

6. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER

LEITURA REVISITADA DOS ARTIGOS 1193.º A 1199.º DO CÓDIGO CIVIL DE 1867

A HERANÇA ROMANA NA CONSTRUÇÃO DA (IN)CAPACIDADE CONTRATUAL DA MULHER CASADA (1)

MÍRIAM AFONSO BRIGAS (2)

“Em muitas regras do nosso direito,
a condição das mulheres é pior que a dos homens”

Digesto, 1, 5, 9 (3)

§ 1.º ENQUADRAMENTO DA TEMÁTICA

A definição de conceitos

I. Os estudos romanísticos parecem ter ganho um novo alento com a aplicação da Convenção de Bolonha ao espaço universitário. Na realidade, a inserção no 1.º semestre do 1.º ano da licenciatura em Direito de uma cadeira de Direito Romano teria seguramente agradado a SEBASTIÃO CRUZ, o qual já advogava, em 1982, na sua obra *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*, a importância do estudo dos antecedentes romanos para a compreensão do direito então vigente: “Não é, porém, um direito meramente histórico. Repetimos, não é um direito morto. É uma emanção de uma vida por assim dizer vivente, como lhe chama Cabral de Moncada. Por isso, é ensinado em todo o mundo” (4).

(1) O presente texto corresponde, com ligeiro desenvolvimento e aditamento de notas, à comunicação realizada no XI Congresso Internacional e XIV Congresso Ibero-Americano de Direito Romano que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 4, 5 e 6 de Fevereiro de 2009.

(2) Doutoranda na área de investigação do Direito da Família dos séculos XIX e XX, Mestre em Direito. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no Grupo de Ciências Histórico-Jurídicas.

(3) Citado por DANIELLE GOUVEVITCH, *A vida quotidiana da mulher na Roma Antiga*, Editora Livros do Brasil, 2005, p. 63.

(4) SEBASTIÃO CRUZ, *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*, Coimbra, 1982, p. 3. No âmbito do ensino do Direito Romano no espaço académico tenha-se em consideração

Igualmente RUY DE ALBUQUERQUE, Mestre desta Casa, dizia em actos académicos ⁽⁵⁾, no seu conhecido estilo humorado: “Tudo começou em Bolonha, tudo acaba em Bolonha”. Queremos acreditar que Bolonha contribuirá para o crescimento institucionalizado do Direito Romano como alicerce do conhecimento do próprio direito objectivo actual.

II. Começemos por recordar o tema da nossa comunicação: “Leitura revisitada dos artigos 1193.º a 1199.º do Código Civil de 1867 — a herança romana na construção da (in)capacidade contratual da mulher”. De salientar, no entanto, que as disposições normativas mencionadas no título deste trabalho não são exclusivas, na medida em que referiremos outros artigos igualmente importantes para a compreensão da temática. Tal será, por exemplo, a situação relativa ao artigo 1113.º do Código Civil. Pretendo, assim, analisar de que forma o disposto no Direito Português reflecte os antecedentes romanos, demonstrando a relevância do conhecimento do Direito Romano para o estudo do direito positivamente consagrado ⁽⁶⁾. Saliente-se, aliás, que o tema do congresso — O sis-

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos países africanos de língua oficial portuguesa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2005, volume XLVI, n.º 1, pp. 371 a 383. Destacamos da obra citada a referência que entendemos ser oportuna a p. 372: “Após a inscrição no plano de estudos em 1982/1983 de uma disciplina semestral no 5.º ano, foi no ano lectivo 1986/1987 que recomeçou a ser leccionada, mas só em 1990/1991, o Direito Romano passou a ser ensinado no 4.º ano, como disciplina optativa comum às menções de ciências histórico-jurídicas e de ciências jurídicas, mudando de forma radical a possibilidade de apresentar aos alunos o Direito Romano nas suas potencialidades formativas e práticas. Actualmente, apresentadas que estão as propostas de reforma do actual Plano de Estudos da Faculdade de Direito de Lisboa, todas elas inscrevem o Direito Romano como disciplina obrigatória no elenco daquelas que integram a licenciatura ou no 1.º ciclo de estudos na versão bolonhesa, reconhecendo a sua importância formativa e a vitalidade que a disciplina conheceu nestes últimos dez anos. Só se pode compreender o incremento dos estudos romanísticos se acompanharmos a história interna da disciplina nas Faculdades de Direito portuguesas e os factores exógenos que tornam necessário, senão urgente, o retorno ao ensino do Direito Romano inserido na formação dos juristas do nosso tempo.” Igualmente com interesse, para maiores desenvolvimentos da temática, consulte-se RUI GUERRA DA FONSECA, *Notas sobre o ensino do Direito Romano*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 44, n.º 1/2, 2003 e GONÇALO DE SAMPAIO E MELO, *Apontamentos para a história do ensino do Direito Romano em Portugal*, 2.ª edição, relatório de Mestrado em Direito Romano, 1997. Refira-se que, na última obra mencionada, o autor analisa a pp. 292 a 295 as regências da Cadeira de Direito Romano, constando o nome de Sebastião Cruz dos anos lectivos de 1963/1964 a 1977/1978. A pp. 322 e 323 é feita referência, em relação que se salienta não ser exaustiva, aos manuais adoptados na regência de Sebastião Cruz.

⁽⁵⁾ A referência indicada no texto foi proferida na arguição de doutoramento da Professora Doutora Isabel Banond de Almeida em 22 de Junho de 2006.

⁽⁶⁾ Com muito interesse a propósito da relevância do estudo do Direito Romano veja-se RUI GUERRA DA FONSECA, *Notas sobre o ensino do Direito...*, *ob. cit.*, p. 146: “(...) Por outro lado,

tema contratual romano — de Roma ao direito actual — nos incita à presente análise. Demonstrar a actualidade do Direito Romano na tipificação dos conceitos jurídicos é, portanto, a nossa missão. E, como veremos, a compreensão do regime de incapacidade atribuído à mulher deriva ainda, e fundamentalmente, acrescentaríamos, da herança romana. Definamos, então, o nosso itinerário.

Centrando-se a nossa investigação na análise do Direito da Família oitocentista, mais concretamente no estudo da **Especificidade Familiar** acabámos por nos cruzar com o Direito Romano enquanto antecedente jurídico da posituação ocorrida no século XIX.

III. Pensamos ser oportuno começar por um esclarecimento ou, mais concretamente, pela definição de conceitos jurídicos que vamos analisar. Falamos em **capacidade jurídica** e em **capacidade de exercício** (contratual). Importa esclarecer o significado destes conceitos para o Direito Romano, de forma a aferir da respectiva significação no século XIX.

A dogmática inerente à codificação oitocentista concebe a capacidade jurídica como a possibilidade de ser titular de direitos e de obrigações:

Artigo 1.º — Só o homem é susceptível de direitos e obrigações ⁽⁷⁾. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade. (...)

Artigo 6.º — A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código.

a compreensão da Lei — fonte de direito que hoje assume claramente a vanguarda da estatística nos ordenamentos jurídicos de tipo continental — reclama um retorno ao Direito Romano. Com efeito, talvez haja que inverter a perspectiva algo corrente de que na Lei se encontra (apenas ou fundamentalmente) um ponto de partida para a organização da polis, valorizando-a como ponto de chegada de todo um labor que começa por uma desconfiança em relação à lei, fonte que atingiu no passado século XIX a pretensão do magno aprumo racional.” E continua o autor a pp. 149 e 150: “(...) A categórica afirmação da irrelevância do Direito Romano no quotidiano do jurista de hoje constitui, do nosso ponto de vista, um erro de apreciação da realidade. É evidente que no *ius romanum* não vamos encontrar a solução para o caso que temos em mãos: é direito passado. Nenhum juiz o irá aplicar; nenhum diploma o referirá. Mas a prática do direito é bem mais do que a descoberta de uma solução já dada pela Lei, e vai muito além de uma automática operação de subsunção. A prática do direito começa pelo manusear de instrumentos, de modo laboratorial, que será tanto mais humana e justa quanto maior for a noção de que tratamos, enfim, de ... meros instrumentos.”

(7) Veja-se, a propósito, VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte primeira do Projecto de Código Civil Português*, 1859, onde este autor se refere ao artigo 1.º do Projecto a p. 16: “(...) Parece-me que ao artigo se deve acrescentar a noção da palavra — pessoa. A palavra pessoa em geral, significa os homens, tanto individual, como colectivamente considerados, em contraposição a coisas: a palavra homem significa os indivíduos em regra, afora o caso excepcional de significar toda a humanidade.”

Artigo 7.º — A lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados (8).

Ao contrário do Direito Romano, no século XIX, em Portugal, a capacidade jurídica é aferida tendo por base a liberdade e a igualdade de todos os homens perante a lei. Os romanos, por seu turno, individualizaram os direitos atribuídos a cada indivíduo consoante a liberdade (*libertas*), a cidadania (*civitas*) e a posição na família (*sui iuris* e *alieni iuris*). Inicialmente só o *paterfamilias* tinha capacidade jurídica. Em 212, a *Constitutio Antoniniana* estendeu a cidadania a todos os homens livres do Império Romano. Falta, assim, no Direito Romano, uma terminologia técnica para nos referirmos à personalidade e capacidade jurídicas, nos termos actualmente existentes na doutrina.

A capacidade de exercício é modernamente encarada como a faculdade de produzir efeitos jurídicos por actividade própria, ou seja, só por si ou através de um representante voluntário (9). O direito actual distingue ainda a capacidade de celebrar pessoal e validamente negócios jurídicos — **capacidade negocial** — e a capacidade de se tornar responsável por actos ilícitos — **capacidade delitual** —. Apenas a capacidade negocial será alvo de análise no presente trabalho, embora o Direito Romano abrangesse as duas figuras conjuntamente.

No que se refere à capacidade de exercício, o Direito Romano estabelece limitações em certas situações: idade; enfermidade mental, prodigalidade, degradação da honra civil, entre outras. Atentemos muito concretamente na mulher, que pelo seu sexo se encontra numa situação de **incapacidade limitada**, consequência do predomínio do *paterfamilias*. Em face do que, as mulheres não têm capacidade para alienar ou contrair obrigações, mas podem adquirir. No domínio do Direito Público, a mulher não participa na *res publica*, já que não pode desempenhar funções de natureza pública, como seja o exercício de magistraturas. No domínio do Direito Privado encontra-se sempre dependente de alguém: da *patria potestas* sendo *filiafamilias*; em alguns casos, da *manus* do marido sendo esposa, e da tutela, se *sui iuris*. Nesta última situação, é necessária a intervenção do tutor para todos os negócios formais celebrados, para actos de disposição de *res Mancipi* e para contrair dívidas.

Curiosamente, algumas das incapacidades mencionadas no Direito Português estão igualmente referidas no Direito Romano — menoridade, demência e pro-

(8) Artigos retirados do Código Civil de 1867, aprovado por carta de lei de 1 de Julho de 1867, edição cuidadosamente revista conforme a oficial, 1925, pp. 9 e 10.

(9) A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I, Parte Geral, Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Juridica*, n.º 50, Coimbra Editora, 3.ª edição, p. 185.

digalidade —. A situação da mulher não se insere nas incapacidades expressamente mencionadas pelo legislador de 1867. No entanto, o regime jurídico que lhe é aplicável, sendo casada, (artigos 1108.º e seguintes do Código Civil) é tradutor de várias limitações à sua capacidade de exercício.

§ 2.º O REGIME JURÍDICO DE (IN)CAPACIDADE DA MULHER NO CÓDIGO CIVIL DE 1867

O entendimento doutrinário — fundamentação

I. Efectuemos uma incursão pelo regime jurídico de incapacidade cometido à mulher no Código Civil de 1867.

Estabelece o artigo 1193.º do Código Civil o princípio segundo o qual a mulher casada — e esclareça-se que será apenas sobre esta situação que iremos incidir a nossa abordagem — se encontra limitada enquanto sujeito jurídico. A mulher está, na realidade, condicionada na sua capacidade **de aquisição, de alienação e de contracção de obrigações**, este último aspecto a merecer a nossa particular atenção. As limitações da mulher casada funcionam, portanto, tanto activa como passivamente. Isto é, tanto a capacidade de aquisição como a capacidade de alienação de bens está dependente de autorização do respectivo marido. O desenvolvimento de comportamentos geradores de vinculação jurídica igualmente foi cerceado pelo nosso legislador oitocentista. Refira-se, no entanto, a possibilidade de, em algumas situações, se admitir um desvio ao princípio enunciado, permitindo que a mulher possa actuar autonomamente sem se encontrar munida da respectiva autorização marital.

II. O artigo 1194.º do Código enuncia os termos da autorização marital, referindo que a mesma deverá ser “**especial** para cada um dos actos que a mulher pretenda praticar ” excepcionando a situação da mulher comerciante, já que, em matéria de capacidade para contratar, o legislador salvaguarda a existência de **autorização geral** para “**todos os actos relativos ao seu comércio, e até hipotecar os seus bens imobiliários, e propor acções, contanto que seja por causa do seu trato**”.

Igualmente interessante é o disposto no artigo 1199.º, no qual se estatui que o marido responde pelas obrigações que a mulher realizou com a sua autorização, excepcionando as obrigações assumidas sobre “**bens ou interesses privativamente seus**” (1198.º) (sublinhado nosso). Encontramos, assim, já identificada a ideia que a assunção de responsabilidades pelo cônjuge marido apenas terá lugar nas situações em que o acto jurídico praticado, por exemplo, um contrato celebrado pela mulher, seja efectuado no pressuposto de a sua finalidade

reverter para o **interesse comum do casal/património comum da família**. Esta ideia é, em nosso entender, importante, e por isso, chamamos para ela a vossa atenção. Mais à frente retomaremos este tema.

Verifica-se, portanto, que a intervenção da mulher casada em sede contratual está sempre condicionada por uma ideia de **excepcionalidade**, já que, por princípio, está limitada à suposta autorização marital. Apenas em situações devidamente justificadas — impedimento ou ausência do marido — se reconhece a possibilidade de actuação, cerceada ou fortemente restringida nas demais hipóteses.

Em complemento do afirmado, atente-se no disposto no artigo 1113.º do Código Civil de 1867, no qual se estabelece o princípio geral vigente em matéria de comunicabilidade de dívidas realizadas pelos elementos do casal. Neste artigo reconhece-se, entre outras situações, a faculdade de, na constância do matrimónio, a mulher celebrar contrato munida da respectiva autorização marital ou, isoladamente, nas situações previstas no artigo 1116.º do mesmo diploma. Novamente se admite a possibilidade, mediante a verificação de um conjunto de condições, de a mulher agir contratualmente, com as inerentes consequências jurídicas ao nível do património familiar.

Saliente-se ainda que, em matéria de capacidade jurídica, o legislador oitocentista estabeleceu um conjunto de limitações, como sejam as enunciadas nos artigos 1186.º, 1187.º, 1189.º, 1190.º e 1192.º, só para mencionar alguns exemplos. Referimo-nos a incapacidades relativas à administração de bens, à publicação de obras, enquanto autora, à representação em juízo, situações apenas alteradas com a legislação republicana de 1910 ⁽¹⁰⁾.

III. E a civilística do século XIX, como é que justificou a situação jurídica da mulher, no que se refere à sua capacidade de exercício, mais concretamente, a sua limitada **capacidade contratual**?

Começamos pela compreensão dos fundamentos subjacentes à “incapacidade” da mulher. O Código Civil no artigo 1193.º refere-se à extensão da incapacidade, sem adiantar qualquer justificação para a mesma. A mulher casada está efectivamente limitada na sua esfera jurídica, comparativamente mais frágil do

⁽¹⁰⁾ Matérias que nos abstermos de desenvolver por excederem o objecto da presente investigação. No entanto, sempre se dirá que a legislação de 1910 modificou algumas matérias de natureza pessoal, mas não alterou o disposto no artigo 1189.º do Código Civil, onde se estabelecia que a administração dos bens do casal era efectuada pelo marido, competindo tal tarefa apenas à mulher nas situações em que este se encontre ausente ou tenha impedimento válido para o efeito. Mesmo nas situações em que se admitiu a administração por parte da mulher, ficou esta condicionada à autorização marital, facto demonstrativo do reconhecimento aparente e formal da actuação feminina.

que a mulher solteira, já que esta pode praticar, com algum grau de autonomia, actos de administração com relevo jurídico ⁽¹¹⁾. Entendemos, no entanto, que a falta de fundamentação deve ser preenchida com o princípio geral da superioridade do cônjuge marido, nos termos do disposto nos artigos 1117.º e seguintes do Código Civil, já que é da sua competência a administração dos bens do casal, incluindo os bens próprios da mulher.

Os autores contemporâneos da redacção do Código Civil de 1867 interpretaram a norma em causa como uma decorrência da própria divisão de papéis na estrutura do casamento estabelecida no artigo 1056.º, assumindo o marido a chefia da vida patrimonial do casal. A mulher, pela sua natureza frágil e sonhadora, necessitava de uma orientação, a qual era assegurada pelo marido, social e biologicamente aceite como possuidor de uma inteligência mais desenvolvida. LOPES PRAÇA escreve, em 1872, a propósito da diferenciação de género e respectivas particularidades: “(...) a mulher pertence a um sexo que muitas vezes apelidamos de frágil. **Tem a mulher menos força física, um sentimento mais ardente, uma inteligência menos vasta, menos forte, e fortificada com menos instrução.** Falamos, entenda-se bem, do que geralmente se observa” — (sublinhado nosso) ⁽¹²⁾.

Mas terá sido, efectivamente, a diferenciação biológica a causa do regime jurídico positivado?

ANTUNES VARELA, comentador do código em análise, depois de referir as limitações inerentes à actuação da mulher casada, procura compreender — e justificar, diríamos nós — o “apertado” regime jurídico vigente. Curiosamente, acaba por sufragar a posição advogada por outro autor, JOSÉ TAVARES, que passamos a citar pela exemplaridade do discurso:

“A lei impõe tão extensas e rigorosas restrições à capacidade jurídica da mulher casada, que mais propriamente se deve dizer que ela é afectada por uma incapacidade geral relativa a quase todos os seus actos jurídicos (...) embora esta incapacidade seja estabelecida com o fim de salvaguardar o princípio da unidade e harmonia do organismo familiar. Na verdade, só por este princípio se pode justificar tão ampla incapacidade, mas nunca pelo pretendido intuito de proteger a mulher contra os perigos da sua própria inexperiência, porque realmente a mulher casada é tão experiente como a viúva, e muito mais do que a solteira, as quais gozam de capacidade jurídica plena. O instituto da autorização marital não é um poder de força e tirania dado ao homem para dominar a mulher (...) visa evitar que a mulher se desvie do seu papel sagrado de senhora da vida interna do lar doméstico, para

⁽¹¹⁾ Como desenvolveremos no presente trabalho.

⁽¹²⁾ LOPES PRAÇA, *A mulher e a vida ou a mulher considerada debaixo dos seus principaes aspétos*, 1872, 2.ª edição, p. 101.

se entregar, com prejuízo da sua própria tranquilidade, à administração espinhosa e ingrata dos negócios externos” (13).

CUNHA GONÇALVES, autor de referência na civilística, conclui que o regime de incapacidade da mulher se justifica pela “conveniência da unidade de direcção nos negócios domésticos e impossibilidade de terem ambos os cônjuges igual força jurídica nas respectivas vontades” (14). CORREIA TELLES, no *Digesto Português* estabelece no ponto 417 ser “dever da mulher ocupar-se do governo interior da casa, salvo se o marido lho proibir”, estabelecendo no ponto 418 que a mulher “deve mesmo tomar o governo externo do casal, se o marido por moléstia ou legitimo impedimento não o poder fazer”. O mesmo autor reforça, aliás, o princípio da incapacidade contratual da mulher ao afirmar que, “Em regra, a mulher não pode, sem consentimento, dar, vender nem empenhar ainda os imóveis, **nem fazer outros alguns contratos.**” (sublinhado nosso) A capacidade contratual era, portanto, encarada como uma manifestação de virilidade, consequência da assunção da chefia da casa familiar, tarefa para a qual a mulher estava impedida.

COELHO DA ROCHA, nas suas *Instituições de Direito Civil Português*, é herdeiro das concepções advogadas, já que, igualmente aplica à mulher a **impossibilidade de contratar** “sem consentimento do marido ou sem suprimento do juiz com conhecimento de causa”. Admite, no entanto, à semelhança de Correia Telles, a possibilidade de desvio à norma nas situações em que a mulher é tutora, estando encarregue da administração da casa, ou é negociante, entre outras excepções. Novamente, é a especial competência de administração e a peculiar situação de comerciante que autoriza o afastamento do princípio geral de incapacidade cometido à mulher. BORGES CARNEIRO, no seu *Direito Civil de Portugal* (15), igualmente aborda a temática em referência, justificando a incapacidade da mulher para contratar, “mesmo sobre bens móveis”, considerando a natureza da sociedade conjugal, pela fragilidade da mulher e pelo respeito que esta deve ao marido (16).

(13) CUNHA GONÇALVES, *Direitos da Família e das Sucessões*, lições dadas ao 4.º ano jurídico, anos lectivos de 1944-45, pp. 133 e 135.

(14) *Idem*, p. 248.

(15) BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Tomo II, 1827. Este autor considera a incapacidade da mulher também aplicável às pequenas doações “ainda em remuneração ou por escola, ou para outras coisas pias; e fazendo-as, se meterão em conta na sua parte quando se fizer partilha do casal.”

(16) *Idem*, pp. 85 e 86. Não resistimos, pela peculiaridade de regime jurídico enunciado, a citar-vos o disposto nas *Instituições de Direito Civil Português* de Melo Freire, de 1779, consultadas em www.fd.unl, onde este autor define a situação jurídica da mulher ao nível contratual: “Como se obriga a esposa por contrato do marido §. XVIII — A esposa é obrigada por contrato do marido feito sem o seu consentimento, e participa do lucro e dano se tiver sido preparado por forma que de

Encontramos, assim, nestes autores, a defesa da ideia que a mulher pertence ao núcleo doméstico da casa, área que lhe está “geneticamente” destinada pelo seu género. Em face do que, a actividade “extra muros” representa a deslocação da sua especial inclinação. Como veremos, o Direito Romano igualmente reconheceu os antecedentes desta ideia, com as consequências daqui derivadas.

IV. Que dizer, então, da fundamentação referida? A análise do regime jurídico positivado permite-nos concluir que a protecção da mulher se estende, não apenas aos actos de administração, mas também à respectiva capacidade de actuação na esfera pessoal. A incapacidade contratual que lhe é aplicada, por exemplo, pela prática de actos para os quais não detenha autorização marital igualmente nos revela a verdadeira intenção do legislador. A este título, considere-se o estatuído no artigo 1198.º do Código Civil, em que se estabelece a responsabilidade do marido “pelas obrigações, que a mulher, casada segundo o costume do reino, ou com simples comunhão de adquiridos, contraiu com autorização sua”, exceptuando desta responsabilidade as obrigações que “a mulher, casada por outra forma, contraiu sobre bens ou **interesses privativamente seus**”. Parece, assim, existir uma causa superior nos assuntos de especial inclinação da mulher, como eram as matérias relativas à “ordem, economia, a elegância, a boa escolha e direcção dos criados” (17). Caso contrário, não faria sentido diferenciar o fim subjacente aos actos jurídicos praticados, considerando se, com a sua prática, o sujeito ultrapassou ou não os seus interesses particulares. Presume-se que a existência de um interesse superior de família justificaria a assunção de responsabilidades pelo cônjuge marido, causa que, a não existir, afasta esta responsabilidade solidária. Assim, caso a mulher casada prossiga interesses exteriores ao “núcleo duro” da casa, o legislador admite a “represtinação” da capacidade jurídica desta, colocando-a em situação similar aquela que detinha antes do casamento. As observações referidas ganham confirmação com a leitura do disposto no artigo 1199.º do Código Civil, no qual se estabelece que, ocorrendo suprimimento de autorização pelo marido, este só responde “pelos actos da mulher, **que procederam de obrigações comuns, ou reverteram em benefício comum**”. Isto é, o legislador reconhece que, afastando-se a mulher das orientações rece-

sua natureza possa originar lucro ou dano. E daqui resulta que, se o marido tomar para si, sem outorga da mulher, rendas anuais, quer públicas, quer particulares, e com este título obrigar os bens, a esposa é abrangida por esta obrigação, e sente os lucros ou danos daí resultantes: no entanto, não é obrigada pela fiança que o marido der, visto que esta é sempre prejudicial”. De referir que Mello Freire analisa a incapacidade da mulher para contratar como uma consequência de o marido assumir a qualidade de cabeça e chefe de família. A incapacidade para contratar é igualmente negada perante a ausência do marido, contrariamente ao posteriormente admitido no Direito Português.

(17) LOPES PRAÇA, *ob. cit.*, p. 165.

bidas, agindo sem a competente autorização, a sua actuação ao nível da esfera familiar apenas deve ser protegida pelo património comum se resultar no interesse da própria família, nomeadamente pelo engrandecimento do respectivo património. Todas as demais situações devem ser afastadas da “preocupação familiar” e respectivos encargos patrimoniais!

V. Face à construção jurídica apresentada e enunciados os fundamentos e âmbito de aplicação do regime contratual da mulher casada no Direito Português plasmado em 1867 encontremos os antecedentes romanos desta construção, procurando identificar os respectivos factores de aproximação e de afastamento. Em face do que, passamos a enunciar as questões que entendemos pertinentes:

A) Qual a fundamentação invocada pelo Direito Romano relativamente à (in)capacidade contratual da mulher casada?

B) Encontramos a mesma ideia de incapacidade sufragada em 1867?

B1) Em caso afirmativo, era a incapacidade suprida pela autorização marital?

C) Qual a aproximação possível entre a figura da autorização marital e da tutela romana?

D) Qual a relevância do *Senatusconsultum Velleianum* para a construção do conceito de “interesses privativamente seus” e “benefício comum” da família constantes do Código Civil de 1867?

§ 3.º A SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO ROMANO. A TUTELA. CONFRONTO COM O DIREITO PORTUGUÊS

3.1. Aproximação entre a figura da autorização marital e da tutela romana

I. Ao longo da nossa exposição responderemos às questões acima enunciadas, embora tenhamos consciência que a articulação entre as mesmas impede, por vezes, uma resposta definitiva a cada uma em particular. Procuraremos, no entanto, analisar a construção romana no confronto que entendemos ser pertinente efectuar com o Código Civil Português de 1867 ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Insiste-se, novamente, que as interrogações e desenvolvimentos que iremos efectuar partem sempre do regime jurídico positivado em 1867, não nos dedicando a uma análise exaustiva das especificidades nesta matéria, no Direito Romano.

Parece-nos oportuno começar a abordagem do quadro jurídico romano em matéria de (in)capacidade citando novamente DANIELLE GOUVEVITCH ⁽¹⁹⁾, que analisou a temática em análise: “Em muitas regras do nosso direito, a condição das mulheres é pior que a dos homens”. Na realidade, o estatuto jurídico da mulher no Direito Romano necessita de ser contextualizado, na medida em que o tratamento atribuído variou de acordo com a evolução do próprio Direito Romano.

A própria concepção de família alicerçou a menor expressão da mulher na estrutura doméstica. A peculiaridade da família romana relaciona-se igualmente com a sua importante dimensão ético-jurídica, concebendo a casa/lar como um espaço de culto e de manifestação do sagrado, permitindo o recolhimento interior de cada um dos seus elementos e a própria defesa do indivíduo face ao exterior. R. Von Ihering refere-se à harmonia da casa romana nos seguintes termos: “un lugar santo, asilo amparado por la réligion, habitada no solo por hombres, sino también por dioses com su templo de Vesta y su altar de los penates” ⁽²⁰⁾. A própria entrada na família romana estava condicionada pelos requisitos que os *mores maiorum* e o Direito Romano vão definindo e introduzindo no ordenamento jurídico. E vai ser exactamente no interior da casa romana que o poder do *paterfamilias* se vai manifestar de modo absoluto e autoritário. Assim, tendo em conta a posição detida na família pelos seus vários elementos, os cidadãos romanos ou eram *paterfamilias* ou se encontravam debaixo da autoridade deste. Apenas os primeiros eram considerados pessoas autónomas — *personae sui iuris* —, os segundos dependiam do *pater* e não tinham capacidade jurídica completa. Eram *alieni iuris*, como sucedia frequentemente às mulheres. A família surgia essencialmente como uma realidade de natureza patrimonial e militar, no seio da qual se concentrava o poder do *paterfamilias*.

II. A través do casamento, a mulher era transferida da autoridade doméstica do seu *pater* para a do seu futuro marido, aí ficando plenamente integrada. Sabemos que coexistiram duas formas de casamento: o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*, funcionando a *manus* como o poder específico que o marido adquire sobre a esposa através da convenção celebrada. A evolução operada foi no sentido da liberalização do casamento, passando, a partir do século III a. C., a ser maioritária a celebração de casamento *sine manu*. Veremos seguidamente como a figura em análise se aproxima e distancia da autorização marital prevista no Código Civil de 1867.

⁽¹⁹⁾ Autora citada no início do presente trabalho.

⁽²⁰⁾ R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, Fernando Vela, Marcial Pons, 1997, p. 149.

No entanto, é possível afirmar-se que a mulher em Roma estava colocada sobre a dependência do pai ou de um tutor, e quando casada, do respectivo marido, facto que afectava, naturalmente, a sua capacidade jurídica, mais concretamente, a sua capacidade contratual. Como nos alerta BONFANTE, a mulher encontrava-se submetida, na qualidade de súbdito, ao chefe de família, não sendo possível encontrar nas fontes o reconhecimento de uma típica relação de natureza conjugal. Uma vez casada, a mulher transportava o seu património, o qual era entregue pelo seu *paterfamilias* ao titular da *manus*, o marido. À mulher era atribuída uma pequena parcela, designada de pecúlio, também esta fortemente condicionada quanto ao gozo e disposição por parte da mulher.

A dependência da mulher em Roma tem de ser procurada desde a formação da família romana. Ocorrendo a morte do *paterfamilias* as diferenças entre os sexos são evidentes no que se refere à matéria da capacidade. O *filiusfamilias* torna-se independente — *sui iuris* — assumindo a plenitude da sua capacidade jurídica. A *filiafamilias*, pelo contrário, independentemente da idade que tenha, após a morte do *pater* é colocada sobre a dependência de um tutor (sendo *sui iuris*) e pode ficar neste estado durante toda a sua vida.

Acrescente-se ainda que, na esfera do direito público, a mulher não participa da *res publica*, não podendo exercer uma magistratura nem *postulare pro aliis* perante o magistrado. No domínio do direito privado está sempre condicionada pela autoridade alheia: “à *patria potestas*, se *filiafamilias*; normalmente à *manus* do marido, se esposa; e à tutela perpétua, se *sui iuris*” (21).

III. Como já referimos, a situação jurídica da mulher variava consoante o estado civil em que se encontrava. Sendo solteira ou efectuando um casamento *sine manu* a mulher continuava sujeita à autoridade paterna — *patria potestas* —. Pelo que, tem capacidade de exercício em matéria de alienação de bens, já que, em bom rigor, não é, efectivamente, proprietária destes, uma vez sujeita ao poder do *paterfamilias*. Apenas se vincula pessoal e não patrimonialmente. No caso da mulher casada, nomeadamente, tendo sido celebrado casamento *cum manu*, a sua capacidade está condicionada pela família na qual está integrada — *manus* —. Em face do que, as limitações impostas à mulher resultam da importância de acautelar a sobrevivência do património familiar, elemento de interesse público relevante. Assim se justifica a restrição imposta em matéria contratual. Ao obrigar-se, a mulher vincula toda a sua família, podendo, pela sua incúria ou desleixo, fazer perigar o sustento da estrutura familiar. Acrescente-se, aliás, que grande parte dos autores romanos destacava a **ligeireza do espírito feminino** na tomada de decisões afectas à gestão familiar como justificação

(21) A. SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 143.

para o regime jurídico vigente. Parece, portanto, que a principal fundamentação invocada para justificar a situação de incapacidade da mulher não reside na necessidade de acautelar a sobrevivência do património, memória dos antepassados e sinal de dignidade da estrutura patriarcal, mas na defesa da mulher da sua própria natureza. Daí o aparecimento do instituto da **tutela** para as mulheres *sui iuris*. Apenas GAIO refuta a justificação do género como motivação da tutela: “(...) L’opinion vulgaire, dit-il, est que les femmes doivent être régies par des tuteurs, parce qu’elles ont l’esprit trop léger pour se gouverner elles-mêmes; mais cette raison est trop spécieuse que solide... Cette tutelle a été établie dans l’intérêt des tuteurs eux-mêmes, et afin que la femme, dont ils sont héritiers présumptifs, ne puisse ni leur ravir son héritage par un testament, ni l’appauvrir par des aliénations ou par des dettes” (22).

Depreende-se, assim, que para este autor, a incapacidade feminina, nomeadamente a impossibilidade de autonomamente celebrar contratos, terá de ser procurada no verdadeiro interesse subjacente aos actos em causa. Na realidade, em grande número de situações, estaríamos perante alienações assumidas pela mulher que, caso a tutela inexistisse, poderiam fazer perigar o património que futuramente seria adquirido pelos próprios tutores, o que importa acautelar. Assim se compreende, refere Gaio, que a mulher livre, mesmo quando é *sui iuris*, esteja submetida à *auctoritas tutoris* para a celebração de todos os negócios formais, para actos de disposição de *res Mancipi* e para contrair dívidas. Pode-se, portanto, afirmar que os meios de suprimento da incapacidade da mulher não são estabelecidos em nome/interesse desta, mas para proteger o tutor da sua expectativa de sucessão nos bens, de forma a suprir uma incapacidade natural.

Refira-se, no entanto, por honestidade com a própria evolução da instituição tutelar, que com a generalização do matrimónio livre — *sine manu* — a mulher *sui iuris* passa a poder dispor dos seus bens na constância do matrimónio, havendo a intervenção do tutor apenas para determinados actos e negócios. Esta decadência verifica-se também com a admissão da *optio tutoris* (tutela testamentária), o que leva Gaio a afirmar, destacando a progressiva autonomia da mulher: “(...) Ninguna razón convence suficientemente de que las mujeres de plena edad están en tutela, ya que ellas realizan los negocios por si mismas y en algun casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula” (23).

(22) PAUL GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, 2.ª ed., Paris, 1885, p. 104.

(23) MANUEL GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium — El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1958, pp. 143 e 144. Neste mesmo sentido nos refere A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano IV*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Juridica*, n.º 93, Coimbra Editora, 1.ª ed., p. 204. Consultar, com

IV. Como efectuar o paralelismo, ao nível da fundamentação, com o Direito Português, mais concretamente com o Código Civil de 1867?

Tal como referimos atrás, a fundamentação invocada no século XIX para a incapacidade contratual feminina é alicerçada na especial fraqueza do género feminino. Já verificámos que a maior parte dos autores romanos advogavam idêntica fundamentação para a incapacidade contratual romana. Mas será que a defesa de um património familiar não estaria igualmente subjacente no espírito do nosso legislador oitocentista? Vejamos. Quando olhamos para a situação da mulher solteira verificamos que as restrições à sua capacidade de alienação/patrimonial são efectivamente menores. A mulher solteira, maior de vinte e um anos (artigo 97.º do Código Civil de 1867) não está impedida da prática de actos jurídicos, como por exemplo, a possibilidade de celebração de contratos que poderão implicar alienação de bens com valor patrimonial. Veja-se, a este propósito, o estatuído no artigo 98.º do Código Civil que estabelece que os menores que celebrem contratos não podem, por este facto, ser constituídos em obrigações jurídicas. Por argumento *a contrario sensu*, sendo maiores de idade, a vinculação jurídica operada por via contratual já poderá suceder. No entanto, o legislador oitocentista entendeu que deveria distinguir as duas situações, reconhecendo amplitude de actuação à mulher solteira que não reconheceu na casada. Aqui, o argumento da fraqueza do sexo parece não ser bastante para sustentar o regime de incapacidade ⁽²⁴⁾! Pelo que, a cautela com que o legislador admitiu a reduzida capacidade de actuação da mulher casada nos permite concluir que, eventualmente, ainda que de forma velada, se aceita, à semelhança do sufragado por Gaio no Direito Romano, que a actuação da mulher, sem se encontrar munida da respectiva autorização marital poderá ser “perigosa”. Para que efeito? Em nome da **protecção do património familiar**. Refira-se, aliás, e este será um dos aspectos que seguidamente analisaremos, que o legislador salvaguarda que esta autorização acautele aquilo que se define por **benefício comum do casal** (cfr. artigo 1199.º do Código Civil). Significa, portanto, que o legislador entendeu

interesse para a temática em referência, a obra de MARIA JESUS CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972.

⁽²⁴⁾ A este propósito, cfr. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 266 onde o autor efectua comentário acerca do diferente regime existente entre a mulher solteira e a casada: “Quanto à mulher, a autorização, torna-a, no concernente ao acto visado (...) tão capaz como se fosse solteira ou não casada, já se vê, quanto à incapacidade relativa derivada do casamento. (...) Mas a autorização, evidentemente, não liberta a mulher de outras incapacidades que, porventura, tenha; nem impede que os seus actos possam ser arguidos de outras quaisquer nulidades como poderiam sê-lo se ela tivesse a sua plena capacidade. A mulher autorizada, porém, só adquire capacidade dentro dos termos da autorização; e, quando estes termos não sejam claros, deve atender-se às circunstâncias que a precederam”. Sobre os critérios que deverão ser observados para a validade da autorização marital cfr. p. 266 e ss. da obra em referência.

que a intervenção do cônjuge marido protegerá os interesses da estrutura patrimonial familiar, suprimindo, aparentemente, uma menor preparação feminina para a aferição destas matérias. O receio da dissipação do património conjugal por parte da mulher é demonstrado no facto de se exigir autorização marital específica para cada um dos actos praticados pela mulher, não se admitindo uma autorização geral para o efeito (artigo 1194.º do Código Civil).

3.1. Aproximação entre a figura da Autorização Marital e da Tutela romana

V. Aspecto comum entre as duas figuras em referência reside no facto de nos encontramos perante formas de suprimento da incapacidade da mulher por um elemento masculino, o que nos permite concluir pela superioridade masculina na estrutura familiar. No Direito Romano, a supremacia é consequência do elemento patriarcal dominante na estrutura familiar, quer este fosse assumido pelo marido, quer por outro elemento masculino. No Direito Português, a relevância masculina surge da superioridade do cônjuge marido na sociedade conjugal.

A autorização marital prevista no Código Civil de 1867 abrange tanto actos jurídicos da esfera pessoal — impossibilidade de publicação de livros enquanto autora, de estar em juízo, entre outras situações já anteriormente referidas — como actos da esfera patrimonial da mulher — importem ou não estes actos jurídicos diminuição de património —. O receio do legislador abrange não só a alienação do património como a conservação do mesmo. Este aspecto não deixa de ser curioso. Parece que qualquer acto praticado pela mulher é susceptível de comprometer a situação jurídica do casal. Pelo que, competirá ao marido a aferição da sua viabilidade. A tutela romana, por seu turno, apenas assume conteúdo de natureza patrimonial.

A autorização marital coloca a mulher numa situação de aparente menoridade jurídica, já que torna dependente do reconhecimento do respectivo cônjuge a pertinência/viabilidade da sua pretensão. Em matéria de incapacidade contratual verifica-se que a mulher, independentemente do objecto do contrato que visa prosseguir, se encontra fortemente condicionada pela autorização efectuada pelo marido, que supre, como se de um incapaz de facto se tratasse, a sua vontade. E na realidade, as mulheres são consideradas, nos termos do artigo 7.º do Código Civil sujeitos em igualdade de direitos e deveres face aos homens. E, curiosamente, não constam do elenco de incapazes enunciados nos artigos 97.º e seguintes do Código Civil (25).

(25) Cfr. Código Civil de 1867 Título IX — Da incapacidade por menoridade e do seu suprimento, nomeadamente, artigo 99.º deste diploma.

VI. Relativamente ao instituto da tutela importa considerar que a sua conformação jurídica tem de ser analisada a dois níveis, ambos relativos à capacidade de exercício/negocial da mulher *sui iuris*. Refira-se ainda que nos encontramos perante uma incapacidade limitada, uma vez que a mulher não tem capacidade para alienar ou contrair obrigações, mas pode adquirir.

Num primeiro momento, falamos da *tutela mulieris* originária na qual se estabelece um regime de limitação da capacidade da mulher que obriga à intervenção do tutor nos actos mais importantes de disposição, tendo em vista a conservação do património familiar. A tutela referida respondia à necessidade de suprir a *potestas* do *paterfamilias* ou a *manus* do marido sobre a mulher, mecanismos habituais de controlo da actuação patrimonial da mulher. O segundo nível diz respeito ao processo de decadência da figura da tutela, que ainda sobrevive perante a difusão do matrimónio livre, que permite uma maior liberdade de actuação à mulher. A decadência da tutela conduz à sua aplicação como uma mera sobrevivência histórica, detendo apenas conteúdo formal. O tutor intervém apenas “por pura fórmula” — *auctoritatis interpositio*. Augusto liberta totalmente da tutela as mulheres ingénuas com três filhos legítimos e as manumitidas com quatro. Justiniano veio atenuar a proibição geral de intercessão, igualando os dois sexos em matéria de capacidade negocial. É exactamente reportado ao período de apogeu da tutela romana que efectuamos a nossa análise.

Curiosamente, a partir do momento em que se divulga o casamento livre, com maior flexibilidade na designação do tutor e respectivo afrouxamento dos seus poderes, é reconhecida à mulher a intervenção no espaço público. Assim, a preocupação legislativa irá incidir sobre as relações que a mulher estabelece com terceiros, como sucede em matéria contratual. A mulher deixa de ser considerada incapaz como esposa, mulher ou irmã e passam a ser as incapacidades derivadas do género que ganham relevância. Exemplo do afirmado é a Lex Voconia de 169 a. C., mediante a qual a mulher é incapaz de herdar por testamento de quem tem mais de cem mil asses, pretendendo-se, assim, condicionar o nível de riqueza das mulheres ⁽²⁶⁾.

A decadência da tutela conduz à sua aplicação, a partir da época clássica, como uma mera sobrevivência histórica, detendo apenas conteúdo formal. O marido passa a exercer igualmente o ofício de tutor, surgindo as limitações à capacidade feminina como consequência dos entendimentos das épocas anteriores que viam a mulher como sujeito confinado à estrutura doméstica da casa. Fundamento bastante para a manutenção das incapacidades da mulher no que se

⁽²⁶⁾ Outro argumento invocado relaciona-se com o facto de se entender que as mulheres, detendo poder económico, habitualmente desbaratavam o dinheiro com a aquisição de bens luxuosos. Razão bastante para não incentivar a prática referida.

refere aos *officium civile* e aos *officium publica* e a proibição de *intercedere* do *Senatusconsultum Velleianum*.

VII. Verifica-se, assim, que à semelhança do marido no Código Civil de 1867 o tutor romano necessita — pelo menos no período de maior apogeu da tutela — de intervir em todos os actos de administração/gestão da mulher, nomeadamente, na celebração de contratos, tendo em vista a preservação do património desta. No entanto, está limitado à matéria de natureza patrimonial, âmbito que foi alargado ao foro pessoal, esfera igualmente controlável pelo marido no Código Civil de 1867. Esclareça-se que, ocorrendo casamento *cum manu*, essas competências pessoais eram desenvolvidas pelo titular da *manus*: o marido. Podia, portanto, ocorrer separação de competências em sede de poder pessoal e patrimonial. O tutor tinha ainda de ter intervenção na prática de actos que pudessem implicar diminuição do património da mulher, o que novamente nos confirma o elemento patrimonial na designação do tutor. Igualmente era requerida a intervenção do tutor nas situações em que **potencialmente** pudesse ocorrer diminuição do acervo patrimonial. Nos actos jurídicos em que não existisse o potencial risco de perda patrimonial o tutor não tinha intervenção. Ora, na **celebração de contratos** o risco da perda de património estava muitas vezes presente, fundamento bastante que justificava a incapacidade da mulher nesta matéria. No Direito Português, curiosamente, o legislador comina a mulher de incapacidade nas situações de aquisição e de alienação de bens, o que significa que a ideia de potencial perda de património igualmente está presente. Visa-se assegurar que os actos em questão apenas serão praticados com a chancela do cônjuge marido que certificará da assertividade dos mesmos. No entanto, o legislador oitocentista entendeu alargar a incapacidade da mulher igualmente nas situações de **aquisição de bens**, possivelmente considerando que essa aquisição poderia ficar comprometida com os ónus que recaíssem sobre as mesmas. Foi, portanto, mais restritivo em sede de incapacidade face ao Direito Romano.

Registe-se igualmente que o tutor da mulher, à semelhança do cônjuge marido não intervém em substituição da mulher mas ao seu lado, numa figura que poderíamos designar de “assistência”. Na realidade, tal como no Direito Português, o marido não intervém em representação da mulher, uma vez que apenas autoriza a prática de actos, sendo a mulher que, de facto, os executa. O que não deixa de ser curioso tratando-se, de facto, de uma incapacidade⁽²⁷⁾. Refira-se igualmente que, em ambas as situações, a intervenção do tutor e do marido tem

(27) No entanto, não sendo assumida como uma incapacidade ao nível jurídico, conseguimos entender a construção efectuada pelo legislador, colocando a mulher como autora do próprio acto.

de ser **casuística**. Isto é, a intervenção é **específica** para cada um dos actos que são praticados pela mulher. Importa ainda que a autorização defina a natureza e o objecto do acto a realizar. O que nos confirma a individualidade de cada intervenção, merecedora de análise específica/ponderação de interesses por parte do tutor e do marido ⁽²⁸⁾.

Ocorrendo a celebração de acto jurídico sem o respeito do disposto no artigo 1193.º do Código Civil, isto é, sem a competente autorização marital, o artigo 1201.º do Código Civil estabelece a nulidade do acto, salvo ocorra, nos termos do § 1.º confirmação do marido, “não se achando proposta em juízo, por terceiro, acção nenhuma a este respeito” ⁽²⁹⁾. Neste âmbito, igualmente o Direito Romano permite comparações de regime, já que, no caso de o contrato ser celebrado sem a *auctoritas tutoris*, a mulher adquiria os direitos, mas não se obrigava civilmente. Reconhecia-se à outra parte a faculdade de opor a *exceptio non adimpleti contractus* — excepção de não cumprimento do contrato — havendo ainda a possibilidade de o tutor conceder a sua *auctoritas*, ratificando o negócio. Igualmente se admite, portanto, a chancela de quem tem autoridade para o efeito, embora sem a exigência estabelecida no artigo 1201.º do Código Civil.

Com a decadência do instituto da tutela, a intervenção do tutor foi assumindo relevo meramente formal, sem aferir do conteúdo substantivo ou dos efeitos dos actos em questão.

§ 4.º O CONTRIBUTO DO *SENATUSCONSULTUM VELLEIANUM* PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE “INTERESSES PRIVATIVAMENTE SEUS” E “BENEFÍCIO COMUM DA FAMÍLIA” DO CÓDIGO CIVIL DE 1867

I. Refira-se ainda o disposto no *Senatusconsultum Velleianum* (adiante designado de SC) que nos auxilia a compreensão da limitada capacidade da mulher no direito português. O disposto no SC é especialmente relevante na articulação com o artigo 1193.º do Código Civil que estabelece um conjunto de impedimentos para a mulher, com expressão ao nível contratual, nomeadamente, a incapacidade para contrair obrigações. O SC permite-nos igualmente compreender o conteúdo de dois conceitos relevantes para a temática em apreço: “**interesses privativamente seus**” e “**benefício comum**” de família (respectivamente, artigos 1198.º e 1199.º do Código Civil).

⁽²⁸⁾ Como exemplo, podemos referir a definição do tipo de contrato a celebrar e os termos acordados para a execução do mesmo.

⁽²⁹⁾ A parte final do artigo 1201.º, § 1.º, do Código Civil deve ter-se *por não escrita*, por desarmonia com o disposto no artigo 1200.º do mesmo diploma.

Muitos autores discutem se o SC foi estabelecido no interesse das mulheres, tendo em vista a sua protecção, ou se contra estas. Paul Guide, analisando a matéria em referência, acaba por concluir que a proibição estabelecida no SC deve ser interpretada como um mecanismo de repressão da crescente influência das mulheres. Na realidade, com o desaparecimento do casamento *cum manus* e a emergência de novas condições sociais e políticas, a posição das mulheres na sociedade romana era progressivamente relevante. Sebastião Cruz invoca como justificação oficial para o SC a especial fragilidade da mulher, no entanto, salienta que a verdadeira finalidade seria a protecção destas, sendo intercedentes dos homens. Refere, assim, que os homens abusavam da natural ingenuidade feminina e da respectiva falta de experiência para forçarem a vinculação jurídica. Veja-se, a este propósito, o disposto no Digesto 16, 1, 2: “Examinemos pues, las palabras del senadoconsulto, una vez alabada la providencia del excelentissimo senado por **haber protegido a las mujeres, seducidas y enganadas e muchos casos de este tipo a causa de la debilidad de su sexo**” ⁽³⁰⁾ (sublinhado nosso). Em face do que se estabeleceu, que as mulheres não podiam praticar actos de *intercessio* a favor de qualquer homem, proibindo-se que estas se responsabilizassem, por qualquer forma, pelas dívidas contraídas por um homem. Nas palavras de Sebastião Cruz, estabeleceu-se a proibição de “**alguém se responsabiliza[r], de qualquer modo, pela dívida dum terceiro**” ⁽³¹⁾.

Refira-se que a proibição da *intercessio* não anulava o negócio efectuado pela mulher, mas tornava-o ineficaz, não permitindo, sequer, o aparecimento de uma obrigação natural ⁽³²⁾. Aspecto que reveste para nós particular interesse relaciona-se com as excepções objecto do SC. Estabelece-se no Digesto Livro 16, Título 1, parágrafos 11, 12 e 13, que o SC não se applicava, sendo o negócio celebrado válido, nas situações em que a mulher age em **defesa de interesse patrimonial próprio**, como o legislador exemplifica através da celebração de vários contratos: D. 16,1,11: “Si la mujer hubiere recibido dinero, como si fuese para **su próprio uso**, com el fin de prestarlo a outro, **no se aplica el senadoconsulto**”;

⁽³⁰⁾ ÁLVARO D’ORS, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Pamplona, 1968, p. 595.

⁽³¹⁾ SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano I – Introdução*, Fontes, 4.ª edição, Coimbra, 1984, p. 235.

⁽³²⁾ Cfr. ÁLVARO D’ORS, *ob. cit.*, p. 502 — D.12,6,40,pr. “El que tiene a su favor una excepción perpetua puede repetir como indebido lo pagado por error. Pero esto no siempre es así: porque cuando la excepción se da en atención al demandado, puede repetirse lo pagado, como ocurre en el senadoconsulto voleyano sobre los actos de intercesión de las mujeres; pero cuando la excepción se da en odio al acreedor, no se repite lo indebidamente pagado, como no repite el hijo de familia que hubiese tomado una cantidad en mutuo contra el senadoconsulto Macedoniano y la hubiera pagado una vez hecho cabeza de familia”.

D. 16,1,13: “A veces, aunque la mujer asuma una obligación ajena, no es amparada por este senadoconsulto. Así sucede cuando asume una obligación, a primeira vista ajena, **pero en realidad própria de ella**”; D. 16,1, 22: “Si yo hubiese dado una cantidad a una mujer para que la dé en pago o la prometa por novación a un acreedor mío, y ella la hubiera prometido, escribe Pomponio que no se aplica el senadoconsulto, porque al quedar obligada por la acción de mandato **parece que se obliga en causa propria**” (33).

II. Se analisarmos o artigo 1198.º do Código Civil verificamos que o legislador oitocentista estabeleceu igualmente um regime restritivo na matéria de responsabilidade do marido sobre a actuação da mulher. Assim, a responsabilidade não sucederia nas situações em que a mulher actuou prosseguindo “**interesses privativamente seus**”. Significa, portanto, que, quando a mulher se desviava do interesse comum da família, o marido, que autorizou a celebração de um conjunto de actos, se considerava desobrigado da responsabilidade sobre os mesmos. Na verdade, a autorização dada pelo marido à mulher tem como pressuposto o desenvolvimento de actos indispensáveis à gestão da estrutura doméstica, já que se presume ser esta a natural inclinação feminina. Curiosamente, o legislador oitocentista não se preocupou com a definição do conceito “**interesses privativamente seus**” mas, da leitura do Código Civil e doutrina existente, em articulação com o artigo 39.º do Decreto n.º 1 de 25.12.1910, é possível preencher o mesmo. Podemos, assim, presumir que as matérias excluídas do “**governo doméstico e [relativas a] uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar**” (34) poderiam preencher o conceito em análise. LOPES PRAÇA refere que as matérias do governo doméstico são “os assuntos relativos à **ordem, economia, a elegância, a boa escolha e direcção dos criados**” (35). Em consequência, se a mulher praticar actos fora do âmbito da gestão doméstica é responsável pelos seus efeitos. Salientamos, no entanto, que a não tipificação legislativa dos actos em concreto dificulta a aplicação da disposição normativa em análise. Esclareça-se, aliás, ser esta dificuldade igualmente presente no SC em virtude da referência genérica aos “**interesses próprios**” da mulher, por contraposição aos interesses de terceiro.

(33) Todas as citações referidas no texto são retiradas de D’ORS, ALVARO, *ob. cit.*, pp. 598 e 599.

(34) Optámos por recorrer à classificação enunciada no texto por entendermos que a mesma nos permite, de uma forma objectiva, a definição das matérias que se enquadram no âmbito do governo doméstico. Em consequência, por exclusão, seria admissível o preenchimento dos “**interesses privativamente seus**”.

(35) LOPES PRAÇA, *ob. cit.*, p. 165.

Por seu turno, o artigo 1199.º do Código Civil enuncia que, nas situações em que ocorra suprimimento da autorização do marido — artigo 1193.º, § único ⁽³⁶⁾ — o marido apenas é responsável pelos actos que procederam de “**obrigações comuns ou reverteram em benefício comum**”. Novamente se presume que a supervisão marital apenas deverá ocorrer quando a mulher praticou actos com benefícios para a estrutura familiar. No entanto, somos levados a considerar que o conceito de “benefício comum” utilizado pelo legislador é mais amplo que o de “interesses privativamente seus”, já que, a mulher pode ter actuado movida por um interesse particular cujos efeitos se repercutiram benéficamente no património familiar. Beneficiando, em consequência, tanto a mulher, autora do acto, como o marido, destinatário do mesmo. E, nesta situação, o marido deverá assumir a responsabilidade pelo acto praticado. Por outro lado, o benefício comum da família pode e deve ser aferido, em nosso entender, ponderando, não apenas o enriquecimento material, como o favorecimento não patrimonialístico que poderá ocorrer pela prática de certos actos.

⁽³⁶⁾ Consultar nesta matéria — suprimimento da autorização marital por juiz — o disposto em CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 263 onde o autor esclarece os termos em que o suprimimento pode ser efectuado.

