

O CONTRATO DE EMPREITADA NAS SIETE PARTIDAS¹

Pedro de Albuquerque[†]

§ 1. 1 – DIREITO ROMANO. CONSIDERAÇÕES GERAIS²

I –



contrato romano que desempenhava em Roma as funções da atual empreitada era a *locatio-conductio*^{3/4}(*operis*). A locação (*locatio-conductio*)

¹ Artigo publicado nos *Estudos em Homenagem ao Professor Miranda*, 2012, Vol. VI. Procedeu-se, apenas, a algumas correções e à adaptação ao novo acordo ortográfico.

[†] Professor da Faculdade de Direito de Lisboa. Doutor em Direito.

² O presente estudo foi concluído em Dezembro de 2010. Os elementos tidos em consideração são, pois, condicionados pela referida data.

³ A bibliografia sobre este contrato em Roma é infundável. Para mais pormenores ou desenvolvimentos v., *colorandi causa*, WILLIAM ALEXANDER HUNTER, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, 1803, 534; POTHIER, *Pandectes de Justinian*, versão bilingue em latim e em francês, tradução de BREÁRD-NEUVILLE, Paris, 1821, 7, 192 e ss.; MACKELDEY, *Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*, traduzida do alemão por BEVING, 3.^a edição, 1846, 206 e ss. (confrontou-se, também, Id., *Systema iuris romani hodie usitati*, 1847, *Pars specialis*, Lib. II, Sec. II, §§ 374 e ss., 377 e ss. [citar-se-á normalmente pelo primeiro local, embora se notem algumas diferenças entre o livro em francês e a obra em latim, esta última normalmente mais pormenorizada]); JOHN GEORGE PHILLIMORE, *Private law among the romans from the pandects*, 1863, 261 e ss.; SCHUPFER, *Corso di diritto romano, Il diritto delle obbligazioni*, 1868, 391 e ss., 403 e ss.; DANKWARDT, *Die locatio conductio operis*, separata de *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XII, 1874, 7 e ss.; BERNHÖFT, *Kauf, Miethe und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1889, 59 e ss.; MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische*

Abteilung, 1885, 6, 260 e ss. (= *Gesammelte Schriften*, 1907, III, 132 e ss., cita-se pelo primeiro local); CARL CHRISTOPH BURCKHARDT, *zur Geschichte der locatio conductio, Oeffentliche Habilitationsvorlesung*, 1889, *per totum*; RÜMELIN, *Carl Christoph Burckhardt, zur Geschichte der locatio conductio. Oeffentliche Habilitationsvorlesung. Basel 1889. 59 S.*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1891, 33 (=N.F. 14) 19-23; LOUIS PAQUY, *Droit romain, de la locatio operis, droit français, droits des auteurs et des artistes au point de vue du droit international*, 1884, I e ss.; PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 4.^a edição, Vol. II, 2, 1855, 232 e ss.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.^a edição, II, 1887, 528 e ss., Id., *Idem*, 7.^a edição, 1891, 451 e ss. (como se sabe esta é a última edição dirigida pelo próprio autor); PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen juristen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1888, 9, 239 e ss.; ERWIN RIEZLER, *Der Werkvertrag...*, 1 e ss.; PAULO MERÊA, *Direito romano, obrigações, preleções feitas ao primeiro ano jurídico*, por RUI CUNHA E COSTA e ANTÓNIO MADAIL, 1913-1914, 92 e ss.; EMILIO COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, 1915, *passim*; GIRARD, *Manuel de droit romain*, 7.^a ed., 1924, 597 e ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1927, 2, 529 e ss., 1928, 3, 3 e ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9.^a ed., 1947, 345 e ss.; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 tomos num só volume, Tomo I, *Introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, droits réels, les successions* Tomo II, *Les obligations*, segunda reimpressão das 5.^{as} e 6.^{as} edições de 1947-1954, 1977, II, 168 e ss.; RAÚL VENTURA, *Direito romano. Obrigações*, 1951/1952, 281 e ss.; FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4.^a ed. integrada e tratada por GROSSO, 1953, 566 e ss.; ADOLF BERGER, V.^o *Locatio conductio*, in *Encyclopedic dictionary of roman law*, 1953, reimpressão de 2004, 567 e 568; OURLIAC/MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I, *Les obligations*, 1957, 273 e ss.; LUIGI AMIRANTE, *Locazione (in generale) (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1957, IX, 991 e ss.; Id., *Richerche in tema di locazione*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1959, 62, 9 e ss.; ZULUETA, *The institutes of Gaius*, 1957, II, 170 e ss.; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1960, II, I, 219 e ss.; EDOARDO VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, 511 e ss.; GIFFARD, *Précis de droit romain*, 1951, II, 51 e ss.; Id., *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, 1958, 76 e ss.; SCHULZ, *Classical roman law*, reimpressão da edição de 1951, 1954, 543 e ss.; MOREIRA ALVES, *Direi-*

to romano, II, *Instituições de direito romano: b) parte especial: direito das obrigações, direito da família; direito das sucessões*, 2.^a edição, 1972, 191 e ss.; ANTONIO MASI, *Locazione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1974, XXIV, 907 e ss.; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, 1978, 271 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da natureza do direito do locatário*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1980, I, 80 e ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, com a colaboração de FRANCESCO SITZIA e LETIZIA VACCA, Parte II, 1986, 623 e ss., Parte III, *Il período postclassico e giustiniano*, 1988, 998 e ss.; ZIMMERMANN, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, 1990-1996, 338 e ss., 384 e ss.; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O direito das obrigações em Roma*, 1997, 345 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O contrato de empreitada no Direito romano e no antigo Direito português. Contributo para o estudo do conceito de obra na empreitada*, in *Direito e Justiça*, 1993, VII, 19 e ss.; Id., *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, 1994, 75 e ss.; Id., *Contrato de empreitada*, 1994, 46 e ss.; Id., *das Obrigações (parte especial), contratos, compra e venda, locação, empreitada*, 2.^a edição, 2001, 345 e ss.; Id., *Direito do trabalho*, 5.^a edição, 2010, 71 e ss.; FELS, *Die Sachmängelsgewährleistung in Werksvertragsrecht des BGB*, 2000, 14 e ss.; ALAN WATSON, *The evolution of western private law*, 2001, 43 e 44 e *passim*; ÁNGEL GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Los precedentes romanos del contrato laboral en Portugal y en España*, in *Lusíada, Revista de ciência e cultura*, 2001, 1 e 2, 542 e ss.; CARSTEN HANNS, *Gefahrtragung bei der locatio conductio, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, 2002; SANTOS JUSTO, *A locação de coisa (locatio-conductio rei) no direito romano. Alguns reflexos no direito português*, in *Lusíada, Revista de ciência e cultura, série de Direito*, 2001, 1 e 2, 611 e ss.; Id., *A locatio-conductio rei (direito romano)*, separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, LXXVIII, 13 e ss.; Id., *Direito privado romano, II, Direito das Obrigações*, 3.^a edição, 2008, 63 e ss.; Id., *Locatio-conductio operis*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, I, 2009, 1023 e ss.; Id., *O contrato de trabalho no direito romano (locatio-conductio operarum)*, in *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, III, 2008, 775 e ss.; Id., *Breviário de direito privado romano*, 2010, 180 e ss.; JEAN-PHILIPPE LÉVY/ANDRÉ CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2002, 713 e ss.; WILLIAM LIVESEY BURDICK, *The principles of roman law and their relation to modern law*, 2004, 447 e ss.; MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18.^a ed., Munique, 2005, 219 e ss.; UWE WESEL, *Geschichte des Rechts von den Frühformen bis zur*

correspondia a um contrato consensual⁵, sinalagmático⁶ e de boa fé⁷ em que uma pessoa se obrigava a atribuir o gozo temporário de uma *res*⁸ ou a prestar serviços⁹ ou a realizar uma obra¹⁰, tendo como contrapartida o pagamento de um preço¹¹.

Gegenwart, 3.^a edição, 2006, 219 e ss.; FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, 3.^a edição, 2007, 285 e ss.; BELÉN MALAVÉ OSUNA, *Régimen Jurídico Financiero de las obras públicas en el Derecho Romano tardío: los modelos privado y público de financiación*, 2007; FRANK PETERS/FLORIAN JACOBY, *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen*, II, §§ 631-651 *Werkvertragsrecht*, 2008, II, comentário prévio aos §§ 631 e ss., 11; Id./Id., *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts 2011*, 2010, 822; W. H. BUCKLER, *The origin and history of contract in roman law down to the end of the republican period*, 2009, 151 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, 2010, III, 509; HEINRICH HONSELL, *Römisches Recht*, 7.^a edição, 2010, 139 e ss.; JAMES CRAWFORD LEDLIE, *The institutes of roman law*, 2010, 312 e 313, REINHARD RICHARDI, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eckpfeiler des Zivilrechts 2011*, 2010, 775.

⁴ Para algumas referências, breves, anteriores ao ordenamento jurídico romano v. ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso...*, 75 e ss.; Id., *Direito...*, 343 e ss..

⁵ Tratava-se, pois, de um dos quatro contratos consensuais do Direito romano ao lado da compra e venda, da sociedade e do mandato. V., entre tantos outros, POTHIER, *Pandectes...*, 7, 192 e ss.; OURLIAC/MALAFOSSE, *Droit...*, I, 273; AMIRANTE, *Locazione...*, in *Novissimo...*, IX, 992; MASI, *Locazione...*, in *Enciclopedia...*, XXIV, 908, MENEZES CORDEIRO, *Da natureza...*, in *Revista...*, 1980, I, 80.; SANTOS JUSTO, *O contrato de trabalho...*, in *Ars...*, III, 781 e 782. Ao nível das fontes cfr. *GAIUS*, 3, 135 e ss.; D., 44, 7, 2, pr.; I., 3, 22, pr..

⁶ Cfr., por todos, MASI, *Locazione...*, in *Enciclopedia...*, XXIV, 908 e ss..

⁷ V., novamente, sempre a título ilustrativo, MASI, *Locazione...*, in *Enciclopedia...*, XXIV, 908.

⁸ Origem do actual contrato de locação.

⁹ Próximo ou base do hodierno contrato de trabalho. Cfr., por todos, SANTOS JUSTO, *O contrato de trabalho...*, in *Ars...*, III, 775 e ss..

¹⁰ Actual empreitada.

¹¹ Para uma noção de *locatio-conductio operarum* em moldes aproximados v., entre nós, por todos, SANTOS JUSTO, *O contrato de trabalho...*, in

II – A multiplicidade de propósitos deste contrato conduziu os romanistas e autores que do assunto se ocuparam¹² a distinguir três contratos de locação diversos: a locação de coisa (*locatio-conductio rei*), de trabalho¹³ (*locatio-conductio operarum*) e de obra (*locatio-conductio operis*). Contudo, esta teoria da tripla *locatio*, dominante no século XIX, tem vindo a ser contestada em favor da Doutrina da unidade contratual da figura junto dos romanos.

Com precedentes em BECHMANN¹⁴, PARTSCH e RABEL, ARANGIO-RUIZ¹⁵ veio sustentar, porém, terem os romanos um conceito unitário de locação. A ideia de ARANGIO-RUIZ foi acolhida e desenvolvida por BRASIELLO¹⁶ e AMIRANTE¹⁷ acabando por se tornar, parece, na *communis opinio*¹⁸. E de facto as fontes não autonomizam de forma clara

Ars..., III, 781. Para a figura genérica da *locatio-conductio* v. SANTOS JUSTO, *Direito...*, II, 63 e 64.

¹² Veja-se, por exemplo, MACKELDEY, *Manuel...*, 206 e 207; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, III, 509. Outras referências serão feitas nas notas que se seguem.

¹³ Sobre o trabalho na sociedade romana v., por todos, com indicações RAFAEL GIBERT, *El contrato de servicios en el derecho español medieval*, in *Cuadernos de historia de España*, 1951, 15, 6 e ss.; SANTOS JUSTO, *O contrato de trabalho...*, in *Ars...*, III, 779 e ss.; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do...*, 71 e ss..

¹⁴ BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im Römischen Recht*, reimpressão da edição de 1884, 1965, 428 e ss..

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, 345 e ss..

¹⁶ BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione...*, in *Rivista italiana per le scienze...*, 1927, 2, 529 e ss., 1928, 3, 3 e ss..

¹⁷ AMIRANTE, *Locazione...*, in *Novissimo...*, IX, 992 e ss., referindo uma unidade conceptual da *locatio-conductio* mas uma pluralidade de figuras na regulamentação concreta; Id., *Ricerca...*, in *Bullettino...*, 1959, 62, 9 e ss., 17, 113, 115 e 116.

¹⁸ V., por exemplo, para além dos autores antes referidos, GIUSEPPE GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 2.^a edição, 1949, 169; RAÚL VENTURA, *Direito romano...*, 283 e ss.; FERRINI, *Manuale...*, 566; SCHULZ, *Classical...*, 542 e 543; ZULUETA, *The institutes...*, II, 171; VOLTERRA, *Istituzioni...*, 513 e ss.; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O*

direito..., 345 e 346; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, 347, nota 2; SANTOS JUSTO, *Direito...*, II, 64; Id., *A locatio-conductio...*, 15; Id., *O contrato de trabalho...*, in *Ars...*, III, 778; MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches...*, 219; FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual...*, 291 e ss.. OURLIAC/MALAFOSSE, *Droit romain...*, I, 281, consideram, porém, o problema em aberto; enquanto SANTOS JUSTO, *Locatio-conductio...*, in *Estudos em Homenagem...*, I, 1025 (por referência ao ensinamento de OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage en droit romain*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1936, 15, 4.^a série, 419 e ss., 462, ele mesmo um defensor da ideia de unidade da *locatio* em Roma; e ALZON, *Les risques dans la location-conductio*, in *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 1966, 12, 311), dá conta de os defensores de a concepção tradicional de locação não terem desarmado e de ARANGIO-RUIZ e BRASIELLO não terem abalado a fé na *locatio* tripartida. PUGLIESE, *Istituzione...*, II, 624 e 625, postula uma posição intermédia: aceita a ideia de que os juristas romanos trabalharam com um conceito unitário de *locatio-conductio*, baseado sobretudo na ideia de *locatio* (colocar à disposição) e de *conducere* (trazer consigo ou para si), sem nunca terem feito uma separação rígida das três figuras; postula, todavia, terem os jurisconsultos, de então, surpreendido a exigência de distinção dos três tipos de *locatio* em razão das suas diferentes funções económicas e sociais. Assim, a disciplina jurídica de cada uma delas assumiria, caso a caso, características diferentes que guarneciam o conjunto típico de interesses subjacentes; isto sem existir uma qualificação dogmática consciente. V., também, numa linha não muito diversa, afastando-se de quem negue aos juristas romanos a capacidade de distinguir, partindo de um sentido unitário, os diferentes interesses em jogo consoante as circunstâncias, BETTI, *Istituzioni...* II, I, 220 e ss.; e se bem vimos MASI, *Locazione...*, in *Enciclopedia...*, XXIV, 908 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, 348, com referências ao nível das fontes romanas (cfr. D., 50, 16, 5, 1; e D., 19, 2, 51, 1) a distinções consoante o tipo de *locatio* em causa. Há também defensores da ideia de bipartição da *locatio-conductio*: assim FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Unité, bipartition ou tripartition de la locatio conductio*, in *Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Lyon*, 1975, I, 39 e ss., 48. Aliás, não por acaso, veremos no período do *ius commune*, muitos autores aproximarem a *locatio operarum* e a *locatio operis* numa única noção de *locatio* de serviços de que viriam a falar, depois, vários juristas do século XIX e pandectístas – estes últimos, ao contrário dos primeiros, sem as confundir, mas admitindo um conceito mais amplo de *locatio* de serviços no qual se integrariam, como casos específicos, a *locatio*

essas figuras como categorias próprias¹⁹. Ao contrário parecem testemunhar uma situação jurídica única, assim como um tipo contratual único²⁰.

III – O ponto de partida do secular caminho conducente à tripartição da *locatio-conductio* estaria afinal, diz-se, nos glossadores e, designadamente, na *Summa* de AZO (1150-1230²¹)^{22/23}. Mas a sua exata formulação e a distinção perfeita

operarum e a *locatio operis*; entre eles, cf., por exemplo, MACKELDEY, *Manuel de droit romain contenant...*, 206 e ss.; Id., *Systema iuris Pars specialis*, Lib. II, Sec. II, §§ 375 e ss., 378; WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, 6.^a edição, II, 529 e ss. (nesta edição, WINDSCHEID cita a obra anterior de DANKWARDT em seu apoio); e, embora, porventura menos entusiasticamente e até com alguns reparos a WINDSCHEID, DANKWARDT, *Die locatio...*, 7 e ss. (que tinha em vista edições anteriores de WINDSCHEID, como a primeira *Lerhbuch des Pandencktenrechts*, 1866, II, II, 112 e ss., 120 e ss.; ou a 3.^a, 1870, II, 454 e ss.; e 462 e ss., particularmente, o § 401 [a que equivocadamente DANKWARDT se refere como sendo o § 411] onde o professor de Basileia, Munique, Heidelberg e Lípsia, entre outras universidades, tratava conjuntamente, do ponto de vista sistemático, na mesma noção e parágrafo dedicado à locação de serviços, a *locatio operarum* e a *locatio operis*, numa orientação que se manteria em edições posteriores como a 6.^a. Mas não sem que estivesse presente a distinção entre as três formas de *locatio-conductio*, pois WINDSCHEID admitia o conceito de locação de serviços no qual se integrariam como subespécies a *locatio operarum* e a *locatio operis*, mas do ponto de vista da ordenação das matérias ou figuras procedia a uma rigorosa distinção entre ambas. Para uma breve ilustração da posição de WINDSCHEID pode, ainda, ver-se OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage...*, in *Revue historique de droit français...*, 1936, 15, 4.^a série, 420). Entre nós, encontra-se um exemplo deste modo de proceder à divisão da *locatio-conductio* em duas grandes categorias: i) – a *locatio rei*; ii) – a locação de serviços, com subdivisão desta em duas variedades do mesmo conceito mais amplo – em PAULO MERÊA, *Direito romano...*, 92.

¹⁹ V. *GAIUS*, 142 e ss.; D. 19, 2; C., 4, 65.

²⁰ Veja-se *GAIUS*, 3, 135; 3, 142 e ss.. Revemos assim a posição que expressámos acerca da *locatio-conductio* no nosso *A representação...*, 87 e ss..

²¹ Existem dúvidas acerca da data da morte de AZO (também designado AZZO e AZOLINUS) devido ao facto de a data da sua lápide ter sido inter-

polada. Os documentos apontam, de acordo com SAVIGNY, o ano 1220. ORESTANO diz ser 1230, havendo mesmo quem indique o ano, altamente improvável, de 1250.

²² A propósito de quanto refere AZO a respeito da *locatio-conductio* v. *Summa Codicis et institutionem, Codicis*, L. IV, Rub. *De locato et conducto*; Inst. L. III, Rub. *De locatione et conductione, maxime* n.º 3, onde o autor escreve: «*Locator dicitur qui eo, quod suum est, alium uti permittit, conventa mercede; conductor vero e converso qui eo, quod aliorum est, utitur, conventa mercede. Ergo, so domum haberem et te, conventa mercede, inhabitare permitto, tu conductor, ego locator dicor (...). Tu quoque, si operis tuis, mercede conventa, in re mea utaris, diceres locator operarum et ego earumdem conductor (...). Si vero tibi opus faciendum, mercedem conventa, dedero, respectu operis ego locator, tu vero conductor diceris (...)* et quandoque diceris redemptor (...) sed respectu operae e converso est, saepae tamen uno pro alio ponimus (...)», passo entendido como um dos pontos de partida para a tripartição das locações [Veneza, 1499, fol. 100 f. e ss.; fols 214 v.]. (= AZO, *Summa Perutilis*, as mesmas rubricas [1530, sem local de publicação, fol. 132 f e ss., 286 v e 287 f.]).

²³ Cfr., por exemplo, OLIVIER-MARTIN, *Des divisions...*, in *Revue historique...*, 1936, 15, 4.ª série, 419 e ss., 455 e ss., 463 e ss., (que se refere a AZO como comentador. Na realidade AZO foi, isso sim, um glosador – para um exacto enquadramento da figura de AZO v., *colorandi causa*, SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medioevo*, tradução de BOLLATI, 1863, II, 235 e ss.; ORESTANO, *Azzone (o Azzo dei porci)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, II, 192 e 193. Vejam-se, também as várias referências de KANTOROWICZ, *Studies in the glossators of the roman law*, com a colaboração de BUCKLAND, reimpressão da edição de 1939, 1969, a AZO, 38, 44 e 45 e *passim*. A qualificação feita por OLIVIER-MARTIN de AZO como um comentador resulta, porém, de um emprego pelo autor francês da terminologia sem propósitos de rigor histórico de enquadramento do jurista medieval numa determinada escola. Ao longo de todo o seu artigo OLIVIER-MARTIN referir-se-á múltiplas vezes a autores de diversas correntes e épocas do *ius commune* como glosadores pretendendo significar, através da expressão, apenas autores ou escritores, hesitando, além disso, na respectiva responsabilidade no início do percurso até se chegar à tripartição); ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio conductio*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1963, 41, 554, nota (7); SANTOS JUSTO, *A locação de coisa...*, in *Lusíada...*, 2001, 1 e 2, 611 e ss.; Id. *Direito...*, 64, nota 2; Id., *A locatio-conductio...*, 13 e 14; Id., *Locatio-conductio...*, in *Estudos em Homenagem...*, I, 1024.

e acabada das três locações, essa seria, comumente²⁴, impu-

²⁴ ZULUETA, *The institutes...*, II, 171, nota 1, considera, na esteira de OLIVIER-MARTIN, ter sido a distinção formulada de forma clara apenas a partir de finais do século XVII. Concretamente, OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage...*, in *Revue...*, 1936, 15, 4.^a série, 419 e ss., 463 e ss., 467 e ss., parte da constatação segundo a qual, como veremos adiante, se VINNIUS (1558-1675), Professor de POTHIER, apesar de integrar o movimento da jurisprudência elegante holandês, toda a escola do jusracionalismo, na qual se inspiram DOMAT e POTHIER, assim como estes próprios autores (supostamente) ignoraram a distinção tripartida da *locatio-conductio* ela teria de se ter formado entre 1675 e 1820 fora da tradição jurídica francesa e do Direito natural. Assente esta conclusão OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage...*, in *Revue historique...*, 1936, 15, 4.^a série, 420 e ss., 463 e ss., reconhecendo alguns precursores, acaba por imputar a tripartição a VOET, vendo na sistematização do autor holandês o culminar do resultado de uma série de erros e confusões estabelecidas umas após as outras ao longo do período do *ius commune* e que estariam na base da distinção da *locatio* em três categorias. Veremos, com a devida vénia, não ser bem assim. Como haverá oportunidade de se demonstrar, a tripartição da *locatio* aparece em autores muito anteriores a VOET, como aliás é, por exemplo, assinalado na Doutrina de finais do século XX por ELTJO SCHRAGE, *Locatio conductio*, in *Das römische-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17.^o und 18.^o Jahrhundert*, organização de ROBERT FEENSTRA e REINHARD ZIMMERMANN, 1992, 265 a 267, obra a que tivemos acesso, apenas, depois de nós próprios termos chegado à mesma conclusão de forma completamente autónoma, através de uma análise e estudo próprio das obras de diversos autores do *ius commune*, que, de resto, ultrapassa em profundidade e elementos considerados e aportados o contributo, nas conclusões coincidentes com a nossa posição, de ELTJO SCHRAGE. Referindo o nome de VOET como um momento importante na teoria das três locações v., também, AMIRANTE, *Recherche...*, in *Bullettino...*, 1959, 62, 11 e 12, nota (10), que, todavia, sublinha, atenta a amplitude do tema, por um lado, e o carácter fragmentário da investigação de OLIVIER-MARTIN, do outro, apenas se poder aceitar a tese do autor francês com prudente reserva; e SANTOS JUSTO, *A locação de coisa...*, in *Lusíada...*, 2001, 1 e 2, 611 e ss.; Id. *Direito...*, 64, nota 2; Id., *A locatio-conductio...*, 13 e 14; Id., *Locatio-conductio...*, in *Estudos em Homenagem...*, I, 1024, embora sem tomar uma posição categórica no sentido da atribuição do mérito da formulação da teoria das três locações a VOET. Em sentido diverso, em obra anterior à de OLIVIER-MARTIN, BESTA, *Le*

tada, apenas, a VOET^{25/26} (1647-1713)²⁷, em cuja obra aparece,

obbligazioni nella storia del diritto italiano, 1937, 307 e ss., 311 e ss., 320 e ss., considera claramente que a noção de *locatio operarum* e *locatio operis* já estava presente na Idade Média, como o atestaria, quanto a esta última forma de locação, o *Edictum Rothari*, 144 (o *Edictum Rothari* ou *Edictus Rothari* ou, ainda, *Edictum Rotharis* [confrontou-se a versão publicada em linha em http://www.oeaw.ac.at/gema/lango_leges.htm] foi a primeira compilação de Direito lombardo, datada de 643. É o seguinte o texto do passo 144: «*De magistro commacinus. Si magister commacinus cum collegantes suos cuiuscumque domum ad restaurandam vel fabricandam super se, placitum finito de mercedis, susceperit et contigerit aliquem per ipsam domum aut materium elapsum aut lapidem mori, non requiratur a domino, cuius domus fuerit, nisi magister commacinus cum consortibus suis ipsum homicidium aut damnum conponat; quia, postquam fabulam firmam de mercedis pro suo lucro suscepit, non inmerito damnum sustinet.*» Refira-se, também, 145, onde se escreve: «*De rogatos aut conductos magistris. Si quis magistrum commacinum unum aut plures rogaverit aut conduxerit ad opera dictandum aut solatium diurnum prestandum inter servus suos, domum aut casa sibi facienda, et contegerit per ipsam casam aliquem ex ipsis commacinis mori, non requiratur ab ipso, cuius casa est. Nam si cadens arbor aut lapis ex ipsa fabrigam occiderit aliquem extraneum, aut quodlibet damnum fecerit, non repotetur culpa magistris, sed ille, qui conduxit, ipse damnum susteneat.*»), relativamente à actividade dos mestres construtores de muros (*magister commacinus* em latim ou *maestri comacini* em italiano e que alguns autores, como BRUNNER, mas também italianos, erradamente consideram mestres da região do Como. V. TAMASSIA, *Un osservazione sul «memoratorium de mercedibus magistri commacinorum»*, in *Scritti di storia giuridica*, 1969, III, 863, nota 1), entre os quais TAMASSIA terá demonstrado a validade das construções romanas, mesmo se nomes novos surgiram por vezes no lugar dos antigos. Mais referências a este respeito podem ver-se por exemplo em SCHUPFER, *Il Diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, 1921, III, 22 e 23. Na verdade, os testemunhos invocados por BESTA parecem insuficientes para se poder dizer conhecerem os Lombardos a *locatio operis* enquanto tal.

²⁵ VOET é, como se sabe, um dos grandes nomes do movimento da jurisprudência elegante holandesa do século XVII. A este respeito v., entre outros, WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 3.ª edição, tradução de A. M. HESPANHA, 180 e 181 e ss.. Cfr., também, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 252 e ss..

²⁶ Mas há quem aponte uma origem ainda mais tardia à teoria das três loca-

de facto, plenamente expressa, para cair, na opinião dos estudiosos, num quase esquecimento durante mais de um século²⁸, até atingir, sem se saber exatamente como, depois do enorme período de obnubilação supostamente verificado após ter sido formulada pelo jurista holandês, uma enorme difusão, pujança e momento alto com os pandectistas²⁹. E de facto, VOET formulou e sistematizou de forma bem diferenciada as três formas

ções. Assim, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Direito...*, 345; ou AXEL METZEGGER, *Werkvertrag*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, organizado por JÜRGEN BASEDOW, KLAUS J. HOPT, REIHARD ZIMMERMANN e a colaboração de MARTIN ILLMER, II, *Kauf – Zwigendes Recht*, 2009, 1768, considerando ambos que a tripartição seria fruto da pandectística. A pandectística terá tido um papel importante na divulgação da teoria das três locações. Mas se é, como veremos, extremamente duvidoso imputar a origem da distinção da *locatio-conductio* em *locatio rei*, *locatio operarum* e em *locatio operis* a VOET – sendo, tudo o indica, anterior a ele –, mostra-se, em contrapartida, e com o devido respeito, absolutamente seguro não ter esta classificação tido a sua origem na pandectística.

²⁷ VOET, *Commentarium ad pandectas, libri quinquaginta, in quibus, praeter romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum, & principuae for quaestiones excuntuntur*, L. XIX, Tit. II, *Locati. Conducti*. [5.ª edição, VENEZA, 1827, Tomo III, 192 e ss.]. Existe tradução inglesa: *Commentary on the pandects (comprising all titles on purchase and sale – letting and hiring – mortgages – evictions – warranty – and allied subjects, being Lib. XIX, XX, XXI and Tit. VII, Lib. XIII)*, tradução de T. BERWICK, com notas do tradutor, 1902, 192 e ss..

²⁸ Assim, OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage...*, in *Revue...*, 1936, 15, 4.ª série, 468 e 469.

²⁹ Assinalando essa mesma pujança junto dos pandectistas v., entre outros, AMIRANTE, *Locatio...*, in *Novissimo...*, IX, 992; Id., *Recherche...*, in *Bullettino...*, 1959, 62, 9, nota (2), 117, nota (4); SANTOS JUSTO, *Direito...*, II, 64, nota 2; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual...*, 291. Mais referências podem ser encontradas em OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage...*, in *Revue historique de droit français...*, 1936, 15, 4.ª série, 419 e ss., 463 e ss., 467 e 474, notando a circunstância de um levantamento dos autores franceses, que nos cem anos anteriores a 1936 se ocuparam da *locatio-conductio*, mostrar distinguirem todos três tipos deste contrato; e ALZON, *Réflexions...*, in *Idem*, 1963, 41, 554, nota 7.

de *locatio*. Também é verdade terem os autores pertencentes à pandectista sido grandes conhecedores e divulgadores da tripartição³⁰. Porém, não podendo abordar aqui a questão em toda

³⁰ Cfr., por exemplo, GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Kommentar*, 1816, Vol. 17, II, 263 e ss., autor que distingue as três locações mas não deixa de manifestar ou deixar transparecer a ideia de uma locação de serviços em sentido amplo; SEUFFERT, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, 1825, II, 167 e ss., dedicando um parágrafo autônomo a cada uma das três *locationes*, embora considere haver uma locação de serviços em sentido amplo na qual se insere a *locatio operis*, e como *locatio* de serviços em sentido estrito a *locatio operarum*; Id., *Praktisches Pandektenrecht*, 2.^a edição, 1848, Vol. II, 172 e ss.; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 1836, II, 385 e 386 e ss., 389 e ss., 385 e ss., onde a *locatio operis* é estudada separadamente; THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, 9.^a edição, 1846, Vol. I, 373 e ss., embora de forma menos clara que outros autores da época; DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe, Beiträge zur ihre Geschichte und Theorie*, 1867, 130 e ss., autor para o qual as tentativas de reduzir a um único conceito abrangente as várias formas de *locatio* falham; DANKWARDT, *Die locatio...*, 7 e ss.; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 11.^a edição cuidada após a morte do autor por L. PFAFF e F. HOFMANN, 1883, 589, onde não só se distinguem os três tipos como se procede ao tratamento sistemático de cada um deles de forma individualizada; WÄCHTER, *Pandekten*, II, *Besonderer Theil. 1. Sachenrecht. 2. Obligationenrecht. 3. Familienrecht. 4. Erbrecht*, 1880, 476 e ss.; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.^a edição, 1882, Vol. II, II, 751 e ss.; CHRISTOPH BURCKHARDT, *Zur geschichte der locatio...*, 1 e ss.; WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, 6.^a edição, II, 528 e ss., Id., *Idem*, 7.^a edição, *op. cit.*, 451 e ss. (v., porém, as referências feitas adiante acerca da posição de WINDSCHEID, autor que na realidade apenas distinguia a *locatio operis* e a *locatio operarum* como uma subespécie de uma noção mais ampla constituída pela locação de serviços); BARON, *Pandekten*, 9.^a edição, 1896, 535 e ss., falando de duas *locationes*: *rei* e de serviços, mas autonomizando logo de seguida a *locatio operis* e procedendo à separação metódica e expositiva bem demarcada dos três tipos; DERNBURG, *Pandekten*, 6.^a edição, II, *Obligationenrecht*, 1900, 301. V., ainda, SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II, *Das Obligationenrecht*, 1847, 648 e ss.; ENGELMANN, *Das preußische Privatrecht in Anknüpfung an das gemeine Recht*, 5.^a edição, 1893, 332 e ss., segundo o qual o Direito romano e o *ius commune* distinguem três contratos distintos no âmbito da figura da *locatio conductio*, embora, depois, fale também, na sequência do regime

a sua plenitude e extensão, como demonstraremos num outro estudo já em fase de composição, diversamente do afirmado, a distinção encontra-se noutros autores do *ius commune*³¹: uns anteriores a VOET, outros dele de algum modo coevos e, outros ainda, a ele posteriores, até atingir o seu ponto alto no século XIX com os pandectistas. Deixamos, apenas, por ora, uma breve referência à circunstância de a distinção entre *locatio-conductio rei, operis* e *operarum* aparecer, por exemplo, em

consagrado pelo *Allgemeines Landrecht* prussiano, de uma *locatio* de serviços ou actuação na qual insere o *locatio operarum* e a *locatio operis*. V., também, as várias considerações de BECHMANN, *Der Kauf nach Recht...*, I, 16 e ss., 36 e ss., 419 e ss., 439 e ss., 467 e ss., II, I, *System des Kauf nach gemeinem Recht*, reimpressão da edição de 1884, 1965, 160 e ss., a propósito da *locatio-conductio*.

³¹ V., por exemplo, *PETRUS PACIONUS, Tractatus de locatione et conductione, Pars I, Cap. I, n.º e 36; e Pars VII, n.ºs 1 e 2* [Veneza, 1721, 3]. Não conseguimos identificar exactamente a data de nascimento e morte deste autor. O *Novissimo Digesto Italiano* não lhe faz qualquer referência. A *Biographie Universelle* de MICHOU, dividida em quarenta e cinco volumes, também lhe não faz menção. Encontrámos, porém, referência a múltiplas edições da obra agora citada. A primeira das edições de que tivemos notícia é de 1677-1678. Aparecem, depois, por exemplo, edições de 1689, 1700, etc.. O interessante é a circunstância de a edição de 1677-1678, com quatro páginas digitalizadas pela Biblioteca Nacional de Florença (o frontispício, uma página de dedicatória, o fólio 1 e o cólofon [pode aceder-se à digitalização através do endereço <http://opac.bncf.firenze.sbn.it/opac>]), estar dedicada ao Papa INOCÊNCIO XI, encontrando-se, de resto, o respetivo escudo no frontispício da obra. Ora, como é sabido INOCÊNCIO XI exerceu o papado de 1676 a 1686. O que significa que a edição de 1678 é de facto a primeira e o autor terá vivido, ao menos parte da sua vida, como contemporâneo de VOET. A edição por nós manuseada, de 1721, já posterior à morte de VOET, contém a indicação de ser atualizada com a mais recente jurisprudência da Rota Romana, o que faz supor ter o autor trabalhado no seu desenvolvimento nessa altura. Na verdade, porém, as sentenças da Rota Romana mais modernas, aditadas no final da obra, vão de 1693 a 1700. Em todo o caso, como se verá adiante, não é VOET quem *PACIONUS* cita ao distinguir a *locatio rei*, a *locatio operarum* e a *locatio operis*, mas sim o jurista italiano *PAULUS DE CASTRO* (†1436 ou 1441).

PAULUS DE CASTRO³² (†1436 ou 1441) ou numa obra, dos finais século XVI, de HUBBERT VAN GIFFEN (1533-1604)³³, entre várias outras.

Seja como for, parece, e deixando de lado, por ora, os autores do *ius commune*, realmente, não terem os romanos conhecido ou alguma vez formulado, em termos dogmáticos, a distinção tripartida das três *locationes*. Não obstante a posição defendida pela orientação dominante quanto à unidade da *locatio*, a generalidade dos romanistas³⁴ continua a sistematizar a figura em volta das três categorias atentas as virtualidades e utilidades expositivas da *distinctio*, assim como a sua comodidade. Na exposição seguinte ter-se-á, destarte, subjacente ou implícita a referida distinção entre as três formas de *locatio-conductio*, autonomizando-se a empreitada. De resto, essa mesma exposição permite verificar como, muito antes de VOET, uma fonte castelhana, com vigência em Portugal, separava já de algum modo, mesmo se de forma embrionária, a locação de serviços, por um lado, e a locação de obra, por outro.

§ 1. 2 – O CONTRATO DE EMPREITADA NAS SIETE PARTIDAS

I – Portugal sofreria, a par com os demais países euro-

³² Cfr. *PETRUS PACIONUS, Tractatus de locatione...*, Pars I, Cap. I, n.º e [36].

³³ HUBBERT VAN GIFFEN, *Theses de locatione et conductione*, Th. XVII [Ingoldstadt, 1594, fol. 5]. OLIVIER-MARTIN, *Des divisions...*, in *Revue...*, 1936, 15, 4.ª série, 463 e ss., reconhece, aliás, um conjunto de outros precursores de VOET, mas que não teriam chegado a formular uma distinção completa e aos quais faremos referência noutro estudo, admitindo outras possibilidades por ele não detetadas.

³⁴ V., por exemplo, RAÚL VENTURA, *Direito romano...*, 285; PUGLIESE, *Istituzione...*, II, 623 e ss.; SANTOS JUSTO, *Direito...*, II, 64; Id., *Locatio-conductio...*, in *Estudos em Homenagem...*, I, 1023 e ss; Id., *O contrato de trabalho...*, in *Ars...*, III, 779; Id., *Breviário...*, 181.

peus, durante a Idade Média, a receção do Direito romano³⁵.

³⁵ Como se sabe, o renascimento do Direito romano medieval é associado a duas escolas sucessivas: a dos glosadores e a dos comentadores. A primeira ter-se-ia, segundo algumas opiniões, iniciado com IRNÉRIO nos princípios do século XII. Merece, porém, restrições críticas a tese que atribui a uma descoberta ocasional, no século XII, de textos de Justiniano, a potencialidade de haver determinado só por si, ao menos de forma exclusiva, o estudo do Direito romano *justinianeu*. As causas da renascença do Direito romano são múltiplas e fruto de um processo dilatado no tempo. Sobre isto v. RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do direito português*, I, 1140-1415, 12.^a edição, 2005, I, 267 e ss.. Para referências adicionais sobre a polémica acerca do modo como se processou o renascimento do Direito romano em termos nem sempre coincidentes cfr., entre outros, MELLO FREIRE, *História do direito português*, tradução de MIGUEL PINTO DE MENESES da edição escrita em latim em 1777, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 173, 174 e 175, 1968, 96 e 97; BERTA, *L'Opera d'Irnerio*, vol. I, *La vita, gli scritti, il metodo*, reimpressão da edição de Turim de 1896, 1980, *passim*, *maxime* 32 e ss.; KANTOROWICZ, *Über die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung*, 1909, 30, 183 e ss., 198 e 202, e Id., *Idem*, in *Ibidem*, 1910, 31, 14 e ss.; BUSSI, *La rappresentanza negli atti «inter vivos» dei nascituri non concepti e delle persone assente secondo il diritto comune*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1933, III, II, 11 e ss.; PAULO MERÊA, *Lições de história do direito português*, 1923, 110 e ss.; Id., *Lições de história do direito português*, por BRITES RIBAS, MIRANDA VASCONCELOS, ALVES GOMES, 1933, 76 e ss.; ENGELMANN, *Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftlichen Lehre*, 1933, *passim*; CALASSO, *Introduzioni al diritto comune*, 1951, 33 e ss.; ROSCOE POUND, *Jurisprudence*, 6.^a reimpressão da de 2000, ela própria uma reedição da de 1956, 2008, I, 42 e ss.; KOSCHACKER, *Europa und das Römische Recht*, 4.^a edição, 1966, 1 e ss., *maxime* 55 e ss.; WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 3.^a edição, tradução de BOTELHO HESPANHA da 2.^a edição alemã de 1967, 2004, 15 e ss., 35 e ss., 38 e ss.; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, in *Obras esparsas*, II, II, 1981, 246 e ss.; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I, *Introdução e fontes*, 4.^a edição, 1984, 93 e ss.; ALMEIDA COSTA, *História...*, 205 e ss.; ANDREAS KOLLMANN, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellen und materiellem Recht*, 1996, 146 e ss.; MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*,

Na verdade, pelo menos a partir do reinado de AFONSO III (iniciado em 1248), talvez antes, assiste-se, no nosso país, à receção do Direito romano, que, a partir de Bolonha, se vinha espalhando pela Europa, e à sua vigência como Direito subsidiário³⁶.

II – Dada, porém, a impreparação dos juízes, sobretudo ao nível das comarcas, para um acesso direto às fontes romano-canónicas, assistiu-se, numa primeira fase da receção do Direito romano, à utilização de textos em segunda mão, isto é, influenciados por essas fontes ou que ofereciam sínteses dos seus preceitos³⁷. De facto, as compilações romano-canónicas numa primeira fase só eram acessíveis a um restrito número de erudi-

2003, 19 e ss.; Id., *História do direito português medieval e moderno*, reimpressão da 2.^a edição, 2009, 13 e ss.; SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, 2005, 25 e ss..

³⁶ Cfr., nomeadamente, PAULO MERÊA, *Lições...*, 1923, 110 e ss.; Id. *Lições...*, 1933, 77 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo no Direito português*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1960, XXVI, 16 e ss.; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 251 e ss., sublinhando a circunstância de a península ibérica ser um dos primeiros locais de difusão do novo credo romano-canónico e de Portugal não se ter neste ponto atrasado relativamente aos demais reinos da península hispânica; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e bartolismo na História do direito português*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 1981, 384, *per totum*; Id., *O regimento quatrocentista da casa da suplicação, reprodução anastática do texto latino do Cod. 35 da casa forte do arquivo nacional da torre do tomo*, com leitura paleográfica por EDUARDO BORGES NUNES e tradução de MIGUEL PINTO DE MENESES, 1982, 27 e ss.; MÁRIO REIS MARQUES, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito*, 1986, 14 e ss.; Id., *História...*, 69 e ss.; SANTOS JUSTO, *A crise...*, 67 e ss.; ALMEIDA COSTA, *História...*, 261 e ss.; REIS MARQUES, *História...*, 71 e ss.; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História...*, I, 190 e ss., 261 e ss., 335 e ss., 428.

³⁷ GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 266 e 267; ALMEIDA COSTA, *História...*, 261 e 262.

tos que se tinham formado em universidades estrangeiras ou, a partir de D. Dinis, na Universidade portuguesa. A sua aplicação direta pouco podia, assim, ultrapassar os limites do tribunal da Corte e alguns tribunais canónicos³⁸. Desta forma se explica que circulassem no nosso país, desde o século XIII, como Direito subsidiário, certas obras doutrinárias castelhanas, como as *Flores de Derecho* e os «*Nueve tiempos de los pleitos*», de Mestre JÁCOMO DAS LEIS, assim como duas conhecidas coletâneas jurídicas devidas à iniciativa de AFONSO O SÁBIO: o *Fuero real* e as *Siete Partidas*^{39/40}. Todas elas foram, aliás, traduzidas para a nossa língua. A aplicação destas fontes parece ter resultado da autoridade intrínseca do conteúdo romano-canónico que lhe servia de base⁴¹.

Em meados do século XIV a utilização das *Partidas* em detrimento dos preceitos genuínos de Direito romano conduziria, mesmo, a protestos junto do Rei, aliás, por este acolhidos⁴². Em qualquer caso, esses protestos mais não confirmam

³⁸ GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 266 e 267.

³⁹ GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 266 e ss.; ALMEIDA COSTA, *História...*, 261 e 262. Cfr., também, sublinhando a mediação destas fontes castelhanas na difusão do Direito romano, RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História...*, I, 345 e 346.

⁴⁰ Cfr., por todos, a este respeito, GAMA BARROS, *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, 2.^a edição dirigida por TORQUATO DE SOUSA TAVARES, I, 1945, 126 e 127.; PAULO MERÊA, *Lições...*, 1923, 78 e ss.; Id., *Lições...*, 1933, 107 e ss.; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 245 e ss., 269 e ss., e 276 e ss., com amplas indicações bibliográficas; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História...*, I, 214 e ss., igualmente com múltiplas referências.

⁴¹ ALMEIDA COSTA, *História...*, 262.

⁴² V., a este respeito, designadamente, GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 278 e ss., onde se refere ter perdurado a influência das *Partidas* até ao século XV ao ponto de virem a representar importante fonte de inspiração das *Ordenações*

que a sua ampla generalização⁴³. A circunstância de, ao espírito do século XIV, repugnar a aceitação, a título subsidiário, das *Siete Partidas*, em vez de se recorrer às fontes romano-canónicas, e dada a dificuldade de acesso a estas, por serem redigidas em latim⁴⁴, levaria à tradução das Decretais de Gregório IX – as quais já em 1359 se achavam vertidas para português – e, por ordem de D. João I, do *Código de Justiniano*, bem como da respetiva *Glosa de Acursius* e dos respetivos comentários de *BARTOLUS*, tendo o monarca ordenado que esses textos fossem observados nos tribunais como Direito subsidiário⁴⁵.

III – No tocante às fontes castelhanas interessam-nos, tão-só, neste momento, as *Siete Partidas* por conterem elas uma regulamentação aprofundada da *locatio-conductio*^{46/47}. A

Afonsinas, sem deixar, porém, de referir os protestos efetuados em 1361 contra a sua aplicação abusiva contra os genuínos textos de Direito romano ou canónico, com amplas indicações bibliográficas; ALMEIDA COSTA, *História...*, 262; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História...*, I, 221 e ss..

⁴³ BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 282 e ss..

⁴⁴ E em latim que, como refere BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 286, nem sempre para os próprios letrados era fácil de entender.

⁴⁵ V., a título exemplificativo, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito...*, in *Obras...*, II, II, 286 e ss..

⁴⁶ A este respeito v. ao nível das fontes históricas GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas glosadas, glosas à P. V*, títulos VII e ss. [fac-símile da edição de Salamanca, 1555]. Quanto à literatura jurídica espanhola do *ius commune* pode ainda ver-se, sobre a *locatio-conductio*, ANTONIO GÓMEZ, *Commentariorum variumque resolutionem iuris civilis communis et regis*, Tomo II, Cap. III, *De locatione et conductione*, [Veneza, 1572, fols. 189 v. e ss.]; MOLINA, *De iustitia...*, Tract. II, Disp. 486 e ss. [624 e ss.]; ANTONIO PERÉZ, *Series titolorum et librorum pandectarum*, in *Commentarius in quinque et viginti digestorum libros cui accedunt*, Lib. II, Tit. XIII, Lib. XII, Tit. VI, Lib. XVII, Tit. I, Lib. XIX, Tit. II [Nápoles, 1755, III, 16, 72, 80, 93 e ss.]; Id., *Institutiones imperiales*, Lib. I, Tit. II, § *Sunt ne contractus ex jure gentium*, Lib. III, Tit. Lib. II, Tit. XV, § *De comodato*, § *De*

versão castelhana das *Partidas*⁴⁸ refere ser o *alogramiento* e arrendamento duas formas do contrato de locação a que a práti-

Deposito, in *Idem* [fols. 4, 69, 70]; *Id.*, *Praelectiones in duodecim libros codicis Justiniani Imp.*, Lib. IV, Tit. LXV [Nápoles, 1755, I, 212 e ss.]; FRANCISCO BERMUDEZ PREDRAZA, *Arte legal*, tradução de FRANCISCO DE ALMEIDA JORDAM, Livro III, Tit. XXV, [1737, 110], JUAN DE AYLLÓN LAÍNEZ, *Illustrations sive additiones eruditissimae...*, Cap. III [174 e ss.]; ANTONIO DE TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispanae pratico-theorico...* Lib. III, Tit. X, n.º 3 [442]. Na literatura jurídica moderna cfr., por exemplo, JUAN BENEYTO PÉREZ, *Instituciones de derecho histórico español, (Derecho privado)*, II, *Obligaciones y contratos, sucesiones, derecho profesional*, 1930, 74 e ss.; RAFAEL GIBERT, *El contrato de servicios...*, in *Cuadernos de historia...*, 1951, 15, 5 e ss.; JESUS LALINDE, *Iniciación histórica al derecho español*, 1971, 691; ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoría de los contratos en castilla (siglos XIII-XVIII)*, 2005, 369 e ss..

⁴⁷ Quanto ao *Foro real* v. as referências à locação de coisas em F.R., 3, 16, 1 e ss.. Quanto à prestação de serviços v. F. R, 4, 4, 7. Veja-se também quanto escreve a propósito da *locatio-conductio* ALFONSO DIAS DE MONTALVO, *El fuero real de españa, Glosa el peño* F. R., 4, 2, 6, onde se define este contracto como «(...) *locatio est personae, vel rei ad usum facta concessio mercede in pecunia conventa (...)*», invocando nesse sentido, precisamente, o ensinamento do HOSTIENSE (a este respeito cfr. o que se escreveu *supra* § 3. 1. 2, I; e a propósito da *locatio operarum* glosas *Si algun a soldada, Sin su culpa, A soldada* a F.R., 4, 4, 7 e *passim* [Madrid, 1771, I, 364 e 365 e *passim*]. Note-se que no frontispício desta obra se refere tratar-se do *Fuero Real* de Espanha feito pelo Rey Afonso IX. O seu texto é, porém, de facto, o do foro real de Afonso X (a respeito deste monarca v., entre nós, por todos, PEDRO SOARES MARTINEZ, *Afonso X, o Sábio, político e legislador*, separata do 7.º Centenário da Morte de Afonso X, *O Sábio (1221-1284)*, 1987, 87 e ss.). Isso mesmo pode ser comprovado através do cotejo com o *Fuero Real del Rey Don Alonso el sabio, copiado del codice del escorial y cotejado com vários codices de diferentes archivos por la Real Academia de Historia*, Madrid, 1836; ou *Fuero real de Afonso X, o Sábio*, versão portuguesa do século XIII publicada e comentada por ALFREDO PIMENTA, 1946; JOSÉ DE AZEVEDO FERREIRA, *Afonso X, foro real*, I, *Edição e estudo linguístico*, 1987.

⁴⁸ É na quinta partida que se contém a disciplina da locação. Nos fragmentos traduzidos que chegaram aos nossos dias não se encontra nenhum em português. Usa-se, destarte, a versão castelhana.

ca jurídica usualmente se refere como se fossem um só⁴⁹. A verdade, porém, está na circunstância de a sua proximidade não fazer desaparecer as suas variantes e particularidades⁵⁰.

A Doutrina fará eco do costume hispano-lusitano de identificar, por um lado, o arrendamento com uma forma de locação em que – aparentemente – se transfere o usufruto sobre o objeto e, por outro, o *alquiler* – termo hispânico – ou *alouero* – termo lusitano – preferido pelas *Partidas*, com a locação em que se transfere o mero gozo do bem⁵¹. Mas há outras formas de locação e a terminologia mostra-se lábil⁵².

De acordo com as *Partidas* são as seguintes as formas de locação⁵³:

– O *alouero* designa dois tipos de locação: a locação de uma obra e a locação do gozo de uma coisa⁵⁴.

– O arrendamento, segundo a linguagem de Espanha, traduzido na locação de *heredamiento* ou *almoxerifadgo* ou outra coisa, por renda certa que se dê por ela⁵⁵.

– Finalmente, as *Partidas* referem, ainda, o afretamento, que pertence, tão-só, aos *logueros* de navios⁵⁶.

⁴⁹ P. 5, 8: «*Alogar e arrendar son dos maneras de pleytos que usan los omnes desso uno: e como quier que algunos cuidan que son de una manera: pero ha departimiento entre ellos.*»

⁵⁰ V., P. V, 8 *in fine*, transcrita na nota precedente; e ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 373.

⁵¹ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 373.

⁵² ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 373.

⁵³ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 373.

⁵⁴ P. 5, 8, 1: «*Aloguero es propriamente quando un ome loga a otros obras que ha de fazer con su persona o otorgar a un ome poder a otro poder de usar su cosa, o de se servir della, por cierto precio que ha de pagar en dineros contados.*» Cfr. ainda GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Locatio est à lex 1* da P. 5, 8.

⁵⁵ P. 5, 8, 1.

⁵⁶ P. 5, 8, 1.

De acordo com o ensinamento ENRIQUE ÁLVAREZ⁵⁷, o *alouero* compreendia, também, a locação de serviços, cuja natureza era distinta do *alouero* de obra, pois no primeiro não se perseguiria a execução de um resultado, mas, antes, a prestação de uma série continuada de labores. Portanto, o objeto da locação podia ser, no *alouero*, uma obra, serviço ou transporte⁵⁸. A distinção entre labor e obra feita está, de facto, bem presente nas *Siete Partidas*⁵⁹, ao identificarem a segunda com o elemento «real» do trabalho e o primeiro com o tempo do trabalho^{60/61}.

IV – O contrato de *alouero* apresentava-se como um contrato consensual⁶², em que o preço a pagar devia correspon-

⁵⁷ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 376 e 386.

⁵⁸ P. 5, 8, 3: «*Obras que ome faga, com sus manos, o bestias, o navios, para traer mercadurias o para aprovercharse de uso de ellas, e todas las otras cosas, que ome suele alogar, pueden ser alogadas (...)*» Em rigor, porém, não há, aqui, uma autonomização expressa entre locação de serviços – *locatio operarum* – e de obra – *locatio operis*. Mas essa distinção resulta do fragmento transcrito nas notas anteriores e contido em P. 2, 20, 5.

⁵⁹ Assim também RAFAEL GIBERT, *El contrato de servicios...*, in *Cuadernos...*, 1951, 15, 25.

⁶⁰ RAFAEL GIBERT, *El contrato de servicios...*, in *Cuadernos...*, 1951, 15, 25.

⁶¹ Cfr. P. 2, 20, 5: «*Que partimeinto ha entre labor e obra: (...) labor es dicha aquellas cosas que los omnes fazen trabajando de dos maneras. La una por razon de fechadura. La otra por razon del tiempo, assi como aquellos que labran por pan e vino e guardan sus ganados, o que fazen otras cosas semejantes destas, em que resciben trabajo, e andan fuera por los montes o por los campos e han por fuerça a sufrir frio e calentura segun el tiempo que faze. E obras son las que los omes fazen estando en casas o en lugares encubiertos, assi como los que labran oro o plata e fazen monedas e armas e armaduras, e los menesterales, que son de muchas maneras, que obran desta guisa, manguer ellos trabajan por sus cuerpos, no se apodera tanto el tiempo dellos para facerles daño, como a los otros que andan de fuera.*»

⁶² P. 5, 8, 2, ao estabelecer o paralelo com a compra e venda no tocante ao modo de realização.

der a dinheiro contado sob pena de se traduzir num contrato inominado⁶³.

No tocante ao risco e aos vícios da coisa, as *Partidas* continham uma disciplina específica para a locação de obra⁶⁴.

Quando quem recebia material de um determinado género para realizar uma obra o substituía por outro, fosse por dolo ou erro, ou a substância se perde ou deteriora, por sua culpa, tem a obrigação de pagar ou fornecer outro tanto (*pechar otro tanto*) da mesma qualidade do recebido ou a estimação segundo o critério do juiz ou homens-bons conhecedores deste tipo de coisas⁶⁵.

A culpa requerida para a exigência de responsabilidade compreendia não apenas a lata como a leve derivada da ignorância⁶⁶ ou ausência de conhecimentos suficientes para a execução da obra, como a considerada específica do ofício de quem executa o trabalho⁶⁷. Ressalvada ficava, porém, a possibilidade de se fazer prova de aplicação de toda a diligência ou perícia⁶⁸: o executante podia, na verdade, demonstrar ser sabedor do ofício, tal como os demais da mesma profissão (fala-se de uma *mediocris scientia*⁶⁹), apresentando o material

⁶³ P. 5, 8, 1.

⁶⁴ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 390 e ss., considera, como resulta do título do parágrafo onde aborda o tema, tratar-se de uma disciplina abrangendo a locação de obra e serviço.

⁶⁵ P. 5, 8, 12; e P. 5, 8, 10. A primeira parece reportar-se aos casos gerais, a segunda diz respeito aos ourives, porém contém uma parte final generalizando o seu alcance a todos os que fazem alguma obra e erraram nela por sua culpa ou minguia de saber.

⁶⁶ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *que no lo son* à P. 5, 8, 10. V., ainda, ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 391.

⁶⁷ P. 5, 8, 10.

⁶⁸ P. 5, 8, 10.

⁶⁹ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Segun lo eran* à P. 5, 8, 10. Na Doutrina actual v., novamente, ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 391.

algum tipo de defeito oculto⁷⁰.

A estipulação no contrato de uma cláusula em virtude da qual o executante assumia a responsabilidade por facto fortuito obrigava, porém, o «empreiteiro» a responder objetivamente⁷¹.

As regras previstas especificamente na P. 5, 8, 10, reportavam-se, como se mencionou já em nota, primeiramente aos ourives, mas eram, depois, estendidas a todos os outros mestres e, também, aos cirurgiões⁷² e, juntamente com os médicos⁷³, aos alveitares e todos quantos recebam preço para fazer uma obra caso errassem por culpa ou falta de saber⁷⁴.

V – Nalguns casos específicos estabeleciam-se, porém, ora soluções diferentes do regime geral ora disposições mais apertadas.

Assim, os juízes da corte régia e o resto dos oficiais da casa do Rei, mais os Doutores de ciências liberais com salários certos recebidos do Rei ou de uma cidade, transmitiam, aos seus herdeiros, o direito a essa remuneração, caso morressem, por facto fortuito, sem terem cumprido um ano, pois isso não se devia a incumprimento^{75/76}.

Diversamente, o advogado que começasse a exercer a de-

⁷⁰ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 391.

⁷¹ P. 5, 8, 10.

⁷² Os cirurgiões não deviam cremar ou amputar membros sem o consentimento dos parentes. V. GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Cirujanos* à P. 5, 8, 10.

⁷³ Quanto a estes cfr. GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Alveitares* à P. 5, 8, 10.

⁷⁴ Sobre tudo isto na literatura moderna, v. ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 391.

⁷⁵ P. 5, 8, 9.

⁷⁶ Parece, porém, que não obstante a estipulação das *Partidas* a disposição não terá sido efectivamente observada. Cfr. GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *E los otros oficiales de su casa*, glosa *maestros de las sciencias*, ambas à P. 5, 8, 9; e ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 394.

fesa de uma parte, num processo, por um salário certo, e morresse antes de o processo terminar, não transmitia, aos seus herdeiros, o direito de receberem a totalidade do valor estipulado mas, apenas, a parte do salário merecida e não mais, sem prejuízo de poderem oferecer à outra parte, até ao termo do pleito, um outro homem de leis, cuja aceitação obriga, então sim, ao pagamento da totalidade do acordado. A mesma regra valia, ainda, para os mesterais⁷⁷.

VI – As *Partidas* estabeleciam, ainda, um regime específico para os mestres que recebiam salários dos escolares, assim como para os mesterais pagos pelos seus aprendizes, pelo ensino dos seus conhecimentos ou técnicas⁷⁸.

Nestas hipóteses as *Partidas* estipulavam o dever de ensinar com lealdade e de castigar com mesura. Relativamente à primeira obrigação significava ela dever o ensino ser orientado para o proveito dos ensinados e não para pompa e ostentação⁷⁹. Relativamente à segunda temia-se que o castigo dos mestres e mesterais fosse desmedido e produzisse alguma lesão, ou mesmo a morte, casos em que haveria responsabilidade civil e criminal⁸⁰.

VII – Outra situação, objeto de regulamentação particular por parte das *Partidas*, era a dos pastores e guardadores de gado⁸¹, os quais também recebiam soldada ou mercê pela sua atividade de custódia, respondendo, então, por culpa levíssi-

⁷⁷ P. 5, 8, 9. Cfr., também, ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 394.

⁷⁸ P. 5, 8, 11.

⁷⁹ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Lealmente* à P. 5, 8, 11.

⁸⁰ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Emienda* à P. 5, 8, 11. V., também, a respeito de tudo isto, ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 392 e 393, sublinhando as diferentes formas de determinar a indemnização consoante o lesado fosse um homem livre ou um servo.

⁸¹ P. 5, 8, 15.

ma⁸². O pastor podia provar por sinais certos, testemunhos ou outras modalidades de prova⁸³ ter sido diligente durante a respetiva custódia. Assim, ele podia demonstrar ter sido a mortalidade dos rebanhos, em certa zona e tempo, alta e afetado os animais à sua guarda⁸⁴.

A prova requeria-se da *amissio rei*, isto é, do objeto da custódia, mas também da ausência de culpa, apesar de a Doutrina admitir poder a existência de lucro como a *merces*, causa da locação, afrouxar a prova da culpa na perda do objeto⁸⁵.

No caso de ter sido provada a guarda devida, ou na falta de prova plena, mediante juramento⁸⁶, o pastor era desculpado⁸⁷. Note-se, porém, não ser o juramento suficiente, por si só, para afastar a responsabilidade e demonstração do caso fortuito. Na verdade, o juramento não produzia a liberação se o dano não fosse mínimo e o seu autor dotado de boa fama⁸⁸. Por outro lado, o juramento também não era eficaz se o dono do gado conseguisse provar a culpa⁸⁹.

VIII – Finalmente, uma outra hipótese merecedora de disciplina própria por parte das *Partidas* era a das obras realizadas a *destajo* ou por «empreitada» – no sentido de implicar o

⁸² GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Si resciben soldada* à P. 5, 8, 15. Este aumento da responsabilidade dos pastores é objecto de censura, por exemplo, por LUIS DE MOLINA, *De iustitia...*, Tract. II, Disp. 494, n.º 19 [641].

⁸³ P. 5, 8, 15. V., ainda, GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *O en otra manera* à P. 5, 8, 15.

⁸⁴ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Señales ciertas* à P. 5, 8, 15.

⁸⁵ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 392.

⁸⁶ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Provare e iurare* à P. 5, 8, 15.

⁸⁷ P. 5, 8, 15.

⁸⁸ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Acaescio* à P. 5, 8, 15; e ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 392.

⁸⁹ P. 5, 8, 15.

compromisso de realização de uma atividade por cujo pagamento (segundo o arbítrio dos homens-bons) se recebe uma *merces*, seja por toda a obra, seja por cada um dos dias de duração da mesma⁹⁰.

O ponto nodal da regulamentação dizia respeito à possibilidade de, durante a obra, se produzirem erros ou falsidades geradores de defeitos na execução e entrega do trabalho, em particular por causa da pressa na finalização do mesmo, tida por conatural das atividades realizadas neste contexto⁹¹. Nesse caso, as *Partidas* estabeleciam a responsabilidade do empreiteiro, no sentido de refazer a obra ou de devolver o preço juntamente com a indemnização devida. Quando a queda se produzia uma vez terminada a obra, gerava-se, no dizer da Doutrina, idêntica obrigação pelo prazo de quinze anos⁹².

Na eventualidade de a obra não cair antes de terminada, mas na suspeita de falta de estabilidade, o dono devia recorrer a homens-bons e sabedores para a examinarem e decidirem se ela sofria de alguma falha, assim como se ela se devia a culpa do executante. Se a ausência de segurança fosse imputável ao construtor, este tinha de a refazer ou devolver o preço, assim como indemnizar os danos⁹³. Porém, se o vício resultar de facto

⁹⁰ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *A destajo* à P. 5, 8, 16; e ÁLVAREZ CORA, *La teoría de los contratos en castilla...*, 395.

⁹¹ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Acabar ayna* à P. 5, 8, V., ainda, o próprio texto da P. 5, 8, 16: «*Destajos toman a las vegadas, los maestros, e los obreros, lavores, o obras, por precio cierto. E por cobdicia de las acabar ayna, acuytanse tanto que falsan las lavores, o non las fazen tan buenas como deviam. E porende dezimos, que si alguno recibere a destajo lavor de algún castillo, o de torre, o de casa, o de otra semejante, e la fiziere cuytamente, o la falsare de otra guisa, de manera que se derribe ante que sea acabada, que es tenuto de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio, con los daños e los menoscabos, que le vinieron por esta razón.*»

⁹² GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Sea acabada* à P. 5, 8; ÁLVAREZ CORA, *La teoría de los contratos en castilla...*, 395.

⁹³ P. 5, 8, 16.

fortuito – chuvas, correntes de água, terramoto ou outro facto semelhante – exclui-se qualquer responsabilidade. E esta exclusão por motivo de força maior parece sugerir uma responsabilidade por culpa lata, leve e levíssima⁹⁴.

IX – O comportamento irregular podia, todavia, provir, não do construtor, mas do próprio dono da obra. Na verdade, a convenção segundo a qual, uma vez finalizada, a obra terá de ser aprovada poderia converter-se numa via para, maliciosamente, repudiar o resultado. Nesse caso as *Partidas* estipulam a obrigação de pagar⁹⁵.

As *Partidas*⁹⁶ permitiam, ainda, a fixação de uma cláusula pela qual, até final da execução do contrato, o executante respondia por todo o perigo, incluindo natural, de deterioração ou destruição da obra⁹⁷. Porém, terminada esta sem que o dono pretenda manifestar a respetiva aprovação, sendo ela devida, passará a ser de sua responsabilidade toda a deterioração ou perda, mesmo se devida a caso fortuito⁹⁸, desde que não haja culpa, nem mesmo levíssima, do construtor ou vício oculto⁹⁹. O mesmo valia, naturalmente, para uma eventual destruição ou deterioração subsequente à aprovação¹⁰⁰.

Uma palavra final para mencionar o facto de as *Partidas* sujeitarem, como se viu, em vários locais, o regime das profissões liberais – Doutores de ciências liberais, cirurgiões e médicos, assim como advogados – ao regime da locação na forma

⁹⁴ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 396.

⁹⁵ P. 5, 8, 17.

⁹⁶ P. 5, 8, 17.

⁹⁷ GREGORIO LOPEZ, *Las siete partidas...*, glosa *Manera quier* P. 5, 8, 17.

⁹⁸ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 397.

⁹⁹ ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, *La teoria de los contratos en castilla...*, 397.

¹⁰⁰ P. 5, 8, 17, *in fine*.

de *alogramiento* e, destarte, não as incluírem no âmbito do mandato, afastando-se, assim, neste ponto, daquele que era o ensinamento comumente imputado ao Direito romano¹⁰¹.



¹⁰¹ Note-se, porém, a circunstância de as *Partidas* se encontrarem essencialmente inspiradas no sistema de Direito comum romano-canônico. Neste mesmo sentido v., por todos, ALMEIDA COSTA, *História...*, 234. Cfr., porém, ainda, JUAN BENEYTO PÉREZ, *Instituciones...*, II, 75, onde o autor afirma expressamente que, no tocante à locação, as *Partidas* se ocupam do contrato seguindo o Direito romano.