIOLLET, *Hit. du dr. civ. fr.*³, pág. 581 e segs.; BARTSCH, *ob. cit.*, pág. 103 e segs.

⁷¹ *Cod.*, VI, 61, 6, e *Instit.*, II, 9, 1.

⁷² III, 4, 7: «Si el fijo que está con su padre, e con su madre, ante que case ganare alguna cosa por su trabajo, ò que le dé el Rey, ò su Señor, ò otro home qualquier, no sea tenuto de dar parte à sus hermanos despues de muerte de su padre, ò de su madre, maguer gelo demande à parte, fueras si lo ganó con el haber del padre, ò de la madre, seyendo con el padre, ò con la madre, è gobernandose del haber del padre, ò de la madre: è maguer se gobierne de lo del padre, ò de la madre, si con el haber del padre, ò de la madre no lo ganáre, no sea tenuto de lo dar à partir; ca madre, ò padre siempre es tenuto de gobernar sus fijos: mas si con el haber del padre, è de la madre ganáre algo, estando en poder de amos, ò de algunos, el padre, ò la madre lo debe haber todo: y despues de su muerte del padre ò de la madre hayan la parte los hermanos».

Este preceito do *Fuero Real* foi adoptado em Portugal, conforme se depreende duma lei do reinado de Afonso III, que reproduz ao pé da letra aquele dispositivo ⁷³.

É igualmente digna de menção a modificação introduzida por Sancho IV no Foro de Cuenca, pois mostra bem que se pretendeu instaurar um novo regime jurídico em substituição do tradicional.

Segundo esta «melhoria», o filho ou filha que viver com o pai ⁷⁴, inda que não seja casado, tem a propriedade de tudo quanto «ganhar» ou lhe for doado por senhor, parente ou amigo, e não terá portanto que trazer esses bens às partilhas —exceptuado apenas o que for ganho com os bens do pai. Dos seus bens próprios poderá o filho ou filha dispor por testamento, desde que seja maior ⁷⁵.

Deste modo o conteúdo do poder parental sofreu uma seria restrição, e a cessação desse poder deixou de ter para o filho a importância que tinha até então. «É talvez essa a razão por que dora avante as leis empregam frequentemente a palavra «poder» a respeito do pai ou mãe viuvo, como, de resto, também com referencia a outros parentes que não os pais ⁷⁶.

⁷³ *Leges*, pág. 263: lei 88 Esta lei figura nas *Ordenações Afonsinas* (IV, 107, § 15), donde passou para as Ordenações posteriores. A doutrina primitiva figura na lei 82, cujo teor genuíno me parece ser, não o que foi adoptado como texto nos P. M. H., mas sim o que se contém nas variantes.

⁷⁴ A lei diz: «que viver com o pai ou com a mãe», mas do emprego da conjunção *ou* não se deve concluir que a texto se refira ao pai ou mãe viuvo, pois quanto a esse o preceito era escusado. Cf. *Fuero Real*, cit. lei III, 4, 7.

⁷⁵ Privilegio do ano 1285 ap UREÑA, *Fuero de Cuenca*, pág. 864: «Otrossi mando que el ffijo o la ffija que biviere con el padre o con la madre maguer que non sea casado, si oviere edat o oviere de que, tengo por bien que pueda ffazer testamento; e si el ffijo ganare algo e gello diere sennor o amigo o pariente non lo ganando con los bienes del padre, tengo por bien que sea ssuyo e non sea tenuto delo traer a particion». Observe-se também que a versão castelhana de *Lex Visigothorum* (*Fuero Juzgo*) modificou, involuntaria ou intencionalmente, o sentido da lei IV, 5, 5, que regulava a materia de peculios. Não só desapareceu a referencia especial aos *leudes*, mas ampliou-se a todo e qualquer trabalho a regra que mandava repartir os bens adquiridos, ne proporção de um para dois, entre o pai e o filho (regra que, segundo a *antiqua visigótica*, era restrita às aquisições feitas *in expeditionibus*): «E si alguna cosa ganar el fiio en hueste ó por su trabaio, si bive con el padre de so uno, la tercia parte deve aver el padre, e las dos partes deve aver el fiio por su trabaio».

⁷⁶ Vide por ex. *Fuero Real*, III, 1, 6 e 14; *Orden. Afons.* V, 13. Isto talvez ajude a explicar certas versões e adaptações do Foro de Cuenca nas quais, em

«Estar no poder» do pai ou mãe tornou-se uma maneira de dizer um tanto vaga para significar que a pessoa em questão — em regra a filha solteira — vivia com um dos pais e, como consequência disto, se achava em certa medida na sua sujeição, não só em face dos costumes, mas até para alguns efeitos de direito (haja vista o consentimento para o casamento)⁷⁷.

Poder-se-ia ser lavado a crer, em face desta alteração no conteúdo do patrio poder, que ele tivesse acabado por confundir-se com a tutela exercida pelo pai ou mãe. Convém, pois, salientar que se não operou essa fusão dos dois institutos.

O *Fuero Real*, apesar de não conter uma regulamentação sistemática da matéria, e de a sua terminologia ser por vezes pouco precisa, continua fazendo indubitavelmente distinção entre a *potestas parentum*, poder conjunto dos dois pais cessando pela morte de qualquer deles, e a tutela do filho menor.

Cumprе também acentuar que, apesar da influencia romanista que nelas se revela, as fontes citadas do século XIII não traduzem ainda a aceitação da doutrina romana que nega à mãe a participação no patrio poder e atribui à *potestas* do pai um carácter perpétuo⁷⁸.

PAULO MERA

vez das palavras «do pai e da mãe» (caps. 206 e 243 do F. de Cuenca), que equivaliam ao latim *parentum*, se lê «do pai ou da mãe»: F. de Fuentes (em Marina, pág. 193), F. DE BÉJAR (cap. 281 e 282), fragmento conqunense do F. de Cuenca na ed. UREÑA.

Mas não se deve ligar demasiada importancia a este facto, porque o emprego de *ou* onde se esperaria encontrar *e* é bastante frequente. (Vide por ex. *Fuero Viejo*, II, 1, 7 e Pseudo-Ordenamiento de León, § 43 e comp. com Pseudo-Nájera, § 43), como também se lê por vezes «sem pai e sem mãe» onde deveria estar «sem pai ou sem mãe». Muitas vezes o conjunto do dispositivo revela claramente que se trata duma linguagem incorrecta.

⁷⁷ Cf. o sentido da expressão *in potestate parentum* na legislação visigótica. Vide o meu estudo cit. na nota 4, pág. 309 e SCHULTZE, *Über westgotisch-spanisches Eherecht*, Leipzig, 1944, pág. 31. Quando a filha casava, dizia-se que «saía do poder» do pai ou da mãe.

⁷⁸ Em compensação, o modelo romano é manifesto nas *Partidas* (vide *Part. VI*, títulos 17 e 18): poder perpétuo do *pater familias* sobre os filhos e netos, direito de venda, diversas categorias de peculios, usufruto paterno, emancipação, etc. Sobre a abolição do «poder parental» no termo de Teruel, a pedido desta cidade, nas cortes de Monzón de 1510 vide Ureña, no prefacio à sua edição do *Fuero de Cuenca*, pág. Cl. Quanto a Portugal, vide *Orden. Afons. IV*, 105, §§ 2 e segs.