

DIREITO ROMANO NA SISTEMÁTICA COMPILATÓRIA DAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

JOSÉ DOMINGUES (*)

RESUMO: Nesta breve comunicação coloca-se a questão de saber em que medida eventuais fragmentos do Direito romano foram convertidos em *Ius proprium*, passando a servir de fonte imediata de Direito português, através da colectânea oficial das *Ordenações Afonsinas*. Sem réstia de dúvida, a chegada a Portugal dos princípios romanísticos difundidos pela Europa, sobretudo a partir do *Studium* de Bolonha, foi bastante precoce. Afastado o *Código Visigótico*, o reino de Portugal revelar-se-ia feraz à penetração de um *Ius commune*. Sem que nos primeiros séculos, todavia, fosse despicienda uma certa oposição por parte da tradição jurídica foralenga e consuetudinária. Vencida esta resistência inicial, rapidamente o Direito romano assume o primado no elenco das fontes subsidiárias, conforme ficou bem patente no título 9.º do livro II da colectânea afonsina. Em definitivo, existem múltiplas referências indiciárias disseminadas pelo texto legislativo afonsino que manifestam um recurso assíduo aos textos da jurisromanística, v. g., o princípio contratual da *laesio enormis*.

ABSTRACT: This brief communication brings up the question concerning the extent in which eventual fragments of Roman law were converted into *Ius proprium* and became direct source of Portuguese law through the Official Compendium of *Ordenações Afonsinas*. Undoubtedly, the arrival in Portugal of the romanistic principles spread throughout Europe, mainly from the *Studium* of Bologna, happened very early. With the removal of the Visigoth Code, the kingdom of Portugal showed great interest in the penetration of one *Ius commune*. However in the early centuries there was a certain opposition from the juridical tradition foralenga and consuetudinary. With the overcoming of this initial resistance, quickly Roman law takes primacy in the cast of subsidiary sources, as was demonstrated in title 9.º of book II of the collection Afonsina. In short, there are evidential references scattered throughout the legislative text *Afonsino* that manifest a frequent recourse to texts of Roman law, v. g., the contractual principle of *laesio enormis*.

PALAVRAS CHAVE: Ordenações Afonsinas, Direito Romano, *Ius Commune*, *Corpus Iuris Civilis*, *Laesio enormis*.

KEYWORD: Ordenações Afonsinas, Roman Law, *Ius Commune*, *Corpus Iuris Civilis*, *Laesio enormis*.

(*) Professor da Faculdade de Direito Universidade Lusíada — Porto.

“Basta abrir o Código de D. Affonso V, que foi principiado a ordenar no tempo de D. João I por Joanne Mendes, para vêr por toda a parte o Direito Romano”

1793 — Thomás de Vila-Nova PORTUGAL, “Qual seja a Epocha fixa da introdução do Direito Romano em Portugal”.

PROPOSTA TEMÁTICA

O Direito romano é sobeja e assiduamente referenciado como uma das principais fontes externas das *Ordenações Afonsinas*⁽¹⁾, com propagação garantida às sucessivas *Manuelinas* e *Filipinas*. O acervo de referências esparsas pela literatura jurishistoriográfica actual ainda é muito minguado e, sobretudo, falta um trabalho de fundo que junte, assinale e reproduza as partes concordantes das fontes romanas com os respectivos excertos textuais das *Afonsinas*. As humildes referências que recentemente tenho coligido — *ex novo* ou a partir dos trabalhos que me foi possível consultar — não passam de um pálido reflexo

⁽¹⁾ No advento da História do Direito pátrio conceituados autores como, v. g., José Anastácio de FIGUEIREDO, “Memoria sobre qual foi a época da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os grãos de authoridade, que entre nós adquirio. Por cuja occasião se trata a importante materia da Ord. liv. 3 tit. 64”, *Memorias de Litteratura Portuguesa*, tomo I, Academia Real das Ciências de Lisboa. Lisboa, 1792, pp. 301-302; João Pedro RIBEIRO, “Memorias Sobre as Fontes do Código Philippino”, *Memorias de Litteratura Portuguesa*, tomo II, Academia Real das Ciências de Lisboa. Lisboa, 1792, p. 47; Thomás de Vila-Nova PORTUGAL, “Qual seja a Epocha fixa da introdução do Direito Romano em Portugal: e o grau de authoridade que ele teve nos diversos tempos”, *Memorias de Litteratura Portuguesa*, tomo V, Academia Real das Ciências de Lisboa, Lisboa, 1793, p. 398.

Actualmente, v. g., Marcello CAETANO, *História do Direito (Séc. XII-XVI). seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI*, textos introdutórios e notas de Nuno Espinosa gomes da Silva, Editorial Verbo, 4.^a edição, 2000, p. 541; Paulo Ferreira da CUNHA, Joana Aguiar e SILVA e António Lemos SOARES, *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia*, Coimbra 2005, p. 466, nota 440; Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do Direito Português*, 5.^a edição, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 308; Nuno J. Espinosa Gomes da SILVA, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.^a edição revista e actualizada, Lisboa, 2011, p. 313.

Fora do actual contexto compendiário, v. g., Jorge Silva SANTOS, *A Livre Disposição Mortis Causa nas Ordenações Afonsinas entre a Tradição Jurídica Medieval e a Recepção do Direito Romano*. Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004/2005; e José DOMINGUES, “Os primeiros livros de *Ordenações* do reino de Portugal”. *e-SLegal History Review* 15. Janeiro de 2013, p. 27, em http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=15 (consultado no dia 8 de Fevereiro de 2013).

das exaustivas expectativas que merece e replica o tratamento desta questão. Até porque a pendência, que desde longa data vem sendo adiada por um trabalho conjunto entre medievalistas e romanistas, não se apresenta nada fácil, exigindo um tributo científico demasiado pesado em prol de resultados que se revelarão infundavelmente inacabados e vacilantes — repto legítimo que deve instigar a audácia e nunca o desincentivo.

Na primeira dificuldade imposta por esta tarefa constata-se uma escassez de reproduções literais das fontes romanísticas na compilação afonsina. Parece claro e compreensível que, nestas matérias, o compilador não se propôs repetir literalmente os textos do *Corpus Iuris Civilis*. A tradução feita a partir do Latim erudito aconselha e permite redigir de novo os textos, tornando-os mais acessíveis, moldando-os e adaptando-os ao novo contexto institucional da ordem jurídica portuguesa, bem como aos propósitos coevos do reino e do poder político promotor⁽²⁾. De qualquer forma, mesmo as eventuais reproduções literais, por si só, não garantem que a fonte imediata tenha sido algum texto do *Corpus Iuris Civilis*, uma vez que se tornou assíduo tropeçar em passagens reproduzidas em múltiplas obras do *Ius commune*. Por outras palavras, nem a reprodução literal pode ser interpretada como presunção iniludível, nem a falta de literalidade afasta terminantemente a fonte justinianeia. *V. g.*, embora em época muito anterior à das *Afonsinas*, as sérias dificuldades instituídas em torno da jurisromanística nas leis de Afonso II (1211): apesar de uma inegável coincidência de conteúdo — nomeadamente na *lei da ira régia* — o *Decretum* de Gaciano e os textos de tradição peninsular vem disputando a primazia, como fonte imediata, aos fragmentos legislativos originários⁽³⁾.

À dificuldade suprarreferida acresce ainda o emergir de constantes glosas e comentários feitos aos textos legislativos do *Corpus Iuris Civilis*, a partir do início do século XII em diante, particularmente tributados às escolas dos Glosadores e Comentadores. O facto de se localizar alguma correspondência entre um texto das *Afonsinas* e outro do *Corpus Iuris Civilis*, raro permite asseverar com segurança que esteja identificada a sua fonte mais directa e imediata. Convém equacionar sempre a plausibilidade de o compilador afonsino se ter servido das declarações de algum glosador ou comentador e não directamente ou apenas dos textos do *Corpus Iuris Civilis*. A este propósito, recorde-se que a Glosa de

(2) Embora por apurar, o mesmo tratamento parece ter sido dado às fontes próprias, originalmente redigidas em Latim, nomeadamente dos reinados de D. Afonso II, D. Afonso III e D. Dinis.

(3) José Artur Duarte NOGUEIRA, *Lei e Poder Régio I. As Leis de Afonso II*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2006, pp. 317-322 e a tabela sinóptica final B nas pp. 463-464.

Acúrsio chegou a Portugal muito cedo, poucos anos após a sua conclusão (d. 1234) — no testamento de mestre Gil de Leiria, lavrado no mês de Fevereiro de 1257, já consta referência expressa ao Código e ao Digesto Velho com a Glosa acursiana ⁽⁴⁾. Não será de todo despiciendo ainda referir que D. João I, a propósito dos monteiros que quisessem glosar o seu Livro da Montaria (c. 1415), tenha analogicamente consignado que “*os emperadores romanos fizeram as leyes, e porem nom deixou o doutor Acursio de glossar ainda sobre ellas, e o Bartolo nom leixou de sobre ellas muytas lecturas de fazer. E porem uos companheiros nom leixedes de fazer que quanto for melhor feita, tanto será mais proueitosa a obra*” ⁽⁵⁾. Esta lacónica passagem — até pelo facto de surgir em obra não jurídica, antes do âmbito da literatura cingética medieval — comprova o conhecimento e a relevância prática das duas obras doutrinárias da romanística, no tempo do *Mestre de Avis* (1385-1433). Ambas viriam a ser confirmadas como fontes subsidiárias de Direito pelas *Afonsinas* (OA 2.9.2) ⁽⁶⁾, mantendo o estatuto, com raras vicissitudes, até serem expurgadas pela Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769 ⁽⁷⁾.

Mas este vasto leque de fontes prováveis ainda pode ser alargado até praticamente à exaustão, se tivermos em linha de conta a quantidade faraónica e de difícil manuseamento das obras da literatura civilística medieval anterior à conclusão das *Afonsinas* — v. g., a *Suma de Azo* († c. 1220), que tanta influência teve no panorama jurídico da Europa medieval, já consta em testamento de Martinho Gonçalves, feito a 27 de Junho de 1234 ⁽⁸⁾—. Seria ocioso e até importuno um excursão à maioria desses trabalhos e sua entrada em Portugal, o qual nunca dispensará os monumentos jurídicos castelhanos, sobretudo, as Partidas de Afonso X o *Sábio*. Uma fonte pátria da romanística, no entanto, merece uma última e breve referência.

Trata-se de uma fonte que o compilador das *Afonsinas*, quase de certeza, teve entre mãos, mas da qual ainda se não conhece ínfimo fragmento do seu conteúdo. Refiro-me, não apenas há tradução portuguesa do Código de Justiniano, com a Glosa de Acúrsio e a Opinião de Bartolo — “*E porque estas leyx*

⁽⁴⁾ Isaiás da Rosa PEREIRA, “Livros de Direito na Idade Média”. *Lusitania Sacra*, 1.ª série, vol. 7, Lisboa, 1964/66, doc. 3, pp. 16-17.

⁽⁵⁾ *Livro da montaria* — Manuel Lopes de Almeida (ed.), *Obras dos príncipes de Avis*, Porto: Lello & Irmão, 1981, p. 69.

⁽⁶⁾ *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1792 (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998) [= OA].

⁽⁷⁾ §13 — “...Mando, que as Glosas, e Opiniões dos sobreditos Acurcio, e Bartholo, não possam mais ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos Julgadores...”. em http://www.fd.unl.pt/docentes/docs/ma/amb_MA_3847.pdf (consultado a 3 de Janeiro de 2013).

⁽⁸⁾ PEREIRA, “Livros de Direito na Idade Média”, doc. 10, p. 26.

e estas grossas e Leitura de bartallo a no(s) nom parecia que per elas ouuessem de Sentenciar, porque os tralados de tirar de latim em linguaem nom som tam craros, que os homens que muyto nom sabem os podessem bem entender” — “as sobretudo às declarações — *“huma decraração em cadhuma ley e na grossa e no bartollo que de sobrello he escripto”* — pelas quais se passaram a livrar os feitos e a dar as sentenças judiciais. Repare-se que, a título justificativo, no documento ficou exarado que, mesmo traduzidos, os textos não seriam de fácil interpretação, sobretudo para os menos letrados — *“porque os tralados de tirar o latim em linguaem nom som tam craros, que os homens que muyto nom sabem os podessem bem entender”* ⁽⁹⁾. Estas palavras fazem lembrar a técnica usada nas Ordenações, que — se me é permitida conjecturar sem qualquer outra fundamentação — podem ter encontrado ditoso manancial nessas *Declarações*. Por isso, salvo prova em contrário ou melhor juízo, esta fonte da romanística medieval portuguesa terá que ser considerada como pretensa fonte intermediária entre os textos originários (do Código, Glosa e Opinião) e respectivos excertos das Ordenações Afonsinas.

Apesar das manifestas contrariedades que hoje se fazem sentir, é incontornável a autoridade exercida pela jurisromanística na forja legislativa das Ordenações, durante os reinados de D. João I, D. Duarte e D. Afonso V. Quando, neste último reinado, se encerraram os trabalhos de compilação e revisão (a 28 de Julho de 1446), já os textos legislativos romanos circulavam no reino há mais de dois séculos e meio — no legado *mortis causa* do bispo do Porto D. Fernando Martins (†8 de Novembro de 1185) consta em colecção completa o Código, o Digesto Velho, o Digesto Novo, o Digesto Esforçado, a Instituta, as Novelas e o Autêntico, repartida pelas dioceses do Porto e Braga ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Lisboa, AHM — Livro dos Pregos, doc. 304, fl. 216v. em <http://arquivomunicipal.cm-lisboa.pt/xarqdigitalizacaocontent/Documento.aspx?DocumentoID=60501> (consultado no dia 9 de Fevereiro de 2013). Este documento tem sido profusamente impresso, cf. Nuno Espinosa Gomes da SILVA, *História do Direito Português — Fontes de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª edição, Lisboa, 2011, p. 301, n. 1 (com a cota arquivística e sucessivas fontes impressas); acrescem as impressões de Ruy de ALBUQUERQUE e Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português — Elementos Auxiliares*, vol. I, Lisboa, 1992, pp. 21-22; Pedro Caridade de FREITAS, “O Estilo da Corte — Do Século XIII à Lei da Boa Razão”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, vol. I, Faculdade de Direito da universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2003, pp. 753-754; e Fernando José Gautier Luso SOARES, *Ensaio para a História da Formação do Direito Medieval Português*, Editora Prefácio, 2009, pp. 161-162.

⁽¹⁰⁾ “Mando Portugalensi ecclesiae decreta mea et institutiones et autenticam et nouellam sicut sunt in uno volumine et summam decretorum et institutionum et codicis siti in alio volumine (...) Mando Bracharensi Ecclesiae codicem meum et digestum vetus et novum in tres partes cum isforciato”. *Censual do Cabido da Sé do Porto — Códice membranáceo existente na Biblioteca do Porto*. Joaquim Grave (ed.). Imprensa Portuguesa. Porto, 1924, pp. 385-386.

Não raro, essa influência foi surgindo implícita, sem qualquer referência expressa à fonte estrangeira. *V. g.*, quando os conselheiros de D. Afonso IV proibem o esbulho da coisa possuída por outrem, sem o primeiro citar e chamar a juízo — “*que nam filhem per seu mandado ou consentimento ou d'algum outro, de qualquer estado e condição que seja, cousa alguma que outrem em seu poder tenha ou possua, salvo sendo elle primeiramente citado e demandado em juizo*” (OA 4.9.3 e OA 4.65.1), tendo por base a lei do Código *si quis in tantum* (C 8.4.7)—. Noutras conjunturas, como veremos infra, o legislador não se isenta de algumas referências expressas, embora bastantes lacónicas.

O DIREITO ROMANO NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

Proposto o tema, as dificuldades inerentes e, sobretudo, assente a admissão das fontes jurídicas romanas na sistemática compilatória das *Ordenações Afonsinas*, importa agora delinear — já que, neste momento, ainda me não é possível precisar com a exactidão e completez pretendidas — as vias fundamentais através das quais se manifesta. Para tal, considere quatro parâmetros fundamentais de acolhimento:

Acolhimento por via indirecta.

Acolhimento por remissão expressa.

Acolhimento como fonte subsidiária de Direito.

Acolhimento como fonte de *Ius proprium*.

(i) **As referências indirectas ao Direito romano.** Algumas leis dos monarcas antecedentes revelam, de forma implícita ou explícita, influência do Direito romano, sobretudo a propósito da relação entre o *Ius proprium* e o *Ius commune*. Aliás, esta recepção oficial (feita através do próprio monarca) na legislação pátria ⁽¹⁾ continua a ser uma das melhores garantias da integração do *Ius commune* no ordenamento jurídico português. Limitar-me-ei às referências expressas que foram compiladas para a colectânea afonsina. Advertindo, desde já, que o manuseamento da fonte romana terá que ser tributada ao legislador coevo da norma coligida e não ao compilador afonsino — este limita-se a transcrever a lei que contém essa menção expressa —. São coligidas leis desde

⁽¹⁾ Para além da legislação, a influência do Direito romano também se fez sentir na Universidade, na prática negocial tabeliônica e na administração da justiça — *cf.* José DOMINGUES, “Recepção do *Ius commune* medieval em Portugal, até às Ordenações Afonsinas”, *Initium*, 17, 2012, pp. 121-168, e a bibliografia temática referida na nota 4.

1211 e, mesmo assim, são bastante poucas as menções explícitas que se podem respigar nas Afonsinas.

Uma das referências mais completas surge na *Declaração* sobre os direitos da Coroa, feita pelo Doutor Rui Fernandes a pedido de el-rei D. Duarte (1433-1438), identificando-se como fonte primordial a “*Ley única do código no Título quaes som os Direitos Reaes*”, a “*Ley primeira do Digesto no Título do Direito do fisco*”, e as “*Declarações, que os Direitos sobre ellas fizeram*” (OA 2.24.36). Esta identificação das fontes romanísticas — supostamente, o Código (C 10.1) e o Digesto (D 49.14)— tem sido alvo de severas críticas, acabando por matizar a acribia jurisromanística do Doutor Rui Fernandes. Costa lobo assume-se como o seu principal censor, seguido das mais autorizadas vozes da jurishistoriografia actual ⁽¹²⁾, quando aventa:

“O doutor não se deu a grande trabalho na pesquisa: o título cinquenta e seis do livro segundo dos Feudos dispensou-o de ulteriores investigações (...) traduziu-o, mas acomodando a tradução, segundo o seu modo de pensar, às instituições do reino. Como êle naturalmente desejava auctorizar o seu projecto de lei, e cobrar estimação pelo seu trabalho e sciência, concluiu pelo testemunho de que todas as disposições, por êle assentadas, se provam pela lei única do Código sôbre os direitos reais, pela lei primeiro (sic) do Digesto sôbre os direitos do fisco, e «pelas declarações que os Direitos sobre êle fizeram» (Ord. Af., l. 2, t. 24, § 36): porém, do Livro dos Feudos, que foi o original exclusivo de toda a sua obra, não diz palavra. Quem consultar os lugares referidos chegará à conclusão de que o doutor não compulsou, nem o Código, nem o Digesto (O título do Código, De juri fisci, como hoje o possuímos, tem onze leis e não uma só, mas nenhuma delas foi aproveitada. Do título do Digesto De juri fisci foram aproveitadas pelo Livro dos Feudos e pelo doutor a lei 1.ª in princ. e a lei 3.ª, § 10, que tratam das multas e penas judiciais, e dos tesouros encontrados. Mas o Livro dos Feudos apropria muitas outras previsões do Código e do Digesto, que Rui Fernandes também trasladou)” ⁽¹³⁾.

Com algum risco de me afastar do fio condutor deste trabalho, não posso deixar de tecer algumas ressalvas a tão acutilante ofensiva à probidade científica

⁽¹²⁾ Na senda deste autor, cf. CAETANO, *História do Direito Português*, p. 542, nota 3, e Martim de ALBUQUERQUE, “O Infante D. Pedro e as Ordenações Afonsinas”, *Estudos de Cultura Portuguesa*, vol. 3, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002, p. 50 (1.ª edição em *Biblos*, vol. 69, 1993, pp. 157-171).

⁽¹³⁾ António de Sousa Silva Costa LOBO, “O Rei”, *Anais das Bibliotecas e Arquivos de Portugal*, vol. 1, n.º 2, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1915, p. 223.

do Doutor Rui Fernandes. Antes de mais, **(i)** há mais de um século, Pascoal de Melo Freire já aventa que o “*Doutor Ruy Fernandes, seu organizador, o dispôs e quase transcreveu do tit. 36(sic) Quae sint Regaliae do liv. 2 Feudorum*”, mas a sua crítica vai noutro sentido ⁽¹⁴⁾; **(ii)** o *Libri Feudorum* ou *Feudorum Consuetudines* é, assiduamente, invocado nas legitimações outorgadas pelos monarcas portugueses desde, pelo menos, o ano de 1338, nada justificando a insipiência de Fernandes ⁽¹⁵⁾; **(iii)** na Idade Média a forma mais corrente e eficaz de identificar um texto jurídico, não é através de números, mas do seu título e das primeiras palavras ou *initium* do fragmento ou parágrafo, se for caso disso; **(iv)** hoje não se conhece qualquer versão original do texto do Doutor Rui Fernandes. Quanto à posição de Costa Lobo, **(i)** utiliza o texto impresso das Ordenações Afonsinas (1792), sem qualquer cotejo com os manuscritos medievais — embora apógrafos — da Torre do Tombo; **(ii)** não levanta suspeita de monta à “*Ley primeira do Degesto no Título do Direito do fisco*”, antes pelo contrário, chega a admitir que tenha sido aproveitada pelo doutor; **(iii)** mas estigmatiza a outra menção à lei única do Código; **(iv)** acusando Rui Fernandes de ter silenciado o *original exclusivo* do seu normativo, o Livro dos feudos; **(v)** e de não ter compulsado, nem o Código, nem o Digesto; **(vi)** arrazoando, categoricamente, que “*o título do Código, De juri fisci, como hoje o possuímos, tem onze leis e não uma só, mas nenhuma delas foi aproveitada*”. Posto isto, para uma tão fria e lancinante denúncia, parecem-se demasiado precários os argumentos de Costa Lobo — tendo em linha de conta que o texto que utiliza já passou pela pena de copistas medievais e pela forma de um impressor, a uma distância de quase três séculos e meio —.

O erro de Fernandes está na notória discordância de conteúdo entre o Código de Justiniano (C 10.1) e as Ordenações Afonsinas (OA 2.24). Tentei apurar eventual erro do impressor setecentista na transcrição da passagem *sub iudice*, mas sem qualquer avanço profícuo. Em todos os manuscritos da Torre do Tombo, com algumas variantes, consta referência expressa à *lei única do código no título quais são os direitos reais* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Pascoal José de Melo Freire, *Institutiones iuris civilis lusitani*. Coimbra, 1789 (tradução Miguel Pinto de Menezes), *Boletim do Ministério da Justiça* 161, 1966. § 3, p. 97: “*o mesmo capítulo é deficiente e imperfeito, não abrangendo todos os direitos majestáticos, pois omite, além de outros, o poder de legislar, que é o primeiro e principal*”.

⁽¹⁵⁾ DOMINGUES, “Recepção do *Ius commune* medieval em Portugal”. p. 162.

⁽¹⁶⁾ “*pella ley vnjca do Codego no titollo quaaes ssom os derreitos rreaões*” (Lisboa, IAN/TT — Leis e Ordenações, Núcleo Antigo 10, fl. 93v); “*polla vnjca do codego, no titollo quaães som os derreitos Reaães*” (Lisboa, IAN/TT — Leis e Ordenações, Núcleo Antigo 13, fl. 68); “*polla Ley vnica do codego no titollo quamtos sam os dereitosReaees*” (Lisboa, IAN/TT — Leis e Ordenações, Núcleo Antigo 5, fl. 77); “*pella ley vnj [sic] do codiguo no titollo do derreito do ffisco*” (Lisboa, IAN/TT — Leis e Ordenações, Núcleo Antigo 8, fl. 72v). Neste último manus-

Mas leia-se com cuidado a asserção completa — “*Ley única do codego no Título quaes som os Direitos Reaes*” — e, de imediato, se concluirá que o legista só podia querer identificar a *lei única* do título *quaes são os direitos reais = quae sint regaliae*. Apesar da tradução para Português, as palavras identificativas do título — à boa maneira medieval — só podem ser tributadas ao título 56 do livro II do Livro dos Feudos, com uma lei única — *Quae sint regaliae* ⁽¹⁷⁾ — um vez que o pretense título do Código de Justiniano consta sob a epígrafe *De iure fisci*, composto por *onze leis*. O único *codego* que o Doutor Rui Fernandes pretende identificar com esta citação só pode ser o *Libri Feudorum*. Código foi sempre um vocábulo polissémico. E, perante a evidência, no meu desprezioso entendimento, a palavra *codego* deve estar aqui usada no sentido amplo de compilação metódica e articulada de disposições legais e não no sentido mais restrito do Código justinianeu. Pode não ser totalmente despiciendo que, na Idade Média, os três últimos livros (liv. 10-12) do Código de Justiniano andem ligados às suas *Instituiciones* e ao *Liber Feudorum*, formando o chamado *Volumen* ou *Volumen Parvum*. De qualquer maneira, fica arredada a tese que, de forma estéril e imprudente, pretendeu querelar a probidade jurídico-científica de um dos mais doutos jurisperitos da Idade Média portuguesa.

Uma referência ao livro Autêntico ⁽¹⁸⁾, caída da pena de D. João I, aparece a propósito do Direito sucessório. Especificando, “*Nós ElRey Dom Joham mandamos, que se algum Padre, e Madre em seendo casados ouverom muitos filhos, e se veeo a morrer o Padre, ou Madre, e ficam seus filhos vivos, se depois se vier a morrer cada huum destes filhos, de direito das autenticas* (Novelas

crita é evidente o salto do copista, por causa da palavra “*titollo*” para “*do derreito do ffisco*”, acabando por omitir o texto “*quaaes som os derreitos rreaes E pella ley primeira no degesto no titollo*”. Ou seja, saltou de “*titollo*” para “*titollo*” seguinte.

⁽¹⁷⁾ NEARŌN IUSTINI-||ANU BASILEŌS TŌN EN TŌ NYN || HEURISKOMENŌN. KAI HŌS HEURISKONTAI, BIBLION, TU || GRĒGORIU HALOANDRU EXĒGĒTU.|| Hoi kanones tōn hagiōn Apostolōn dia Klēmētos hathroisthentes.|| ... NOVELLARVM CON||STITVTIONVM DN. IVSTINIANI PRIN-||CIPIS, QVAE EXSTANT, ET VT EXSTANT,|| volumen, GREGORIO HALOANDRO enarratore.|| Nouellarum Constitutionum lectio vetus.|| Canones sanctorum Apostolorum per Clementem in vnum congesti LXXXV.|| Defectus & varia lectio Graecarum Constitutionum.|| Accesserunt ... || Feudorum lib.II.|| Constitutiones Friderici Imperatoris De statutis et consuetudinibus contra libertatem Ecclesiae editis. etc.|| Extravagantes cum apparatu siue gloßis do. Bartoli.|| Liber de pace Constantiae, etc. cum commento do. Baldi de Vbaldis. Perusini.||, Basel : Guarin. Thomas, 1570. p. 417.

(online — Halle, Saale : Universitäts — und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt, 2012, <http://digitale.bibliothek.uni-halle.de/vd16/content/pageview/7049536>, consultado no dia 5 de Janeiro de 2013)

⁽¹⁸⁾ Livro das Autênticas ou Autêntico (*Liber Authenticorum* ou *Authenticum*) corresponde às Novelas (*Novellae*) de Justiniano.

118 e 127) *o Padre vivo sucede igualmente com os Irmaaõs nos beens do filho meor*” (OA 4.102.1).

(ii) **As remissões expressas para o Direito romano.** Não raro, as *Ordenações Afonsinas* remetem para aquilo que se diz no *Direito* ou no *Direito imperial*, no sentido de se dar desenvolvimento e se completarem as matérias tratadas. *V. g.*, a propósito do filho de judeu convertido à fé cristã, ficou expresso que deveria herdar aos irmãos e outros parentes como se cristãos fossem, “*guardando acerca de tal herança os Direitos Imperiaaes, e Leix do regno, assy como em ellas he contheudo*” (OA 2.79.15); e sobre o testemunho de servo ficou exarado que “*nom pode ser testemunha, nem deve ser perguntado geralmente em Feito alguü; pero se achado for per Direito Commuü, que em alguü caso especial, Civel ou Crime, deva ser perguntado, Mandamos que se guarde aquello, que per Direito for achado*” (OA 3.61.12).

(iii) **O Direito romano como fonte subsidiária.** Com as *Ordenações Afonsinas* surge pela primeira vez, em texto legislativo, uma prelecção das fontes do Direito vigentes no ordenamento medieval português. Ficaram consignadas como fontes imediatas a *lei* do reino, o *estilo da Corte* e o *costume* antigo — “*quando algum caso for trazido em pratica, que seja determinado per alguma Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja per elles julgado, e desembargado finalmente, nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa, porque onde a Ley do Regno dispoem, cessam totalas outras Leys, e Direitos; e quando o caso, de que se trauta, nom for determinado per Ley do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leyx Imperiaaes, e pelos Santos canones*” (OA 2.9.1). Ou seja, caso não se encontrasse solução nas fontes de Direito pátrio, recorrer-se-ia ao Direito subsidiário romano (em matéria temporal, excepto quando a sua aplicação fizesse incorrer em pecado), e canónico (em matéria espiritual e também na temporal, em matéria de pecado, ou quando o Direito romano fosse lacunoso); de seguida recorrer-se-ia à Doutrina da Glosa de Acúrsio e da Opinião de Bártolo; em última instância, se nenhuma das fontes antecedentes solucionasse o caso, recorrer-se-ia à resolução do monarca (OA 2.9.1-3)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Sobre esta temática, *vide* os trabalhos de Nuno J. Espinosa Gomes da SILVA, “O Sistema de fontes das Ordenações Afonsinas”, *Sep. Revista Scientia Iuridica*, tomo XXIX, n.º 166-168, Braga, 1980; e José Artur A. Duarte NOGUEIRA, “Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas”, *sep. Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIV, n.º 4, Coimbra, 1980.

Este critério da subsidiariedade do *Ius commune* se pode depreender de outras passagens da obra — v. g., a propósito dos feitos das dízimas, portagens, sisas e outros direitos reais dos mouros, que seriam desembargados “segundo as nossas Leyx, e Ordenações sobrello feitas; e quando ellas sobre tal caso nom desposarem, desembarguem-nos segundo acharem per Direito Commum, assy como se geralmente custuma em todolos outros feitos” (OA 2.101.5). Convém acautelar que não se trata de uma novidade da forja afonsina; de uma forma geral ⁽²⁰⁾ assim seria desde sempre — v. g., quando D. Duarte mandou o Doutor Rui Fernandes compulsar os textos de Direito romano e canónico para apurar os direitos reais deixou bem patente que essa *Declaração* só vincularia “honde as Leyx do Regno, e Costume antigoo d’outra guisa nom determinaarom” (OA 2.24.37).

Também o critério do primado do Direito canónico em matéria de pecado aparece posteriormente citado e aclarado, a propósito da usura, nestes termos: “E acontecendo alguns casos aalem dos suso ditos, em que possa cahir duvida se he usurario, ou se se pode levar usura de direito, mandamos que se guarde sobre ello o que achado for per Direito Canonico, ca pois he cousa, que tras peccado, e carregio de consciencia, convem que acerca dello ajamos de seguir, e esguardar os Direitos Canonicos, e Mandamento da Santa Igreja, assy como nossa Madre Santa, a que devemos per necessidade em todo caso seer obedientes” (OA 4.19.8).

(iv) **O Direito romano como fonte de *Ius proprium*.** Para além das remissões expressas e da consagração legal como fonte subsidiária, o compilador afonsino, no seu labor constante, teve assaz presente os textos jurídicos romanos: no prómio, na composição de títulos inteiros e em declarações finais autógrafas, para definir os termos em que as fontes codificadas são confirmadas, complementadas, modificadas e até revogadas. Assim o destilam doudas asserções, v. g., de Paulo Mêrea, quando se refere aos “direitos modernos de origem justinianeia, como é o das nossas Ordenações” ⁽²¹⁾; Gonçalves Proença quando, a propósito dos títulos

⁽²⁰⁾ Digo “de uma forma geral”, porque pode acontecer que o Direito comum prevaleça sobre a lei do reino. v. g., um capítulo geral (52.º) das Cortes de Santarém. reunidas em 1331, revogou uma lei de D. Dinis impondo que, em sua substituição, se applicasse o Direito comum — “Item dizem que uoso padre pos por Leij e mandou que se aguardasse que todolos Judeus que teuesen cartas ou obrigações ou prazos de devidas e as nom demandasen do dia que as obrigações fosen sectas ata vijnte anos que despoijs nom as podesen demandar nem lhis fosen teudos a elas Aqueles que lhis eram obrigados. E foij sa mercee de Reuogar depoijs esto a Rogo d alguuns. Peden uos por mercee que mandedes que se aguarde a dicta leij. A este Artigo diz El Reij que se guarde daqui adeante o dereijto comum”. Foi este o artigo compilado para as Ordenações Afonsinas (OA 2.84), excluindo-se a lei de D. Dinis (2 de Maio de 1321).

⁽²¹⁾ Paulo MÊREA. “À Margem das Ordenações III — Ord., Liv. IV. Tit. 82. § 1.º”, *Estudos de História do Direito I — Direito Português*. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2007. p. 317 (1.ª ed. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 34, 1958).

dos testamentos, deixou consignado que “*numerosas são as leis que acusam servilismo impressionante ao Direito de Roma, nas referências expressas, em certos pormenores de regulamentação e até em autênticas transcrições*”⁽²²⁾; ou, mais recentemente, de Jorge Santos ao aventar que “*a terminologia utilizada revela, claramente, o conhecimento e a utilização de conceitos romanos e, por fim, o conteúdo normativo desses títulos apresenta similitudes com soluções romanas*”⁽²³⁾. Não raro, ao longo do texto o próprio compilador das Ordenações deixou expressamente consignado um reconhecimento categórico da fonte romana como lei do reino⁽²⁴⁾, *i. e.*, deixa de ser uma fonte subsidiária de *Ius commune* para se converter em fonte imediata de *Ius proprium*.

Sem embargo, o recurso à fonte externa romanística ou não é assinalado no texto ou, então, surge dissimulado sob meras expressões indiciárias, sem a pretendida designação exacta da obra, título e lei, agudizando a dificuldade da sua perfeita identificação. Desde logo, há menções demasiado precárias, que nem sequer permitem uma separação fácil e estanque com o Direito canónico — *v. g.*, “*disserom os sabedores antigos*”, “*estabellecerom e poserom por Ley os antigos que compilarom os Direitos*”, “*estabelecido he per direito*”, “*achamos per direito*”, “*escripto he em Direito Cõmuum*”—. Outras citações há mais explícitas, ainda assim, pejadas de incertezas — *v. g.*, “*disserom os Sabedores que compilarom as Leyx Imperiaaes*”, “*os Sabedores antigos, que compilarom as Leys Imperiaes, disseram*”, “*disseram os Sabedores de Roma, que copilarão as Leys Imperiaes*”, “*os Sanadores que fezerom as Leyx Imperiaaes*”, “*segundo disserom e estabellecerom as Leyx Imperiaaes*”, “*disseram as Leys Imperiaes*”, “*disserõ os Direitos Imperiaes*”, “*estabeleceram as Leys dos Imperadores*”, “*os Direitos Civis*”—. Por isso, o pecúlio que se me oferece continua incerto, minguido e relativo.

Por outro lado, o vetusto aferro à tradição legislativa consuetudinária revelou-se, *ab initio*, um forte estigma à recepção do *Ius commune*. Da sistemática compilatória das *Ordenações Afonsinas* ainda gotejam imperativos onde prevalece o *uso antigo* em detrimento das *Leis Imperiais*. É bem plausível que, um dos múltiplos motivos justificativos do recurso afonsino directo para os textos legislativos romanos, tenha sido o de dirimir eventuais conflitos que

⁽²²⁾ José João Gonçalves de PROENÇA, *Natureza jurídica da “legítima”*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, p. 48.

⁽²³⁾ SANTOS, *A Livre Disposição Mortis Causa*, p. 6.

⁽²⁴⁾ *V. g.*, “e porque achámos esto assy ser estabelecido d’antiguamente pollos Copiladores das Leys Imperiaees. Mandamos que se guarde assy por Ley daqui em diamte em nossos Regnos” (OA 3.41.2); “esto he Direito usado em estes nossos Regnos longuamente. Mandamos que assy se guarde por Ley daqui em diante” (OA 3.122); “E porque achamos esto assy seer estabelecido per Direito. mandamos que assy se guarde e compra por Ley. por nos parecer seer fundada em rezam” (OA 3.127.5).

latejavam entre as fontes de Direito vigentes — v. g., enquanto que, na acção pessoal para a entrega de determinada coisa ou quantidade pecuniária, as *Leis Imperiais* previam um espaço dilatatório de quatro meses ao executado, a contar da data da sentença condenatória, para o cumprimento voluntário e antes de se proceder à execução forçada (C 7.54.2), a *usança antiga e longamente aprovada do reino* previa uma execução imediata, sem qualquer dilação temporal, desde que estivesse em causa sentença dada por juiz de alçada, corregedor da Corte ou magistrado análogo e fosse selada com o selo régio (OA 3.91.7) ⁽²⁵⁾.

A relação do *Ius commune* com os *iura propria* lateja noutras conjunturas paradigmáticas. D. João I, e. g., foi confrontado com um conflito normativo sucessório, gerador de graves contendas e elevadas despesas por todo o reino, porque o Direito romano (Novelas 118 e 127) estabelecia que, falecendo filho menor, os ascendentes sucediam em igualdade com os irmãos e o costume do reino, ao invés, limitava a sucessão apenas aos ascendentes, excluindo os irmãos. Solicitado para fazer ordenação decisiva, que dirimisse o conflito, o monarca manda “*que se guarde o que se em este caso usa e custuma, segundo o dizer dos antigos, a saber, soceda o Padre, ou Madre, e nom os Irmaaõs: e que esto seja avudo por Hordenação*” (OA 4.102.1).

Conforme dito, também o próprio compilador afonsino, na sua ingente tarefa de actualizar e conciliar a multiplicidade de fontes vigentes, acabaria por ser chamado — em nome de el-rei — a dirimir conflitos de fontes. Tanto se lhe podia deparar um conflito entre o Direito comum e o costume do reino, v. g., a propósito da escolha de juizes arbitrais impôs “*que se guarde a dita uzança antiga, e que livremente possam as partees escolher por seu Juiz Alvidro aquelle, que for seu Juiz Ordinario ou Delegado, ainda que o Direito Commuum aja estabelecido o contrario*” (OA 3.112.8). Como um conflito entre ambos os Direitos (romano e canónico), v. g., a declaração feita para sanar as divergências em matéria de apelação dos autos extra-judiciais — “*Disseram os Sabedores, que segundo Direito Canonico de todolos autos nom somente Judiciaees, mas ainda extrajudiciaes, que se fazem, e trataõ fora do Juizo, podem lícitamente apelar em todo caso, e nam tam somente dos autos, em que algum he aggravado, mais*

⁽²⁵⁾ “E pero que os Compiladores das Leys deram quatro mezes d’espaco aos condenados na auçam pessoal pera averem de pagar essa cousa, ou cantidade em que forem condenados. Achamos per certa emformaçam. que de usança antiga e longuamente aprovada em estes Regnos nom lhes he dado algum termo. ou espaco. mas tanto que a Sentença he dada per os Juizes d’Alçada. ou Corregedor da nossa Corte. ou qualquer outro semelhante, que mereça execução, e for asselada com o nosso Sello. logo deve ser executada. como dito he. sem outro algum espaco ou dilação. que o condenado pera ello aja: salvo que os beens, em que for feita execução, devem andar em preguam tempo certo. ante que sejam arrematados, segundo mais compridamente diremos ao diante no Titulo *Das Arremataçoens*” (OA 3.106).

daquelles, per que duvida ser ao diante aggravado per alguumas razãoens verisimilles, ou algum tanto rezoadas: mas os Direitos Cives nom allarguam tanto a facultade do apelar, ca nos autos Judiciaees estabeleceram, que em certos casos podessem apelar das Intrelucatorias, e em outros nam; e nos autos extrajudiciaees falaram per desvairadas maneiras: e por tanto acerqua deste passo entendemos fazer alguma breve declaraçam em esta guisa” (OA 3.80.Pr.); ou quando decide que “nos beens Ecclesiasticos se guardem os Direitos Canonicos, e nos beens profanos se guardem os Direitos Civis” (OA 4.80.3) — no seguimento do anteriormente assumido na preleccão das fontes de Direito (OA 2.9.1) —.

A assiduidade da compilação imperial (**Prooemium de confirmatione Institutionem**) instila desde o prólogo das Afonsinas (OA 1.Proémio). Passando ao miolo legislativo, na impossibilidade de um cotejo mais lato, exemplificativamente, escolhi um título que me pareceu ser elucidativo das plausíveis fontes romanísticas utilizadas na sistemática compilatória das Afonsinas para analisar nas linhas que me restam. Apesar do cunho meramente orientativo, trata-se de um excerto que consubstancia a recepção prática do Direito romano, reconhecido e assumido como Direito português — durante mais de quatro séculos ininterruptos, esta matéria vai integrar uma solução jurídica portuguesa, desde as Ordenações Afonsinas (1446) até à revogação das Ordenações Filipinas (1867) —. Além do mais, é revelador da dificuldade árdua que hoje é, com acuidade, descobrir o trilho palmilhado há quase seis séculos atrás, por entre os meandros das fontes jurídicas usadas para se compor a colectânea oficial de Direito português.

OA 4.45 — “Do que quer desfazer alguma venda por seer enganada aalem da meetade do justo preço”.

O *incipit* — “Disserom os Sabedores antigos, que compilarom as Leix Imperiaaes” — revela o uso de fonte romanística. A própria epígrafe do título identifica o instituto da rescisão da compra e venda feita para além da metade do justo preço, que tem por base dois fragmentos do Código de Justiniano (C 4.44.2 e C 4.44.8). Em estreita relação, os dois fragmentos testemunham o princípio da *laesio enormis*, mas foi sempre considerado como fragmento fundamental o C 4.44.2 — o que fez com que, desde a Idade Média, este regime jurídico também tivesse passado à posteridade com a designação de *lex secunda* ou *lei segunda* do título 44, de *rescindenda venditionis* —.

A *laesio enormis* foi alcunhada e esmiuçada pelos glosadores medievais — terá sido Ugolino ou Cino de Pistóia o primeiro autor a usar esta expressão ⁽²⁶⁾ —

⁽²⁶⁾ Jorge Eustácio da Silva FRIAS. “Da *Laesio Enormis*: Algumas considerações”. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 78, Coimbra, 2002, p. 747.

a partir dos dois citados rescriptos dos imperadores Diocleciano e Maximiano (do ano 285 e 293), que proporcionavam a rescisão do contrato ao vendedor de um *fundo* que tivesse recebido menos do que a metade do seu justo preço. Os fragmentos coligidos pelos compiladores justinianeus têm colocado excelsos desafios à investigação científica, nomeadamente, quanto à sua origem, *ratio legis*, interpolações e evolução no seio do império romano ⁽²⁷⁾, mas também a propósito do impacto causado no *Ius commune* renascido, sobretudo, através das escolas medievais dos Glosadores e Comentadores ⁽²⁸⁾. A parametricidade deste último, como seria espectável e veremos de seguida, far-se-á sentir particularmente no Direito medieval português ⁽²⁹⁾.

Ordenações Afonsinas			Código		
4	45	Pr.	4	44	2
			4	44	8

<i>Disserom os Sabedores antigos, que compilarom as Leix Imperiaaes, que se algum homem vendeo alguma</i>	(C 4.44.2) <i>Se tu ou o teu pai tivesses vendido por menor preço uma coisa de preço maior, é humano, ou</i>
---	---

⁽²⁷⁾ Cf. a bibliografia sobre a origem deste instituto elencada por María Dolores PARRA MARÍN, “La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano. C. 4.44. De rescidenda venditione. La laesio ultra dimidium”, *Revista General de Derecho Romano* (Iustel), n.º 11, 2008, p. 5, nota 11. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=5689>

Esta autora resume a polémica doutrinal a três posições: “1. *Quienes legitiman la autoría de Diocleciano y la validez del instituto de forma uniforme hasta Justiniano*; 2. *Los que defienden que se trata de un instituto introducido por Diocleciano, para casos excepcionales, pasando al olvido en siglos sucesivos hasta su aceptación por parte de los compiladores del siglo VI d.C.*; 3. *Por último, los que manifiestan que la regla de la rescisión por lesión enorme fue una innovación típicamente justiniana, siendo desconocida en tiempos de Diocleciano*”.

Cf. Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “La *Laesio Enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4.44.2) al Código de Comercio Hispano de 1829, pasando por Hevia Bolaño”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, n.º 48, 2001, pp. 120-121, nota 83; Amparo MONTAÑANA CASANÍ, “La *laesio enormis* en C. 4.44.2 y en els Furs de Valencia”, *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998, pp. 342-344.

⁽²⁸⁾ Tammo WALLINGA, “La *laesio enormis* a través de la Glosa”, *Revista General de Derecho Romano* (Iustel), n.º 16, 2011. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=5689>

⁽²⁹⁾ Sobre o impacto no Direito português e no Direito brasileiro cf. FRIAS, “Da *Laesio Enormis*”, pp. 767-778; vide também Justo GARCÍA SÁNCHEZ, *Arias Piñel, catedrático de Leyes en Coimbra y Salamanca durante el siglo XVI: la rescisión de la compraventa por “laesio enormis”*, Caja Duero, 2004. Arias Pinhel serve-se das Ordenações que estavam em vigor no seu tempo (as Manuelinas), mas sem qualquer referência às antecedentes Afonsinas — cf. *Fuentes del Tratado*, p. 187 —.

cousa movel, ou de raiz por preço certo, ainda que o contrauto seja de todo perfeito, e a cousa entregue, e o preço paguado, se for achado que o vendedor foi enganado em a dita venda aallem da metade do justo preço, pode-a desfazer per bem do dito engano, ainda que o engano nom procedesse do comprador, mas somente se cauzasse da simpreza do vendedor.

que restituindo tu o preço aos compradores, recuperes o fundo vendido, mediando a autoridade do juiz ou que, se o comprador o preferisse, recebas o que lhe falta ao justo preço. Se considera que o preço é menor, se não se tiver pago nem a metade do verdadeiro preço.

Publicado a 11 das Calendas de Março, sob o quarto consulado de Antonino, Augusto e Alexandre ⁽³⁰⁾

(C 4.44.8) Se com a tua vontade o teu filho vendeu um fundo teu, deve-se provar o dolo pela astúcia e as dissimulações do comprador, ou se deve demonstrar medo de morte, ou iminente tormento corporal, para que não se tenha por válida a venda. Porque isto só que indicas, que o fundo foi vendido por preço pouco menor, é ineficaz para que se rescinda a venda. Porque se, na verdade, tivesses pensado sobre a essência do contrato de compra e venda, e que perseguindo o comprador o seu desejo de comprar por menos, e o vendedor de vender mais caro, chegam a este contrato, e que com dificuldade

⁽³⁰⁾ (C 4.44.2) — “*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii. distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit * DIOCL. ET MAXIM. AA. AURELIO LUPO. * <A 285 PP. V K. NOV. DIOCLETIANO A. II ET ARISTOBULO CONSS.>*”.

Para as traduções do Código utilizei a obra de D. Ildefonso L. GARCIA del CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano — Código*, Tomo I, Barcelona, 1892.

Para as traduções do Digesto utilizei a obra de Álvaro D’ORS et al., *El Digesto de Justiniano — version castellana*, Pamplona, 1968.

depois de muitas contendas, rebaixando paulatinamente o vendedor do que havia pedido, e acrescentando o comprador ao que havia oferecido, consentem em certo preço, verias certamente, que nem a boa fé, que ampara a convenção da compra e venda, permite, nem razão alguma concede, que por isto, se rescinda um contrato terminado por consentimento, ou desde logo, ou depois da discussão da quantidade do preço; a não ser que haja dado menos da metade do justo preço, que havia sido ao tempo da venda, devendo-se reservar ao comprador a eleição já concedida.

Dada nas Calendas de Dezembro, no consulado dos Césares ⁽³¹⁾.

O primeiro fragmento dos imperadores Diocleciano e Maximiano permite a Aurélio Lupo rescindir a compra e venda, feita por ele ou seu pai, de um fundo vendido por menor preço, se o comprador não tivesse pago nem a metade do justo preço (*si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*). Posteriormente a esta decisão imperial, no C 4.44.8, *Aurelliae Euodiae* também pretende rescindir um contrato de compra e venda de um *fundum* por o preço recebido ter sido inferior ao preço real. A resposta imperial é bem clarificativa, impondo que a compra e venda não pode ser invalidada pelo simples facto de as partes terem acordado um preço inferior ao real, a rescisão pretendida só seria possível quando se

⁽³¹⁾ (C 4.44.8) — “*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servand * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIAE EUODIAE. * <A 293 D. K. DEC. AA. CONSS.>*”

atingisse um prejuízo equivalente ao pagamento de menos de metade do justo preço, no momento da conclusão da compra e venda.

O compilador português deixa claro que o remédio da lesão para além da metade do justo preço é uma causa objectiva para rescisão do contrato de compra e venda, mas desde que haja engano, que tanto pode derivar de astúcia do comprador como de imbecilidade (*simpresza*) do vendedor. Por isso, para a regulamentação jurídica portuguesa não será admissível a rescisão se o lesado, no momento da conclusão do contrato, sabia o justo preço da coisa (OA 4.45.9). O fundamento no engano sofrido por parte do prejudicado tem a sua origem na Glosa e já aparece consignado nos Foros de Valência (1261) ⁽³²⁾. É, no entanto, diferente da causa subjectiva derivada de dolo ou coacção física e moral (*medo de morte, ou iminente tormento corporal*), que não consta neste título das Ordenações Afonsinas. Nas Partidas de Castela, à semelhança de C 4.44.8, ainda se mantém agrupadas ambas as causas no mesmo título ⁽³³⁾.

Nas Ordenações já se consigna expressamente que o instituto da *laesio enormis* se aplica tanto aos bens imóveis como aos bens móveis. Esta questão ainda não é pacífica no circuito do Direito imperial, sendo plausível que inicialmente, em tempo de Diocleciano, só se aplicasse a bens imóveis e, posteriormente, Justiniano o tivesse ampliado à compra e venda de qualquer bem ⁽³⁴⁾; mas, noutra perspectiva, admite-se que os fragmentos romanos pretendiam referir apenas os imóveis, correspondendo a inserção dos bens móveis a mais um apêndice medieval ⁽³⁵⁾.

O título afonsino vai-se estender ao longo de mais dez parágrafos, deixando transpirar a imensa genialidade criativa dos legisperitos medievais aplicada, sobretudo, ao fragmento C 4.44.2 ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ MONTAÑANA CASANÍ, "La *laesio enormis* en C. 4,44,2 y en els Furs de Valencia", pp. 348-349.

⁽³³⁾ (P 5.5.56 — *Del ome que por miedo o por fuerça compra o vende alguna cosa por menos del justo precio*). *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono*/ nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias; con su repertorio muy copioso assi del Testo como de la Glosa. Impresso en Salamanca: por Andrea de Portonaris. 1555. pp. 32-33.

⁽³⁴⁾ PARRA MARÍN, "La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano", p. 17.

⁽³⁵⁾ WALLINGA, "La *laesio enormis* a través de la Glosa", p. 7. MONTAÑANA CASANÍ, "La *laesio enormis* en C. 4,44,2 y en els Furs de Valencia", pp. 344-345.

⁽³⁶⁾ WALLINGA, "La *laesio enormis* a través de la Glosa", p. 4. que o considera um texto fortemente glosado, "el texto básico del *Códex* no cuenta con más de once líneas breves, mientras que las glosas y additiones en los márgenes ocupan una columna y media. Entre ellas no hay únicamente glosas en sentido estricto (escritas por los Glosadores en la época hasta ± 1260), sino también comentarios del jurista humanista Cuiacius (Jacques Cujas, 1522-1590)".

(OA 4.45.1) — *E entende-se o engano da parte do vendedor aalem da metade do justo preço, honde se a cousa vendida valia per verdadeira e cumunal estimação ao tempo do contrauto dez libras, foi vendida algum tanto, por menos de cinco libras; e da parte do comprador, se a cousa comprada valia per cumunal, e verdadeira estimação ao tempo do contrauto dez libras, e foi comprada por algum mais de quinze libras.*

Antes de mais, estando subjacente o princípio da igualdade das prestações económicas contratuais, o amparo acabaria por se prolongar também ao comprador e tornar indispensável a definição de um critério valorativo a atribuir à sua *laesio ultra dimidium iusti pretii* ou lesão além de metade do justo preço. Surgem dois métodos de cálculo: (i) o método *aritmético* (ou critério *ultra dimidium*), que considera o comprador lesado *enormis* quando se ultrapassa o limite do preço justo mais a metade, v. g., se a cousa valia dez e foi comprada por mais de quinze; (ii) e o método *geométrico* (ou critério *ultra duplum*), que para o comprador lesado *enormis* fixa o limite multiplicando o justo preço por dois, já que para o vendedor se divide por dois, v. g., se a cousa valia dez e foi comprada por mais de vinte ⁽³⁷⁾.

O compilador afonsino opta pelo método aritmético ou critério *ultra dimidium*, que se irá dilatar na ordem jurídica portuguesa, por vários séculos, até às Ordenações Filipinas ⁽³⁸⁾. Foi este o método propugnado por Azo ⁽³⁹⁾ — seguido depois pelo seu discípulo, Acúrsio — que acabou por se revelar dominante, apesar da pléiade de insignes juristas do lado contrário ⁽⁴⁰⁾. A propagação ao comprador e o método de cálculo aritmético já aparece acolhido nos Foros de

⁽³⁷⁾ Cf. WALLINGA, “La laesio enormis a través de la Glosa”, p. 6.

⁽³⁸⁾ (OM/1512 4.34) — *Ordenações Manuelinas: Livros I a V: Reprodução em fac-simile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, “Introdução” de João José Alves Dias, Centro de Estudos Históricos, Universidade Nova de Lisboa, 2002; (OM/1514 4.34) — *Liuro quarto das Ordenações*, Nouame[n]te corrigido na segu[n]da e[m]pressam, Lyxboa : Ioham Pedro Bonhomini, 1514, em <http://purl.pt/14708> (consultado a 15 de Janeiro de 2013); (OM/1521 4.30) — *Ordenaçoes do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797 (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984); (OF/1603 4.13) — *Codigo Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’El-rey D. Philippe I*, 14.^a edição, Rio de Janeiro. Typographia do Instituto Philomathico, 1870 (fac-simiel da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985).

⁽³⁹⁾ GARCÍA SÁNCHEZ. “La *Laesio Enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4.44.2) al Codigo de Comercio Hispano de 1829”, p. 127.

⁽⁴⁰⁾ Cf. WALLINGA. “La laesio enormis a través de la Glosa”, p. 6, que refere Placentino, Albérico, Martino *et Alii Sapientes*: ou GARCÍA SÁNCHEZ, Arias Piñel, p. 218, que refere Bártolo, Baldo, o Abade Panormitano e outros.

Valência ⁽⁴¹⁾, e, numa formulação mais próxima da compilação portuguesa, no Ordenamento de Alcalá (1348) ⁽⁴²⁾. Curiosamente, nas Partidas de Afonso X de Castela (1263/65) constam os dois critérios: o *aritmético* ou *ultra dimidium*, para os contratos de compra e venda ⁽⁴³⁾; e o *geométrico* ou *ultra duplum*, para os dotes apreciados ⁽⁴⁴⁾. O normativo das Ordenações estabelece, ainda, que o justo preço seria o que ficasse estabelecido por *verdadeira e comunal avaliação ao tempo do contrato*.

Tammo Wallinga considera bastante precoce o alargamento à parte contrária — o comprador — e a respectiva preocupação dos Glosadores com o método mais adequado de cálculo da lesão além da metade do justo preço — concluindo que “*podemos fechar el inicio de la discusión sobre los métodos de cálculo alrededor del año 1160*” ⁽⁴⁵⁾ —.

(OA 4.45.2) — *Pero quando o vendedor quiser desfazer o dito contrauto pela dita razom, ficará sempre o escolhimento em o dito comprador, a saber, ou tornar a cousa ao vendedor, e receber o preço, que por ella deu, ou lhe refazer o justo preço e verdadeiro, que se mostrar que valia ao tempo do contrauto, como dito he. E querendo o comprador desfazer o contrauto per bem do dito engano, ficará a escolha em o vendedor, a saber, ou tornar o preço, que ouve, e cobrar a cousa vendida, ou tornar a maioria do justo preço, que assi ouve pola dita venda, ao dito comprador.*

⁽⁴¹⁾ (FV 4.20.3) — “Dicitur venditor decipi ultra dimidiam iusti precii, cum rem valentem XX dederit pro IX. Emptor autem dicitur decipi ultra dimidiam iusti precii, cum rem valentem X emit pro XVI // Lo venedor és ladonchs enganat oltra la meytat del just preu can la cosa que valia XX sous donà per IX sous. El comprador és ladonchs enganat oltra la meytat del just preu. quant comprà cosa que valia X sous per XVI sous”. MONTAÑANA CASANÍ, “La *laesio enormis* en C. 4,44,2 y en els Furs de Valencia”, pp. 341-342.

⁽⁴²⁾ (Ord. Alc. 17.Única — *Como se puede desfacer la vendida ó la compra, quando el vendedor se dice engannado en el prescio*) — “...si el vendedor dixiere, que lo que valia dies vendio por menos de cinco, ó el comprador dixiere, que lo que valia dies, que dio por ello mas de quince”. *El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, Madrid, 1847.

Este preceito passou para as Ordenanzas Reales de Castilla 5.7.4 (1484).

⁽⁴³⁾ (P 5.5.56) — “E por menos del derecho precio podria ser fecha la vendida, quando de la cosa que vale diez marauedis. fue fecha por menos de cinco marauedis (...) E esto seria como si la cosa que valiesse diez marauedis, que diesse por ella mas de quinze”.

⁽⁴⁴⁾ (P 4.11.16 — *Quales dotes pueden ser apreciadas quando las dieren, e si ouieren engaño en el apreciamiento quando deue ser desfecho*) — “ca non es tenuto de desfazer el engaño el que lo fiziesse: fueras ende si montasse mas o menos dotro tanto del precio derecho que valia la cosa. E esto seria como si alguno vendiesse la cosa que valia veynte marauedis por quarenta e uno o la que valia quarenta por diez e nueue”.

⁽⁴⁵⁾ WALLINGA, “La *laesio enormis* a través de la Glosa”, p. 26.

O alargamento da lesão para além da metade do justo preço a ambas as partes pressupõe também uma legitimidade processual activa por parte do comprador. Assim, quando o lesado *enormis* fosse o vendedor, ao comprador seria concedida a faculdade de completar o preço ou, em alternativa, abdicar do bem, acompanhada da repetição do preço prestado — solução que já era prescrita pela fonte legislativa romana (C 4.44.2) —; analogamente, se o lesado *enormis* fosse o comprador, o vendedor poderia optar pela devolução do excesso do preço recebido (*a maioria do justo preço*), caso contrário, seria obrigado a aceitar de volta a coisa vendida e devolver ao comprador a totalidade do preço recebido. Em síntese, institui-se o direito de opção a favor do contratante lesante, que tanto pode manter o contrato — estabelecendo o justo equilíbrio contratual — como resignar-se à sua rescisão.

Curiosamente, o Fuero Real (1255) ⁽⁴⁶⁾ e os Foros de Valência ⁽⁴⁷⁾ ainda se mantêm apegados à solução prevista pelo fragmento romano, mas as Partidas ⁽⁴⁸⁾ e o Ordenamiento de Alcalá ⁽⁴⁹⁾ já legislam em termos análogos aos das Ordenações Afonsinas.

(OA 4.45.3) — *E achamos per direito, que as ditas Leix Imperiaaes nom taõ soomente ham lugar nos contrautos das compras e vendas, mais ainda nos*

⁽⁴⁶⁾ (FR 3.10.5) — “ca por tal razon bien debe desfacer toda la vendida si el comprador no quisiere cumplir el precio derecho, segun que valia: ca en poder es del comprador de desfacer la vendida, ó de dar el precio fecho, è de tener lo que compró”. *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey Don Alonso IX: Glosado por el egregio Doctor Alonso Diaz de Montalvo, Tomo II, Madrid, 1781.*

⁽⁴⁷⁾ (FV 4.20.2) — “Rem minoris precii esse videtur si nec dimidia pars iusti precii soluta sit. Et ideo, si rem maioris precii tu minoris precii distraxisti, equum est ut vel precium, te restituente emptori rem venditam recuperes, vel, emptor elegerit, quod deerit iusto precio recipies. // Ladonchs és entès que la cosa és venuda per menor preu quant la meitat del just preu no és pagada. E per ço, si alcú vené cosa per meyns de la meytat del just preu que valia, dreturera cosa és que aquel que haurà venuda la cosa, reta lo preu al comprador e recobre la cosa, si donchs lo comprador no li volrà complir ço que falirà del just preu” MONTAÑANA CASANÍ, “La *laesio enormis* en C. 4.44.2 y en els Furs de Valencia”, p. 341.

⁽⁴⁸⁾ (P 5.5.56) — “E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, quel cumpla sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto, la cosa estonce podria valer, segund derecho. E si esto non quisiere fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor, e recibir del el precio que auia dado por ella. (...) Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere prouar, que dio por la cosa mas de la mitad, del derecho precio, que pudiera valer en aquella sazón que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquello que demas dio”.

⁽⁴⁹⁾ (Ord. Alc. 17.Única) — “mandamos que el comprador sea tenuto á cumplir el derecho prescio que valia la cosa. ó de la dejar al vendedor, tornandole el vendedor el prescio, que rescibio, é el vendedor debe tornar al comprador lo que mas rescibio de la meytat del derecho prescio, ó de tomar la cosa que vendio, é tornar el prescio que rescibio”.

contrautos dos arrendamentos, e afforamentos, e escaimbos, e aveenças, e quaesquer outros semelhantes, em que se da, ou leixa hua cousa por outra.

Neste parágrafo lateja mais uma extensão medieval pré-acursiana do fragmento da *lex secunda* do C 4.44 a outros contratos semelhantes à compra e venda, v. g., a *locatio-conductio*, *permutatio* e *divisio* ⁽⁵⁰⁾. A *laesio enormis* acaba por se estender aos contratos comutativos, caracterizados pela manifesta equivalência entre prestações. No fundo, trata-se dos mesmos contratos que se exemplificam nas *Ordenações Afonsinas* — locação (*arrendamentos, e afforamentos*), troca (*escaimbos*) e transacções ou composições (*aveenças*) —, todos contratos onerosos. Nem o Foro Real, nem as Partidas contemplam tal extensão, mas no Ordenamiento de Alcalá já consta o alargamento às rendas, trocas e outros contratos semelhantes ⁽⁵¹⁾.

Repare-se que o compilador afonsino faz referência expressa às *Leis Imperiais*, apesar de a sua fonte ter sido a Glosa. Por isso, tal como supra dito, mesmo os tributos mais alvinitentes tem que ser considerados com alguma cautela.

(OA 4.45.4) — *E dizemos que o remedio, e beneficio pera se taaes contrautos poderem desfazer por causa do dito engano, dura segundo direito ata trinta annos compridoiros, e contados dès o tempo que forom feitos, ataa que os enganados citem a Juizo por a dita razom aquelles, com que fezerom os ditos contrautos, ou seus herdeiros; e passado o dito tempo, ficam firmes, e nom poderom seer mais desfeitos por razom do dito engano.*

O procedimento judicial a seguir para a rescisão do contrato desde cedo terá despertado acesa disputa entre Glosadores. A polémica desenvolveu-se, sobretudo, em torno da *iudicis officium* e a *actio ex contractu* e chegou a opor mestre e discípulo — v. g., João Bassiano defendia a acção contratual, enquanto que o seu discípulo Azo pleiteava pela *iudicis officium* ⁽⁵²⁾ —. O debate entre Glosadores deve ter estalado na segunda metade ou finais do século XII ⁽⁵³⁾. As acções derivadas de contratos têm um limite temporal de caducidade que vai até aos trinta anos, enquanto a *officium iudicis* teria que ser exercido no prazo máximo de quatro anos. Nos textos legislativos peninsulares, que venho

⁽⁵⁰⁾ WALLINGA, “La laesio enormis a través de la Glosa”, p. 7.

⁽⁵¹⁾ (Ord. Alc. 17.Única) — “Et eso mesmo queremos, que se guarde en las rentas, é en los cambios, é en los otros contractos semejantes, é que aya logar esta ley en los contractos sobre dichos, aunque sean fechos por almoneda”.

⁽⁵²⁾ WALLINGA, “La laesio enormis a través de la Glosa”, pp. 26-27.

⁽⁵³⁾ Idem, p. 27.

seguindo, nos Foros de Valença consta um prazo reduzido para três anos ⁽⁵⁴⁾ e no Ordenamento de Alcalá surge o limite de quatro anos para a rescisão ⁽⁵⁵⁾.

As Afonsinas decidem noutro sentido, concedendo à parte lesada *enormis* ou seus herdeiros um lapso temporal de trinta anos, contados desde o momento da celebração do contrato até à citação judicial, para rescindir ⁽⁵⁶⁾. Este prazo manteve-se no primeiro sistema das Ordenações Manuelinas (OM/1512 4.34.4), mas com a edição definitiva alterou-se para 15 anos (OM/1521 4.30.3), que se repercutiu nas Ordenações Filipinas (OF 4.13.5).

(OA 4.45.5) — *E pode-se dizer, que nom seria justa razom pera se desfazer alguã venda, depois que fosse de todo perfeita, por se dizer pola parte do vendedor, que vendera alguã cousa por dez libras, a qual avia já comprada por vinte libras, ou que o comprador, que lha comprou, a vendeo depois por vinte libras; porque poderia o comprador depois da dita compra fazer na cousa alguãs bemfeitorias, por que a dita cousa seria muito melhorada, ou poderia o dito vendedor por sua simpreza seer enganado na primeira compra, que fez.*

Não encontrei nenhum paralelo para esta ressalva normativa das Ordenações. Entendeu o compilador que nada obsta que a diferença para além da metade do justo preço se possa justificar pela (i) realização de benfeitorias no objecto do contrato ou (ii) por a lesão *enormis* estar cumulada com compra e venda anterior. Por isso, verificada qualquer destas conjunturas, “*nom seria justa razom pera se desfazer alguã venda, depois que fosse de todo perfeita*”. O mais provável é que não se trate de uma adenda original do compilador afonsino, mas de mais um apêndice de eventual Glosador ou Comentador, que ainda me não foi possível localizar.

Em última instância, tal como ficou prescrito logo no primeiro parágrafo deste título, o bem teria que ser avaliado “*per verdadeira e cumunal estimaçom*” no momento do contrato *sub iudice* (OA 4.45.1). Retroagindo a avaliação ao momento da celebração do contrato, para cálculo do montante além da metade do justo preço, não poderiam ser tidas em conta as benfeitorias posteriores, nem os enganos anteriores a esse preciso momento. Ou seja, o justo preço não

⁽⁵⁴⁾ (FV 4.20.5) — “propter quod potest rescindi venditio sic celebrata usque ad tres annos a die venditionis computandos // per què venda que sia axi feyta pot ésser desfeita entrò a III ayns que sien comptats del dia aenant que la venda fo feta”. MONTAÑANA CASANÍ, “La *laesio enormis* en C. 4.44.2 y en els Furs de Valencia”. pp. 342 e 349.

⁽⁵⁵⁾ (Ord. Alc. 17.Única) — “... del dia que fueren fechos fasta quatro annos, é non despues”.

⁽⁵⁶⁾ Este período de 30 anos para o exercício de defesa por parte do prejudicado surge consignado na Glosa. em Bártolo e outros comentaristas, como *communis opinio* — cf. GARCÍA SÁNCHEZ, *Arias Piñel*, p. 223 —.

poderia ser calculado em momento posterior ao da celebração da compra e venda, para se acautelarem eventuais benfeitorias feitas pelo comprador; nem em momento anterior a essa celebração, por causa de eventual erro de aquisição cometido pelo vendedor.

(OA 4.45.6) — *Item. Nom abasta pera desfazer a dita venda dizer o vendedor depois da venda feita, e de todo acabada, que quer tornar ao comprador todo o preço, que delle ouve, com outro tanto, mais requiere-se que seja enganado na dita venda aalem da meetade do justo preço, que valia ao tempo que a venda foi feita: e em outra guisa nom se poderá a dita venda desfazer.*

Este parágrafo das Afonsinas tem por base outro fragmento de Diocleciano e Maximiano do ano de 293 (C 4.44.6). Os imperadores, dirigindo-se a um tal *Novisio Gaiano Veterano*, estabelecem que este não pode rescindir o contrato de compra e venda, mesmo que se disponha a devolver ao comprador o dobro do preço pago⁽⁵⁷⁾. Trata-se de uma interpretação autêntica do instituto da rescisão *ultra dimidium*.

Em definitivo, continuaria a vigorar o princípio da liberdade contratual e da arbitrariedade das partes para acordar o preço — era este o princípio vigente no Direito hispano arcaico, até ao chamado renascimento do Direito romano⁽⁵⁸⁾ —. Mas, atingido o limite para além da metade do justo preço, o Direito romano permite, por questões de humanidade de defesa das partes contratantes, que se rescinda o contrato de compra e venda. Por isso, tal como se consigna noutros fragmentos do título 44, não bastaria alegar erro no preço para que se pudesse rescindir a compra e venda, ou seja, não bastaria que o fundo de elevado valor tivesse sido vendido por um preço inferior (C 4.44.4, C 4.44.8 e C 4.44.15). A cautela jurídica contra o simples erro no preço consta no Foro Real⁽⁵⁹⁾ mas não passou para o título das Partidas, nem para o Ordenamento de Alcalá.

⁽⁵⁷⁾ (C 4.44.6) — “*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgueri non debet * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. NOVISIO GAIANO VETERANO. * <A 293>*”.

⁽⁵⁸⁾ (FJ 5.4.7) — “Si alguno omne vende algunas casas, ó tierras, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ó otras cosas, non se deve por ende desfazer la vendicion, porque diz que lo vendió por poco”. *Los Codigos Españoles Concordados y Anotados*. Tomo I, Madrid, 1847, p. 142.

A *laesio enormis* não consta prevista no Breviário de Alarico, Código de Eurico e Código Visigótico — cf. Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “*La laesio enormis* y el precio de la subasta”, *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Murcia, 1998, pp. 81-82.

⁽⁵⁹⁾ (FR 3.10.5) — “Ningun home no pueda desfacer vendida que faga, por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdade, fuera ende si la cosa valia quando la vendió mas de dos tantosde por quanto la dió”.

O C 4.44.6 — acolitado pela compilação portuguesa — esmera a conexão entre o princípio da liberdade negocial ou contratual ⁽⁶⁰⁾ e o princípio do equilíbrio entre as prestações, saindo reforçada a causa rescisória por *laesio enormis*. Para além de interditar a rescisão por mero preço inferior, vai mais longe ao não admitir a rescisão contratual mesmo que o vendedor se prontifique a tornar ao comprador *todo o preço com outro tanto*. Ou seja, a avaliação efectiva do bem não fica à discricionariedade do vendedor, que, ao se prontificar a devolver o preço recebido acompanhado de outro tanto, poderia estar a forjar uma aparente lesão para além da metade do justo preço. Recorde-se que, segundo a ordenação portuguesa, a *laesio enormis* implica uma “*valia per verdadeira e cumunal estimação ao tempo do contrauto*” (OA 4.45.1).

(OA 4.45.7) — *E se depois que a dita venda fosse de todo acabada, o comprador vendesse, desse, ou escambasse a cousa comprada a algum outro, nom leixaria por tanto o vendedor de poder demandar o dito comprador polo beneficio desta Lei; ca pero elle nom possa tornar a dita cousa ao vendedor, pois em seu poder nom he, poderá bem soprir, e refazer o justo preço, como dito he; e soprindo-o per hi, fica de todo livre.*

Mais uma plausível influência de outro fragmento dos imperadores Diocleciano e Maximiano (C 4.44.10), mas com alguns matizes. O fragmento imperial refere-se à rescisão por dolo do comprador e não à lesão objectiva no preço. Provando-se o dolo, o vendedor poderia reclamar a *restitutio in integrum* do comprador, mas não a entrega da coisa vendida que tivesse sido transferida para terceiros. Estabelecendo uma analogia *legis*, o compilador afonsino determinou que, no caso de lesão além da metade do preço, também o comprador não poderia tornar a coisa ao vendedor, por já não estar em sua posse, mas bem poderia refazer o justo preço. Por isso, ainda que o comprador *vendesse, desse, ou escambasse a cousa comprada* a terceiro, não ficava impedido o vendedor de o poder demandar pelo benefício desta lei.

(OA 4.45.8) — *E achamos per direito, que se cada huã das partes quiser renunciar o beneficio desta Lei, que o poderá bem fazer, porque licita cousa he a cada huu renunciar o direito, que por sua parte he introducto. E Dizemos*

⁽⁶⁰⁾ Cf. os textos legislativos do Código de Teodósio e do Digesto arrolados por PARRA MARÍN, “La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano”, pp. 1-2; GARCÍA SÁNCHEZ, “La *laesio enormis* y el precio de la subasta”, p. 79; e Juan CARLOS GHIRARDI y Cristina FILIPPI, “La *Laesio Ultradimidium*”, *Revista General de Derecho Romano*, n.º 13. 2009, pp. 1-5, em http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=13&id=11 (consultado no dia 17 de Janeiro de 2013).

ainda, que se o vendedor ao tempo da venda fizesse doaçom ao comprador de toda a maioria, que a cousa vendida vallesse, aalem daquello, por que era vendida, quanta quer que fosse a maioria, pouca, ou muita, em tal caso ja nom poderá, mais usar do beneficio desta Lei; e bem assi se pode dizer no comprador fazendo doaçom da maioria do dito preço, que mais desse, &c.

A possibilidade de renúncia ao benefício preconizado por esta lei parece ter entrado no circuito do *Studium* por volta do ano de 1200, embora surjam documentadas manifestações antecedentes, na zona do Languedoc, em França. Uma das primordiais formas de abdicção é feita através do juramento, mas desde que realizado por pessoa maior de idade, conforme a glosa colacionada por Wallinga — “*Quid si iuravit se non uenire contra hanc uenditionem quidam dicunt quod ueniet in directe; nos contra, quod scilicet nec indirecte quia non refert an directe an indirecte, ff. de con. instit. Que sub condicione, § Si quis sub (D. 28.7.8.4) secundum Jo. Non idem in minore, quia iuramentum non aliud facit nisi quod representat eum maiorem*”⁽⁶¹⁾. Terá sido esta glosa a fonte das Partidas, quando estabelece que, se uma das partes contratantes jurasse abdicar do maior ou menor valor da coisa (*maguer la cosa valiesse mas o menos*), não poderia depois alegar a rescisão por lesão além da metade do justo preço, mas o juramento só seria válido se fosse feito por maior de catorze anos⁽⁶²⁾.

O juramento não é a única forma de renúncia prevista pelos Glosadores. Para além do juramento, esta poderia assumir a forma de uma cláusula expressa no próprio contrato ou doação explícita ao comprador do valor superior da coisa⁽⁶³⁾.

As nossas Ordenações optam por uma cláusula geral de renúncia, sem especificar qualquer forma, e — no mesmo parágrafo — explicitam que, qualquer uma das partes (comprador ou vendedor) que doasse a *maioria do dito preço*, nunca mais poderia recorrer ao benefício desta lei. Embora não cause dúvidas de maior, o final deste parágrafo — que termina com um *&c* — pode ser completado com o que consta nas Manuelinas: “*aalem do que a cousa justamente valer ao tempo da venda*” (OM/1512 4.34.7).

(OA 4.45.9) — *Item. Cessa o remedio desta Lei, quando aquelle, que se diz enganado aalem da meetade do justo preço, era ao tempo do contrauto*

⁽⁶¹⁾ WALLINGA, “La laesio enormis a través de la Glosa”, p. 25.

⁽⁶²⁾ (P 5.5.56) — “Otro sí dezimos, que si el comprador o el vendedor jurare quando fiziere la compra, o la vendida, que maguer la cosa valiesse mas o menos, que nunca pudiesse demandar que fuesse desatada la vendida, si fuere mayor de catorze annos el que vendio, quando la jura fizo, deue ser guardada la jura, e non se puede desatar entonce la compra, nin la vendida por tal rason”.

⁽⁶³⁾ WALLINGA, “La laesio enormis a través de la Glosa”, pp. 5-6.

sabedor do justo preço da coisa vendida; e pero que bem soubesse o verdadeiro valor, contentou-se de a dar por menos do que valia, ou a comprou por maior preço do que sabia ser seu justo valor. E deve provar tal sabedoria aquel, que a allegar, ca nom avondaria em tal caso soomente a presunçom do Direito, que presume cada hum saber verdadeiramente a valia das suas cousas; a qual presunçom nom fará cessar soomente o beneficio desta Lei sem outro modo, se nom provasse como aquelle, que se diz enganado, era sabedor do justo preço ao tempo do contrauto.

Este parágrafo das Ordenações é perfeitamente compreensível, na medida em que admitir a rescisão do contrato pela parte lesada *enormis* que, no momento da celebração, sabia o justo preço da coisa vendida, poderia, em última instância, estabelecer um benefício a favor dos prevaricadores da lei. Esta decisão faz todo o sentido quando conjugada com o consignado no princípio deste título, que cumula a discrepância para além da metade do justo preço com o engano da parte contraente — “*se for achado que o vendedor foi enganado em a dita venda aallem da metade do justo preço, pode-a desfazer per bem do dito engano*” (OA 4.45.Pr.) —.

As Ordenações, para além do elemento objectivo do preço, acrescentam um elemento subjectivo da boa-fé da parte lesada, para que possa proceder a rescisão do contrato por lesão enorme. Este elemento subjectivo não se confunde com a má fé da parte contrária imposta noutros fragmentos jurídicos romanos — v. g., o rescripto de Diocleciano e Maximiano, dirigido a Eudoxio, que, além da magnitude na diferença do preço, impõe como condição *sine qua non*, para a rescisão da venda, a prova da má fé do comprador (C 4.44.4). Asseverando Parra Marín que, assim sendo, neste “*rescripto se aporta una solución en principio contraria, al de la C. 4.44.2, no es suficiente con que exista una diferencia de precios independientemente de su magnitud, es preciso probar la mala fe de la contraparte, con lo cual para que fuera posible la rescisión por laesio enormis, debería concurrir además del elemento objetivo — precio — otro subjetivo — el dolo —*”⁽⁶⁴⁾. Por outras palavras, enquanto o Direito romano estatui a rescisão em favor do vendedor, por comportamento doloso ou de má-fé do comprador; o Direito medieval português determina que essa rescisão só será possível se o lesado *enormis* (vendedor ou comprador) tiver actuado de boa-fé em relação ao preço da coisa vendida.

(OA 4.45.10) — *E disserom os Direitos, que nom embargante, que alguã cousa fosse vendida per mandado da Justiça com prégom em praça acostumada,*

⁽⁶⁴⁾ PARRA MARÍN, “La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano”, pp. 9-10.

se hy despois for achado, que alguã das partes foi enganada na venda ou compra alem da meetade do justo preço, bem poderá desfazella polo beneficio desta Lei ataa os trinta annos, como dito he. Pero consirando Nos acerca desto a prol cumunal Dizemos, que se ao tempo, que se tal rematação ouver de fazer, passado o tempo que avia d'andar em pregom, o Porteiro notificar ao Juiz, que a manda fazer, como assi trouxe os ditos beés em pregom o tempo contheudo na Hordenação, e que nom acha por elles mais preço daquelle, que em elles he lançado, o dito Juiz deve novamente mandar requerer ao devedor, que pague a divida, por que xe lhe vendem seus beés, ca em outra guisa serom rematados por aquelle preço, que em elles he lançado, ainda que pequeno seja, pois se nom pode por elles mais achar; e se já feito o dito novo requerimento, ataa oito dias primeiro seguintes o devedor nom pagar a dita divida, e o Juiz mandar fazer a dita rematação, e for feita em pruvico, e em lugar acostumado, sem outra alguã arte, ou engano, em tal caso Mandamos, que tal rematação assi feita per autoridade e especial mandado da Justiça, nom possa seer mais retrautada, nem desfeita em algum tempo por razom do fallimento do justo preço.

No último fragmento das Afonsinas é burilada a compra e venda de bens em hasta pública, por ordem judicial ⁽⁶⁵⁾. Na primeira parte o compilador salienta que os Direitos aplicam a lei da lesão além da metade do justo preço aos bens vendidos em hasta pública. Embora o fragmento dedicado à venda pública judicial não seja terminante (C 4.44.16), conjugado com outros fragmentos que defendem uma aproximação ao justo preço na hasta pública — v. g., a responsabilidade dos auxiliares do juiz que vendem a baixo preço (D 21.2.50) — tudo leva a crer que, para esta conjuntura, a rescisão por se vender para além do justo preço também fosse prevista pela lei romano. Foi esta a solução adoptada pelo Ordenamento de Alcalá ⁽⁶⁶⁾, apesar de a lei 220 das Leis do Estilo revelar uma prática jurisprudencial que impedia o proprietário da coisa vendida em *almoneda* de desfazer a venda, alegando que foi vendida por menos de metade do justo preço ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Sobre esta temática cf. GARCÍA SÁNCHEZ, “*La laesio enormis* y el precio de la subasta”, pp. 75-97; María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, “Las ventas por subasta en la esfera del Derecho Público”, *Revista General de Derecho Romano* (Iustel), n.º 14, 2010, em http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=14 (consultado no dia 29 de Janeiro de 2013).

⁽⁶⁶⁾ (Ord. Alc. 17.Única) — “é que aya logar esta ley en los contractos sobre dichos, aunque sean fechos por almoneda”.

⁽⁶⁷⁾ (LE 220) — “Ley CCXX — Que la ley del engano en mitad del justo precio no ha lugar en las cosas vendidas en almonedas. ni la ley del tanto por tanto: Otrosi, es a saber, que en las vendidas que se facen por las almonedas, tanto vale la cosa quanto puede ser vendida, y no

Tendo em atenção a *prol comunal*, na segunda parte do fragmento o compilador afonsino afasta-se da solução romanística e estabelece uma ressalva à *laesio enormis*, para os bens vendidos em público por mandado da justiça. Ou seja, não teria cabimento esta lei se fossem cumpridos os seguintes requisitos: *(i)* os bens andassem em pregão o tempo previsto na ordenação ⁽⁶⁸⁾; *(ii)* o porteiro notificasse o juiz que não se conseguia melhor preço do que o lançado; *(iii)* o juiz notificasse, outra vez, o devedor para pagar a dívida porque se lhe vendem os bens, caso contrário, seriam arrematados pelo preço em que andavam lançados, por se não conseguir mais; *(iv)* fosse dado o prazo de oito dias, contados a partir da notificação judicial, para o devedor liquidar a dívida; *(v)* não pagando este a dívida; *(vi)* o juiz mandaria fazer a arrematação em público, no lugar acostumado e sem qualquer arte ou engano. Acatados cumulativamente estes requisitos, a venda “*nom possa seer mais retrautada, nem desfeita em algum tempo por razom do fallimento do justo preço*”. Por outras palavras, em relação aos bens vendidos em *subasta* não poderia, posteriormente, o vendedor alegar que tinham sido vendidos por um preço inferior à metade do seu justo preço.

CONCLUSÃO

O poder compilatório da primeira metade do século XV marcou, indelevelmente, o cunho romanístico do ordenamento jurídico português. Por isso, o repto de concordar excertos das Ordenações Afonsinas com os respectivos fragmentos romanísticos pareceu-me um tema ajustado a propor ao XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, subordinado ao tema PODER e DIREITO (Fevereiro de 2013, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

Em suma, do ingente labor que Rui Fernandes teve que carregar aos ombros ou, pelo menos, ultimar — está fora de questão depreciação o trabalho desenvolvido pelo outro compilador conhecido, o corregedor da Corte João Mendes —, fica aqui apenas o singelo indício tributado à *laesio enormis* do título 45 do livro 4.

se puede deshacer la vendida porque diga aquel cuya es la cosa, que le fue vendida por menos de la mitad del derecho precio”. *Los Codigos Españoles Concordados y Anotados*. Tomo I, Madrid, 1847. p. 336.

⁽⁶⁸⁾ (OA 3.106.2) — “e estes beens de raiz sejam per essa execução vendidos, e arrematados, ou dados em pagua à parte, segundo forma e ordem de Direito, do dia que esses beens de raiz forem filhados, assinados, ou emcoutados por o Porteiro, ou Executor, até tres mezes cumpridos; e os beens movees sejam vendidos, e arrematados, ou dados em pagua à parte, por que se faz a execução, do dia que o Porteiro, ou Executor forem lilhados, ate tres nove dias, como se ataqui acostumou”.

A metodologia, caso venha a ser aceite, poderá estender-se a outros títulos das Afonsinas. De qualquer forma, contra a iniquidade que tende a propagar-se, estou convicto que o compilador Rui Fernandes —Doutor em Direito — conhecia bastante bem os textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários do Direito romano renascido.

Em Portugal, tal como em muitos outros ordenamentos jurídicos, o fragmento C 4.44.2 e a prodigalidade da suas glosas mediévicicas, durante séculos a fio, converteram a *laesio enormis* num princípio básico e estruturante do direito contratual, que estabelece um limite para a diferença de valor entre as prestações contratuais. Caso esse limite — fixado em metade do justo preço — seja ultrapassado, a parte prejudicada pode rescindir o contrato, mas só se a outra parte não quiser exercer a opção de equilíbrio contratual, através do pagamento ou devolução de suplemento que permita atingir o justo preço. Este princípio de justiça contratual comutativa, para os contratos onerosos, vigorou até ao primeiro Código Civil Português ou Código de Seabra (elaborado por António Luís de Seabra, que, por esta obra, mereceu o título de visconde), aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867 — “*a respeito das causas, que annullam ou rescindem os contratos, fez tambem o codigo importantes modificações na legislação anterior, acabando com as acções de lesão*” ⁽⁶⁹⁾ —.

A terminar estas sumárias linhas fica a ideia de que a aspereza levantada pelo cotejo das fontes multiseculares portuguesas com as romanas poder-se-á revelar solo feraz para a História do Direito Português, para o entendimento de muitos dos seus institutos jurídicos, e, acima de tudo, um contributo inestimável para um *corpus fontinum* das Ordenações Afonsinas que está por inventariar.

⁽⁶⁹⁾ *Código Civil português*, anotado por José Dias Ferreira. Lisboa: Imprensa Nacional, vol. II, 1871, p. 164.