



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**MARCUS SEIXAS SOUZA**

**NORMAS PROCESSUAIS CONSUECUDINÁRIAS:  
HISTÓRIA, TEORIA E DOGMÁTICA**

Salvador  
2019

MARCUS SEIXAS SOUZA

**NORMAS PROCESSUAIS CONSUETUDINÁRIAS:  
HISTÓRIA, TEORIA E DOGMÁTICA**

Tese apresentada como requisito à obtenção do  
título de Doutor em Direito pela Universidade  
Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Salvador  
2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

S729

Souza, Marcus Seixas.

Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática  
/ por Marcus Seixas Souza. – 2019.

266 f.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de  
Direito, Salvador, 2019.

1. Direito consuetudinário. 2. Processo civil. I. Didier Júnior,  
Fredie Souza. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de  
Direito. III. Título.

CDD – 347.05

MARCUS SEIXAS SOUZA

**NORMAS PROCESSUAIS CONSUETUDINÁRIAS:  
HISTÓRIA, TEORIA E DOGMÁTICA**

Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Doutor em Direito, na forma do Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia, e examinada pela Banca composta pelos professores abaixo firmados, em sessão pública de defesa no dia 14 de fevereiro de 2019.

Fredie Souza Didier Junior  
Professor na Universidade Federal da Bahia  
Orientador

Paula Sarno Braga  
Professora na Universidade Federal da Bahia

Antonio Adonias Aguiar Bastos  
Professor na Universidade Federal da Bahia

Beclaute Oliveira Silva  
Professor na Universidade Federal de Alagoas

Otavio Luiz Rodrigues Junior  
Professor na Universidade de São Paulo

Lorena Miranda Santos Barreiros  
Professora na Faculdade Baiana de Direito

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Prof. Dr. Fredie Didier Jr., pela sua contribuição para o aperfeiçoamento das minhas habilidades como pesquisador, pela orientação desta tese de doutorado e pelos seus conselhos sobre o mundo acadêmico.

Agradeço, também, aos meus sócios, Leonardo Susart e Ana Paula Studart, por terem colaborado para que eu tivesse as condições necessárias para concluir a tese de doutorado em sua reta final.

Nas pessoas de minhas queridas avós, Celimar (*in memoriam*) e Alzira, agradeço o apoio de todos os meus familiares e amigos.

Por fim, agradeço especialmente aos meus pais, Marcus e Eny, e à minha esposa, Manoela, por sempre estimularem o meu aperfeiçoamento profissional e acadêmico, e pelo amor e felicidade da nossa família.

## **RESUMO**

Esta tese de doutorado investiga a admissibilidade do costume como fonte do Direito processual civil brasileiro na contemporaneidade. Por meio de uma pesquisa histórica, demonstra como o costume sempre foi uma fonte do Direito relevante para a prática jurídica nos sistemas jurídicos português e brasileiro, e conclui pela permanência, ao longo da história, de certas categorias jurídicas e premissas metodológicas associadas ao Direito consuetudinário. A pesquisa também apresenta os contornos teóricos do costume: seus pressupostos e efeitos normativos, e seu reconhecimento enquanto fonte do Direito apta a construir normas como regras, princípios e metanormas. A seguir, a pesquisa se debruça sobre o costume como fonte do Direito brasileiro contemporâneo, analisando o sistema jurídico e suas metanormas de fontes do Direito. Por fim, investiga a admissibilidade dos costumes processuais como fontes do Direito processual civil brasileiro, o problema da sua prova e as funções que exercidas pelo costume processual no Direito contemporâneo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Costume, Fonte do Direito, Direito processual civil, Norma jurídica processual.

## **RESUMEN**

Esta tesis de doctorado investiga la admisibilidad de la costumbre como fuente del Derecho procesal civil brasileño en la contemporaneidad. A través de la pesquisa histórica, muestra cómo la costumbre ha sido siempre una fuente de derecho relevante para la práctica jurídica en los sistemas jurídicos portugués y brasileño, y concluye por la permanencia, a lo largo de la historia, de ciertas categorías jurídicas y supuestos metodológicos asociados con el Derecho consuetudinario. La investigación también presenta los contornos teóricos de la costumbre: sus presupuestos y efectos normativos, y su reconocimiento como fuente del Derecho apta a construir normas como reglas, principios y metanormas. A continuación, la investigación se centra en la costumbre como fuente del Derecho brasileño contemporáneo, analizando el sistema jurídico y sus metanormas de fuentes del Derecho. Por último, investiga la admisibilidad de las costumbres procesales como fuentes del Derecho procesal civil brasileño, el problema de su prueba y las funciones ejercidas por la costumbre procesal en el Derecho contemporáneo.

**PALABRAS CLAVE:** Costumbre, Fuente del Derecho, Derecho procesal civil, Norma jurídica procesal.

## **ABSTRACT**

This doctoral dissertation investigates the admissibility of custom as a source of contemporary Brazilian civil procedural law. Through historical research, it establishes how custom has always been a source of law relevant to legal practice of Portuguese and Brazilian legal systems; and demonstrates the continuity to this day of old legal institutions and doctrines associated with customary law. The research also ascertains the formative elements of custom, as well as its normative effects, and its recognition as a source of law able to produce norms such as rules, principles and metanorms. Next, the research focuses on custom as a source of contemporary Brazilian law, analyzing the legal system and its metanorms concerning sources of law. Finally, it investigates the admissibility of procedural customs as sources of contemporary Brazilian civil procedural law, how they are proved and what functions they perform.

**KEYWORDS:** Custom, Source of Law, Civil Procedural Law, Procedural Norms

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. HISTÓRIA E TRADIÇÃO.....</b>	<b>20</b>
1.1. O COSTUME DA IDADE MÉDIA AO ANTIGO REGIME, EM PORTUGAL E NO BRASIL .....	22
1.1.1. O PLURALISMO JURÍDICO DO ANTIGO REGIME .....	22
1.1.2. CONTORNOS CONCEITUAIS DO COSTUME .....	26
1.1.3. OS ESTILOS DAS CORTES.....	37
1.1.4. O COSTUME COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMUM.....	40
1.1.5. DIREITO COLONIAL BRASILEIRO .....	42
1.1.6. O IMPACTO DA LEI DA BOA RAZÃO .....	46
1.2. O COSTUME NO DIREITO DO IMPÉRIO .....	49
1.3. O COSTUME NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO REPUBLICANO .....	60
1.4. HISTÓRIA DA LEI E DO COSTUME COMO FONTES DO DIREITO PROCESSUAL.....	62
<b>2. CONCEITOS JURÍDICOS E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS .....</b>	<b>68</b>
2.1. TEORIAS SOBRE AS FONTES DO DIREITO.....	69
2.2. FONTE DO DIREITO.....	75
2.2.1. FONTES EXTRA ORDINEM.....	84
2.3. FONTE, TEXTO, NORMA.....	86
2.4. REGRA, PRINCÍPIO, METANORMA .....	90
2.5. COSTUME .....	94
2.6. O COSTUME ANTE A LEI.....	106
2.7. AS CONFIGURAÇÕES NORMATIVAS DOS COSTUMES.....	109
2.8. COSTUMES CONSTITUCIONAIS .....	113
<b>3. O COSTUME COMO FONTE NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>118</b>
3.1. METANORMAS DE FONTES DO DIREITO BRASILEIRO .....	119
3.1.1. DERROGAÇÃO DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	123
3.1.2. LACUNAS, FONTES SUBSIDIÁRIAS E PLURALISMO DE FONTES DO DIREITO .....	126
3.1.3. POLICENTRISMO E METANORMAS DE FONTES DO DIREITO .....	129
3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO .....	132

3.2.1. GENERALIDADES .....	132
3.2.2. O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO .....	134
3.3. A NORMATIVIDADE DO COSTUME.....	136
3.4. DESUETUDO NO DIREITO BRASILEIRO .....	140
3.5. A PROVA DO COSTUME NO DIREITO BRASILEIRO .....	141
<b>4. NORMAS PROCESSUAIS CONSUECUDINÁRIAS .....</b>	<b>147</b>
4.1. NORMAS PROCESSUAIS .....	148
4.2. NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL .....	151
4.3. AS FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO .....	158
4.3.1. LEI PROCESSUAL (NACIONAL E ESTADUAL) .....	161
4.3.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL .....	163
4.3.3. PRECEDENTE JUDICIAL.....	166
4.3.4. TRATADO INTERNACIONAL .....	170
4.3.5. REGIMENTO INTERNO .....	171
4.3.6. RESOLUÇÕES DO CNJ E DO CNMP .....	172
4.4. COSTUME COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL .....	173
4.4.1. DISTINÇÃO ENTRE COSTUME PROCESSUAL E JURISPRUDÊNCIA ..	176
4.4.2. <i>DESUETUDO</i> DE NORMAS PROCESSUAIS LEGAIS .....	179
4.4.3. ANTINOMIAS ENTRE NORMA PROCESSUAL CONSUECUDINÁRIA E NORMAS EMANADAS DE OUTRAS FONTES.....	181
4.5. FUNÇÕES DOS COSTUMES PROCESSUAIS .....	184
4.5.1. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL .....	185
4.5.2. ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL.....	190
4.6. COSTUMES PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO .....	195
4.7. TRIBUNAIS E PROCESSOS TRADICIONAIS/ANCESTRAIS .....	198
4.8. <i>SOFT LAW</i> , COSTUME E O SURGIMENTO DE UMA NOVA <i>LEX</i> <i>MERCATORIA</i> PROCESSUAL .....	203
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>206</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>213</b>
<b>ANEXO – ESTILOS DA RELAÇÃO DO PORTO E DA CASA DA SUPLICAÇÃO ..</b>	<b>239</b>

# INTRODUÇÃO

O Direito consuetudinário, não obstante tenha desempenhado um papel significativo nos séculos passados, foi marginalizado pela concentração no Estado do poder de produção do Direito a partir do século XIX, fundados na concepção (que Paolo Grossi qualificaria mítica<sup>1</sup>) segundo a qual a lei de origem parlamentar seria a fonte por excelência do Direito moderno.

Houve, entretanto, nos últimos anos, um tímido renascimento do interesse acadêmico no Direito consuetudinário – seja por meio do estudo do papel do costume em determinadas áreas do Direito,<sup>2</sup> pela publicação de coletâneas de artigos de professores de diversas nacionalidades sobre suas percepções teóricas a respeito do costume na contemporaneidade,<sup>3</sup> ou no contexto da produção acadêmica sobre o Direito internacional<sup>4</sup> – do qual o costume é uma fonte pulsante.

---

<sup>1</sup> Embora a Modernidade tenha a pretensão de se reputar desconstrutora de mitos, é, na verdade, uma formidável construtora deles. Como ressalta Paolo Grossi, um grande conjunto de ideias dos séculos XVII e XVIII (como estado de natureza, contrato social, representação política, igualdade, vontade geral etc.) são evidências de uma grande desinibição metodológica e, ao mesmo tempo, uma fundamentação mítica da teoria política do Estado moderno, apenas conteudisticamente distinta da fundamentação sobrenatural-religiosa do Estado medieval ou do Estado no Antigo Regime. Cf. GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 4.

<sup>2</sup> Cf., por exemplo: ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; POLANSKI, Paul. *Customary Law of the Internet*. Dordrecht: Springer, 2007.

<sup>3</sup> Cf., por exemplo: TÊTE, William Thomas. “The Code, Custom and the Courts: Notes Toward a Louisiana Theory of Precedent”. *Tulane Law Review*. New Orleans, Vol. 48, N. 1, p. 1-24, 1973; PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard (eds.). *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; WEBBER, Jeremy. “The Grammar of Customary Law”. *McGill Law Journal*. Montreal, Vol. 54, N. 4, p. 579-626, 2009.

<sup>4</sup> A literatura sobre o costume como fonte do Direito internacional é vasta. Algumas obras sobre o tema são: WORSTER, William Thomas. “The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches”. *Georgetown Journal of International Law*. Washington, D.C., Vol. 45, N. 2, 445-521, 2014; HENCKAERTS, Jean-Marie. “The Grave Breaches Regime as Customary International Law”. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, Vol. 7, N. 4, p. 683-701, 2009; HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. 2V. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; WILMSHURST, Elizabeth; BREAU, Susan (eds.). *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; SCHLÜTTER, Birgit. *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010; AGHAHOSSEINI, Mohsen. *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law: Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007; TUNKIN, G. I. “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 49,

Os costumes também têm sido estudados à luz de novos enfoques teóricos. Sob a ótica da análise econômica do Direito, por exemplo, o valor do Direito consuetudinário residiria na sua maior eficiência econômica: ele possui uma vantagem comparativa sobre processos centralizados/estatais de criação de normas jurídicas, pois os custos de seu *law enforcement* são significativamente menores, comparativamente aos decorrentes das normas legais, por exemplo.<sup>5</sup>

Já sob o ponto de vista da teoria discursiva-democrática de Jürgen Habermas, o Direito consuetudinário tem sido reputado, paradoxalmente, antidemocrático, por “fazer surgir da mera faticidade normas jurídicas” desprezando a deliberação política e a representatividade popular. Para os defensores dessa visão, os costumes, quando muito, seriam valiosos para a releitura do Direito em face de um caso concreto, como forma de se reconhecer, em uma luta argumentativa, direitos e/ou deveres interpretados à luz dos princípios da liberdade e da igualdade.<sup>6</sup>

A presente tese de doutorado investiga o papel dos costumes e das normas processuais consuetudinárias no Direito processual, em tripla perspectiva: histórica, teórica-geral e dogmática. Imbricadas, as três análises permitem perceber o fenômeno do declínio e do renascimento do papel do costume como fonte do Direito processual.

Segundo Alessandro Fabbi, uma análise comparativa de diversos sistemas jurídicos processuais revela um afastamento generalizado, causado por diversos fatores, do monopólio

---

Nº. 3, p. 419-430, 1961; KENNEDY, David. “The Sources of International Law”. *American University International Law Review*. Washington, D.C., Vol. 2, N. 1, p. 1-96, 1987; BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; PETERSEN, Niels. “Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation”. *American University International Law Review*. Washington, D.C., Vol. 23, N. 2, p. 275-310, 2007; McINTYRE, Owen. “The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources”. *Natural Resources Journal*. Albuquerque, Vol. 46, N. 1, p. 157-210, 2006; KADENS, Emily; YOUNG, Ernest A. “How Customary is Customary International Law” *William and Mary Law Review*. Williamsburg, Vol. 54, N. 3, p. 888-920, 2013.

<sup>5</sup> A espontaneidade do surgimento do costume faz com que os indivíduos percebam diretamente os custos e benefícios de normas alternativas, e revelem suas preferências apoiando ou se opondo ao aparecimento de padrões. Cada indivíduo contribui para a criação do Direito, e as normas consuetudinárias emergentes incorporam os efeitos agregados de escolhas independentes de vários indivíduos que participam de sua formação. Assim, normas consuetudinárias são geralmente aceitas pela comunidade com uma maior adesão. Sobre o assunto, cf. PARISI, Francesco. “The Formation of Customary Law”. *George Mason Law & Economics Research Paper N. 01-06*, 2001. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=262032> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262032>, acesso em 31 de dezembro de 2018.

<sup>6</sup> CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 108 e ss.

dos legisladores nacionais sobre a normatividade do processo civil. Essa tendência conduz o processo a um progressivo enfraquecimento do Direito legislado e sua suposta completude – o que, por sua vez, resulta na alteração da relação entre os juízes e o Direito (remoldando o papel daqueles) lançando, assim, dúvidas sobre a adequação da teoria tradicional das fontes do Direito processual.<sup>7</sup>

A teoria da legalidade processual consolidada no século XX está associada à percepção da “natureza pública” do processo e do dogma segundo o qual a normatização do processo civil seria uma prerrogativa dos Estados modernos. Nos termos desse modelo, não poderia haver espaço normativo para nenhuma outra fonte do Direito, fosse ela internacional, jurisprudencial, negocial ou consuetudinária.

Ao se referir aos costumes civis, Martins-Costa notou como, a despeito da disseminação e consolidação de discursos políticos e jurídicos (a exemplo do da legalidade) contrários à preservação dos costumes como fontes do Direito, constantemente se fez necessário recorrer à “rica experiência da vida civil, que contrasta e relativiza a arrogância do poder estatal”.<sup>8</sup>

Em 2015 o Brasil substituiu um código de processo civil formulado (sob o prisma da legalidade processual) para ser um sistema fechado, com previsões normativas rígidas, poucas cláusulas gerais, e inclusive preocupado em definir determinados institutos jurídicos<sup>9</sup> por outro mais aberto à criatividade judicial, à adoção de normas principiológicas em vez de apenas normas-regra, bem como ao poderes normativos da autonomia privada, do Direito internacional e dos precedentes judiciais.

Apesar da percepção, pela doutrina, de que outras fontes do Direito além da lei poderiam dar origem a normas processuais, nenhum ou quase nenhum debate houve nos últimos anos a

---

<sup>7</sup> De acordo com o autor, esses fatores, operando em diferentes níveis de interação normativa, estão emergindo no sistema processual italiano, mas são comuns, em diferentes extensões, em outras experiências nacionais: acima de tudo, dúvidas estão sendo lançadas sobre a adequação da tradicional teoria das fontes do Direito processual. Cf. FABBI, Alessandro. “‘New’ Sources of Civil Procedure Law: First Notes for a Study”. In: CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo (eds.). *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 73-92.

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “Apresentação”. In: LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Processo Civil Brasileiro e Codificação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs). *Código: Dimensão Histórica e Desafio Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 151-160 [p. 151].

respeito da normatividade consuetudinária<sup>10</sup> no Direito processual. Até onde foi possível apurar, não foram publicados, no último quarto de século, monografias sobre o assunto no Brasil e em países de tradição romano-germânica. Ao menos na produção acadêmica recente esse parece ser um não-tema, com a honrosa exceção das passagens de alguns manuais de Direito processual (civil e do trabalho) nacionais<sup>11</sup> e estrangeiros,<sup>12</sup> sem que algum trabalho tenha investigado mais profundamente o tema.

O problema da admissibilidade de normas processuais consuetudinárias permaneceu, assim, em aberto – e a normatividade dos costumes negada pela força invisível do senso comum teórico dos juristas.<sup>13</sup>

Há alguns anos, em uma passagem de sua própria tese de doutorado sobre o juízo de admissibilidade do processo, o professor Fredie Didier Jr., orientador desta tese de doutorado, tocou incidentalmente no tema, ao se referir a um caso em que a Comunidade Indígena Pataxó estava representada processualmente pelo seu cacique, em conformidade com seus “costumes e tradições”. Em nota de rodapé, afirmou: “parece que se trata de hipótese em que o costume é fonte de regra de Direito processual”.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Nesta frase (e em todo o texto desta tese de doutorado) o adjetivo “consuetudinário” está sendo empregado para qualificar algo como “costumeiro” ou “decorrente de costume”. Embora os adjetivos “costumeiro(a)” e “consuetudinário(a)” possam ser empregados intercambiavelmente, optou-se por padronizar, nesta tese de doutorado, o emprego da segunda expressão.

<sup>11</sup> Cf., por exemplo: DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, 20ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 47-65. ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, V. 1. São Paulo: LTr, 2002, p. 21-22; ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 16.

<sup>12</sup> Cf., por exemplo, HERNÁNDEZ, Santiago A. Kelley. *Teoría del Derecho Procesal*, 4ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2003, p. 21 e ss.; PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis | Abeledo-Perrot, 2003, p. 43-45.

<sup>13</sup> Para Warat, o senso comum teórico dos juristas é constituído por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais empregadas habitualmente pelos juristas descuidados de rigor metodológico. Sobre o assunto, cf. WARAT, Luis Alberto. “Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas”. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, Vol. 03, N. 05, p. 48-57, 1982.

<sup>14</sup> DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

Em uma revisão parcial desta tese de doutorado, o prof. Fredie Didier afirmou que já intuía o tema, à época, mas decidiu não desenvolvê-lo. Preferiu, nas suas próprias palavras, “plantar uma semente, que agora frutifica, quatorze anos depois”.

A decisão de investigar, aprofundadamente, a possibilidade intuída pelo orientador desta pesquisa, anos atrás, retrata o *modus operandi* da academia, e exemplifica como os grupos de pesquisa devem produzir investigações que se relacionem e complementem. O papel das novas pesquisas é explorar os caminhos abertos pelas pesquisas anteriores, edificando o prédio da ciência jurídica.

O tema desta tese de doutorado adere à diretrizes fixadas pelo líder do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrada no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ,<sup>15</sup> e explora um dos focos de investigação delineados no respectivo projeto de pesquisa.

A muito escassa produção bibliográfica sobre o tema naturalmente direcionou os esforços de pesquisa bibliográfica para o passado – remoto e recente. Após intensa pesquisa, apenas alguns poucos trabalhos acadêmicos relevantes de autores clássicos como Niceto

---

<sup>15</sup> Cf., neste *link*: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053).

Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>16</sup> Piero Calamandrei,<sup>17</sup> e João Mendes Júnior,<sup>18</sup> que escreveram na primeira metade do século passado, foram os únicos que trataram especificamente do tema dos costumes processuais e sua normatividade. O resgate dessas obras acadêmicas esquecidas já é, por si só, uma contribuição ao estudo do Direito processual e da Teoria geral do processo, mas o seu emprego na fundamentação teórica desta pesquisa precisou ser temperado com o necessário cuidado com o uso de categorias jurídicas e pressupostos metodológicos distintos daqueles predominantemente aceitos na contemporaneidade.

À primeira vista, o objeto desta investigação poderia parecer um tema pitoresco, pouco útil e sem relevância acadêmica para o Direito atual. Todavia, essas impressões não poderiam estar mais equivocadas.

---

<sup>16</sup> Pesquisando a produção acadêmica de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, foi possível apurar que o mesmo escreveu alguns textos sobre os costumes processuais na década de 30 do século passado: na sua obra *Estudios de Derecho Procesal*, publicada em Madrid no ano de 1934 (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934), encontram-se os seguintes trabalhos, todos relacionados a esta temática: “*Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’*” (p. 263 e ss.), “*La Prueba del Derecho Consuetudinario*” (p. 429 e ss.), “*Derecho Consuetudinario y Función Judicial*” (p. 477 e ss.) e “*Actos Procesales Contra las ‘Buenas Costumbres’*” (p. 497 e ss.). Ademais, ao final do livro citado, imediatamente depois do índice, são mencionados diversos estudos do autor não incluídos naquela obra, e, entre esses, se menciona como inédita uma investigação intitulada “*Contribución al Estudio de las Manifestaciones Consuetudinarias en el Derecho Procesal*”. Ao que tudo indica, esse trabalho aproveitou o teor da sua tese de admissão à cátedra de Direito Processual da Universidade de Santiago, em 1932, sendo que no mesmo ano ele já teria apresentado um trabalho intitulado “*Prácticas, Usos y Costumbres en el Derecho Procesal*” como tese de admissão à cátedra da Universidade de Zaragoza. Para uma notícia da produção acadêmica do referido autor, cf. CADENAS, Manuel Cachón. *Historia de Procesalistas, Universidades y una Guerra Civil (1900-1950)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 391 e ss.. Como se sabe, o dramático contexto político europeu na primeira metade do século XX levou dezenas de juristas a emigrarem para a América, impactando diretamente na modernização das academias jurídicas nos países em que se estabeleceram. Foi sob essas circunstâncias que, apenas para citar os processualistas, James Goldschmidt se estabeleceu no Uruguai, Enrico Tulio Liebman no Brasil, e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo na Argentina e, posteriormente, no México. Sobre o assunto, cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: Un Puente entre dos Mundos”: In; STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, V. 1. México (D.F.): UNAM, 2003, p. 41-45.

<sup>17</sup> Em 1952 o autor publicou na *Rivista di Diritto Processuale* o artigo intitulado *Diritto Processuale e Costume Giudiziario* (CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”. *Rivista di Diritto Processuale*. Perugia, Vol. 7, N. 1, p. 265-278, 1952).

<sup>18</sup> A principal contribuição do autor para o tema foi com o seu artigo *As Formas da Praxe Forense*, publicada em 1904 na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. “As Formas da Praxe Forense”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, Vol. 12, p. 7-61, 1904). Para um relato da produção acadêmica do advogado, professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. “João Mendes Júnior, mestre de Direito Processual Civil”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, Vol. 51, p. 98-113, 1956.

Uma das expressões mais contemporâneas da normatividade processual consuetudinária é aquela originada do *soft law*, que tem sido objeto de estudos especialmente no Direito internacional. Tem-se observado este fenômeno especialmente no âmbito das arbitragens de comércio internacional, no qual parece surgir, paulatinamente, uma nova *lex mercatoria* processual,<sup>19</sup> resultante da prática de árbitros de disputas empresariais que decidem independentemente do *hard law* (nacional ou internacional) em tese aplicável.

De fato, os casos deste tipo parecem subverter o *modus operandi* tradicional do sistema internacional, pois legitimam a ocupação de espaços em relação aos quais a aplicação do Direito não se viabiliza (ou ao menos pode ser dispensada), sem que, por outro lado o sistema jurídico nacional tenha interesse em reprimir ou sancionar as violações ao seu *hard law*, em tese aplicável.

O *soft law* pode ser determinante para viabilizar ao árbitro empresarial preencher os espaços de discricionariedade deixados pelo *hard law*, flexibilizando e adequando, por exemplo, a instrução probatória.<sup>20</sup> Embora, tradicionalmente, o *soft law* seja mais associado a documentos como declarações, memorandos de entendimentos, recomendações, resoluções e outros atos congêneres emitidos por organismos internacionais,<sup>21</sup> tais regras de *soft law* poderiam decorrer de um costume internacional em matéria processual.

Ademais, a atualidade (e a utilidade) do tema também se confirmam por meio da demonstração das funções exercidas pelos costumes processuais no desenvolvimento e na transformação do Direito processual – não apenas por meio da sua atuação normativa direta, mas também no auxílio à interpretação de normas processuais (p. ex., decorrentes da lei ou do negócio jurídico) por meio da percepção da continuidade e da obrigatoriedade de um determinado sentido normativo decorrente de uma fonte.

Outra importante função do costume é viabilizar a flexibilização procedimental consuetudinária, tema ainda não explorado com profundidade pela doutrina processual, mas

---

<sup>19</sup> GALGANO, Francesco. “The New Lex Mercatoria”. *Annual Survey of International Law & Comparative Law*. San Francisco, Vol. 2, p. 99-110, 1995.

<sup>20</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122 e ss.

<sup>21</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*, cit., p. 10 e ss.

que a prática ilustra com muito exemplos cotidianos nos quais os benefícios ao princípio da adequação processual são evidentes.

Não se trata, portanto, de uma investigação trivial: as conclusões desta pesquisa dependem da conjugação de análises históricas, teóricas e dogmáticas, as quais foram desenvolvidas nos capítulos seguintes.

O Capítulo 1 analisa, sob a lente histórico-jurídica, o papel do costume como fonte do Direito desde os primórdios do Direito português, passando pelo Direito colonial brasileiro e pelo Direito brasileiro após a independência nacional, do Império à República. Examina os diferentes papéis desempenhados pelo costume e pelos estilos das cortes, inclusive como auxiliares à interpretação de outras jurídicas e expõe os diferentes papéis que a lei e o costume tiveram, ao longo da história, como fontes do Direito processual.

O Capítulo 2 aborda variados aspectos conceituais e metodológicos que serão úteis à compreensão da investigação conduzida nesta tese de doutorado. Ao mesmo tempo em que as teorias e conceitos são associados aos desenvolvimentos históricos abordados no Capítulo 1 (como uma consequência da manutenção das tradições jurídicas), o Capítulo 2 apresenta diversos temas que serão discutidos dogmaticamente nos Capítulos 3 e 4, como o conceito de fonte do Direito, os pressupostos para a configuração do costume, a distinção entre fonte/texto e norma, as configurações normativas dos costumes, entre outros.

O Capítulo 3 discute a dogmática das metanormas de fontes do Direito brasileiro, enfrentando, entre outras questões, o problema da desatualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (defendendo, inclusive, ter o seu art. 4º sido derogado pelo Código de Processo Civil). A partir de uma releitura do princípio da legalidade, discute os fenômenos do policentrismo e da pluralidade de fontes do Direito, denunciando a inadequação da velha metodologia hierárquica de estruturação escalonada das fontes no Direito contemporâneo, e apresentando possíveis outras soluções para o problema.

O Capítulo 4 examina as fontes do Direito processual civil brasileiro e discute a admissibilidade de que costumes processuais se enquadrem como tal. Distingue os costumes processuais da jurisprudência dos tribunais, reconhecendo ambos como manifestações do Direito consuetudinário. Examina as funções dos costumes processuais de auxiliar a interpretação do Direito processual e de adaptar o procedimento. Diante do quadro de multiplicidade de fontes do Direito processual, propõe critérios que auxiliem a resolução de

algumas das possíveis antinomias na realidade específica do Direito processual. Por fim, examina as experiências internacionais de manifestações do Direito consuetudinário processual, sobretudo os tribunais e processos tradicionais/ancestrais e o *soft law* nas arbitragens internacionais (que contribui para a constituição de uma *lex mercatoria* processual).

Ao final são apresentadas as conclusões.

# 1. HISTÓRIA E TRADIÇÃO

*“Com efeito, a História deve preceder e acompanhar perpetuamente os Estudos do Direito. Não há tocha mais luminosa para a boa inteligência das Leis....”*

Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, Capítulo II, VIII.<sup>22</sup>

- 1.1. O COSTUME DA IDADE MÉDIA AO ANTIGO REGIME, EM PORTUGAL E NO BRASIL
- 1.1.1. O PLURALISMO JURÍDICO DO ANTIGO REGIME
- 1.1.2. OS CONTORNOS CONCEITUAIS DO COSTUME
- 1.1.3. OS ESTILOS DAS CORTES
- 1.1.4. O COSTUME COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMUM
- 1.1.5. DIREITO COLONIAL BRASILEIRO
- 1.1.6. O IMPACTO DA LEI DA BOA RAZÃO
- 1.2. O COSTUME NO DIREITO DO IMPÉRIO DO BRASIL
- 1.3. O COSTUME NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO REPUBLICANO
- 1.4. HISTÓRIA DA LEI E DO COSTUME COMO FONTES DO DIREITO PROCESSUAL

\* \* \*

Tradicionalmente apontado, por historiadores e comparativistas, como uma fonte do Direito significativa para o desenvolvimento jurídico nos sistemas jurídicos vinculados à tradição romano-germânica,<sup>23</sup> o costume tem, na contemporaneidade, uma função menos relevante do que teve no passado – antes da consolidação do princípio da legalidade como diretriz estruturante dos sistemas jurídicos europeus.

Poucas normas consuetudinárias são aplicadas pelos tribunais para decidir questões concretas; poucas são as referências, por normas de outras fontes, à aplicabilidade dos costumes na regência de situações concretas; e (talvez por conta disso) pequena também é a atenção

---

<sup>22</sup> MELO, Sebastião José de Carvalho e. [Marquês de Pombal]. *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra....* Coimbra: Universidade de Coimbra, 1771, Capítulo II, VIII.

<sup>23</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law, Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 45 e ss., e *passim*; MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law: Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press, 2009, p. 618.

dispensada pela doutrina ao estudo da força normativa do costume.<sup>24</sup> Geny, escrevendo nas primeiras décadas do século XX, já criticava a pobreza da literatura jurídica francesa a respeito do costume.

Apesar da grande discrepância entre o papel do costume no passado e no presente, diversas nunces teóricas e aspectos dogmáticos do Direito consuetudinário na contemporaneidade ainda podem ser associadas à compreensão teórica e à função normativa que o costume teve no Direito europeu nos sistemas jurídicos da tradição jurídica romano-germânica.

O objetivo deste capítulo não é contar uma história oficial, descritiva e personalizada do passado, pautada na justificação da existência do Direito nacional tal como ele é;<sup>25</sup> tampouco pressupõe representar o Direito vigente como o ápice de toda a experiência jurídica que lhe precede, o resultado final de uma evolução histórica por meio da qual tudo de bom na experiência do passado foi assimilado e decantado, como uma ante-sala experimental, com a finalidade de tornar o Direito contemporâneo a mais sofisticada e avançada abordagem jurídica possível.<sup>26</sup>

A trajetória do costume como fonte do Direito desde o Direito português na Idade Média (quando surgiu o “sistema jurídico” português) passando pelo Antigo Regime<sup>27</sup> (quando foi aplicado no Brasil colonial), até o Direito brasileiro do início da República é o objeto de análise, cujos temas transversais são a teorização doutrinária a respeito dos pressupostos do costume, a percepção de sua normatividade e do seu papel dogmático dentro do quadro da metodologia e do sistema de fontes do Direito – informações particularmente relevantes para o desenvolvimento do Capítulo 2.

---

<sup>24</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed. Tradução para o espanhol: [s/d]. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 15.

<sup>25</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. “Paradigmas, Historiografia Crítica e Direito Moderno”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, Nº. 28, p. 55-67, 1994/95 [p. 56].

<sup>26</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito na História: uma Relação Equivocada*. Londina: Humanidades, 2004, p. 5.

<sup>27</sup> A expressão “Antigo Regime” deve ser compreendida, neste trabalho, como o período compreendido pelos séculos XVI, XVII e XVIII – desde as descobertas marítimas até às revoluções liberais na Europa, qualificando-se, politicamente, pela existência de monarquias absolutas; economicamente, pela prevalência do capitalismo e do metalismo; e, socialmente, pela existência de ordens estamentais.

## 1.1. O COSTUME DA IDADE MÉDIA AO ANTIGO REGIME, EM PORTUGAL E NO BRASIL

Tratar sobre a história das fontes no Direito brasileiro exige o cuidado metodológico de delimitar o que se compreende, historicamente, como Direito brasileiro.

Sob uma perspectiva estritamente formal, a existência de um Direito “brasileiro” só seria concebível a partir da sua independência política, obtida no início do século XIX. Sob essa perspectiva, o Direito aplicado ao Brasil, até essa quadra da história, era em verdade o Direito português, e não poderia ser considerado, propriamente, brasileiro.

Há, entretanto, um posicionamento divergente na historiografia jurídica, que tem defendido a possibilidade de se tratar, diferentemente da perspectiva acima referida, de um “Direito colonial brasileiro” como um ordenamento jurídico distinto, em alguma medida, do Direito português aplicado na metrópole – a despeito de a prática jurídica colonial ter sido, inegavelmente, baseada em estruturas conceituais e metodológicas originadas no padrão normativo metropolitano. Esta é a posição adotada nesta tese, e que se justificará adiante, no item 1.1.5 deste Capítulo.

Por este motivo, a história das fontes do Direito português no Antigo Regime importa para o estudo desta tese, e para o desenvolvimento deste Capítulo; sendo esta a razão pela qual uma breve introdução ao uso do costume como fonte do Direito no Antigo Regime se faz necessária.

### 1.1.1. O PLURALISMO JURÍDICO DO ANTIGO REGIME

Como já se afirmou em outro texto,<sup>28</sup> tem-se tornado comuns obras dedicadas ao estudo da história do Direito Processual no Brasil e em Portugal, tendo como fio condutor a sucessão cronológica das diversas leis processuais em vigor ao longo dos séculos.<sup>29</sup> Outras, dedicadas ao estudo do tratamento jurídico de um instituto específico do Direito processual ao longo da

---

<sup>28</sup> SOUZA, Marcus Seixas. “A Praxe Forense e as Obras Práticas de Antonio Vanguerve Cabral, 1715-1729”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 43, Nº. 278, 2018, p. 547-576, p. 548.

<sup>29</sup> Por exemplo, cf. PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole, 2002; MAZZEI, Rodrigo. “Breve História (ou ‘Estória’) do Direito Processual Civil Brasileiro: das Ordenações até a Derrocada do Código de Processo Civil de 1973”. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.), DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC: Doutrina Seleccionada, Parte Geral*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 35-63.

história, incorrem na mesma prática de restringir o âmbito de suas pesquisas à análise das regras legais que disciplinavam aquele determinado instituto ao longo do tempo.<sup>30</sup> Contudo, essas investigações podem ser consideradas, em alguma medida, incompletas – já que a lei não era a única, nem mesmo a principal fonte do Direito apta a regular as situações jurídicas no Antigo Regime.

Com o objetivo de não incorrer nesta falha analítica (e, em última análise, em um anacronismo injustificável) doravante se apresentará uma breve explicação das estruturas normativas que alicerçavam a prática jurídica no Antigo Regime, do ponto de vista metodológico e relativo às fontes do Direito.

Como se sabe, o Direito no Antigo Regime era marcado pelo pluralismo jurídico decorrente da coexistência de duas ordens jurídicas distintas: uma ordem formada por um Direito comum europeu, originado de fontes cuja legitimidade normativa emanava de sua antiguidade e tradição; e outra ordem composta por Direitos locais, próprios de cada nação e decorrentes da soberania local, cuja legitimidade decorria do poder político.

O *ius proprium* particular de cada nação era composto, em geral, por uma multiplicidade de fontes, entre as quais se incluíam as leis nacionais emanadas da autoridade dos soberanos, os costumes dos povos e a jurisprudência dos tribunais locais.

Por outro lado, o *ius commune*<sup>31</sup> era uma ordem jurídica quase exclusivamente de origem doutrinária, repleta de controvérsias e argumentos divergentes. Diferentemente do *ius*

---

<sup>30</sup> Cf., por exemplo, LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. “A Sentença na História do Direito Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. III, Nº 9, p. 550-579, 1998; ABDO, Helena Najjar. “A Citação na História do Processo Civil Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. IV, Nº 14, p. 781-803, 1999; NORONHA, Carlos Silveira. “O Agravo na História do Processo Português como Gravame e como Recurso”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 20, Nº 78, p. 64-84, 1995; SIDOU, J. M. Othon Sidou. *Os Recursos Processuais na História do Direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

<sup>31</sup> Há vasta literatura sobre o *ius commune*, à qual é impossível fazer referência completa. Destacam-se as seguintes obras: CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Private Law*. Tradução para o inglês de D. E. L. Johnston. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 45-99; CAENEGEN, Raoul C. van. *European Law in the Past and the Future, Utility and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 13-18 e 73-88; GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Tradução para o inglês de Lawrence Hooper. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010, p. 27-38; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 4ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 15-95; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 6ª ed. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. M. Macasista Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 337-382. Na literatura luso-brasileira, cf. SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste

*proprium* de cada unidade política da Europa no Antigo Regime, cuja legitimidade era oriunda, abstratamente, de um poder político central,<sup>32</sup> o *ius commune* foi um Direito construído doutrinariamente, isto é, foi o fruto do trabalho de juristas que tentaram organizar e unificar um corpo bastante complexo de fontes antigas, entre as quais os Direitos romano, canônico e feudal, compondo uma ordem jurídica universalista.

O papel da doutrina no Direito comum era, pelo método da integração, eliminar dúvidas existentes no tráfego jurídico quanto ao conteúdo e à interpretação dos textos jurídicos fundamentais (principalmente as decretais e o *Decretum Gratiani* no Direito canônico e o Digesto e as Institutas de Justiniano no Direito romano).<sup>33-34</sup> Por esse motivo, a doutrina teve um papel fundamental no tráfego jurídico do Antigo Regime, repercutindo na publicação de obras com opiniões de jurisconsultos a respeito de pontos controvertidos do Direito – seja do *ius commune* (abordando problemas afetos ao Direito romano ou canônico), seja do Direito próprio, que frequentemente empregava institutos, conceitos e a própria linguagem do Direito comum.

A resolução de cada caso dependia da aplicabilidade do Direito próprio de cada nação, que consistia, em princípio, no ordenamento jurídico apto a tutelar e resolver os casos submetidos à jurisdição estatal; e, na falta de uma solução jurídica aplicável ao caso dentro do *ius proprium*, utilizava-se o *ius commune*, aplicável subsidiariamente em caso de lacuna.

Adicionalmente, uma diretriz fundamental do Direito no medievo e no Antigo Regime era o princípio da primazia das normas particulares sobre as normas gerais. Este se manifestava em diversos níveis, seja para justificar a prevalência do Direito régio sobre o Direito romano e da Igreja, seja para fundamentar a aplicação dos Direitos locais ou particulares (das cidades,

---

Gulbenkian, 2011, p. 191-300; LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História: Lições Introdutórias*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 97-124.

<sup>32</sup> A doutrina realça que é no príncipe que reside a fonte de toda a jurisdição e, portanto, também a fonte do poder normativo. A conciliação desta concepção com a força normativa do costume era explicada com a afirmação de que no costume se manifestava de forma tácita a vontade do monarca. Sobre essa teoria, cf. item 1.1.2 deste Capítulo.

<sup>33</sup> Sobre a introdução do Direito romano em Portugal, cf. COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. “Romanismo e Bartolismo no Direito Português”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, Vol. 36, p. 16-43, 1960; e SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p 249 e ss.

<sup>34</sup> Sobre a dogmaticidade na Idade Média e no Antigo Regime, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 31-49; HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 439-502.

das corporações...) em detrimento do Direito régio – de modo que o Direito comum vigorava apenas no caso de inexistência do Direito próprio. Tal diretriz metodológica permitia que distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistissem no mesmo espaço social – o que hoje a doutrina denomina pluralismo jurídico.<sup>35</sup>

Assim, o *ius commune* admitia que razões particulares levassem à “correção” das normas gerais para atender a necessidades individuais e concretas: sua aplicação poderia ser excepcionada pela existência de Direito particular (de natureza territorial ou pessoal), vigorando o Direito comum apenas para os casos em que um Direito particular não o afastasse, tendo, assim, um papel subsidiário.

Analogamente, embora o Direito real fosse politicamente superior aos Direitos emanados por poderes inferiores do Reino, aquele tolerava a existência de Direitos locais, sob o argumento do princípio da especialidade. A única ressalva a essa tolerância normativa era a limitação segundo a qual a capacidade normativa dos corpos inferiores (*iura propria*) não podia ultrapassar o âmbito de seu autogoverno.<sup>36</sup>

Assim, o Direito na Idade Média e no Antigo Regime se caracterizava pelo seu caráter casuístico, e pela dificuldade de antever, aprioristicamente, os contornos jurídicos de uma determinada situação concreta, ante a dúvida sobre a aplicação do Direito próprio, e a identificação, entre as suas diversas fontes, de qual daria origem à norma jurídica do caso; e a dúvida pela aplicação do Direito comum, se eventualmente aplicável de forma subsidiária, em face dos vários argumentos doutrinários (as opiniões dos juristas) que concorriam para explicar e tornar aplicáveis os Direito romano, canônico e feudal – incertezas essas temperadas pela orientação metodológica da prevalência das normas particulares sobre as normas gerais.

Hespanha afirma, com palavras muito bem escolhidas, que “o tecido do Direito não era feito de regras, mas antes de problemas; para a resolução dos quais os juristas dispunham de fontes contraditórias”, e que “a abordagem do caso concreto era, por isso, feita de uma forma

---

<sup>35</sup> E, neste aspecto, se contrapõe frontalmente à característica de unidade normativa dos estados modernos, nos quais a ordem jurídica estatal pretende o monopólio da definição de todo o Direito por meio da lei (tendo quaisquer outras fontes jurídicas, como, *v.g.*, o costume ou a jurisprudência, uma legitimidade apenas derivada). Sobre o assunto, cf. HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 148.

<sup>36</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”, *cit.*, p. 78-81.

tentativa, confrontando o caso com vários argumentos (ou figuras de direito) possíveis, cada um dos quais justificaria uma solução diversa”.<sup>37</sup>

A tarefa de interpretar e aplicar o Direito, apresentando soluções aos casos concretos para os quais concorriam diversas possíveis normas, consistia em procurar alcançar não uma “verdade” definitiva, mas uma “verdade” provisória e provável, cuja fiabilidade se estabelecia e aumentava pelo confronto dos pontos de vista. Dentro da lógica do processo argumentativo do jurista medieval, ao juiz cabia fornecer, portanto, uma solução prudencial ou arbitrada, que confrontasse, argumentativamente, as principais opiniões e possibilidades de uma forma explicável e suscetível de obter consenso, de forma que na maior medida possível harmonizasse as normas e argumentos jurídicos.<sup>38</sup>

#### 1.1.2. CONTORNOS CONCEITUAIS DO COSTUME

Desde o período de formação do Estado português, o costume sempre fora uma fonte relevante para a prática jurídica. Em um período em que a ordenação política e social tinha, como escopo principal, a execução de atos de guerra (guerras de Reconquista), sem que se pudesse antever fim próximo, o Estado português medieval nascente não fora um Estado voltado a tarefas administrativas e legislativas,<sup>39</sup> mas uma nação em permanente estado de guerra – característica que exercia um papel de efetiva desordenação social.<sup>40</sup>

Dois fatores contribuíram para a predominância do costume como fonte do Direito:<sup>41</sup> em primeiro lugar, o soberano, nos momentos em que não se encontrava engajado nos esforços de guerra, atuava mais como um *rex iudex* que como um rei legislador. Se não havia condições para legislar de forma ampla, o soberano ao menos se dedicava à resolução de questões concretas, distribuindo justiça.

---

<sup>37</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”, cit., p. 62.

<sup>38</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*, cit., p. 152; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 329-330.

<sup>39</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 157.

<sup>40</sup> LINEHAN, Peter. *Spain 1157-1300, a Partible Inheritance*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008, p. xi, 71 e *passim*.

<sup>41</sup> VIANA, Maria. “Um Testemunho de Direito Consuetudinário (1281)”. *Arquipélago: História*; Açores, 2ª Série, VI, p. 399-415, 2002.

Em segundo lugar, e em decorrência do primeiro fator, as populações locais, afetadas sucessivamente pela invasão muçulmana e pelos movimentos migratórios que a guerra de Reconquista tornou inevitáveis, bem como pela falta de leis régias, entregaram-se a si mesmas, num condicionalismo local que, pela necessidade das coisas, foi autossuficiente – e proporcionou, conseqüentemente, o surgimento de um Direito próprio, seu; um Direito decorrente da normatividade social que o povo local exerceu para gerir os assuntos cotidianos.<sup>42</sup>

Um debate na historiografia jurídica<sup>43</sup> discute qual ou quais foram as principais influências na formação dos já verificados germanismos desse Direito consuetudinário<sup>44</sup> (várias possibilidades são enumeradas, incluindo que se tratava de reminiscências do Direito romano vulgarizado visigodo, sobretudo da *Lex Romana Visigothorum*; e/ou influências celta, franca, e, até mesmo, moçárabe,<sup>45</sup> ainda que de forma reduzida).

Esse Direito consuetudinário prevalecia mesmo em face da comprovada existência, validade e eficácia do Código Visigótico (*Lex Romana Visigothorum*), em sua forma vulgata, em Portugal,<sup>46</sup> especialmente considerando o progressivo desaparecimento da autoridade da referida lei a partir do século XIII (seja em decorrência da nova e crescente atividade legislativa dos soberanos, seja em razão do início da recepção do Direito romano redescoberto, seja pelo fato de que, há muito, a vigência da lei visigoda era negada pela força dos costumes – sendo aplicável, provavelmente,<sup>47</sup> sobretudo aos fidalgos).

---

<sup>42</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 158.

<sup>43</sup> Para uma síntese dessa discussão, envolvendo as opiniões de García Fflo, Alvaro D'ors e Merêa, entre outros, cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 158-162.

<sup>44</sup> Sobre o surgimento do *ius consuetudinarium* na península ibérica, sob a influência dos contornos teóricos romanos, cf. MICELI, Paola. *Derecho Consuetudinario y Memoria: Práctica Jurídica y Costumbre en Castilla y León (Siglos XI-XIV)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 107-140.

<sup>45</sup> A expressão “moçárabe” é um termo histórico moderno que se refere aos ibéricos cristãos que viveram sob a autoridade dos mouros em Al-Andalus, em sua maioria visigodos que não emigraram para o norte após as conquistas mouras. Embora seus descendentes tenham permanecido não convertidos ao Islã (em sua maioria católicos romanos de rito visigodo), eram frequentemente fluentes em árabe e adotaram diversos elementos da cultura árabe.

<sup>46</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 166 e ss.

<sup>47</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 168, nota de rodapé nº. 5.

A autoridade do costume era, assim, abertamente reconhecida pelos soberanos.<sup>48</sup> Ao concederem forais,<sup>49</sup> por exemplo, era frequente que se remetessem ao costume local, “da terra”: ao *forum, mos* ou *usus terrae*. As referências doutrinárias e legislativas ao costume por vezes empregavam ainda mais diversos vocábulos latinos: *usus, consuetudo, stylus, ritus*, etc.<sup>50</sup>

No período de recepção do Direito romano em Portugal, a partir do século XI, o costume, *ius non scriptum*, continuou a ser amplamente utilizado como fonte do Direito, embora, em alguma medida, os soberanos tenham passado a exercer o poder de apreciar, e, eventualmente, revogar “maus costumes”.<sup>51</sup>

A lei era, então, utilizada como um ato de poder que arbitrava os conflitos verificados entre o Direito antigo (o costume local) e o Direito novo (o Direito romano-canônico), seja instituindo uma regra legislativa fundada neste ou naquele – ou, ainda, uma regra nova, para problemas que não haviam sido objeto de normatização anteriormente.

Os registros dos costumes portugueses, quer locais ou gerais, havidos nos séculos XII e XIII, somente sobreviveram aos dias atuais porque, a partir do século XIII e início do século

---

<sup>48</sup> Os soberanos não apenas consentiam com o poder normativo social como se beneficiaram da legitimação que ele oferece à ordenação estamental da sociedade. Assim, os soberanos receberam seus poderes majestáticos não de uma legitimação político-democrática, mas da combinação do *ius non scriptum* que confere a cada sujeito seu próprio lugar na ordem social e jurídica (os costumes) com as fórmulas normativas constantes dos Direitos romano e canônico (*ius scriptum*), os quais forneceram os fundamentos jurídicos necessários para os reis consolidassem poderes legislativos quase absolutos sobre a nação – *rex est imperator in terra sua*.

<sup>49</sup> Uma carta de foral, ou simplesmente foral, era um documento real utilizado em Portugal (mas, também, com pequenas variações, nos demais reinos ibéricos), que visava estabelecer um concelho (ou município) e regular a sua administração, deveres e privilégios. Os forais foram concedidos entre o século XII e o século XV. Eram a base do estabelecimento do município e, desse modo, o evento mais importante da história da vila ou da cidade. Eram determinantes para assegurar as condições de fixação e prosperidade da comunidade, assim como no aumento da sua área cultivada, pela concessão de maiores liberdades e privilégios aos seus habitantes.

<sup>50</sup> HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal: 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 194.

<sup>51</sup> Sobre a possibilidade de revogação de maus costumes, cf., adiante.

XIV, foram objeto de redução a escrito e compilação<sup>52</sup> – uma tendência que se observou também em outros países.<sup>53-54</sup>

A partir do século XIII a frequência de publicação de leis aumentou substancialmente, e, nas palavras de Braga da Cruz, legislar deixou de ser um ato esporádico, exercido pelo monarca depois de ouvidos solenemente os prelados e os nobres do Reino (em cortes),<sup>55</sup> para passar a ser uma atividade corriqueira do exercício da soberania régia.<sup>56</sup>

Embora a recepção do Direito romano não seja considerada pela historiografia como a única causa responsável pelo ressurgimento da lei como fonte do Direito predominante em Portugal,<sup>57</sup> fato é que os soberanos passaram a gradualmente legislar com maior frequência, procurando sempre moldar o seu poder político à imagem e semelhança do *imperator* romano.<sup>58</sup>

A legitimidade do costume como fonte do Direito continuou a se fazer presente no Direito português, mesmo após o período da organização das Ordenações régias, a partir do século XV, quando a relevância da lei como fonte do Direito já estava consolidada. Nas

---

<sup>52</sup> Muitos costumes antigos estão reunidos nas seguintes coletâneas: *A Collecção de Livros Inéditos de História Portuguesa* (T. IV e V) e *Portugalia Monumenta Historicae, Leges et Consuetudines* (T. I e II).

<sup>53</sup> Sobre a redução a escrito dos costumes na Europa, cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 264-282; e CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Private Law*, cit., p. 35-44.

<sup>54</sup> Curiosamente, a expressão *ius non scriptum* não deixa de se aplicar aos costumes após a sua redução a escrito. Em forais ou compilações de costumes são notáveis expressões que remetem à oralidade. Como afirma Paola Miceli, “*la palabra escrita en la sociedad medieval tenía un fuerte sustrato oral, se escribía para que fuera oída*”. Assim, os textos escritos foram pensados para circular em um mundo onde a oralidade continuava a ser a forma de comunicação mais importante. Essa percepção contextualiza adequadamente o fato de que, nos textos medievais, a expressão *ius non scriptum* não fazia referência à dimensão oral da norma, e sim ao não-pertencimento da norma ao Direito Romano (*ius scriptum*). MICELI, Paola. “La Costumbre como *Ius Non Scriptum*”. In: MORIN, Alejandro (eds.) *Estudios de Derecho y Teología en la Edad Media*. Buenos Aires: Sociedade Argentina de Estudios Medievales, 2012, p. 85-108 [p. 99-101].

<sup>55</sup> Sobre as cortes portuguesas, cf. MERÊA, Paulo. *O Poder Real e as Cortes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923; e CAETANO, Marcello. “Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XV. Lisboa, 1963; HESAPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*, cit., p. 367-383.

<sup>56</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”. *Obras Esparsas, Estudos de História do Direito – Direito Moderno*, T. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, 245-436 [p. 373].

<sup>57</sup> Guilherme Braga da Cruz ressalta que a convocação das primeiras leis gerais na península ibérica, por volta do século XI, em Leão, é, em sua opinião, uma retomada da tradição legislativa visigótica. (CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”, cit., p. 258, nota de rodapé nº. 1).

<sup>58</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, cit., p. 296.

Ordenações Filipinas, diversas passagens reconheciam o costume como Direito efetivamente aplicável.<sup>59</sup>

Aliás, as próprias Ordenações régias procuraram dispor sobre o tema das fontes do Direito, disciplinando-as, o que repercutiu no reconhecimento explícito da força normativa do costume.

É interessante observar que o Título que disciplinava as fontes do Direito português nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas estava posicionado no Livro II das referidas compilações (os quais versavam sobre os privilégios<sup>60</sup> das classes eclesiásticas e das relações da Igreja com o Estado).<sup>61</sup> A localização topográfica destas disposições talvez possa ser explicada pelo fato de o assunto das fontes do Direito se relacionar com a aplicação do Direito canônico enquanto Direito subsidiário.

Já nas Ordenações Filipinas, as regras sobre fontes do Direito passaram a constar no Livro III. Esta mudança talvez tenha sido motivada pelo fato de as fontes do Direito terem sido consideradas uma questão afeta à matéria da ordem do processo (já que dizia respeito a qual fundamento poderiam aderir os juízes para proferir as decisões e sentenças – matéria esta de que tratava o Livro III das referidas Ordenações, que regulava o processo). Este raciocínio talvez tenha sido o mesmo empregado pelos juristas que organizaram o *Corpus Juris Civilis*, e

---

<sup>59</sup> Cf., entre outras: Liv. II, Tit. XLV, § 56; Liv. II, Tit. LVI, § 4; Liv. III, Tit. XVII; Liv. III, Tit. LIX; Liv. IV, Tit. XCIV, § 4; Liv. V, Tit. V, § 2.

<sup>60</sup> A estrutura político-jurídica medieval era altamente influenciada pela quase nula mobilidade social. O Direito agrupava os indivíduos em “ordens” ou “estados”, cada qual com seu regramento específico perante o poder político e perante os outros “estados”. Cada grupo era regido por um Direito especial (“foro”, “privilégio”), que podia ser exprimido de diversas formas (direitos ou deveres em face do soberano ou de outrem; prerrogativas jurisdicionais exclusivas etc.). Os privilégios reforçavam a estrutura social segundo a qual cada indivíduo era objeto de normas individuais que lhe imputavam um “papel social” objetivo, originário, *quasi*-hereditário, que lhe assinava uma condição de dependência ou hegemonia perante outrem – o exato oposto do princípio moderno da igualdade formal perante a lei, instituída por meio de normas gerais. Sobre o assunto, cf. HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*, cit., p. 105-106.

<sup>61</sup> A partir das Ordenações Afonsinas (Liv. II, Tit. IX) indicavam-se, entre as fontes do Direito português, além das ditas Ordenações e leis extravagantes, “*o estillo da nossa Corte ou custume dos nossos Regnos antigamente usado*”; por sua vez, as Ordenações Manuelinas (Liv. II, Tit. V) e as Filipinas (Liv. III, Tit. LXIV) se referiram ao “*estillo de nossa Corte ou custume em os ditos Regnos, ou em cada hua parte deles longamente usado, e tal que por Direito se deva guardar*”.

que posicionaram disposições sobre fontes do Direito como o precedente ou o costume no Livro VII do *Codex*, que trata das “decisões finais e interlocutórias dos juízes”.<sup>62-63</sup>

Procurando compatibilizar a normatividade do costume com a teoria política segundo a qual a legitimidade do Direito próprio decorria da autoridade do soberano, os juristas fundamentaram a validade do costume na tácita aquiescência ou vontade do soberano na imposição de um determinado comportamento.<sup>64</sup>

Ao teorizar sobre os poderes recíprocos do príncipe e da comunidade, a doutrina apontava, provavelmente com fundamento em famosa passagem do Digesto,<sup>65</sup> que a eficácia da lei emanada do príncipe dependia de sua recepção voluntária pela comunidade – ao mesmo tempo em que, para a validade do costume, se presume o consentimento tácito do soberano. As

---

<sup>62</sup> A exemplo da constituição imperial de Justiniano segundo a qual “*non exemplis, sed legibus iudicandum est*”, inserta em C. 7, 45, 13 (portanto, no título 45 do Livro VII, sobre sentenças e decisões interlocutórias): “Nenhum juiz ou árbitro pense ter o dever de seguir as decisões proferidas em consultas que entenda não estarem corretas, e, muito menos, as sentenças dos eminentíssimos prefeitos ou de outros juízes superiores (de fato, se alguma coisa não foi bem decidida, esse erro não deve ser imposto a outros juízes, pois deve-se julgar não com base nos exemplos, mas nas leis), nem mesmo se forem sentenças proferidas pela respeitadíssima prefeitura ou por qualquer máximo magistrado: determinamos que todos os juízes se deixem guiar pelos caminhos da verdade e da lei e da justiça”. [*Imperator Justinianus. Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus*”].

<sup>63</sup> O Código de Processo Civil de 2015 manteve essa tradição, como se depreende do teor dos arts. 8º, 140 e 927.

<sup>64</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 385

<sup>65</sup> D.1, 3, 32: **pr.** Naqueles casos em que não usamos de leis escritas, convém que se guarde o que por uso e costume se tem introduzido; e se isto faltar em algum caso, então o que seja análogo e conseqüente; e se em realidade tampouco aparece este, então deve se observar o Direito que se usa em Roma. § 1 Não sem razão se guarda como lei o costume inveterado, e este é Direito que se diz estabelecido pelo costume. Porque assim como as mesmas leis por nenhuma outra causa nos obrigam, senão porque foram admitidas pela vontade do povo, assim também com razão guardão todos o que sem estar escrito aprovou o povo; porque que importa que o povo declare sua vontade com votos, ou com as mesmas coisas e com fatos? Pelo qual também está perfeitissimamente admitido que as leis se derroguem não apenas por voto do legislador, senão também pelo tácito consentimento de todos por meio do desuso. [*1.3.32 Iulianus libro 84 digestorum.: pr. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*].

Ordenações Filipinas parecem, inclusive, ter refletido um tal equilíbrio normativo, ao não hierarquizar uma fonte do Direito sobre a outra no proêmio do título acima referido.<sup>66</sup>

Na ausência de um regramento legal sobre os pressupostos para a configuração dos costumes, coube à doutrina apresentar uma solução para tal omissão. Este era um tema amplamente discutido nas Faculdades de Leis e de Cânones,<sup>67</sup> bem como nas obras dos juristas do *ius commune*. O debate fora profícuo: em toda a Europa, glosadores, comentadores, humanistas e juristas desvinculados de tradições acadêmicas específicas se debruçaram sobre o tema, estipulando pressupostos.<sup>68</sup>

O famoso jurista medieval italiano Bártolo de Saxoferrato fora o autor de uma difundida teorização do costume, largamente referida por autores portugueses e estrangeiros, que estabeleceu o consenso do povo como um elemento essencial para a vinculatividade do costume, capaz de tornar o mero uso numa norma jurídica.<sup>69</sup> O poder da comunidade era capaz de criar o Direito – e, como consequência disso, os reis deveriam receber seu poder do povo.<sup>70</sup> É a criação do Estado que expropria o poder normativo da comunidade em nome da vontade do príncipe, e, posteriormente, do abstrato conceito de “vontade geral”.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Ao analisar essa discussão doutrinária no século XVII e XVIII, Barbas Homem refere-se às opiniões de Inácio Pereira de Souza (?-1676), em sua obra *Tractatus de Revisionibus...* (Lisboa: Dominici Gonçalves, 1744) e de Manuel Gonçalves da Silva (?-1748), em sua obra *Commentario ad Ordinationes Regni Portugaliae...* (Lisboa: Augustiniana, 1731), segundo as quais as próprias Ordenações equiparavam a força normativa do costume à da lei, ao não impor uma hierarquia entre as fontes do Direito próprio português (HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, cit., p. 193).

<sup>67</sup> Nas Faculdades de Leis, cujas cadeiras eram estruturadas em torno das partes do *Corpus Juris Civilis*, as fontes do Direito eram estudadas com algum cuidado nas cadeiras associadas ao estudo das *Institutiones* as quais, em termos sistemáticos, correspondem às atuais matérias de introdução ao estudo do Direito.

<sup>68</sup> A discussão doutrinária sobre os pressupostos para a configuração do costume é muito extensa. Para uma visão panorâmica dos principais questões objeto de debate e dos principais autores da Idade Média, cf., VOLANTE, Raffaele. “La Costumbre del Juicio”. In: POSADA, Giovanni Priori. *Proceso y Constitución: Derecho Material y Proceso...* Lima: Palestra, 2017, p. 477-493.

<sup>69</sup> Barbas Homem refere-se a passagem de uma obra de Bártolo (1313-1357), na qual escreveu comentários ao Digesto (*In Primam Digestis Veteris Partem Comentaria*), especificamente em um comentário ao D. 1, 3, 33 (= fl. 21, v.), segundo a qual “o costume vigora por deliberação tácita do povo... convenção tácita dos cidadãos” (HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, cit., p. 193).

<sup>70</sup> CABEDO, Jorge de. *Practicarum Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, Secunda Pars. Lisboa: Petri Craasbeck, 1604, Dec. VIII, p. 17 e ss.

<sup>71</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, cit., p. 193 e ss.

A necessidade de consentimento e apreciação da racionalidade impeliram o reilegisador ao exame do costume e, eventualmente, a sua rejeição;<sup>72</sup> a substituição dos costumes reprovados (*mala consuetudo*, ou “maus costumes”, como se referiu acima) por disposições e institutos provenientes do *ius commune*, quase sempre encontrava a resistência da nobreza e do povo. Estes apenas com dificuldade se desapegavam de seus costumes, embora, excepcionalmente,<sup>73</sup> essa iniciativa de revogação partisse de um ou de outro.

De um modo geral, a doutrina estabeleceu como requisitos para a admissibilidade do costume, em diferentes momentos da história, para além do consentimento do povo ou do príncipe (que era sempre presumido): ser o costume prescrito (aspecto temporal); exprimir-se o costume numa pluralidade de atos (aspecto numérico), e seu direcionamento ao bem comum (aspecto racional).

Quanto ao aspecto temporal, não são os textos portugueses muitos claros acerca de qual devia ser a antiguidade do costume, isto é, de qual o prazo a partir do qual uma conduta, ininterruptamente observada, se tornava um costume. Este requisito temporal era, pela doutrina denominado *praescriptio*, ou prescrição do costume.

A prescrição do costume foi uma construção doutrinária medieval, já que o *Corpus Juris Civilis* não fixara requisitos temporais para o reconhecimento do costume.<sup>74</sup> Os juristas do Direito comum (particularmente os canonistas),<sup>75</sup> procurando na medida do tempo do costume um critério para sua configuração, se utilizaram do instituto romano da prescrição para atribuir ao costume parâmetros objetivos do ponto de vista cronológico. Desta forma, paralelamente, como as normas jurídicas romanas se referiam a prazos prescricionais de dez, vinte, trinta e quarenta anos, a doutrina discutiu a respeito da aplicabilidade de tais prazos à prescrição do costume.

---

<sup>72</sup> Aparentemente, com fundamento em um constituição de Constantino recolhida no *Codex* (C. VIII, 52 (53) 2) [GILISSEN, John. “Consuetudine”. In: SACCO, Rodolfo (org.) *Digesto delle Discipline Privatische, Sezione Civile*, T. III, 4ª ed. Torino: UTET, 1992, p. 491].

<sup>73</sup> Cf. os exemplos concretos apontados em SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 277, nota de rodapé nº. 3.

<sup>74</sup> Observa-se, ao contrário, o uso de expressões como “costume inveterado” (D. 1, 3, 32), “costume diuturno” (D. 1, 3, 33): “largo costume, observado por muitos anos” (D. 1, 3, 35).

<sup>75</sup> MARQUES, Mário Reis. “Sobre a Exterioridade dos Sinais Racionalizadores do Costume no Período do 'Ius Commune'”. In: MOTA, Helena et al (orgs.). *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 325-343 [p. 330-331].

Em alguns costumes reduzidos a escrito em Portugal se encontra menção a um prazo de 30 anos, possivelmente por influência da passagem constante no *Corpus Juris Civilis* que estipulava como de trinta anos o maior prazo de prescrição das ações pessoais e sobre universalidades.<sup>76</sup> Em outros documentos, mais antigos (como nas edições das Cortes portuguesas do século XIV), contudo, há referências à “imemorialidade” do costume, isto é, à ideia de que o costume era usado há muito tempo, e que a memória de nenhum homem alcançava tempo em que aquele comportamento não existisse – esse parece, inclusive, ser um requisito do costume no Direito europeu da baixa Idade Média.<sup>77</sup>

Embora não seja possível adentrar com riqueza de detalhes a discussão doutrinária em questão, sabe-se que, de um modo geral, se chegou a um consenso em torno do prazo de dez anos para a prescrição do costume, salvo para costumes *contra legem* – os quais, similarmente ao que sucedia com o Direito Canônico, só prescreviam em quarenta anos.<sup>78</sup>

Quanto ao aspecto numérico, ou seja, a delimitação de quantos “atos” seriam necessários para demonstrar a repetitividade de um determinado comportamento (um, dois, três, dez, ou até mesmo nenhum número em específico – o juiz poderia arbitrar casuisticamente) havia alguma controvérsia no Direito europeu.

Também a natureza do “ato” em questão foi objeto de discussão: atos judiciais (i.é, decisões) eram considerados os melhores meios de examinar o consentimento do povo na permanência de um costume, o que já foi atribuído<sup>79</sup> à influência de um fragmento de Ulpiano

---

<sup>76</sup> C. 7, 39, 3: “Como as reais especiais, assim tampouco se extendam de nenhum modo a maior espaço que o de trinta anos as ações sobre uma universalidade e as pessoais. (...)” [“*Imperatores Honorius, Theodosius. pr. Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur.*” (...)].

<sup>77</sup> MARQUES, Mário Reis. “Sobre a Exterioridade dos Sinais Racionalizadores do Costume no Período do ‘Ius Commune’”, cit., p. 330 e ss.

<sup>78</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 387; HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, cit., p. 194. Enfatizando a existência de divergências quanto a tais prazos, cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, cit., p. 252-253.

<sup>79</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 389.

contido no Digesto.<sup>80</sup> De um modo geral, a doutrina<sup>81</sup> concordou que o costume poderia ser provado com a referência a dois atos judiciais, idealmente duas sentenças.

A compreensão geral disseminada pelos glosadores era a de que costumes notórios ou cuja existência já havia sido demonstrada por uma decisão judicial não precisam ser provados novamente.<sup>82</sup>

A prova do costume, quando necessária, era feita mediante declaração juramentada dos mais velhos, especialmente dos mais antigos na profissão.<sup>83</sup> Em outras partes da Europa, como na França<sup>84</sup> e na Antuérpia<sup>85</sup> (mas, até onde foi possível apurar, não em Portugal) havia um meio de prova específico para costumes, a inquirição por turba – por meio do qual se submetia a questão da existência ou não do costume a um grupo de pelo menos dez homens, escolhidos por serem os mais qualificados pela sua experiência (frequentemente praticantes do foro, juristas) e que devia deliberar, à unanimidade, pela existência ou não do costume naquele local, e seu conteúdo.<sup>86</sup>

A prova do costume foi utilizada, pelos glosadores e outros juristas do Direito comum, para dificultar a sua incidência nos casos concretos – fomentando, assim, a aplicação do Direito romano, subsidiário. Considerando um fato, o costume não poderia ser empregado pelo juiz a

---

<sup>80</sup> D. 1, 3, 34: “Quando alguém parece apoiar-se no costume de uma cidade ou de uma província, deve certamente investigar-se primeiro, se alguma vez foi confirmado o costume em juízo contraditório”. [“*Ulpianus libro quarto de officio proconsulis. pr. Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando iudicio consuetudo firmata sit*”].

<sup>81</sup> Em Portugal, por exemplo, Raffael Lemos de Afonseca entendia que o número de atos deveria ser deixado ao arbítrio do juiz, ressaltando inclusive que, como se exige a frequência de atos, os extrajudiciais são igualmente admitidos para a configuração do costume – o que defendeu com remissão a uma passagem de Bártolo. (AFFONSECA, Raphael de Lemos de. *Commento Portugues dos Quatro Livros da Instituta do Imperador Justiniano, ou Breve Resumo do Direito Civil*. Coimbra: Manoel da Silva, 1656, p. 48)

<sup>82</sup> CHEYETTE, Fredric L. “Custom, Case Law, and Medieval ‘Constitutionalism’: a Re-Examination”. *Political Science Quarterly*, Vol. 78, N. 3, p. 362-390, 1963 [p. 384].

<sup>83</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 274, nota de rodapé nº. 1.

<sup>84</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, cit., p. 260 e ss.

<sup>85</sup> GILISSEN, John. “La Preuve de la Coutume dans l’Ancien Droit Belge” *In: Hommage au Professeur, Paul Bonenfant (1899–1965): Études d’Histoire Médiévale...* Brussels: Despy, 1965, p. 568–570.

<sup>86</sup> Como destaca Chayette, na França a *enquête par tourbe* eventualmente caiu em desuso, sendo as *tourbiers* substituídas por testemunhas ordinárias. Rapidamente as duas práticas se fundiram e as testemunhas de um costume já não se distinguiam das testemunhas de um fato (CHEYETTE, Fredric L. “Custom, Case Law, and Medieval ‘Constitutionalism’: a Re-Examination”, cit., p. 384).

não ser que fosse alegado e (com a exceção da hipótese de se tratar de costume notório) provado pela parte.<sup>87</sup>

Por fim, o costume racional ou razoável era aquele que não afrontava a “ordem pública” (num sentido muito amplo, subjetivo e *quasi-jusnatural*) e/ou a ordem religiosa.<sup>88</sup> Gilissen trouxe um exemplo muito interessante: Louis IX, de França, revogou um costume que autorizava um assassino fugitivo ou desterrado a resgatar seus direitos de burguesia mediante o pagamento de quatro libras, contanto que se tenha reconciliado com os pais do morto. Por entendê-lo como irracional ou não razoável, o rei revogou esse costume, por faltar-lhe, dali em diante, o requisito fundamental para sua configuração (seu reconhecimento como racional). Para alguns autores, também o costume que ofendesse o Direito divino era irracional.<sup>89</sup>

A “revogação de um mau costume”, como era reconhecida essa prática, consistia, então, na verdade, no reconhecimento, com efeitos prospectivos, da inexistência de um de seus pressupostos.

Nas Ordenações Afonsinas, de 1446, também há diversas passagens que demonstram a revogação expressa de um costume pelo soberano português, o que demonstra que, anteriormente à compilação, essa prática de revogação de maus costumes já era comum em Portugal, como uma censura régia à razoabilidade ou racionalidade dos costumes.<sup>90</sup>

Por outro lado, o costume também podia revogar a lei, se fosse posterior e contrário a ela. Havia uma significativa controvérsia neste ponto, sobretudo em razão da antinomia entre o fragmento de Juliano no Digesto (D. 1, 3, 32, 1), que defende que as leis podem ser revogadas “pelo consentimento tácito de todos” e a constituição de Constantino no Código (C. 8, 52, 2) que afirma que a força dos costumes “não chega até o ponto de vencer a lei”.

No entendimento de dois prestigiados juristas, não bastava que o conteúdo do costume fosse a inobservância da regra legislativa, era preciso que o conteúdo do costume contrariasse

---

<sup>87</sup> LESSONA, Carlos. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, V. 1, 2ª ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1904, p. 247.

<sup>88</sup> MARQUES, Mário Reis. “Sobre a Exterioridade dos Sinais Racionalizadores do Costume no Período do 'Ius Commune'”, cit., p. 337 e ss.

<sup>89</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, cit., p. 260-261.

<sup>90</sup> Cf., v.g., as seguintes passagens: Liv. I, Tit. XXVII, § 7; Liv. I, Tit. XXVII, § 7; Liv. 4, Tit. XCIII, § 1.

explicitamente a lei (e, naturalmente, ser o costume racional, e encontrar-se prescrito).<sup>91</sup> Como já se sinalizou anteriormente, não havia hierarquia formal da lei sobre o costume (especialmente antes do período pombalino, quando não havia uma preocupação em tornar a lei a fonte principal de criação do Direito, razão pela qual lei e costume eram fontes concorrentes no *ius proprium*).

### 1.1.3. OS ESTILOS DAS CORTES.

Instituto correlato ao costume, o *stylus curiae* era, à luz da doutrina do *ius commune*, um entendimento jurídico decorrente da prática reiterada dos tribunais.

Parte da doutrina equiparou os estilos das cortes ao que, em linguagem contemporânea, se denomina “jurisprudência constante” dos tribunais superiores.<sup>92</sup> Entretanto, essa equiparação não é a mais adequada.

Na verdade, tanto os estilos das cortes quanto a jurisprudência dos tribunais superiores consistiam em manifestações do Direito consuetudinário. A distingui-los estaria o fato de que a jurisprudência seria uma manifestação consuetudinária decorrente das atividades decisórias dos tribunais – *consuetudo iudicandi*; e os estilos das cortes consistiriam em costumes associados ao procedimento, usualmente correspondendo às necessidades de organização interna dos tribunais, à integração de lacunas e/ou normatização de peculiaridades do procedimento não instituídas por outras fontes.<sup>93</sup>

O estilo poderia ser entendido como o “*uso ácerca do modo de praticar o que as Leis mandão*”, na clássica definição de Correia Telles.<sup>94</sup> Em toda a Europa a doutrina aplicou aos

---

<sup>91</sup> Para um resumo dos argumentos de Domingos Antunes Portugal e Manuel Álvares Pegas, cf. HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, cit., p. 195

<sup>92</sup> JUSTO, Antonio Santos. “O Direito Brasileiro: Raízes Históricas”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 4, 2001; HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, cit., p. 296.

<sup>93</sup> VOLANTE, Raffaele. “La Costumbre del Juicio”, cit., p. 493 e ss.

<sup>94</sup> TELLES, José Homem Correia, *Commentario Crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de. 1769*. Lisboa: Typografia de N. P. de Lacerda, 1824, p. 15.

estilos das cortes os contornos dogmáticos do costume, exigindo-lhe, inclusive, sua prescrição e a reiteração de condutas para a sua configuração.<sup>95</sup>

Embora muitas divergências marcassem o debate, em geral a doutrina, influenciada pela opinião de Bártolo, distinguia os estilos dos costumes pelo fato de o estilo ser introduzido por um tribunal, especificamente no que se refere a um domínio processual.<sup>96</sup> Por outro lado, o costume teria como fundamento a conduta de toda ou ao menos parte da comunidade, que se comportava de uma determinada forma sob a crença de que se tratava de uma prática conforme o Direito.

Exigia-se, normalmente, que não houvesse violação à lei, que fosse observado durante dez anos<sup>97</sup> e que tivesse introduzido, pelo menos, por dois ou três atos judiciários de tribunal superior, embora a doutrina divergisse quanto a este número.

Também o Regimento da Casa de Suplicação, instituído pela lei de 7 de junho de 1605, conferiu um elevado prestígio aos estilos das cortes, que deviam ser guardados e conservados, considerando-os parte do Direito nacional.<sup>98</sup> Além disso, o regedor da Casa de Suplicação tinha o dever de ofício de zelar pelo acatamento às praxes decisórias nesta alta instância judicial.<sup>99</sup> Por fim, o assento<sup>100</sup> de 13 de fevereiro de 1755, tomado na Casa de Suplicação, pareceu deixar

---

<sup>95</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136-137.

<sup>96</sup> Para uma breve introdução da discussão jurídica que sucedeu no Direito europeu (e, especificamente, no Direito Português) a respeito do conceito de estilo, cf. SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português, Fontes do Direito*, cit., p. 378-384

<sup>97</sup> JUNIOR, João Mendes de Almeida. “As Formas da Praxe Forense”, cit., p. 41.

<sup>98</sup> “(...) VIII. E por que convém e importa muito, que os estylos antigos da dita Caza da Supplicação se guardem, sem se permitir introduzirem-se outros de novo, nem práticas particulares, assim no despacho dos feitos, como no fazer das audiencias, encommendo e encarrego muito ao Regedor, e Chancellor della, que procurem saber, e averiguár bem, quaes são os ditos estylos antigos, informando-se para isso dos Officiaes de mais prática e experiencia; e que os fação inviolavelmente guardar e conservar; e que movendo-se sobre elles alguma duvida, ou alteração, ouvidos os que se virem foram della, que delles tenham conhecimento, se tome na Meza Grande, perante o Regedor, a resolução que parecer que mais convém à boa administração da Justiça; e se faça disto assento no Livro da Relação, para d'ahi por diante se guardar assim, e se não tornar a dar na mesma duvida”. Para consultar o texto integral do Regimento, cf. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Jurídico...* T. 1. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869, p. 1 e ss.

<sup>99</sup> Ord. Fil., Liv. I, Tit. I, § 37: “Ao Regedor pertence prover e conservar os stilos e bons costumes acerca da ordem dos feitos, que sempre se costumaram e guardaram na dita Casa”.

<sup>100</sup> Sobre as assentos como institutos de uniformização de jurisprudência e interpretação autêntica da lei, cf. , SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 75-82.

claro, ainda que em *obiter dictum*, que o reconhecimento dos estilos das Relações era possível, mesmo que ficasse adstrito a elas.<sup>101</sup>

Uma grande questão foi alvo de disputa entre juristas a respeito da afirmação de Bártolo, acima referida, segundo a qual os estilos apenas poderiam referir-se à ordem do processo, nunca sobre o Direito substancial desta própria decisão.<sup>102</sup> Daí surgiu uma intensa divergência. Ao menos no contexto da realidade portuguesa, esta afirmação parece ser verdadeira (certamente obteve o apoio de um séquito de juristas por ele influenciados), tendo em vista as consultas realizadas às fontes de estilos das cortes compiladas, que parecem apenas tratar de Direito afeto à ordem do processo: temas como competência, alçada, citação, custas, sentenças, agravos, apelações, modos de contagem de votações etc.

O “Anexo A – Estilos da Relação do Porto e da Casa da Suplicação”, ao final desta tese de doutorado, contém os estilos encontrados na investigação de obras e documentos da época.<sup>103</sup>

Para alguns autores era justamente aí que residia a diferença entre costumes e estilos; os estilos seriam a espécie de costume que trataria do Direito processual. Cada instância ou

---

<sup>101</sup> O mencionado assento foi tomado pelo tribunal no contexto da lide havida entre o Corregedor dos Remolares, Manoel Gonçalves de Carvalho, e o Corregedor do Rocio, Manoel Estevão de Almeida Vasconcellos Barbarino, pretendendo cada um deles servir de Conservador da cidade de Lisboa. A questão chegara ao conhecimento da Casa de Suplicação, que decidira em favor deste último; o fundamento da decisão foi o fato de que, ainda que o Corregedor de Remolares fosse mais antigo no Serviço de Sua Majestade, o do Rocio mostrava ter tomado posse do seu lugar primeiro como Corregedor da Cidade, “(...) porque conforme a Direito se regula a antiguidade pela prioridade da posse, sem atenção à antiguidade do Serviço e da Leitura; e com isto he coerente o Estilo sempre observado nesta materia de servir de Conservador da Cidade o Corregedor mais antigo na posse do Lugar, como attestava o Escrivão da mesma Conservatoria (...)”. Referindo-se a uma prática em sentido contrário adotada nas Relações do Ultramar (estilo segundo o qual o critério para escolha do Conservador seria outro, que não o acima mencionado), os Desembargadores afastaram a sua incidência na “jurisdição” da Casa de Suplicação, haja vista a existência de estilo próprio, e em sentido contrário: “(...) nem podia favorecer-lo o Estilo praticado nas Relações, (...), pois este Estilo, como particular das Relações, e introduzido contra as regras de Direito, não devia nem podia estender-se a outros Lugares, e muito menos ao de que se trata, em que ha Estilo contrario de se julgar sempre mais antigo para esta Conservatoria o Corregedor, que primeiro tomava posse, como fica dito”.

<sup>102</sup> Cf. PROSDOCINI, Luigi. *Tra Civilisti e Canonisti dei sec. XIII e XIV. A Proposito della Genesi Del Concetto di Stylus in Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti*, T. II. Milão: 1962, p. 415 e ss.

<sup>103</sup> Para consultar os “Estilos da Relação do Porto, que nella deixou o Governador Henrique de Sousa” e os “Estilos mais praticados na Casa de Suplicação”, cf. SILVA, José Justino de Andrade e. *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Annotada*. 1603-1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, p. 326-359; cf. também ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Juridico...* T. 2, Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869, p. 12 e ss.

tribunal mantinha o seu estilo,<sup>104</sup> que compreendia o conjunto das regras que era de uso seguir para recorrer à jurisdição, e aí intentar a ação e obter uma decisão judicial. Em outras palavras, o tribunal foi reconhecido como tendo o poder de estabelecer as próprias formas de operar.<sup>105</sup> Os estilos seriam, portanto, bem conhecidos por aqueles que se dirigiam habitualmente à jurisdição: juízes, advogados, partes etc.<sup>106</sup>

Quanto à possibilidade de coexistência de estilos nos vários tribunais superiores, e não apenas nas Casas da Suplicação e do Cível (tribunal depois transformado na Relação do Porto), é importante observar que a fórmula constante das Ordenações Manuelinas e Filipinas explicitamente abria esta possibilidade no que se refere ao instituto do costume, sendo, contudo, omissa no que se refere aos estilos da corte.

Fato é que os tribunais do Ultramar se julgaram autorizados a reconhecer seus estilos. Os costumes locais e os estilos da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro eram aplicáveis geograficamente apenas no território submetido às suas jurisdições, sugerindo, portanto, que o Direito praticado no Brasil durante o período colonial era marcado, em algum grau, por um componente prático que, se não prevalecia sobre o Direito derivado das Ordenações, certamente dotava-o de “cor local”, e o autonomizava, ainda que em limitada medida, do Direito oriundo da metrópole, tal qual um Direito “particular” (a isto se referirá a seguir, no item 1.1.5 deste Capítulo).

Para além deste uso dos costumes (como fontes do Direito aptas a regularem situações concretas) o Direito consuetudinário também se prestava ao fim de viabilizar a interpretação do Direito comum. Sobre isto se tratará a seguir.

#### 1.1.4. O COSTUME COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMUM

Como consequência da peculiar metodologia jurídica em voga no Antigo Regime, particularmente no tocante ao *ius commune* (ao que se referiu no item 1.1.1 deste Capítulo), a

---

<sup>104</sup> Inicialmente os estilos das cortes somente eram aplicáveis aos próprios tribunais em que eram verificados, mas uma Carta Real de 16 de junho de 1609 mandou seguirem-se “*os Estilos da Casa do Porto à da Suplicação em quanto forem applicaveis*”, e determinava que cada Casa guardasse os seus estilos, sendo bons.

<sup>105</sup> PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'alva del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 33 e ss.

<sup>106</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, cit. p. 254.

partir de algum momento tornou-se difícil determinar qual opinião deveria ser seguida quando diversos juristas divergiam quanto à resposta a uma questão controvertida.

Neste contexto, os juristas medievais conceberam a ideia de *communis opinio doctorum* – não simplesmente a opinião da maioria dos juristas, mas a opinião de uma maioria qualitativa, composta pelos mais prestigiados juristas.<sup>107</sup> Ainda assim, identificar corretamente a opinião comum dos juristas era uma tarefa difícil, dada a abertura deste conceito, e a existência de múltiplas propostas de sua concretização.

Como já se afirmou em outro texto,<sup>108</sup> a prática jurídica em Portugal e na Europa, tomada pela incerteza nos julgamentos e pela confusão nos padrões de argumentação e decisão promovida pelo casuísmo da ciência jurídica medieval dos comentadores, se beneficiou do abandono dos argumentos numérico e/ou de autoridade como critérios para determinar a *communis opinio* sobre o Direito aplicável, substituído pelas orientações práticas das obras dos praxistas e decisionistas.

Estes juristas recorreram à “última tábua de salvação”: os costumes do foro e os precedentes dos tribunais, que passaram a ser admitidos como critérios aptos a disciplinar a doutrina em face das intermináveis opiniões contraditórias sobre interpretação e aplicação dos institutos e as regras do Direito romano, apoiadas num número cada vez maior de citações de autores.<sup>109</sup>

Em Portugal, assim como por toda a Europa, as decisões dos grandes tribunais e os costumes do foro passaram a ter, a partir da segunda metade do século XVI, uma enorme audiência na doutrina, que se dedicou à sua compilação e comentário.<sup>110</sup>

Costumes locais e estilos das cortes passaram a ser alvo de registro e análise pela doutrina, reconhecendo-se, assim, a sua importância como critério apto a decidir, objetivamente, diante de uma controvérsia sobre a resolução de uma questão jurídica.

---

<sup>107</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português, Fontes do Direito*, cit., p. 191-300.

<sup>108</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 66-70.

<sup>109</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”. In: CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras Esparsas, Estudos de História do Direito – Direito Moderno*, T. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 373.

<sup>110</sup> SOUZA, Marcus Seixas. “A Praxe Forense e as Obras Práticas de Antonio Vanguerve Cabral, 1715-1729”, cit., *passim*.

Popularizaram-se obras do gênero literário da praxe forense, que tinham como objetivo auxiliar os advogados, juízes e demais praticantes do foro a adotarem padrões mais objetivos de compreensão, interpretação e aplicação do Direito.<sup>111</sup>

#### 1.1.5. DIREITO COLONIAL BRASILEIRO

As principais características jurídicas da colonização brasileira foram descritas sucintamente em um outro texto,<sup>112</sup> que descreveu a iniciativa colonial portuguesa como uma empresa voltada à produção e transferência de riquezas à metrópole. De fato, a instalação dos órgãos da burocracia administrativa, fiscal, alfandegária e de justiça tinha como finalidade ordenar, estimular e fiscalizar os atos de exploração, e não constituir uma extensão da metrópole portuguesa além-mar.<sup>113</sup>

Com a exceção de algumas restrições pontuais às liberdades dos colonos,<sup>114</sup> estrategicamente instituídas para assegurar a dominação colonial, não havia diferença entre a vida no Brasil e em Portugal, do ponto de vista do Direito aplicável ao indivíduo. Tampouco havia distinção entre o *status civitatis* dos nascidos em Portugal e dos nascidos no Brasil<sup>115</sup> Não

---

<sup>111</sup> Sobre esse contexto, e para uma análise de duas obras práticas do jurista português Antonio Vanguerve Cabral, cf. SOUZA, Marcus Seixas. “A Praxe Forense e as Obras Práticas de Antonio Vanguerve Cabral, 1715-1729”. cit., p. 548.

<sup>112</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 49-50.

<sup>113</sup> SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial, o Tribunal Superior da Bahia e seus Desembargadores, 1609-1751*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 41 e ss.

<sup>114</sup> Sobre as liberdades no Brasil colonial, cf. CABRAL, Gustavo César Machado; CABRAL, Mário André Machado. “Liberdades no Final do Antigo Regime: Panorama Geral em Portugal e no Brasil no Final do Século XVIII”. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. (orgs.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6931-6959.

<sup>115</sup> Naturalmente, este não é um período livre de fatores de discriminação, cujos maiores exemplos são a escravidão dos africanos e dos povos indígenas. Para um aprofundamento no estudo da situação jurídica da população colonial do Reino de Portugal (não apenas a população que habitava o Brasil), cf. HESPANHA, António Manuel. “A Constituição do Império Português: Revisão de Alguns Enviesamentos Correntes”. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos Trópicos: a Dinâmica Imperial Portuguesa (Séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 163-188.

havia um corpo de normas jurídicas especiais para a colônia (ou para os colonos), com exceção das limitações exemplificadas acima.<sup>116</sup>

Outros países europeus adotaram posturas distintas em relação ao sistema jurídico vigente em suas colônias americanas.<sup>117</sup>

A Espanha, por exemplo, partindo do pressuposto de que a realidade nas Índias era essencialmente distinta da metropolitana,<sup>118</sup> elaborou uma série de leis específicas para as suas colônias, reunidas em 1680 na *Recompilación de Leyes de los Reinos de Índias*. As fontes do chamado *Derecho Indiano* são evidências da especialidade desta realidade normativa, já que as leis produzidas especificamente para as Índias eram suas fontes prioritárias, cabendo aos costumes dos povos indígenas e ao Direito espanhol, nesta ordem,<sup>119</sup> o caráter de fonte subsidiária.

Como já se afirmou, Portugal não fez valer um ordenamento jurídico específico para o modo de vida no Brasil,<sup>120</sup> aí residindo um ponto de afastamento entre as experiências coloniais portuguesa e espanhola na América Latina. Em Portugal, as leis gerais<sup>121</sup> régias foram

---

<sup>116</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 14-16.

<sup>117</sup> Sobre o Direito vigente nas treze colônias inglesas na América do Norte, cf. CHAFEE Jr. Zechariah. “Colonial Courts and the Common Law”. *Proceedings of the Massachusetts Historical Society, Third Series*. Boston, Vol. 68, p. 132-159, 1947.

<sup>118</sup> Sobre as noções de diversidade, mutabilidade e distância como elementos apontados para fundamentar a divergência de modos de vida na América e na metrópole, a ponto de justificarem um tratamento jurídico diferenciado para a colônia, cf. ANZOÁTEGUI, Victor Tau. *Casuismo y Sistema: Indagación Histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 97-119. Sobre o Direito e as instituições da América espanhola, cf. MIROW, M. C. *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press, 2004.

<sup>119</sup> BORNEMANN, Margarita Menegus. “La Costumbre Indígena en el Derecho Indiano, 1529-1550”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México, Vol. 4, *passim*, 1992.

<sup>120</sup> Ao contrário: a burocracia administrativa e judicial da colônia foi concebida à imagem e semelhança das instituições existentes em Portugal: “As possessões ultramarinas de Portugal, apesar de distintas pelas condições peculiares e pela localização geográfica, eram subordinadas ao sistema judiciário da metrópole. A lei portuguesa tornou-se a lei dos territórios que acabavam de ser incluídos em seus domínios, e ministros da Justiça semelhantes aos de Portugal assumiram cargos nas colônias para aplicar a lei” (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial, o Tribunal Superior da Bahia e seus Desembargadores, 1609-1751*, cit., p. 35).

<sup>121</sup> Neste aspecto novamente em oposição à realidade legislativa da América espanhola, marcada pelo casuismo das leis específicas para as Américas. Sobre o tema, Anzoátegui afirma que “Una parte considerable de esas normas legales – principalmente reales cédulas – eran preceptos casuistas, expedidos para solucionar el caso planteado, sin pretensiones de universalidad”. (ANZOÁTEGUI, Victor Tau. *Casuismo y Sistema: Indagación Histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*, cit., p. 317).

tradicionalmente empregadas para governar tanto a metrópole quanto as suas possessões no Ultramar. Por isso constatar a ausência de um número expressivo de leis tratando do Brasil em tese poderia levar à conclusão de que não seria possível defender a existência de um Direito colonial brasileiro.

Havia, é claro, leis específicas para o Brasil. Contudo tais leis regulamentavam questões quase sempre relacionadas a aspectos da dominação colonial (burocrática, econômica, militar, tributária etc.) sobre o território brasileiro. E, decerto, essas leis não eram numerosas em comparação com a quantidade de leis gerais destinadas à totalidade do Reino português, e tampouco alcançavam o amplo âmbito de regulação que as leis da Coroa promoviam.

Não obstante a opção portuguesa por “estender” o ordenamento jurídico já existente na metrópole à colônia, o Direito construído pela prática – seja o costume do povo ou o estilo das cortes – é considerado pelo historiador argentino Victor Tau Anzoátegui como responsável pelo preenchimento dos espaços que o Direito comum deixava à regulamentação local, consuetudinária ou jurisprudencial na América espanhola, constituindo então uma nova concepção de *Derecho Indiano* em substituição à ideia anterior, em que este era constituído pelo complexo de leis da Coroa estabelecidas para regular a vida nas colônias espanholas.<sup>122</sup>

Analogamente, mas, desta vez, no campo do Direito Canônico, Thomas Duve apontou como a pluralidade, a disparidade e a historicidade das fontes do Direito contribuíam para criar um *modus operandi* muito particular da jurisdição eclesiástica nas colônias ibéricas na América, destacando-se a íntima relação entre as condições pragmáticas da administração da justiça, especialmente as concernentes às fontes do Direito locais, e a cultura jurídica que se erigia sobre essas bases institucionais.<sup>123</sup>

Aplicando essa mesma *ratio* à compreensão da realidade colonial brasileira, Antonio Manuel Hespanha propôs também ser possível identificar a existência de um Direito colonial brasileiro, individualizável em certa medida, apesar da vigência e eficácia do Direito português no Brasil, considerando a capacidade das comunidades locais de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na estrutura do *ius commune* vigente no Antigo

---

<sup>122</sup>ANZOÁTEGUI, Victor Tau. *Casuismo y Sistema: Indagación Historica sobre el Espiritu del Derecho Indiano*, cit., *passim*.

<sup>123</sup> DUVE, Thomas. “Algumas Observações sobre o Modus Operandi e a Prudência do Juiz no Direito Canônico Indiano”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, 2017.

Regime.<sup>124</sup> Como já se determinou, este permitia e facilitava, por meio de princípios doutrinários e de modelos de funcionamento normativo, que coexistissem a ordem jurídica central e particularismos normativos.

A invocação do poder das comunidades locais na geração de um Direito próprio (estilos de tribunais coloniais, costumes dos povos locais), em alguns aspectos divergente do Direito metropolitano (leis, estilos dos altos tribunais, costumes da metrópole), se fundava, à semelhança dos motivos que justificaram uma legislação especial para a América espanhola, na “lonjura dos espaços, com a capacidade de fuga que ela conferia e com o esbater das próprias situações jurídicas e consequente dificuldade da sua prova ou acertamento”.<sup>125</sup>

Era uma consequência, portanto, do distanciamento da metrópole, que impossibilitava a repressão às práticas locais que inevitavelmente surgiam e se repetiam em desconformidade com o padrão normativo metropolitano.

Portanto, apesar de no período colonial não ser possível defender a existência de uma cultura jurídica brasileira,<sup>126</sup> houve, claramente, um Direito próprio para o Brasil, em especial aquele referente à criação de soluções jurídicas locais, fossem elas decorrentes de costumes locais ou de decisões e entendimentos jurídicos decorrentes da interpretação do Direito vigente realizada pelos tribunais e juízes coloniais, constituindo assim estilos dos tribunais locais.

Fato é que a ordem jurídica contou com um componente prático construído consuetudinária e jurisprudencialmente pelo autopreenchimento dos espaços que o distanciamento em relação à metrópole tornou abertos.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 59-81, 2006.

<sup>125</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”, cit. p. 79.

<sup>126</sup> Os cursos jurídicos no Brasil foram inaugurados tardiamente (já no Império) com a criação de uma Faculdade em Olinda e outra em São Paulo, em 1827 (em oposição a este cenário, ao fim do período colonial já havia na América espanhola dezenas de universidades, muitas delas fundadas desde o século XVI, como nos Vice-Reinados do Peru e da Nova Espanha). Por isto, os estudiosos defendem a existência de uma cultura jurídica brasileira erudita apenas a partir da segunda metade do século XIX. Sobre o assunto, cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. “Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 339-371, 2006.

<sup>127</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 52.

#### 1.1.6. O IMPACTO DA LEI DA BOA RAZÃO

Nos itens anteriores foram apresentadas as características da prática jurídica em Portugal no Antigo Regime, as quais prevaleceram até a primeira metade do século XVIII. Referindo-se ao período, Guilherme Braga da Cruz qualificou-o como “vergado sob o peso da praxe”, esta aceita como um mal menor e como meio para obter certo grau de certeza necessária ao Direito.<sup>128</sup> Assim sucedeu até o momento de grandes mudanças que marcaram a administração pombalina, particularmente após o advento a Lei da Boa Razão, que reorganizou o sistema de fontes do Direito português com o intenção de eliminar o referido estado de insegurança jurídica.

A Lei da Boa Razão (Lei de 17 de agosto de 1769) promoveu a afirmação teórica do absolutismo régio em Portugal. A lei projetou o pensamento político da monarquia pura no domínio das fontes do Direito, alterando-o substancialmente, de modo a tornar a lei régia a fonte primordial do Direito português, e não uma fonte concorrente com outras, como sucedia anteriormente.

Entre várias medidas, reconheceu a força normativa dos assentos da Casa da Suplicação,<sup>129</sup> mas não dos demais tribunais, e estabeleceu as modalidades de assentos a serem produzidos pelo referido tribunal; restringiu a utilização dos estilos das cortes e dos costumes, bem como o uso do Direito romano, e da doutrina dos juristas que o comentavam e interpretavam.

A restrição ao uso dos estilos se deu por força do § 14 da referida Lei,<sup>130</sup> segundo o qual os estilos dos tribunais apenas deteriam valor normativo se previamente estabelecidos e

---

<sup>128</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”, cit., p. 383.

<sup>129</sup> SOUZA, Marcus Seixas. “Os Precedentes Judiciais e os Assentos da Casa da Suplicação em Portugal: Eficácia, Vinculatividade e Publicação”. *Revista de Processo*. São Paulo, Ano 42, Vol. 268, p. 533-568.

<sup>130</sup> Eis a transcrição do referido § 14, mantida a ortografia original: “14. Item. Porque a mesma Ordenação e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os estylos da Côrte, e os costumes destes Reinos, se tem tomado por outro nocivo pretexto para se fraudarem as minhas Leis; cobrindo-se as trangressões dellas, ou com as doutrinas especulativas e praticas dos diferentes Doutores, que escreverão sobre os costumes, e estylos; ou com certidões vagas extrahidas de alguns Auditorios: Declaro, que os estylos da Côrte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos na Casa da Supplicação: E que o ocostume deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras "Longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar", cujas palavras Mando; qie sejam sempre entendidas no sentido de correrem copulativamente a favor do costume; de que se tratar, os tres essenciaes requisitos: De ser conforme ás mesmas boas razões, que deixo

aprovados por assentos da Casa de Suplicação. Os estilos perderam, portanto, a condição de fonte do direito, da qual eram dotados até então (bastava a verificação dos seus pressupostos de existência, para sua alegação válida). Com a nova regra, só estilos declarados em assentos da Casa da Suplicação poderiam ser alegados, o que esvaziava a sua normatividade – é que, quando formalizados por tais assentos, era o próprio assento que vinculava como fonte, não o estilo nele declarado.

Decerto a medida teve como objetivo evitar que as Ordenações e leis esparsas fossem transgredidas, contornadas ou a elas fosse negada aplicação por força da existência de estilos locais nas diversas partes do Império português – algo que, anteriormente, era inerente ao peculiar modo de funcionamento do Antigo Regime (a prevalência de particularismos normativos sobre as normas gerais). Contudo, dali em diante esse parâmetro seria incompatível com a nova ordem jurídica inspirada em parâmetros iluministas, os quais defendiam um Direito uniforme e centralizado com o fortalecimento do Direito nacional.<sup>131</sup>

A Lei da Boa Razão também restringiu o uso do costume como fonte do direito, também por meio da regra inserta no § 14, ao estabelecer três requisitos para sua configuração: sua conformidade com a “boa razão”, não ser o costume *contra legem*, e ter mais de cem anos. E, na mesma passagem, refutou a antiga doutrina de presumir no costume o consentimento tácito do governante.<sup>132</sup>

Quanto à impossibilidade de o costume contrariar a lei (o que, anteriormente à Lei da Boa Razão, era possível, para parte da doutrina, como se referiu anteriormente), tal medida se

---

*determinado, que constituem o espirito das Minhas Leis: De não ser a ellas contrario em cousa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos. Todos os outros pretensos costumes, nos quaes não concorrem copulativamente todos estes tres requisitos, Reprovo, e Declaro por corruptelas, e abusos: Prohibindo, que se allguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas assima determinadas, não obstantes todas, e quaesquer Disposições, ou Opiniões de Doutores, que sejam em contrario: E reprovando como dollosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são, ou podem ser sempre informados de tudo o que passa nos foros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que prezume pelo lapso do tempo o consentimento, e approvação, que nunca se extendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a presumpção, de que os Sobreditos Principes castigarião antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos ocorrentes.”* Para consultar o texto integral do Lei da Boa Razão, cf. TELLES, José Homem Corrêa. *Commentario Crítico à Lei da Boa Razão...* Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

<sup>131</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português, Fontes do Direito*, cit., p. 467-473; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, cit., p. 139 e ss.

<sup>132</sup> Aliás, tal motivação consta expressamente no § 14 da Lei da Boa Razão, acima transcrito.

afigurou como compatível com a intenção do marquês de Pombal de tornar a lei a principal fonte do Direito, viabilizando assim um cenário de maior controle, por parte da metrópole, sobre o ordenamento jurídico português em todo o Império.

O aumento do prazo de prescrição do costume para cem anos teve como aparente motivação apenas tornar mais difícil a sua configuração, de modo a privilegiar a lei como fonte do Direito. Continuava o costume a depender de sua “prova” em juízo, a ser realizada nos mesmos parâmetros que a doutrina apontava no período anterior à Lei da Boa Razão, além, é claro, da sua conformidade com a “boa razão”.

Por fim, a “boa razão”, com qual os costumes e o Direito romano precisariam ser compatíveis, consistia em um conjunto de “princípios jusnaturalistas” (na falta de expressão mais adequada), algo subjetivas; nas palavras empregadas na própria Lei da Boa Razão, eram “primitivos princípios”, “verdades essenciais intrínsecas, inalteráveis”, “que os Direitos Divino e Natural formalizaram”, aludindo-se ainda ao “Direito das Gentes” utilizado no governo das “Nações Civilizadas”, e das “Leis Políticas Econômicas, Mercantis e Marítimas” das “Nações Cristãs”. Esse Direito Natural seria o novo parâmetro material a ser adotado, dali em diante, no teste de racionalidade do costume.

Em um outro texto,<sup>133</sup> demonstrou-se (com remissão a estudos<sup>134</sup> sobre o impacto das citações da doutrina dos praxistas e casuístas, dos costumes e de estilos em petições e decisões judiciais no Brasil após a Lei da Boa Razão) que, cedo ou tarde, a reforma legislativa nas fontes do Direito promovida por Pombal se mostraria em alguma medida eficaz na transformação da prática jurídica. Seria um erro, no entanto, afirmar que tudo mudou com a edição da referida Lei.<sup>135</sup> É muito provável que a prática não tenha sido facilmente modificada, especialmente em

---

<sup>133</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 82-87.

<sup>134</sup> WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. “Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa. O Direito Comum nos Períodos Pombalino e Pós-Pombalino”. *Revista da Faculdade de Letras*, II Série. Porto, Vol. XIV, p. 413-428, 1997; ANTUNES, Álvaro de Araújo. *Espelho de Cem Faces: O Universo Relacional de um Advogado Setecentista*. São Paulo: Annablume/PPGD-UFGD, 2004, p. 206-209; TEIXEIRA, Maria Lúcia Resende Chaves Teixeira. “Justiça Lusitana na Capitania das Minas Gerais, Brasil Colônia”. In: XXX Encontro da APHES, Programa Detalhado do XXX Encontro da Associação Portuguesa de História Econômica e Social. Lisboa, 2010

<sup>135</sup> Sabe-se, por exemplo, que o Alvará de 30 de outubro de 1793 (de data, portanto, posterior à Lei da Boa Razão) suscitou e confirmou o costume introduzido no Brasil em oposição à regra das Ord. Fil., Liv. III, Tit. LIX, para que valessem como escrituras públicas os escritos e assinados particulares, e se provassem por testemunhas quaisquer contratos sem distinção de pessoas e de quantias, à exceção dos celebrados nas cidades, vilas e arraiais, onde houvesse tabeliães, ou em distância tal que se pudesse ir comodamente a eles, e voltar no mesmo, se a quantia

um momento de vagarosa penetração estatal; mas certamente era este o momento inicial de uma série de importantes alterações que atingiriam o Direito brasileiro no século seguinte.

## 1.2. O COSTUME NO DIREITO DO IMPÉRIO

A ruptura política com o Reino de Portugal não implicou cessação da vigência do Direito português no País. O desenvolvimento particular da experiência jurídica nacional<sup>136</sup> foi marcado, todavia, por rupturas e continuidades.

Teria sido impossível transplantar a experiência jurídica portuguesa como uma *tabula rasa*, a ser interpretada como um objeto cultural para o qual não haveria pré-compreensões e nem experiência, prática, técnica. Por conta disto, para além do aparato legal português, formalmente transplantado pela Lei de 20 de outubro de 1823, o Brasil conservou instituições burocráticas e judiciais, cultura jurídica (doutrina e praxe dos tribunais), e, sobretudo, as metodologias de ensino e aplicação do Direito, então recentemente modificadas pelo advento da Lei da Boa Razão e dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra.

As Ordenações Filipinas continuaram em vigor durante o Império, sem que houvesse extensas modificações, com exceção da derrogação das partes que foram totalmente reguladas pelos códigos e pela legislação extravagante. O governo imperial empenhou-se em adaptar o Direito das Ordenações aos tempos de então, provocando assim uma segunda virada de

---

excedesse dois mil cruzados em bens de raiz, ou três mil cruzados em móveis. Este exemplo é citado por vários autores para demonstrar que o costume continuou a ser utilizado, mesmo contrariamente ao texto da Lei da Boa Razão, e muitas vezes legitimado por medidas adotadas pela própria Coroa. Cf., por exemplo, ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D'el Rey D. Philippe I (...)*, T. 3, 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 736; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 47.

<sup>136</sup> Não há espaço na presente tese de doutorado para tratar de temas extremamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Império e que são extensamente estudados pela doutrina, a exemplo das iniciativas de codificação, do ensino jurídico na Universidade de Coimbra após a Lei da Boa Razão, da criação dos cursos jurídicos em Pernambuco e em São Paulo e da criação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Sobre o primeiro tema, cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. “A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.º. 44, 2006.; a respeito do ensino do Direito em Coimbra após a Lei da Boa Razão, cf. CAETANO, Marcelo. “A Formação dos Juristas Brasileiros à Data da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, Vol. 320, p. 5-17, 1978; sobre a criação dos cursos jurídicos no Brasil, cf. FILHO, Alberto Venancio. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 2005. Sobre a criação do Instituto dos Advogados Brasileiros, cf. ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Ecos da Casa de Montezuma. O Instituto dos Advogados Brasileiros e o Pensamento Jurídico Nacional*. Florianópolis: Conceito, 2006.

“atualização” legislativa (em seguida àquela representada pela Lei da Boa Razão, décadas antes) que promoveu uma verdadeira descontinuidade de aspectos medievais e desatualizados do sistema jurídico vigente.<sup>137</sup>

Por exemplo, com o propósito de conferir à propriedade no Brasil um caráter liberal e moderno foram editadas leis como da Reforma Hipotecária de 1864 e a famosa Lei de Terras de 1850 (que transformara a propriedade rural em verdadeira mercadoria de livre circulação no mercado – ou, ao menos, intendera fazê-lo – buscando ainda promover radicalmente uma até então inédita separação conceitual entre terras públicas e privadas).

A ideia segundo a qual o poder emanava do povo e a legitimidade política decorria da vontade popular institucionalizada por procedimentos democráticos de representação foi uma clara influência francesa – aliás, uma entre muitas ideias francesas na teoria política em voga no Brasil do século XIX.<sup>138</sup>

A hegemonia política *quasi*-absoluta dos parlamentos e a consequente concentração nestes de toda a capacidade de instituir o Direito constituíram uma nova forma de legitimidade, a democrática; perante esta deviam curvar-se todas as antigas formas de reconhecimento, desde a legitimidade do Direito divino à provinda da tradição ou da autoridade social de um grupo (como, por exemplo, o grupo dos juristas ou dos juízes).<sup>139</sup> Por este motivo, a doutrina brasileira do século XIX compõe-se em grande parte de comentários às leis e aos grandes códigos.

O novo atributo de legitimidade também modificou a estrutura das leis, que deixaram de apresentar em seu corpo justificativas e exposições de motivos, em favor de um modelo em que predominavam comandos diretos. A desnecessidade de justificação estava fundada tanto na racionalização da lei quanto na sua legitimidade intrínseca decorrente da democracia, que dispensaria a sua motivação.

No plano das fontes de Direito, este princípio elevou a lei parlamentar – expressão da “vontade geral” – à dignidade de fonte primeira do Direito. Perante a lei, o costume (antes legitimado pela tradição) devia ceder, muito embora o Direito consuetudinário fosse,

---

<sup>137</sup> FONSECA, Ricardo. “A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX”, cit., p. 67.

<sup>138</sup> Sobre o assunto, cf. ALECRIM, Otacílio. *Ideias e Instituições do Império: Influências Francesas*. Brasília: Senado Federal, 2011, *passim*.

<sup>139</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*, cit, p. 373.

tradicionalmente, reconhecido como o fruto do “consentimento tácito do povo”, algo como o resultado de um “plebiscito de todos os dias”.<sup>140</sup> Desta forma, sob a influência desta formatação institucional do Estado pós-revolucionário que se disseminou na Europa e na América Latina, o costume não pode ser compreendido (ao menos formalmente) como fonte do Direito.<sup>141</sup>

O tema do costume como fonte do Direito também foi enfrentado pelos juristas do Império. Entretanto, em razão das substanciais transformações havidas na política e na configuração administrativa do Estado brasileiro, relativamente ao modelo anterior, a teoria político-jurídica do costume também sofreu diversas modificações, relativamente à teorização predominante no período do Direito Medieval e Antigo Regime.

Também os precedentes e a jurisprudência cederam lugar à lei, novamente em razão de diversos fatores de natureza política e jurídica, a exemplo da consolidação pela Constituição Imperial de 1824 da teoria política da separação dos poderes, que retira da atividade jurisdicional o poder de criar regras *ex novo*; a instituição de um Poder Judiciário com a missão de unicamente aplicar o Direito legislado aos casos concretos; a redução do escopo do Poder Judiciário à resolução de conflitos comutativos – o que afastou a jurisdição dos grandes temas/disputas políticas; e a concepção dos precedentes judiciais como interpretativos do sentido das leis,<sup>142</sup> sem esquecer da influência das teorias jurídicas da Escola da Exegese, de origem francesa, e da *Gesetzpositivismus* alemão.<sup>143</sup>

O Poder Judiciário passou a ter de proferir acórdãos com objetividade e síntese, nos quais deveriam aplicar o Direito legislado ao caso concreto, aderindo a um estilo que se aproxima à forma *phrase unique* do Direito francês<sup>144</sup>. As sintéticas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, que julgava recursos de revistas contra as decisões das Relações, não

---

<sup>140</sup> Arguta é a observação de Hespanha ao afirmar que, no Direito anterior, pressupunha-se a Nação concebida historicamente (composta por mortos e vivos) sendo o Direito fruto do passado e do presente. Na nova ordem jurídica pós-revolucionária não havia lugar para o passado: a Nação tendia a ser identificada com o povo então existente, capaz de votar e eleger representantes políticos (HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*, cit, p. 373 e ss.).

<sup>141</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”. cit., p. 491.

<sup>142</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 89-97.

<sup>143</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”, cit., p. 516.

<sup>144</sup> Sobre o estilo *phrase unique*, cf. BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 17-22.

destoavam desta tendência de rejeição à doutrina, resultado das mudanças que haviam se iniciado com a Lei da Boa Razão, décadas antes.<sup>145</sup> Outro traço marcante de ruptura é a ausência de produção literária dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça – algo que era extremamente comum na Casa de Suplicação portuguesa, na forma de obras de comentários, obras sobre os estilos dos tribunais superiores, ou obras de *decisiones* ou *consultationes*.

Por outro lado, data do século XIX a consolidação da utilização pela doutrina brasileira da expressão “jurisprudência” para designar os “costumes judiciais” em determinado sentido – em outras palavras, a repetição constante de precedentes judiciais com uma mesma *ratio decidendi*. A expressão *jurisprudence* era, então, vocábulo muito utilizado por juristas franceses, aos quais, como visto, os brasileiros constantemente se referiam em suas obras, e equivale àquilo que durante muitos séculos se referiu como costume dos tribunais, ou, na linguagem mais própria das fontes portuguesas, estilos das cortes.<sup>146</sup>

A doutrina também perdeu o *status* de fonte do Direito. Ante a derrocada da autoridade técnica dos juristas, não havia mais legitimidade nas abstrações teóricas e nas observações sobre a “natureza das coisas” que, dotadas de grande autoridade, eram ferramentas de atualização e criação do Direito. A partir de então, a única função legítima da doutrina seria, supostamente, a de descrever a lei, interpretá-la em busca da “vontade do legislador” e, no máximo, integrar suas lacunas mediante soluções analógicas.

O Direito legislado de então se revestiu de uma notória ambivalência no tocante ao seu aspecto temporal. Por um lado, a lei se qualificava como um Direito contingente: decorrente da política, estava sujeita às transformações decorrentes das deliberações dos parlamentos. Por outro lado, os códigos, grandes monumentos jurídicos produzidos no século XIX, aspiravam à permanência e à encarnação da estabilidade da razão jurídica, à materialização dos consensos profundos, reclamando para si um adjetivo perene, colocando-se num plano superior ao da

---

<sup>145</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “Introdução”. In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

<sup>146</sup> Embora a expressão jurisprudência esteja associada a uma linha constante de precedentes com uma mesma *ratio decidendi*, deputados e senadores, juristas, juízes e advogados se referiam ao vocábulo como se designasse a totalidade dos precedentes judiciais dos tribunais. Muitos comentários e reclamações a empregam em sentido não técnico e acusam a “inconstância da jurisprudência”, e a necessidade de “pacificar” ou “consolidar” a “jurisprudência vária e incerta”. Estas construções parecem desconsiderar que não é possível haver jurisprudência sem que haja uniformidade de interpretação materializada em diversos precedentes em um mesmo sentido, e que não faz sentido em tese se falar em “divergência jurisprudencial”, ao menos em um mesmo tribunal (SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 96).

legislação ordinária, continuamente reapreciável pelos representantes do povo. De alguma forma, os códigos combinavam, assim, a legitimidade democrática da lei com a legitimidade “científica” (poder-se-ia dizer dogmática) da doutrina – por isso é que, embora regularmente aprovados pelos parlamentos, os códigos foram quase sempre elaborados por comissões de juristas.<sup>147</sup>

Por outro lado, diante do insucesso na produção de códigos, consolidações foram elaboradas por juristas para suprir a falta de um monumento legislativo que normatizasse exaustivamente certas disciplinas jurídicas. Ocasionalmente, essas consolidações legislativas incorporavam outras fontes ao seu texto, na tentativa de suprir lacunas não atacadas por leis esparsas que pudessem ser reunidas.<sup>148</sup> Na Consolidação das Leis de Processo Civil, de autoria de Joaquim Ribas, por exemplo, há ocasionais referências a regras provenientes de costumes do foro,<sup>149</sup> o que também se verificou na Consolidação das Leis Cíveis, de autoria de Teixeira de Freitas.<sup>150</sup>

Este novo arranjo de fontes do Direito passou a ser observado nas obras teóricas e dogmáticas dos juristas do Império.

Na mais importante obra brasileira sobre Direito Constitucional do século XIX, o marquês de São Vicente não tratou do tema das “fontes do Direito” em tópico específico. Debruçou-se, contudo, sobre o papel da lei como fonte do poder normativo estatal.<sup>151</sup> Em outras

---

<sup>147</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*, cit, p. 373

<sup>148</sup> Os próprios códigos muitas vezes instituíam regras que, originalmente, surgiram como costumes (GILISSEN, John. *Consuetudine*, cit., p. 516).

<sup>149</sup> Por exemplo, o art. 379 da referida Consolidação dispõe que a prova da quitação ou do distrato de contrato celebrado por escritura pública deverá sempre ocorrer por documento celebrado com igual formalidade; contudo, em nota de comentário a este artigo, Ribas fez referência a costume antigo, atestado pelos praxistas, segundo o qual se pode demonstrar a quitação do contrato por meio de declaração privada nas costas da escritura pública (RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação do Processo Civil Commentada... V. I.* Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879, Comentário CCLXI, p. 285).

<sup>150</sup> Por exemplo, quando a causa de menor corria à revelia, o Juiz devia nomear curador para, sob juramento, defender o menor, sob pena de nulidade do processo, *ex vi* art. 28 da referida Consolidação; contudo, em nota de rodapé a tal artigo, Teixeira de Freitas fez referência a costume segundo o qual, mesmo nos casos em que não há revelia do menor, e se exigia somente juramento ao procurador do menor, ainda assim sempre se nomeava curador, por força de costume do foro – situação análoga se passava com os escravos, que apenas podiam figurar em juízo com curadores, na forma da Provisões de 20 de setembro e de 15 de dezembro de 1823. (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, 3a ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910, p. 24)

<sup>151</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 47-50 e 67-69.

passagens, referiu-se ao costume como fonte meramente subsidiária, e auxiliar à interpretação das leis (conjuntamente aos princípios gerais do Direito e à jurisprudência);<sup>152</sup> correlatamente, também respondeu negativamente sobre a possibilidade de as decisões do Supremo Tribunal de Justiça poderem servir de precedente obrigatório para o futuro.<sup>153</sup>

As obras de Direito civil adotadas nas Faculdades de Direito do Império não se furtaram de tratar do tema dos costumes.

O professor da Faculdade de Direito de São Paulo, advogado e político Joaquim Ribas qualificou a lei (em sentido material) como “fonte essencial” do Direito brasileiro. Por outro lado, tratou dos costumes como fontes dotadas de “força de lei” quando observados os requisitos estipulados pela Lei da Boa Razão. Reconhecendo como elementos essenciais do costume a constante repetição de atos uniformes (elemento objetivo) e o consentimento do povo (elemento subjetivo), afirmou o autor que, no Direito brasileiro, o costume longamente usado vinculava como fonte do Direito; e ao costume devia ser dada preferência sobre o Direito Romano, o Direito Canônico e as opiniões do Direito comum.

Ribas afirmou, ainda, que não era todo e qualquer costume que podia produzir efeitos jurídicos, já que em Ord. Fil., Liv. III, Tit. LXIV há referência a costume “tal que por direito se deva guardar”, isto é, que atendesse às condições exigidas pelo Direito Romano (*rectius*: pelo *ius commune*, as quais se referiu acima, no item 1.1.2 deste Capítulo). Curiosamente, apesar de conceber a lei como fonte primordial do ordenamento jurídico, admitia a possibilidade de revogação da lei pelo costume (tanto em razão de *desuetudo* quanto de *consuetudo abrogatoria*).<sup>154</sup>

Divergindo da posição adotada por Ribas, Lourenço Trigo de Oliveira, da Faculdade de Direito do Recife, fez publicar em suas Instituições de Direito Civil Brasileiro,<sup>155</sup> escritas para servir de compêndio a seus alunos, que além da “*desordenada, sem systema, e sem nexa, e*

---

<sup>152</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*, cit., p. 77-80.

<sup>153</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*, cit., p. 378-379. Para uma abordagem analítica das razões empregadas pelo autor, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 89-97.

<sup>154</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, p. 130-162.

<sup>155</sup> LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871.

*omissa, ou defeituosa em uma infinidade de assumptos da sciencia legislativa*” legislação civil, havia fontes “subsidiárias” (isto é, que não tinham “força de lei”, nas palavras do autor),<sup>156</sup> entre as quais os costumes. Quanto a estes, estabeleceu que eram válidos quando conformes aos requisitos estabelecidos pela Lei da Boa Razão, podendo, inclusive, prevalecer contra a lei escrita, quando mais razoável, e de maior utilidade pública (contrariando, neste particular, a Lei da Boa Razão).<sup>157</sup>

Arguta foi a observação de Moreira Alves ao afirmar que, apesar da boa formação romanista de Loureiro, o autor deixou de fazer menção aos parâmetros estabelecidos pelo Direito Romano e pela doutrina dos juristas das escolas europeias medievais para a aplicação do costume como fonte do Direito.<sup>158</sup> Este fato só pode ser interpretado como uma opção deliberada de abandonar o Direito anterior em favor da Lei da Boa Razão.

Francisco de Paula Baptista, professor da Faculdade de Direito pernambucana, um dos primeiros juristas brasileiros dedicados ao estudo do Direito processual e da hermenêutica jurídica, publicou em 1872 o seu *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, essencialmente uma compilação de duas obras sobre processo civil e hermenêutica jurídica escritas a partir de 1855.<sup>159</sup>

Sendo um estudioso da hermenêutica, Batista relacionou o estudo dos precedentes judiciais e dos costumes à sua concepção de “uso interpretativo” ou interpretação usual, consistente em uma interpretação judicial qualificada, composta “(...) *por uma série de arestos, ou de actos de magistratura sempre constantes e invariaveis por longo espaço de tempo*”. A interpretação usual busca “*o sentido que tem sido dado à lei por algum uso regularmente constituído, formando jurisprudência*”<sup>160</sup> – isso porque “*quando uma lei tem sido entendida e*

---

<sup>156</sup> A expressão “força de lei” foi utilizada, aparentemente, como sinônimo de vinculatividade ou normatividade.

<sup>157</sup> LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 31.

<sup>158</sup> ALVES, José Carlos Moreira. “O Direito Consuetudinário”. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, Vol. 2, 1996, p. 24.

<sup>159</sup> É notável, mais uma vez, a percepção da interpretação e do uso das fontes do Direito como tema da *ordo judiciorum*, porque estas questões se colocavam para os juízes que decidiam os casos concretos.

<sup>160</sup> Em suas palavras, “*a inconstância e versatilidade nas decisões, filha da dissidência de opiniões, repelle toda a ideia de uso e jurisprudencia*” (BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, 6ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1901, p. 442-443).

*executada por uma só e mesma forma, ou modo, por tanto tempo, quanto é necessário para constituir uso, ou costume geral, ha toda a razão para se crer, que a intelligencia, que se lhe tem dado, é a verdadeira*".<sup>161</sup>

O autor reconhecia a existência de dois modelos de interpretação: doutrinal e autêntica. A interpretação autêntica era apenas a praticada pelo autor da lei, o legislador; a interpretação doutrinal era qualquer outra, fosse a dos tribunais e administradores (autoridade para o caso concreto) ou a dos juristas, meramente opinativa. A interpretação autêntica era geral e podia até mesmo modificar as leis (já que normalmente assumia a mesma forma que o ato a ser interpretado), enquanto a doutrinal apenas valia para os casos concretos que pretendia resolver<sup>162</sup> (muitas vezes se denominava "doutrina" a tese jurídica de um precedente individualmente considerado).

Propôs o autor, todavia, ter o intérprete o dever de proceder à interpretação usual, que busca reconhecer "*uma série de arestos ou actos judiciais, constitutivos de um uso, que tenha consagrado certo sentido dado à lei*".<sup>163</sup> À semelhança da interpretação autêntica, a interpretação usual também seria vinculante (por ter o costume força de lei) embora se distinguisse da interpretação autêntica por não ser de competência do legislador.<sup>164</sup>

O autor estabeleceu três condições para que este uso interpretativo tivesse força de lei: os atos que o constituíam deviam ser conformes à boa razão; não podiam contrariar qualquer lei vigente; e deviam reproduzir o mesmo caráter de uniformidade no espaço de cem anos

---

<sup>161</sup> BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, cit., p. 30.

<sup>162</sup> De um modo geral, esta é a concepção dominante no Brasil sobre os modelos de interpretação jurídica no século XIX quanto ao sujeito intérprete. Para uma visão do tema em outras obras de uso corrente no Brasil, cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário Jurídico: com Apêndices. T. I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883*, p. 182-185; ROCHA, Manoel Antonio Coelho da. *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1857, p. 23 e ss; BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*, cit., p. 70-79.

<sup>163</sup> A interpretação usual "*estuda separadamente cada um dos arestos precedentes, a especie, sobre que recahirão, se foi sempre a mesma, ou se diferentes; examina as diversas epochas, em que forão proferidos, o estado da legislação e da jurisprudência ao tempo, em que cada um foi estatuído, e o sentido em que todos parecem haver concorrido para entenderem, e applicarem a lei*" (BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, cit., p. 446-447).

<sup>164</sup> BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, cit., p. 448.

(repete, portanto, as exigências impostas pela Lei da Boa Razão para a observância do costume).<sup>165</sup> Descumpridos quaisquer destes requisitos, afirma, poderia o intérprete buscar livremente a interpretação doutrinal na letra ou no espírito da lei.<sup>166</sup>

Por sua vez, Cândido Mendes, na sua famosa obra que reproduziu as Ordenações Filipinas com notas de rodapé explicativas, opinou que, embora as Ordenações Filipinas não indicassem os precedentes como fonte subsidiária, “*os Arestos ou casos julgados tem força sendo accordãos de Relações, quando coerentes com os princípios de Jurisprudencia; e quando taes decisões são em grande numero, e conformes constituem estylo, na forma da L. de 1769, §13*”.<sup>167</sup> Quanto ao costume, confirmou a sua aplicabilidade como fonte do Direito, fazendo referência aos exatos requisitos estabelecidos pela Lei da Boa Razão para a sua configuração: “*faltando algum desses requisitos reputa-se abuso ou corruptela*”.

Como se depreende da análise acima, os juristas brasileiros do Império abandonaram, pelo menos parcialmente, os parâmetros estabelecidos no Direito Romano e pelo *ius commune* para o uso do costume; vacilaram quanto à sua classificação como uma fonte primária do Direito, mas reconheceram-lhe caráter normativo sobretudo em conformidade com os parâmetros da Lei da Boa Razão.

Do ponto de vista prático, há razões para se crer que o costume tenha desempenhado uma função relevante no tráfego jurídico,<sup>168</sup> em razão de algumas obras jurídicas publicadas no decorrer do século XIX mencionarem costumes locais (bem como precedentes dos tribunais)

---

<sup>165</sup> Sobre os costumes como fontes no Direito português e na visão dos juristas do Império, cf. ALVES, José Carlos Moreira. “O Direito Consuetudinário”. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, Vol. 2, p. 15-37, 1996.

<sup>166</sup> BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, cit., p. 444-445.

<sup>167</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’el Rey D. Philippe I (...)*, cit., T. 3, p. 663, nota 1.

<sup>168</sup> Para a análise de um caso prático em que a discussão sobre o reconhecimento da normatividade de um costume foi extremamente relevante para o deslinde do caso, cf. NUNES, Francisvaldo Alves. “O Judiciário no Brasil Oitocentista entre a Lei e o Costume (Caso da Revolta de Colonos do Pará, 1879)”. *Histórica - Revista do Arquivo Público do Estado de São Paulo*. São Paulo, Vol. 41, p. 1-19, 2010. Para uma análise dos fundamentos de decisões proferidas num recorte geográfico específico (Rio de Janeiro) durante determinado período do Império, cf. SIQUEIRA, Gustavo S. “O Direito Civil antes do Código de 1916: a Ausência das Ordenações Filipinas e as Expectativas na Imprensa e na Doutrina Nacional”. *Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, A. 178, N. 473, p. 545-562, 2017 e SIQUEIRA, Gustavo. “Poucas Ordenações, Muitas Expectativas: um Estudo Preliminar sobre Processos, População e Imprensa às Vésperas do Código Civil de 1916”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, Vol. 11, A. 4, p. 159-169, 2017.

na exposição das questões jurídicas discutidas em obras de diversos gêneros literários – seja na forma de Códigos comentados,<sup>169</sup> manuais práticos para o uso de profissionais do Direito<sup>170</sup> ou livros de prática processual, que adaptavam ao foro brasileiro textos produzidos no exterior (especialmente em Portugal),<sup>171</sup> bem como exposições sobre a ordem do processo civil ou criminal.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> São exemplos de obras deste gênero: PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil, Commentado e Annotado com os Principios de Direito; Legislação de Diversos Povos, Leis do Paiz, Decretos, Jurisprudencia dos Tribunaes do Paiz, Avisos do Governo Interpretando, Alterando ou Revogando Diversas das suas Disposições até o Ano de 1884*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885; TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil Annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886; COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Código Commercial do Brazil, Annotado com Toda a Legislação do País que lhe é Referente; com os Arestos e Decisões mais Notáveis dos Tribunaes e Juizes; Concordado com a Legislação dos Paizes Estrangeiros, Mais Adiantados; com um Vasto, e Copioso Appendice, Também Annotado, Contendo não só Todos os Regulamentos Commercialis, como os mais Recentes Actos do Governo, quer sobre Bancos e Sociedades Anonymas, quer sobre Impostos, Dispensando Consultar-se a Collecção das Leis do Imperio*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1896.

<sup>170</sup> A exemplo de: MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional nos Juízos de Primeira Instância*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1873; ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Juridico (...)*, 2v. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

<sup>171</sup> A exemplo de: RAMOS, Joaquim José Pereira da Silva. *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal com Adições da Nova Legislação do Código Commercial Portuguez e do Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832 e Outros que Derão Nova Face à Administração da Justiça, por José Homem Corrêa Telles, Consideravelmente Augmentada e Expressamente Accommodada ao Fôro do Brasil por Jose Maria Frederico de Souza Pinto*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865. Sobre a influência do Direito português no Brasil durante o século XIX, cf. FILHO, Alberto Venancio. “Aspectos das Relações entre o Direito Português e o Direito Brasileiro”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Vol. 168, Nº. 396, p. 943-952, 1997.

<sup>172</sup> São exemplos de obras deste gênero: CAROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva. *Vademecum Forense, Contendo uma Abreviada Exposição da Theoria do Processo Civil; os Formulários de Todas as Acções Cíveis, Ordinárias, Summárias, Executivas e Comminatórias; os Formulários de Todos seus Incidentes, os dos Aggravos e das Apelações, e os das Execucções e de seus Incidentes; Finalmente, Muitos Arestos e Decisões de Juizes e Tribunaes do Paiz, Tudo em Conformidade da Legislação Vigente*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1881; SALES, José Roberto da Cunha. *Foro Penal, Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro, Do Poder Judicial, Contendo Toda a Organização Judiciaria Criminal, Jurisdicção e Auctoridade, Atribuições, Direitos, Deveres, Prerogativas e Incompatibilidades de Seus Membros, a Saber: Supremo Tribunal de Justiça, Senado, Relações, Juizes Municipaes e Seus Supplentes, Jurados e Chefes de Policia. Toda a Legislação Concernente até Hoje, Arestos dos Tribunaes, Decisões do Governo, Opiniões de Distinctos Jurisconsultos, bem como Doutrina, Commentarios e Refutações do Autor*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882; SALES, José Roberto da Cunha. *Tratado de Jurisprudencia e Pratica do Processo Civil Brasileiro, Fôro Civil, Contendo a Doutrina do Foro, Divisões e Especies Deste, Theoria das Acções e do Juízo; Entidades Essenciais e Accidentaes do Fôro, suas Atribuições, Deveres, Direitos, Proibições e Prerogativas, Todas as Questões de Direito Civil e Orphanologico, que se Prendem a Cada uma das Atribuições dessas Entidades; Toda a Legislação Concernente em Vigor até Hoje; Arestos dos Tribunaes, Decisões do Governo, Opiniões dos Mais Abalisados Jurisconsultos Nacionaes e Estrangeiros, e Largos e Bem Desenvolvidos Commentarios, Doutrina e Refutações do Autor*. Rio de

Tudo o que se referiu acima se aplica aos costumes em todas as áreas do Direito. Contudo, convém tratar, em particular, do costume comercial – o qual, por força de disposições especiais constantes do Decreto nº. 738, de 25 de novembro de 1850, que regulamentou os tribunais de Comércio, estava sujeito a diferentes requisitos de configuração.

É possível imaginar que o costume comercial obteve tratamento específico e distinto<sup>173</sup> dos requisitos estabelecidos pela Lei da Boa Razão (que a doutrina, como visto acima, quase unanimemente estipulou como sendo os critérios para configuração dos costumes gerais no Direito do Império) em razão de, tradicionalmente, o Direito comercial ter contado com o costume como uma fonte essencial para o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, desde o (mítico?)<sup>174</sup> surgimento da *lex mercatoria* até o momento de codificação do Direito comercial brasileiro (e dali em diante, igualmente).

O referido Decreto concedeu autorização aos Tribunais do Comércio para tomar assentos interpretativos de leis comerciais, com força vinculante;<sup>175</sup> e também autorizou os Tribunais de Comércio a instituir assentos declaratórios de usos e costumes comerciais, os quais tinham como finalidade declarar que determinadas práticas comerciais eram corriqueiramente adotadas em determinada Praça, na forma dos arts. 11, 22, e 24 a 27 do referido Decreto.

O costume comercial tinha requisitos especiais para que pudesse se configurar: em vez de empregar os critérios previstos na Lei da Boa Razão, o referido Decreto, na forma do art. 25, estabeleceu que os costumes deviam ser conformes aos princípios da boa-fé e máximas comerciais, e geralmente praticados entre os comerciantes do lugar onde se acharem estabelecidos; não podiam ser contrários a nenhuma disposição legal do Código Comercial ou

---

Janeiro: B. L. Garnier, 1882; SALES, José Roberto da Cunha. *Tratado da Praxe Conciliatoria ou Theoria e Pratica das Conciliações e da Pequena Demanda*. Rio de Janeiro: Nicolao d'Oliveira & C, 1879.

<sup>173</sup> Sobre o assunto, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. A Formação do Direito Comercial Brasileiro: A Criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos Direito GV*. São Paulo, Vol. 4, N. 6, 2007, particularmente p. 10 e ss.

<sup>174</sup> Recentes pesquisas histórico-jurídicas levantaram a hipótese da inexistência da *lex mercatoria*. Cf. DONAHUE JR., Charles. “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica”. *Chicago Journal of International Law*. Chicago, Vol. 5, N. 1, p. 21-37, 2004; e KADENS, Emily. “The Myth of the Customary Law Merchant”. *Texas Law Review*. Austin, Vol. 90, p. 1153-1206, 2012.

<sup>175</sup> Sobre os referidos assentos, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 113 e ss.; DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e Amicus Curiae no Direito Imperial Brasileiro: o Interessante Decreto nº. 6142/1876. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 38, N. 220, p. 407 e ss., 2013.

lei posterior; e, na forma do art. 26, precisam vencer uma prescrição de 50 anos, no caso de serem alegados depois do primeiro assento que dele houver feito o Tribunal do Comércio.

### 1.3. O COSTUME NOS PRIMÓRDIOS DO DIREITO REPUBLICANO

Após a proclamação da República, não obstante a consciente ruptura institucional<sup>176</sup> com a ordem pública anterior, o Brasil conservou o seu sistema jurídico baseado na tradição jurídica romano-germânica introduzida na colonização.<sup>177</sup>

Foi substancial, contudo, a influência do Direito dos Estados Unidos da América no Direito público brasileiro a partir da instituição do regime republicano. São testemunhos desta influência (que se materializou na instituição do federalismo, do controle de constitucionalidade difuso das leis, da concepção de direitos individuais, da previsão de *impeachment* etc., bem como, igualmente, na interpretação desses institutos à luz dos correlatos institutos do Direito

---

<sup>176</sup> Prova desta ruptura com o passado é o teor do preâmbulo da Constituição Republicana de 1891 instituída pelo Decreto nº. 510 de 22 de junho de 1890, que considera a “revolução” de 15 de novembro a então “origem atual” de todo o Direito público brasileiro.

<sup>177</sup> A manutenção da tradição jurídica romano-germânica foi um fenômeno ocorrido em quase todos os sistemas jurídicos da América Latina; ela não decorreu apenas da manutenção de parte da legislação colonial vigente após as declarações de independência, mas de instituições burocráticas e judiciais, cultura jurídica (doutrina e práticas jurisprudenciais dos tribunais), a metodologia de ensino e aplicação do Direito, e sobretudo, a cultura da codificação nos séculos XIX e XX. Por outro lado, a influência do Direito dos Estados Unidos da América se materializou nas Constituições das jovens repúblicas latinoamericanas, que passaram a positivizar institutos como *due process of law*, *impeachment* e *habeas corpus*, ideias políticas de um sistema jurídico cujas raízes eram substancialmente distintas daquelas herdadas do Direito instituído pelos seus colonizadores (MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law: Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press, 2009, p. 190).

estadunidense)<sup>178</sup> as lições de João Barbalho,<sup>179</sup> Carlos Maximiliano<sup>180</sup> e Rui Barbosa<sup>181</sup> em seus comentários à Constituição republicana de 1891.

Tamanha foi “aproximação intelectual” com a filosofia política dos Estados Unidos da América,<sup>182</sup> que, controversa e curiosamente, o Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil fez inserir no Decreto n.º. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, o art. 386, que determinou, em sua segunda parte, que “*os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal*”.

A despeito de tão polêmica disposição legal, a doutrina da época de um modo geral rejeitou<sup>183-184</sup> a formalização do Direito dos Estados Unidos da América como Direito subsidiário no Brasil. Tal disposição foi interpretada como uma proposta de ruptura institucional com a tradição jurídica brasileira, uma tentativa de realizar um novo transplante jurídico, tal como aquele que tornou vigente o Direito português após a Independência. Outro

---

<sup>178</sup> Em artigo dedicado ao tema, Jacob Dolinger demonstrou como o Supremo Tribunal Federal foi consideravelmente influenciado pelas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no campo do Direito público, citando diversos precedentes do tribunal brasileiro em que os Ministros fizeram expressa referência ao Direito constitucional estadunidense, à Constituição dos Estados Unidos da América e sua Suprema Corte como modelos para as respectivas instituições no Brasil (DOLINGER, Jacob. “The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System”. *The American Journal of Comparative Law*. Ann Harbor, Vol. 38, N.º. 4, p. 803-837, 1990).

<sup>179</sup> CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: Commentarios*, 2ª ed. Rio de Janeiro: F Briguiet, 1924.

<sup>180</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

<sup>181</sup> BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Livraria Academica, 1932.

<sup>182</sup> DOLINGER, Jacob. “The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System”, cit., p. 808.

<sup>183</sup> COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Codigo Commercial do Brazil, Annotado com Toda a Legislação do País que lhe é Referente; com os Arestos e Decisões Mais Notáveis dos Tribunais e Juizes; Concordado com a Legislação dos Paizes Estrangeiros Mais Adiantados; com um Vasto e Copioso Appendice, Também Annotado, Contendo não só todos os Regulamentos Commerciaes, como os Mais Recentes Actos de Governo, quer Sobre Bancos e Sociedades Anonyms, quer sobre Impostos; Dispensando Consultar-se a Collecção das Leis do Imperio*, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores-Proprietarios, 1896, p. 1335; JUNIOR, João Mendes de Almeida. “As Formas da Praxe Forense”, cit., p. 29-30.

<sup>184</sup> Em sentido contrário, cf. CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.p. 4.

argumento muito citado era o fato de que a Constituição Federal de 1891, que alterou extensamente matérias disciplinadas pelo referido Decreto, nada se pronunciou a respeito do assunto.

A prática jurídica continuou, no entanto, extensamente influenciada pelo Direito de raízes luso-brasileiras – não apenas em matéria de Direito privado e processual, mas no que se refere às influências teóricas do ensino e da aplicação do Direito.

Quanto aos costumes e aos precedentes judiciais, seu papel nos primeiros anos da República conservou algumas das características do que sucedia no período anterior.<sup>185</sup> As obras dogmáticas desta quadra da história quase nunca citavam costumes na exposição ordenada de seus assuntos. A relevância do costume claramente diminuiu, se comparada ao período do Império (quando já havia diminuído, se comparada ao período anterior). Verificou-se a consolidação do modelo estrutural de codificação do Direito brasileiro, e a assunção de premissas metodológicas que viam na lei a fonte principal do Direito.

O art. 1.807 do Código Civil de 1916, que expressamente revogava “... os Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito civil reguladas neste Código” demonstra a intenção de ruptura com o passado e constituição de um Direito novo.

Ao longo do século XX, foram a jurisprudência, e, posteriormente, os precedentes que se afiguraram como fontes do Direito aptas a desempenhar um papel relevante na prática jurídica brasileira (juntamente, claro, à lei), não sem uma longa trajetória para se posicionar teórica e praticamente nessa condição.

A análise da legislação e da percepção da doutrina sobre as fontes do Direito, em geral, e os costumes, em particular, ao longo restante do século XX será objeto do Capítulo 3, que trata da admissibilidade do costume como fonte no Direito brasileiro sob a perspectiva do Direito contemporâneo.

#### 1.4. HISTÓRIA DA LEI E DO COSTUME COMO FONTES DO DIREITO PROCESSUAL

Como aponta Nicola Picardi, na Idade Média o poder de regular o processo era conferido aos tribunais. Considerado uma racionalidade prática e social, o processo era normatizado pela

---

<sup>185</sup> Sobre este assunto, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 89-97.

prática criada pelos próprios juízes e seus auxiliares, bem como pelos advogados e praticantes, com a colaboração da doutrina.<sup>186</sup> O procedimento era compreendido uma construção de natureza profissional e, tal qual as diretrizes estabelecidas na prática do médico e do arquiteto, não parecia ser suscetível de regulação autoritativa externa – em um primeiro momento, nem mesmo pela lei.

As normas procedimentais não comportavam exceções ou privilégios: ninguém, nem mesmo o soberano ou o papa, podia se beneficiar de um procedimento distinto daquele firmado por aquilo que os glosadores chamariam, posteriormente, de estilos das cortes. A intervenção de qualquer autoridade no curso do procedimento (por exemplo, eliminando a oportunidade de praticar um ato processual) violaria a *ordo judicarius* e instituiria uma *perversio ordinis*.<sup>187</sup>

Em um segundo momento, com a consolidação do poder político dos soberanos, a concepção segundo a qual a ordenação do procedimento era uma atribuição exclusiva dos tribunais teve de ser revista em prol da observância do poder normativo daqueles. Em seguida, o renascimento do Direito romano fez surgir um quadro de multiplicidade de fontes do Direito (e, particularmente, do Direito processual): leis, costumes, estilos, opiniões dos Direitos romano e canônico constituíam um emaranhado normativo sobre o qual já se referiu no item 1.1.2 deste Capítulo, e que representava, na visão de Michelle Taruffo, uma das heranças desastrosas que a longa tradição do Direito comum deixou à Justiça Civil do século XVIII, juntamente com a estrutura complexa e formalista do procedimento civil e o caos na organização das jurisdições.<sup>188</sup>

Com a formação do Estado moderno, no continente, o princípio oposto, da “estatalidade” do processo foi afirmado. Essa mudança não foi repentina: num primeiro momento, os soberanos se limitaram a intervenções pontuais, sobretudo em uma ótica organizacional e reestruturante do procedimento, a fim de encurtar os processos. Um exemplo dessas iniciativas é a edição, em Portugal, do Livro III das Ordenações Filipinas, de 1603, que disciplinava o processo civil. É importante esclarecer que o Livro III não constituía um código, haja vista a sua incompletude e proposital lacunosidade, bem como as próprias referências que

---

<sup>186</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 6.

<sup>187</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 6-7.

<sup>188</sup> TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 17.

fazia às demais fontes do Direito, em uma clara manifestação de reforço do modelo de pluralismo normativo que ainda vigorava no Antigo Regime.

Mais tarde, Luís XIV reivindicou, pela primeira vez, o monopólio da legislação em matéria processual, emitindo em França, entre 1667 e 1670, o *Code Louis*, conjunto de duas *ordonnances* que formaram o arquétipo dos códigos de processo civil e penal; o *Code* unificou o processo e as jurisdições francesas, até ali divididas em um processo e jurisdição consuetudinária, ao norte, e um processo e jurisdição romano-canônica, ao sul.<sup>189</sup>

Tratava-se de um arranjo habilidoso de regras procedimentais sedimentadas ao longo do tempo, enquadradas em uma estrutura autoritativa e orgânica. Ao *Code Louis* seguiram uma longa série de códigos de processo, posteriormente promulgados na Europa continental, com a intenção de atualizar e aperfeiçoar a disciplina do processo, agora entendido, em princípio, como um sistema autoritário e completo.<sup>190</sup>

Calamandrei vê nessa tendência um episódio prematuro da *rationalisation du pouvoir*, que teria se manifestado em face do poder jurisdicional bem antes do que com os demais poderes políticos. A gradual transformação das práticas processuais consuetudinárias em um Direito codificado e o “florescimento maravilhoso de estudos processuais” no século XIX seriam, para o autor, a melhor prova desta ascensão gradual do 'processo', entendida como uma técnica prática (“procedimental”), à “sistemática do processo”, entendida como uma “ciência”.<sup>191</sup>

Para o autor, toda a história do processo, das *formulae* do Direito romano ao processo romano-canônico, dos estatutos italianos aos *coutumes* franceses até chegar à codificação, seria, essencialmente, “a história da transformação da prática judiciária em Direito processual”: da *practica fori* e do *stylus curiae* teria surgido, pouco a pouco, um sistema arquitetônico de regras processuais que, mesmo que tenham perdido qualquer conexão aparente com as razões de conveniência técnica que as originaram, não deixam de ser a tradução em fórmulas jurídicas da experiência anterior.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 6-7.

<sup>190</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 7.

<sup>191</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 268.

<sup>192</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 268-269.

O porquê de esse movimento de racionalização do poder ter começado com a jurisdição antes que com os outros poderes políticos é facilmente explicado, afirma Calamandrei: a justiça dos homens não precisa apenas ser, mas também precisa parecer justa. Os litigantes, curvados sem rebelião em face da “onipotência terrível da justiça”, deviam se resignar a acreditar que o juiz era um ser quase divino, diferente dos outros homens, dotado de virtudes sobrenaturais que não pertenciam à capacidade humana. Daí o mistério quase religioso em torno das decisões dos juízes, que se sentavam no alto de seus tronos; e também o caráter quase litúrgico ou espetacular do *ritus* processual – de que restam, ainda, certas solenidades cerimoniais e certos uniformes antiquados, como a peruca, a toga, e, a arquitetura teatral ou quase eclesiástica de certos tribunais.<sup>193</sup>

O processo civil brasileiro nasceu num contexto de luta urgente pela modernização do seu rito romano-canônico, marcado pela letargia e pela confusão procedimental. Durante o Império foram feitas algumas tentativas de instituir um processo civil em substituição àquele constante do Livro III das Ordenações Filipinas, inclusive por meio da inserção, em anexo ao Código de Processo Criminal de 1832, de uma Disposição Provisória sobre a administração da justiça civil, que introduziu algumas diretrizes modificadoras ao processo das Ordenações e estabeleceu algumas regras de organização judiciária. Parte substancial dessas modificações foi, infelizmente, desfeita pela Lei nº 261/1841 e pelo Decreto nº. 143/1842, que a regulou. Como consequência, praticamente se reinstituiu o processo romano-canônico do Livro III das Ordenações Filipinas.<sup>194</sup>

Quando, a partir de 1850, se constatou a superioridade técnica do processo comercial instituído pelo Regulamento nº. 737/1850 sobre o processo civil regulado pelo Livro III das Ordenações Filipinas e pela reforma frustrada da Disposição Provisória, iniciativas foram tomadas para melhorar a efetividade e a qualidade técnica do processo civil, o que se tentou por meio da publicação de leis esparsas. Após alguns anos, e, diante da profusão desordenada de leis processuais civis, entendeu-se por bem incumbir o Conselheiro Ribas da tarefa de compilar as leis processuais civis. A Consolidação Ribas (como ficou conhecida), foi aprovada em 1876

---

<sup>193</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 269.

<sup>194</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Direito Processual Civil*, V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1962, p.77-78; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*, cit., p. 127.

e publicada em 1878. Posteriormente, foram publicadas novas edições, em 1880 e em 1915, sendo as duas últimas com a colaboração de seu filho, Júlio Ribas.

A Consolidação não se limitou a reunir, como o nome sugere, as leis processuais civis, e organizar seus retalhos de forma ordenada. Também coligiu entendimentos jurisprudenciais, (muitas vezes citados nominalmente pelos dados dos acórdãos), costumes processuais, avisos interpretativos<sup>195</sup> etc., para, com essa multiplicidade de fontes, pinçar as melhores disposições normativas e construir um processo civil que atendesse às expectativas.

É possível, como se referiu anteriormente, encontrar exemplos de costumes processuais mencionados na Consolidação Ribas. O art. 675 da consolidação estabelecia que poderiam ser instituídos procedimentos sumários em razão da “praxe forense”. No entendimento de Ribas, os parágrafos do referido art. 675 não constituíam rol exaustivo dos procedimentos sumários, cabendo à doutrina e à jurisprudência complementarem essa nomenclatura e as razões fundamentais da classificação das causas sumárias, com fundamento na parvidade (singeleza) de seu objeto, o favor de que gozam e a urgência de sua decisão.<sup>196</sup>

A Consolidação Ribas mencionava costumes e “práticas forenses” em diversas outras ocasiões. Por exemplo, embora nenhuma lei exigisse a abertura judicial dos testamentos, Ribas afirmou ser costume competir aos Juízes da Provedoria, Municipais ou de Direito, nas comarcas gerais, ou ao Juiz de Direito, nas especiais; e, na ausência destes, aos Párocos, abrir e mandar cumprir testamentos cerrados, lavrando o escrivão um termo de abertura, em que se declarava o estado do testamento – isto é, se se acharam intactos e sem vício, ou com vícios substanciais ou acidentais. Citou, ainda os avisos interpretativos de 10 de fevereiro de 1837, 4 de outubro de 1839 e 28 de julho de 1843, nesse sentido.<sup>197</sup>

Em outra passagem, se posicionou contrariamente à possibilidade que o admitido desuso (que qualificou como “corruptela”) verificado na Corte a respeito da disposição das Ord. Fil., Liv. III, Tit. XXXIII, § 6, viesse a revogar a referida disposição.<sup>198</sup> Ainda segundo Ribas,

---

<sup>195</sup> Sobre os avisos interpretativos no Direito do Império, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 110 e ss.

<sup>196</sup> RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil...*, V. II. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1879, p. 93 e ss. Sobre o assunto, cf., também, ROCHA, José de Moura. “Sobre os Procedimentos Especiais”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 14, N. 53, p. 22-30, 1989.

<sup>197</sup> RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, V. II, cit., p. 255.

<sup>198</sup> RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, V. II, cit., p. 79.

citando Mello Freire, a cumulação de ações, desconhecida pelo Direito romano, foi introduzida pelos costumes processuais.<sup>199</sup>

A vigência da Consolidação Ribas não tardou a cessar. Já sob a República, o Decreto nº. 763/1890 mandou aplicar o Regulamento nº. 737/1850 às causas civis e comerciais. O referido diploma processual, infenso à influência dos costumes processuais, marco o início de uma era em que a lei teria um papel de quase exclusividade na criação de normas processuais. À medida em que os costumes processuais não seriam mais nem sequer referidos nas obras práticas dos processualistas, a lei processual se consolidou como fonte do Direito processual civil após a proliferação dos códigos estaduais de processo, na forma permitida no art. 34, 23, da Constituição Federal de 1891.

Após as mudanças constitucionais que reinstituíram um único processo civil nacional para todo o Brasil, iniciou-se a era das codificações processuais nacionais, com os códigos elaborados em períodos autoritários, de 1939 e 1973, e, afinal, o Código de Processo Civil atualmente em vigor, de 2015.

---

<sup>199</sup> RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, V. II, cit., p. 14.

## 2. CONCEITOS JURÍDICOS E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

*... A admiração é filha da ignorância e mãe da ciência. Filha da ignorância, porque ninguém se admira senão das coisas que ignora, principalmente se são grandes; e mãe da ciência, porque, admirados os homens das mesmas coisas que ignoram, inquirem e investigam as causas delas até as alcançar, e isto é o que se chama ciência.*

Passagem do *Sermão da Ascensão de Cristo Senhor Nosso*, do Padre Antônio Vieira<sup>200</sup>

- 2.1. TEORIAS SOBRE AS FONTES DO DIREITO
- 2.2. FONTE DO DIREITO
  - 2.2.1. FONTES EXTRA ORDINEM
- 2.3. FONTE, TEXTO E NORMA.
- 2.4. REGRA, PRINCÍPIO E METANORMA
- 2.5. COSTUME
- 2.6. O COSTUME ANTE A LEI
- 2.7. AS CONFIGURAÇÕES NORMATIVAS DOS COSTUMES
- 2.8. COSTUMES CONSTITUCIONAIS

\* \* \*

Na tradição da *civil law* o estudante de Direito é apresentado, ainda no início do seu treinamento profissional, a uma metáfora milenar: o conceito de “fonte do Direito”.

Cícero já se referira à expressão há dois milênios, quando escreveu o diálogo fictício entre ele próprio e Ático em sua obra *De Legibus* (cf. diálogos nos capítulos I, V; e I, XVI). Também o jurisconsulto Gaio, cerca de dois séculos depois, fez uso da expressão nas suas *Institutas* (I. I, 2), ao tratar das “fontes do Direito do povo romano”. O mesmo se repetiu nas *Institutas* e no *Digesto*, por obra de Justiniano, em diversas passagens. Com o renascimento do Direito romano na Idade Média, a metáfora se consolidou como um conceito-chave da teoria do Direito, o que subsiste até a contemporaneidade.

---

<sup>200</sup> VIEIRA, Padre Antônio. *Sermões*, T. VIII. Porto Alegre: EDELBRA, 1998.

A utilidade da teorização sobre as fontes do Direito reside no fato de que não há outra forma de definir o que é “jurídico” e separá-lo do “não-jurídico”.<sup>201</sup> As fontes do Direito estão íntima e ultimamente relacionadas, portanto, ao “contexto de justificação” de uma decisão judicial,<sup>202</sup> que, nas sociedades democráticas, só pode se ater a argumentos jurídicos.

Decerto, embora as fontes do Direito em cada sistema jurídico sejam diferentes, e determinadas por diversos fatores políticos, culturais, históricos e, também, jurídicos (sendo, portanto, contingentes) o conceito de fonte do Direito, em si, é lógico-jurídico,<sup>203</sup> assim como são lógico-jurídicos os conceitos referentes às principais fontes do Direito na tradição jurídica ocidental, como os conceitos de lei ou costume. São estes conceitos lógico-jurídicos que possibilitam o surgimento de teorias e enunciados científicos sobre as fontes.

## 2.1. TEORIAS SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Para compreender a viabilidade de conceitos lógico-jurídicos relacionados ao tema das fontes do Direito é preciso reconhecer, primeiro, os diferentes níveis de linguagem relacionados ao conhecimento do (e sobre o) Direito<sup>204</sup>: i) o “Direito”; ii) a “Ciência do Direito”; e iii) a “Teoria geral do Direito”.

(i) Por ‘Direito’ se compreende o conjunto de normas jurídicas (decorrentes, por exemplo, dos dispositivos legais e/ou constitucionais, bem como de outras fontes) em um determinado ordenamento jurídico.

---

<sup>201</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 147.

<sup>202</sup> PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008, p. 261.

<sup>203</sup> Os conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-fundamentais são marcados pela pretensão de universalidade: são conceitos *a priori* que independem das características de determinado sistema jurídico para serem compreendidos (v.g. as noções de sujeito de direito ou de fato jurídico), que, como afirma Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, são um “substrato ou quintessência” comum aos ordenamentos jurídicos (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, t. 1, p. 514-515; e TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, 18ª ed., México: Porrúa. 2005, p. 81 e ss). Evidentemente, contudo, em razão de peculiaridades culturais e antropológicas de cada nação/Estado, não é possível defender que a universalidade (mas tão-somente a pretensão de universalidade) de tais conceitos, já que pode e deve haver sistemas jurídicos com os quais os conceitos lógico-jurídicos integrantes integrantes de um determinado repertório não sejam úteis e aplicáveis. Em razão de mútuas influências jurídico-culturais, contudo, eles surgem naturalmente e assim são empregados no discurso jurídico-científico.

<sup>204</sup> Sobre o assunto, cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

(ii) O conceito de “Ciência do Direito”, por sua vez, se refere a um discurso que analisa o Direito, e, portanto, está em um segundo nível de linguagem em relação ao Direito positivo. Há, na verdade, várias Ciências do Direito (a História do Direito; a Sociologia do Direito; a Antropologia do Direito etc.) que se utilizam de conceitos lógico-jurídicos para produzir os conhecimentos científicos.<sup>205</sup>

Um dos recortes científicos do Direito é o que analisa o Direito dogmaticamente (a Ciência Dogmática do Direito, ou dogmática). Embora não se trate de expressão unívoca,<sup>206</sup> por dogmática usualmente se compreende um discurso técnico que tem como objetivo viabilizar a decidibilidade de conflitos – e, por isso, não promove análises logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições.

É certo que a dogmática jurídica não se ajusta ao padrão moderno de cientificidade, mas parece melhor e mais adequado pensar que isso ocorra não por ela ser menos do que uma ciência – e sim por se tratar de uma forma de racionalidade mais antiga que aquela.<sup>207</sup>

A dogmática promove um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais.<sup>208</sup> O discurso dogmático jurídico-processual, por exemplo, promove um corte epistemológico na realidade, ao estabelecer o conceito técnico-jurídico de interesse. O ordenamento jurídico condiciona a ocorrência de determinados fatos jurídicos processuais (ou a prática de determinados atos jurídicos processuais) à existência de interesse, embora este interesse seja qualificado juridicamente e, portanto, não se confunde com os interesses pessoais, econômicos, estratégicos, negociais ou

---

<sup>205</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 55-56 e 77 e ss.

<sup>206</sup> Para uma análise de outros potenciais sentidos da expressão, cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 241 e ss.

<sup>207</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Estatuto Epistemológico da Pesquisa Jurídico-dogmática”. *Sequência*. Florianópolis, Vol. 14, Nº 27, p. 64-71, 1993.

<sup>208</sup> Tércio Sampaio Ferraz menciona um exemplo ligado ao Direito de Família que torna clara a função da dogmática jurídica de reduzir a complexidade em prol da decidibilidade: muito embora a doutrina tenha consciência da multiplicidade de peculiaridades em torno da construção do conceito jurídico de “família”, ao fornecer-lhe um sentido técnico, isola um aspecto da realidade social – a família tal como ela foi tradicionalmente conhecida na sociedade ocidental, ou, ainda mais especificamente, brasileira – estabelecendo um corte em relação às demais possibilidades culturais. Assim, a dogmática despista a discussão sócio-antropológica por trás da ideia de família (por exemplo, a existência de certos modelos desviantes do padrão jurídico de família, fundados exclusivamente, na afetividade) em favor da operacionalização sistêmica do conceito jurídico-dogmático de família, em função de questões sucessórias, tributárias, previdenciárias etc. (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81).

de qualquer outra natureza que os sujeitos processuais eventualmente possuam no curso de um processo – pois não coincidem com a enunciação dogmática do conceito jurídico de interesse processual.

São temas afetos ao discurso dogmático, por exemplo, o cabimento de determinado recurso contra certo tipo de decisão; o cabimento de certo tipo de intervenção de terceiros em determinado procedimento etc. Além disso, a dogmática também viabiliza a formulação de conceitos jurídico-positivos, isto é, específicos de um determinado sistema jurídico.<sup>209</sup>

O conhecimento doutrinário produzido pela dogmática discute a aplicação das normas jurídicas.<sup>210</sup> Por isso, é inegável o papel da doutrina no desenvolvimento do Direito – o que tem sido objeto de muitas teorizações.<sup>211</sup>

(iii) Já a Teoria geral do Direito é responsável por criar a linguagem que possibilita as Ciências do Direito, e portanto, se situa em um terceiro patamar de linguagem: é linguagem epistemológica sobre a linguagem científica sobre o Direito.<sup>212</sup> Sua função é construir conceitos lógico-jurídicos, que integram o vocabulário lógico-abstrato que facilita a formulação dos conceitos jurídico-positivos. Se os conceitos de contestação ou reconvenção são jurídico-positivos, pois estão associados especificamente ao Direito processual civil brasileiro, podem, por outro lado, ser reconduzidos às noções mais amplas de ato postulatório, defesa e demanda – estes, conceitos lógico-jurídicos.

Ao contrário dos conceitos jurídico-positivos, os conceitos lógico-jurídicos são dados *a priori*,<sup>213</sup> classificando-se, assim, como conceitos formais, pois não dependem das características de determinado ordenamento jurídico para serem válidos (como, por exemplo,

---

<sup>209</sup> Sobre o tema, cf. VILANOVA, Lourival. “O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado”. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003, v.1, p. 89-93.

<sup>210</sup> RUA, Fernando de la. “Escuelas Procesales”. *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires, Vol. 43-45, p. 141-142, 1971.

<sup>211</sup> Sobre o tema, cf., por exemplo: PECZENIK, Aleksander. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Dordrecht: Springer, 2005 [In: PATTARO, Enrico (ed.). *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 4]; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. “Dogmática e Crítica da Jurisprudência (ou da Vocação da Doutrina em Nosso Tempo)”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Vol. 891, p. 65 e ss., 2010; SHECAIRA, Fabio. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Dordrecht: Springer, 2013; MARTINS-COSTA, Judith. “Apresentação – Autoridade e Utilidade da Doutrina: a Construção dos Modelos Doutrinários”. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.

<sup>212</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 42-53.

<sup>213</sup> TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, cit., p. 81.

as noções de sujeito de direito, fato jurídico etc). À medida em que os conceitos lógico-jurídicos vão sendo testados na interpretação e no jogo com os Direitos particulares a cada país, podem sofrer eventuais revisões, dado o caráter convencional de sua construção, e a provisoriedade de sua adequação,<sup>214</sup> estando sujeitos, portanto, a reconstruções conceituais.<sup>215</sup>

Reconduzindo essa discussão ao tema das teorias sobre as fontes do Direito, verifica-se a possibilidade de se tratar de uma teoria geral das fontes do Direito, com validade universal, mas, também, de teorias individuais<sup>216</sup> sobre as fontes do Direito em cada ordenamento jurídico (v.g., o Direito brasileiro).

O objetivo da teoria geral sobre as fontes do Direito (uma teoria parcial dentro do escopo da Teoria geral do Direito) é construir os conceitos lógico-jurídicos que podem ser utilizados para a formulação dos conceitos jurídico-positivos empregados nas Ciências (dogmáticas) do Direito, e mesmo no plano do próprio Direito, relativamente ao tema das fontes do Direito.

A teoria geral das fontes do Direito tem como atribuição não apenas conceituar o que se compreende por fonte do Direito, mas também estabelecer conceitos lógicos-jurídicos de lei, costume, precedente, entre outros institutos que, quase universalmente, são considerados como fontes do Direito (ou ao menos na maioria dos sistemas jurídicos das tradições jurídicas ocidentais ou pelas tradições jurídicas ocidentais influenciadas) bem como produzir enunciados doutrinários sobre eles.

Obviamente, os enunciados universais da teoria geral sobre as fontes do Direito não alcançam determinados temas, a exemplo da seleção de quais atos, fatos e atos-fato são ou devem ser admitidos como fontes do Direito; ou quais são os requisitos para a configuração das

---

<sup>214</sup> TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, cit., p. 83.

<sup>215</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 53.

<sup>216</sup> Segundo Lourival Vilanova, as teorias são sistemas de proposições orientados para um objeto com um fim cognoscitivo. Trata-se de um conjunto organizado de enunciados ou proposições, definido racionalmente com o objetivo de investigar científica ou filosoficamente determinado saber. Uma teoria será considerada geral quando seus enunciados tenham pretensão universal; neste aspecto, opõe-se a uma teoria considerada individual, que pretende produzir conhecimento acerca de um objeto singular, específica em suas características em relação a outras seções de uma categoria mais ampla. Assim, as teorizações jurídicas poderão se manifestar sobre o Direito, enquanto fenômeno universal (ocasião em que se tratará de uma teoria geral); ou poderá, por outro lado, ter como o objeto o Direito brasileiro ou, ainda mais especificamente, o Direito Notarial costa-riquenho (teoria individual). Sobre o assunto, cf. VILANOVA, Lourival. “O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 89-93.

fontes do Direito; ou o estabelecimento de uma hierarquia de fontes do Direito.<sup>217</sup> Tais questões são contingentes a cada ordenamento jurídico, como já se disse, em decorrência de diversos fatores políticos, culturais, históricos e (inclusive) jurídicos associados a uma determinada sociedade. Para formular estes enunciados doutrinários faz-se necessária uma teoria individual sobre as fontes do Direito, dentro da perspectiva de um determinado sistema jurídico.

Uma outra característica das teorias sobre as fontes do Direito é que podem se verificar algumas variações de efetividade das fontes dentro de um mesmo determinado ordenamento jurídico. As fontes do Direito diferem nos vários ramos do Direito brasileiro, a exemplo do Direito administrativo, do Direito penal e do Direito civil. Este fenômeno, que Aarnio denomina policentrismo,<sup>218</sup> não é objeto de problematização nesta tese.

Por outro lado, o Direito contemporâneo tem a sua complexidade potencializada pela atuação de diferentes centros de produção normativa. Diferentemente da realidade prevalecente no século XIX, a partir do século XX observou-se a constituição de um sistema jurídico de Direito internacional, bem como de sistemas jurídicos de Direito supracional e/ou regional, os quais formam uma espécie de pluralismo jurídico moderno.<sup>219</sup>

Por fim, faz-se necessário esclarecer que a teoria geral sobre as fontes do Direito não se confunde com a Parte Geral de um código ou de um lei, concepção que encontra amparo na doutrina, como aponta Fredie Didier Jr.<sup>220</sup> A primeira é um saber epistemológico e associado à formulação de conceitos lógico-jurídicos ligados às fontes do Direito, ao passo em que a Parte Geral é um conjunto de enunciados prescritivos, consubstanciando uma linguagem

---

<sup>217</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 313-314.

<sup>218</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, cit., p. 148.

<sup>219</sup> Sobre o tema, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução para o português de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 161 e ss.; BURKE-WHITE, William W. "International Legal Pluralism". *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor, Vol. 25, N. 4, p. 963-979, 2004; BERMAN, Paul Schiff. "A Pluralist Approach to International Law". *Yale Journal of International Law*. New Haven, Vol. 32, N. 2, p. 301-329, 2007; WOLFRUM, Rüdiger. "Legal Pluralism from the Perspective of International Law". In: KÖTTER, Matthias; RÖDER, Tilmann J.; SCHUPPERT, Gunnar Folke; WOLFRUM, Rüdiger (eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Polgrave Macmillan, p. 216-233, 2015.

<sup>220</sup> Sobre este assunto, sob a perspectiva da Teoria Geral do Processo, cf. DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 82 e ss.

deontológica, normativa, sobre fontes do Direito em um determinado ordenamento jurídico, ou, ainda, especificamente, em certas áreas do Direito.

A Parte Geral dos códigos ou leis consiste em uma fração do sistema que elege normas aplicáveis às demais partes do referido diploma, além de, eventualmente, outras regiões do ordenamento jurídico. Assim, a Parte Geral nada tem a ver com a Teoria geral do Direito, que consiste de linguagem jurídica em nível epistemológico, jamais em nível prescritivo-normativo.

Compreendendo a teoria geral das fontes do Direito como um ramo ou seção da Teoria geral do Direito, é possível afirmar que a primeira mantém relação de dependência para com a segunda. À medida que a Teoria geral do Direito se transforma, também deve ser revisto o conteúdo da teoria geral das fontes do Direito. Por outro lado, a teoria geral das fontes do Direito, se se desenvolver de forma descolada do compasso da Teoria geral do Direito, precisará também ter seu conteúdo compatibilizado, pela doutrina, com o “estado da arte” da Teoria geral do Direito, tendo em vista que não pode haver contradição entre elas.

As transformações havidas na Teoria geral do Direito nas últimas décadas constituíram uma “nova metodologia jurídica” decorrente de transformações no Direito constitucional e nas teorias sobre a hermenêutica jurídica e a norma jurídica, bem como do intercâmbio de teorias entre acadêmicos (e práticos) das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. São exemplos desse novo “estado da arte” o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão e consagração dos direitos fundamentais; a expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional; o reconhecimento das normas jurídicas principiológicas e a disseminação da metodologia da sua aplicação; o desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais; o reconhecimento da criatividade da atividade jurisdicional e dos precedentes como fontes do Direito).<sup>221</sup>

Todos esses fatores contribuíram, decerto, para a superação da já ultrapassada teoria tradicional ou clássica das fontes do Direito, fundada em uma concepção estatista, positivista, liberal e legalista do Direito.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> Didier Jr faz uma síntese de algumas das principais transformações. Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V.1, cit., p. 47-65.

<sup>222</sup> NEVES, Antonio Castanheira. “Fontes do Direito: Contributo para a Revisão do seu Problema”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, Vol. LVIII, p. 169-285, 1982.

Um exemplo que ilustra essa afirmação é absorção de conceitos relacionados ao precedente judicial (a exemplo de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* etc., originalmente provenientes da *common law*) pela Teoria geral do Direito, considerando que passaram a ser admitidos como conceitos lógico-jurídicos, admitidos em diversos sistemas jurídicos, ainda que com peculiaridades em cada um deles.

Nos últimos anos, importantes estudos sobre o papel dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos da Europa, da América Latina e de outros países cujos Direitos são influenciados por múltiplas tradições jurídicas provocaram a elaboração de importantes obras coletivas internacionais, as quais demonstram o esforço coordenado da comunidade acadêmica global em promover uma compreensão analítica e comparativa do tema, em oposição às visões por vezes paroquiais das teorias particulares.<sup>223</sup> Viabilizou-se, assim, a formulação de uma teoria geral dos precedentes judiciais.<sup>224</sup>

Analogamente, os variados estudos sobre o papel do costume no Direito internacional, e, em menor quantidade, pesquisas sobre o costumes no contexto de sistemas jurídicos nacionais, vêm, paulatinamente, possibilitando uma compreensão teórica mais apurada sobre o papel do Direito consuetudinário na contemporaneidade, seja por meio de perspectivas comparativas, históricas ou analíticas. Elas possibilitam a construção (ou reconstrução) da empoeirada teoria geral dos costumes, como se verá adiante.

## 2.2. FONTE DO DIREITO

A despeito do enraizamento da expressão “fonte do Direito” na cultura jurídica ocidental, o conceito não atravessou milênios sem que o seu sentido jurídico não sofresse variações ou fosse objeto de controvérsia.

---

<sup>223</sup> Para referências a esta vasta bibliografia, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*. 2014. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 15 e ss.

<sup>224</sup> Em defesa de uma teoria geral dos precedentes, cf. DIDIER JR Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit.. Em sentido contrário, cf. STRECK, Lenio Luiz. “Súmula, Vagueza e Ambiguidades: Necessitamos de uma ‘Teoria Geral dos Precedentes?’” *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, Vol. 5, 2008.

No plano da teoria geral sobre as fontes do Direito, a doutrina tem, tradicionalmente, distinguido duas variações da expressão com sentidos bem diferentes: fontes do Direito como fontes de produção do Direito ou como fontes de cognição do Direito.

Fontes de produção são os atos ou fatos jurídicos (ou, para alguns, atos-fatos jurídicos) que produzem efeitos normativos (isto é, criam normas jurídicas), tais como a lei, o costume ou os precedentes judiciais.<sup>225</sup> Eventualmente, as fontes de produção também instituem procedimentos de produção de fontes, a exemplo da Constituição, que simultaneamente é fonte que produz normas jurídicas materiais (constitucionais) e fonte de normas a respeito da produção de outras normas jurídicas (ao instituir, por exemplo, regras de processo legislativo e/ou o poder de instituir regulamentos infralegais etc.).<sup>226</sup>

Sob a perspectiva da teoria do fato jurídico, as fontes de produção podem se enquadrar tanto como atos jurídicos (a exemplo das constituições, das leis e dos demais atos normativos infralegais) quanto como fatos jurídicos produtores de normatividade.<sup>227</sup> As fontes-fato podem até eventualmente consistir de algum comportamento humano, mas apenas sem consideração a circunstâncias subjetivas e/ou volitivas do sujeito – isto é, seriam mais bem enquadradas como atos-fato jurídicos (a exemplo dos precedentes judiciais<sup>228</sup> ou dos costumes).

Este, portanto, é o sentido tradicional da expressão fonte do Direito: se entende por fonte do Direito a origem de onde “brota” a normatividade jurídica.

---

<sup>225</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 45.

<sup>226</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

<sup>227</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit., p. 45.

<sup>228</sup> A sentença pode ser encarada como ato-fato jurídico processual, em virtude de ser, paralelamente à sua própria natureza, um precedente para uma decisão futura, cuja *ratio decidendi* é determinada a cada aplicação do precedente. Enzo Enriques ressalta que a norma à qual se atribui esse efeito de vincular os juízes posteriores a reconhecerem a existência de uma dada norma assim como já foi reconhecida não leva em consideração a vontade do primeiro juiz, não atribuindo a esse qualquer poder nem obrigação, mas se dirige ao juiz posterior, regulando seu poder de decisão, valorando, portanto a vontade deste e não daquele, prevendo como ato jurídico jurídico a sentença posterior e não a primeira. (ENRIQUES, Enzo. *La Sentenza come Fatto Giuridico*. Padova: CEDAM, 1937, p. 114). É importante ressaltar que o autor citado parece não diferenciar ato-fato e ato jurídico em sentido estrito.

Por outro lado, as fontes de cognição ou de conhecimento são, para a doutrina, os documentos que permitem tomar conhecimento das fontes de produção,<sup>229</sup> a exemplo dos diários oficiais, que publicam leis, atos infralegais e decisões judiciais; ou assentamentos escritos de costumes das praças de comércio pelas Juntas Comerciais. As fontes de cognição apenas podem ser consideradas “fontes” metonimicamente, portanto.

Ainda há que se falar em fontes do Direito no sentido material e formal.<sup>230</sup> As fontes do Direito no sentido formal seriam as fontes do Direito capazes de criar o Direito – e, neste aspecto, se aproximam do conceito de fontes de produção, já referido acima. Já as fontes do Direito em sentido material são entendidas pela doutrina como as influências teóricas culturais, históricas, religiosas, naturais, políticas, econômicas, morais etc. que servem como subsídios materiais (substanciais, contudísticos) às fontes do Direito em um sentido formal.<sup>231</sup>

Assim, a Constituição, as leis, atos infralegais, precedentes, costumes etc. “bebem” a água das referidas fontes materiais. Alguém poderia utilizar a expressão no seu sentido material ao associar, por exemplo, o Direito francês napoleônico à filosofia iluminista, que seria sua “fonte” material; bem como seria possível associar o Direito constitucional e administrativo brasileiro no período da República Velha à filosofia política e ao Direito dos Estados Unidos da América, que seria sua “fonte” material.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> CAPOTOSTI, Renzo. “Fonti del Diritto”. In: *Enciclopedia Forense*, V. III. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1958, p. 806.

<sup>230</sup> BODENHEIMEN, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 300 e ss.

<sup>231</sup> COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Tradução para o espanhol de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, p. 236.

<sup>232</sup> São testemunhas desta influência (que se materializou na instituição do Federalismo, do controle de constitucionalidade difuso das leis, da concepção de direitos individuais, da previsão de impeachment, etc.) as lições de João Barbalho, Carlos Maximiliano, e Rui Barbosa em seus comentários à Constituição republicana de 1891 (MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918; CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: Commentarios*, 2ª ed. Rio de Janeiro: F Briguiet, 1924; BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Livraria Academica, 1932) Em artigo dedicado ao tema, Jacob Dolinger demonstrou como o Supremo Tribunal Federal foi consideravelmente influenciado pelas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no campo do Direito público, citando diversos precedentes do tribunal brasileiro em que os Ministros fizeram expressa referência ao Direito constitucional estadunidense, à Constituição dos Estados Unidos da América e sua Suprema Corte como modelos para as respectivas instituições no Brasil (DOLINGER, Jacob. “The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System”. *The American Journal of Comparative Law*. Ann Harbor, Vol. 38, Nº. 4, p. 803-837, 1990).

Kelsen, reconhecendo a plurivocidade da expressão, e, em particular, essa distinção entre fonte formal e fonte material do Direito, descreveu o que compreendia a respeito com o emprego de conceitos peculiares à sua Teoria Pura do Direito, definindo fontes do Direito como os fundamentos de validade de uma outra norma jurídica inferior. Assim, assumindo os seus pressupostos, a Constituição seria a fonte (ou fundamento de validade) do Direito legislativo ou consuetudinário inferior; e uma norma legal seria fonte (ou fundamento de validade) de uma norma individual decorrente de decisão judicial que a aplicasse a um caso concreto. Por sua vez, a decisão judicial também poderia ser considerada como fonte (ou fundamento de validade) dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela determinados.<sup>233-234</sup> Assim, para Kelsen, num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só poderia ser o próprio Direito.<sup>235</sup>

Por outro lado, ao reconhecer um outro sentido de fonte do Direito, por outrem empregado, e segundo o qual a expressão designaria “as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros” (em um sentido material, contudístico de fonte do Direito) fez com que Kelsen reputasse a referida expressão juridicamente imprestável, aconselhando o emprego, “em lugar desta imagem que facilmente induz em erro”, alguma outra expressão que inequivocamente designasse o fenômeno jurídico que se tivesse em vista.<sup>236</sup>

Doravante, a não ser quando expressamente indicado, quando se empregar a expressão fonte do Direito, estar-se-á referindo a fontes formais, de produção do Direito, seja na condição de ato ou fato (e/ou, para alguns, ato-fato jurídico).

Outra questão atinente às fontes do Direito é a sua eficácia normativa. Contrapondo-se à compreensão tradicional segundo a qual fontes do Direito produziriam apenas normas jurídicas estritamente vinculantes, teóricos propuseram a classificação das fontes do Direito de acordo com diferentes graus de normatividade. A criação de classificações de eficácias normativas é um exercício arbitrário e que deve guardar lógica e pertinência com a realidade

---

<sup>233</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 163

<sup>234</sup> Acompanhando o conceito de Kelsen, cf. CAPOTOSTI, Renzo. “Fonti del Diritto”, cit., p. 806.

<sup>235</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191-193, 220-222, e *passim*.

<sup>236</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 163

do sistema jurídico objeto de estudo. Peczenik, por exemplo, apresentou em uma famosa obra,<sup>237</sup> que muito influenciou o pensamento jurídico escandinavo, os conceitos de “*must-sources*”, “*should-sources*” e “*may-sources*”, os quais, afirmou, seriam úteis para a compreensão da dinâmica da vinculatividade das fontes do Direito no sistema jurídico da Suécia.

Essa discussão pode ser menos evidente ao se imaginar a lei como fonte do Direito. Tradicionalmente, a lei é uma fonte jurídica vinculante, e não há que se imaginar, a não ser em casos de antinomias, circunstâncias em que uma determinada lei não seja de cumprimento obrigatório.

Por outro lado, outras fontes do Direito não operam exatamente desta forma. Os precedentes judiciais podem exemplificar este argumento. Com efeito, os precedentes judiciais podem ser vinculantes ou persuasivos,<sup>238</sup> sendo que apenas os primeiros serão, obrigatoriamente, observados como fundamentos para uma decisão em um caso semelhante futuro.

Em grande parte dos sistemas jurídicos romano-germânicos,<sup>239</sup> os precedentes judiciais não possuem eficácia normativa ou vinculante.<sup>240</sup> Por outro lado, nos sistemas jurídicos da tradição *common law*, os precedentes são em regra dotados desta eficácia, sendo considerados persuasivos apenas os precedentes das cortes inferiores em relação às superiores.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 261 e ss.

<sup>238</sup> Esse é um fato comum a todos os sistemas jurídicos romano-germânicos. Sobre o assunto, cf., por todos, TARUFFO, Michelle. “Precedente e Giurisprudenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Vol. 61, Nº. 3, p. 801-803, 2007.

<sup>239</sup> Não em todos; para valer-se de apenas dois exemplos, cf. sobre os precedentes vinculantes no sistema jurídico espanhol: MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. “Precedent in Spain”, cit., p. 259-291; e sobre os precedentes vinculantes no sistema jurídico alemão: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, cit., p. 17-63.

<sup>240</sup> Como ressalta Imre Zajtay, essa afirmação é verdadeira, embora comporte exceções. Assim, por exemplo, há algumas décadas, logo antes da entrada em vigor da Constituição Socialista de 1949, no Direito húngaro, certas decisões dos tribunais superiores, nomeadamente as decisões da sessão plenária e do Senado para Uniformização do Direito, eram consideradas vinculantes quando identificadas duas decisões no mesmo sentido proferidas pelos tribunais superiores. Cf. ZAJTAY, Imre. “Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law”. *Archiv für die Civilistische Praxis*. Tübingen, Vol. 165. Nº. 2, p. 104, 1965.

<sup>241</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyear: a New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 67-69.

Os precedentes persuasivos, por serem desprovidos de efeito vinculante formal, não precisam ser observados na fundamentação das decisões judiciais, não se fazendo necessário justificar a sua não aplicação. Apesar disso, a ausência de efeito vinculante não os desqualifica como precedentes judiciais.<sup>242</sup> Segundo Zajtay, os precedentes também tem nos Direitos de tradição romano-germânica uma força que não deve ser subestimada: em vez de força vinculante trata-se de força persuasiva e autoridade de fato.<sup>243</sup>

A diferenciar o precedente persuasivo e o vinculante, portanto, está apenas o fato de que, na hipótese de o órgão julgador vir a desconsiderar o precedente persuasivo, a consequência será apenas a sujeição da decisão à crítica pela doutrina e pelas partes do processo, podendo vir ou não a ser modificado pelos tribunais superiores, a depender de decidirem seguir o precedente;<sup>244</sup> a desconsideração do precedente vinculante, por outro lado, implica, à semelhança do descumprimento da lei, a injustiça da decisão, e, conseqüentemente, a sua submissão ao sistema recursal, sua provável reforma.

É importante deixar claro, por isso, que apenas definições vagas destes conceitos seriam aceitáveis universalmente, e que interpretações precisas destes conceitos poderiam variar: i) nos diversos sistemas jurídicos; ii) dentro de um único sistema jurídico (p. ex., no Direito Penal ou no Direito Civil); iii) bem como de uma época para outra. Além disso, as classificações das fontes do Direito poderiam ser sugeridas tendo em vista servirem a distintos propósitos.<sup>245</sup>

No Direito brasileiro, embora parte da doutrina divida as fontes do Direito em fontes vinculantes e persuasivas, faz-se necessário afastar a possibilidade destas últimas. Se a eficácia da fonte não é vinculante, não é Direito, razão pela qual a fonte não pode ser fonte do Direito.

Um precedente persuasivo, por exemplo, não deixa de ser um precedente (e a fundamentação de uma decisão judicial pode, eventualmente, fazer menção a ele, se bem que

---

<sup>242</sup> Em sentido contrário, Kelsen utilizou a expressão precedente para designar apenas os precedentes vinculantes, provavelmente influenciado pela sua estadia nos Estados Unidos da América e pela doutrina *stare decisis* (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 277-279); trata-se, como visto, de uma perspectiva incompleta do fenômeno.

<sup>243</sup> ZAJTAY, Imre. “Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law”, cit., p. 104.

<sup>244</sup> PECZENIK, Aleksander. “The Binding Force of Precedent”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 472.

<sup>245</sup> AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*, cit., p. 148; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 262.

apenas como um elemento extrajurídico – já que, a rigor, sua *ratio decidendi* não se configura como uma norma jurídica). Entretanto, não faz sentido aludir ao precedente persuasivo como fonte do Direito, já que esse precedente não produz norma jurídica (Direito).

A importância do problema das fontes do Direito reside no fato de que dele depende a associação das normas a um determinado ordenamento jurídico. As normas pertencem ou não a um certo ordenamento jurídico conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Formulado em outros termos, o problema das fontes do Direito diz respeito à validade das normas jurídicas. Sob a ótica da teoria do ordenamento jurídico, uma norma é válida se for produzida por uma fonte autorizada, ou, em outros termos, puder remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas.<sup>246</sup>

Como já se referiu acima, o próprio Direito pode (paradoxalmente) tratar, normativamente, do tema das fontes do Direito. Nesta capacidade, as normas que tratam expressamente deste tema podem ser considerados, para alguns autores,<sup>247</sup> metanormas,<sup>248</sup> ou, ainda, normas de estrutura, já que determinam o *status* jurídico de outras normas.

As metanormas de fontes do Direito reconhecem as fontes do Direito, a exemplo da lei, precedentes, costumes, *travaux préparatoires* etc. em um determinado sistema jurídico, bem como pode instituir relações hierárquicas e de subordinação entre elas.

---

<sup>246</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, cit., p. 161; COSSIO, Carlos. *Teoria de la Verdad Juridica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 144.

<sup>247</sup> Cf, por exemplo, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, cit., p. 162; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 266.

<sup>248</sup> Humberto Ávila também utiliza a expressão metanorma, mas para se referir às normas metódicas que instituem critérios de interpretação e aplicação de outras normas, qualificando-se, por isso, como normas de segundo grau. Embora o autor não tenha expressamente se referido às normas jurídicas sobre fontes do Direito como metanormas, sugere-se, aqui, uma aproximação conceitual entre as metanormas a que alude Ávila e as metanormas de fontes do Direito, na medida em que as metanormas de fontes do Direito também determinam a aplicação de outras normas (ao qualificar-lhes como normas jurídicas aptas a serem consideradas, interpretadas e aplicadas). Sobre o conceito original de Ávila, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 133 e ss; e ÁVILA, Humberto. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht: Springer, 2007, p. 83 e ss.

Sob uma determinada perspectiva, as metanormas de fontes do Direito decorrentes de dispositivos legais<sup>249</sup> poderiam estar situadas, eventualmente, numa posição hierárquica intermediária dentro da estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

Isto porque tais metanormas poderiam eventualmente ter seus dispositivos alterados ou revogados por outra norma legal ou até mesmo por força de uma norma decorrente de outra fonte do Direito (p. ex., um precedente que interpretasse essa norma). Curiosamente, Cossio aludiu a um caso assim, referindo-se ao então art. 17 do Código Civil argentino, que expressamente proibia o costume como fonte do Direito daquele país. Contudo, a própria disposição legislativa acima referida foi considerada pelos tribunais revogada por desuso (em um paradoxal caso de reconhecimento, pelos tribunais, de *consuetudo abrogatoria*), uma vez que a comunidade jurídica se comportava de forma a reconhecer, juridicamente, o costume como fonte do Direito.<sup>250</sup>

A validade da própria Constituição como fonte do Direito estaria, na opinião de Peczenik, estipulada pela norma fundamental, pressuposta pelo paradigma jurídico dominante. Poder-se-ia dizer que a norma fundamental seria, também, uma metanorma de fontes do Direito, fundada tanto nas instituições jurídicas quanto no costume, a qual estaria situada, hierarquicamente, acima da própria Constituição.<sup>251</sup> Contudo, para Peczenik, qualquer justificação da validade da norma fundamental transcenderia os limites do paradigma jurídico<sup>252</sup> – e, assumindo esta premissa, seria possível aceitar a visão de Kelsen segundo a qual a norma fundamental não seria uma norma jurídica válida, e sim uma norma hipotética, razão pela qual a questão da sua posição na hierarquia das normas jurídicas não se colocaria como objeto de problematização.

Como se poderia imaginar, a existência de várias fontes torna inevitável a previsão de critérios que estabeleçam uma ordem que oriente o intérprete na aplicação, ao caso concreto, das normas resultantes das várias fontes presentes de um sistema jurídico. Como já se referiu

---

<sup>249</sup> Como o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho; os arts. 8º e 927 do Código de Processo Civil; o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor; o art. 108 do Código Tributário Nacional, entre outros exemplos. Sobre isso se tratará com mais detalhes no item 3.1 e 3.1.3 do Capítulo 3.

<sup>250</sup> COSSIO, Carlos. *Teoria de la Verdad Juridica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 256-257

<sup>251</sup> PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 261.

<sup>252</sup> PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 264 e ss.

acima, este tema pode ser objeto de disciplina pelas metanormas de fontes do Direito, que podem instituir critérios variados.

Pode ser possível a instituição de uma ordem escalonada de normas jurídicas, tal qual conceberam Merkel, e, depois, Kelsen;<sup>253</sup> ou, a instituição de algum critério material orientador da escolha entre as normas decorrentes das várias fontes do Direito (por exemplo, a escolha da norma mais favorável ao consumidor, ou ao trabalhador etc.) – o que só ocorre, na prática, dentro dos ramos ou subsistemas setoriais do ordenamento jurídico.

Naturalmente, a lei exerce uma posição privilegiada como fonte capaz de ordenar, normativamente, as eventuais antinomias de normas provenientes das diversas fontes do Direito. A colaboração dos juristas (conhecedores da complexidade do sistema jurídico marcado, como já se disse, pelo policentrismo, pelo pluralismo jurídico e pela multiplicidade de fontes do Direito) é imprescindível à ordenação jurídico-metodológica da aplicação das normas provenientes das fontes do Direito, de forma a se prestigiar a segurança jurídica.

Para Bobbio, a complexidade e hierarquização do ordenamento jurídico fazem com que a lei opere como uma fonte prevalente sobre todas as demais, porque seria fruto da “manifestação direta do poder soberano do Estado” – sendo os outros fatos ou atos de produção normativa tão-somente fontes à lei subordinadas.<sup>254</sup>

Mas a possibilidade de a lei afastar uma determinada fonte do Direito, como o costume, não é unanimemente aceita. Jaime Guasp e Pedro Aragoneses entendem que nenhum sistema jurídico poderia excluir o costume do quadro de suas fontes de produção, nem mesmo dos setores do ordenamento jurídico tradicionalmente associados ao chamado “Direito estrito” ou à “estrita legalidade” (como, por exemplo, os Direitos tributário ou administrativo).<sup>255</sup>

De forma semelhante, mas, desta vez, se referindo ao precedente judicial, José Rogério Cruz e Tucci afirmou que a problemática que decorre da natureza e da hierarquia das fontes

---

<sup>253</sup> Adolf Merkl desenvolveu a teoria da estrutura escalonada do ordenamento jurídico (*Stufentheorie*) após a publicação da primeira edição da obra que Kelsen depois iria intitular “Teoria Pura do Direito”, em 1925. Foi só na segunda edição da Teoria Pura do Direito, em 1960, que Kelsen incorporou à Teoria Pura do Direito a “dinâmica jurídica” mediante a qual a ordem jurídica produz e aplica as normas que a compõem – raciocínio baseado na teorização de Merkl. Sobre o assunto, cf. PAULSON, Stanley L. “How Merkl’s Stufenbaulehre Informs Kelsen’s Concept of Law”. *Revus*. Kiel, N. 21, p. 29-45, 2013.

<sup>254</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, cit., p. 164.

<sup>255</sup> GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, T. I. Madrid: Civitas, 2005, p. 70.

transcenderia a vontade do legislador (o vetor legislativo seria insuficiente para solucioná-lo).<sup>256</sup>

Correlata a esta discussão é aquela a respeito da necessidade de instituição normativa de todas as fontes do Direito por uma respectiva metanorma (decorrente de disposição constitucional – idealmente – ou legal) como condição para que se possa reconhecer uma fonte do Direito como tal. A isto se referirá a seguir.

### 2.1.1. FONTES EXTRA ORDINEM.

A partir do século XIII, à medida em que, progressivamente, se afirmavam as prerrogativas legislativas dos monarcas, a lei passou a ser a principal fonte de normas jurídicas, e o monarca o “árbitro do conflito entre as várias fontes do Direito”.<sup>257</sup>

Na verdade, a tradição de normatizar as fontes do Direito remonta à Antiguidade, tanto pela mão das obras de jurisprudência (doutrina) romana, quanto por força do *Corpus Juris Civilis* – que, em diversas passagens, sobretudo no *Codex* e no *Digesto*, trataram não apenas da instituição das fontes do Direito, como da resolução de eventuais antinomias entre as normas jurídicas delas decorrentes (todavia de forma contraditória e incompleta).

Na tradição luso-brasileira, conhecido é o exemplo das Ordenações Filipinas (referido no item 1.2 do Capítulo 1) que, assim como as Ordenações anteriores, disciplinou a hierarquia e a subsidiaridade na aplicação das fontes do *ius proprium* (leis, costumes, estilos das cortes e decisões concretas do Rei) e do *ius commune* (Direito Canônico, Direito Romano, opiniões doutrinárias de Bártolo e Acúrcio quando não contrariadas pela *communis opinio doctorum*).

Embora, usualmente, os sistemas jurídicos instituíam normas jurídicas reconhecendo fontes do Direito, não são incomuns situações em que fatos ou atos-fatos produtores de normas jurídicas, a exemplo do costume, não sejam admitidos como fontes de normas jurídicas pela lei ou pela Constituição, mas, ainda assim, produzam efeitos normativos no âmbito dos respectivos ordenamentos jurídicos. Como justificar a sua admissibilidade?

---

<sup>256</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

<sup>257</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*, cit., p. 524.

Um tal cenário em que uma determinada fonte do Direito não autorizada por lei ou pela Constituição se torna, reconhecidamente, fonte de normas jurídicas é, decerto, incomum, exceto no tocante a uma fonte do Direito, especificamente: o costume.

Afastando-se, preliminarmente, qualquer solução que se valha de uma fundamentação jusnatural para a aceitação de determinada fonte do Direito como tal, apresentam-se como viáveis duas alternativas.

A primeira delas remete à Teoria Pura do Direito. Kelsen aludiu a este problema ao afirmar que, na ausência de uma previsão constitucional expressa de instituição de uma determinada fonte do Direito (no exemplo da passagem a seguir citada, o costume) “essa autorização [aos órgãos competentes para aplicarem os costumes como normas] não pode (...) ser dada numa norma da Constituição não escrita,<sup>258</sup> produzida consuetudinariamente, mas tem de ser pressuposta”. Isto é, para o teórico austríaco, faz-se necessário pressupor que a instituição do costume como fato produtor de direito já se operou na norma hipotética fundamental,<sup>259</sup> razão pela qual seria descipienda a sua institucionalização por meio de metanormas de fontes do Direito a nível constitucional ou infraconstitucional.

Outra solução, sugerida por Carlos Santiago Nuno, depende da associação entre as fontes do Direito e o sentido jurídico-material de Constituição. Propõe o autor que se reconheça o costume como fonte do Direito, a despeito da ausência de previsão expressa por uma metanorma de fontes do Direito, caso os chamados “órgãos primários do sistema”<sup>260</sup> reconheçam e apliquem os costumes (tal como se fossem fontes do Direito).

O costume, dentro dessa visão, se configuraria, assim, como uma fonte *extra ordinem*, fundamentada apenas em sua coerência com o arranjo dos poderes que se manifestam e se estabilizam em um determinado contexto político estatal.<sup>261</sup> Fica evidente, assim, a ligação

---

<sup>258</sup> O autor está aludindo, nesta passagem, à constituição em sentido material.

<sup>259</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 156. Cf. também, neste sentido, VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 62-63.

<sup>260</sup> Definidos como “os órgãos encarregados de criar e derrogar normas gerais do sistema (legisladores, em sentido amplo); órgãos encarregados de determinar quais normas são aplicáveis a situações particulares e de dispor, se for o caso, a execução das medidas coativas que tais normas prescrevem (juízes, em sentido amplo); e os órgãos encarregados de executar fisicamente as medidas coativas (órgãos policiais e de segurança)” (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 117-126).

<sup>261</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto: Commentario del Codice Civile, art. 1-9*. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 541; MONATERI, Pier Giuseppe. “Fonti del Diritto”. In: SACCO, Rodolfo (org.) *Digesto*

incontestável entre fontes *extra ordinem* e o conceito de Constituição em sentido material. Aquelas são fontes imediatas desta; são sua manifestação mais direta. Isso significa que a pretensão de primazia e exclusividade do Direito escrito fica desautorizada pela própria observação da realidade, na qual o Direito legislado é constantemente submetido a pressões do Direito material não escrito, integrando, complementando, interpretando e, inclusive, contrariando ou violando normas formalizadas.<sup>262</sup>

Eventualmente, ao costume pode caber a função de “clausura”: operando como fonte *extra ordinem*, produz normas fundamentais de um ordenamento jurídico, transformando-se, assim, em uma possível chave de interpretação das transformações formais, extralegais, dos ordenamentos jurídicos.<sup>263</sup>

Em resumo, a normatividade dos costumes pode decorrer tanto de uma norma jurídica que reconheça o costume como fato produtor de normas quanto de uma realidade social constitutiva de uma ordem política-constitucional que qualifique determinados costumes como fatos produtores de normas jurídicas consuetudinárias.

### 2.3. FONTE, TEXTO, NORMA

Uma outra discussão relevante para o objeto desta pesquisa é a distinção entre fontes e normas. Tal distinção é ignorada nas obras de Kelsen, para quem, como já se afirmou anteriormente, cada norma jurídica é a fonte do preceito cuja criação regula, ao determinar o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma a ser criada. Nesse sentido, toda norma superior seria fonte da norma inferior: a Constituição seria fonte das leis criadas de acordo com ela, a lei seria fonte das decisões judiciais nelas fundamentadas, e assim por diante.

---

*delle Discipline Privatische, Sezione Civile*, T. VIII, 4ª ed. Torino: UTET, 1992, p. 393; GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milão: Giuffrè, 1998, p. 96.

<sup>262</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais Não Escritas: Costumes e Convenções da Constituição*, cit., p. 41.

<sup>263</sup> CANALE, Damiano. “Paradojas de la Costumbre Jurídica”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 32, p. 205-228, 2009 [p. 226-227].

Modernamente, a doutrina estabeleceu entre fontes e normas uma relação “um-para-um”.<sup>264</sup> se as primeiras são as causas das últimas, as últimas são os efeitos da primeira. As normas não são apenas os efeitos, mas também os significados da interpretação dos atos linguísticos normativos formais, bem como dos atos ou fatos informais,<sup>265</sup> como os costumes.

Essa distinção se aproxima de outra, também consolidada na metodologia jurídica contemporânea, entre texto e sentido, disposição e norma. Para Guastini, disposição é um enunciado que faz parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; e norma é todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também entender assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.<sup>266</sup>

Guastini compara a interpretação à tradução, na medida em que, enquanto o tradutor reformula um texto numa língua diferente daquela em que foi formulado, preservando o sentido contido no enunciado objeto de tradução, também o intérprete pretende reformular o texto pertencente à linguagem das fontes, preservando o seu sentido, transmutando-o em um enunciado normativo.<sup>267</sup>

Ainda para o referido autor, não existe uma correspondência bi-unívoca entre disposições e normas. Ou seja, podem existir situações em que duas disposições deem origem a uma mesma norma; em que duas disposições convirjam para resultar em uma norma; em que uma única disposição exprima mais de uma norma; que de uma determinada disposição não decorra norma alguma; ou, ainda, embora neste particular o próprio Guastini divirja da maior parte da doutrina, que haja norma sem disposição correspondente (a exemplo do que sucede

---

<sup>264</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, V. I. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013, p. 398.

<sup>265</sup> Estes são reputados informais porque não são dotadas de formas expressamente predispostas por normas (FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, V. I, p. 868).

<sup>266</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26.

<sup>267</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, cit., p. 26.

com determinados princípios que a doutrina considera “implícitos” no ordenamento jurídico).<sup>268</sup>

O motivo da divergência de Guastini com a maior parte da doutrina consiste na sua compreensão de que não haveria se falar em norma senão aquela resultado da interpretação de uma disposição. Para o autor, tratar de normas “não expressas” seria, portanto, um oxímoro.<sup>269</sup> É que, segundo a sua formulação teórica, as normas não expressas não seriam de modo algum fruto da interpretação (já que são elaboradas na ausência de disposições que as exprimam), mas da produção ou da integração normativa. Decerto, a distinção entre disposição e norma também se prestaria, portanto, ao fim de demarcar a linha entre a interpretação e a integração do Direito.<sup>270</sup>

Para Guastini e para outros autores de tradição analítica,<sup>271</sup> a interpretação jurídica seria sempre interpretação textual. Esta caracterização se refere de forma clara à interpretação das “fontes-ato”, isto é, de documentos normativos, como a Constituição, as leis etc., as quais contêm disposições que podem ser objeto de interpretação.

Os costumes, por outro lado, seriam fontes “mudas”: produzem normas sem a mediação de documentos normativos, desprovidas de disposições. As normas consuetudinárias são não “formuladas”, pois decorrentes de fontes “informais”.<sup>272</sup>

Por isso, a interpretação dos costumes seria, para o autor, completamente diferente da interpretação textual – algo tão distinto que se pode duvidar da conveniência de se utilizar o mesmo vocábulo (“interpretação”) para referir-se aos dois conceitos. Os costumes, portanto, são fontes que consistem não de textos, mas de comportamentos sociais. E interpretar um

---

<sup>268</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, cit., p. 40-43.

<sup>269</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, cit., p. 42.

<sup>270</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*, cit., p. 43.

<sup>271</sup> Por tradição analítica se está a referir, aqui, à linha metodológica fundada por Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello no século passado. A teoria analítica da interpretação, considerando não haver acedido à mente dos juízes e intérpretes em geral, bem como de qualquer pessoa, prefere se dedicar não aos processos intelectuais dos intérpretes, mas aos produtos desses processos: o discurso interpretativo. E, no tocante à interpretação judicial, a teoria analítica leva em consideração a lógica, e não a psicologia: mira não o “descobrimento” da decisão judicial, mas a sua “justificação”. Sobre a escola analítica, incluindo suas subescolas milanesa e genovesa, cf. GUASTINI, Riccardo. *Teoria Analítica del Derecho*. Traduzido para o espanhol por César E. Moreno More. Puno: Peru, 2017, p. 20 e ss.

<sup>272</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Tradução para o espanhol de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 28.

comportamento social seria algo completamente diferente de interpretar o enunciado de uma língua (traduzir) ou interpretar uma disposição legal (interpretar a lei).<sup>273-274</sup>

A interpretação de um costume, assim entendido, consiste em reconstruir normas adscrevendo sentido a uma prática social, inferir de uma prática social a existência de normas. É fazer conjecturas a respeito de que certos sujeitos se comportam de certo modo, não por mero hábito ou por causalidade, ou por qualquer outro motivo, mas porque agem em conformidade a uma norma que consideram existente e vinculante.<sup>275</sup>

Não parece possível fazê-lo sem prestar atenção aos eventuais discursos avaliativos e/ou normativos daqueles que participam da prática em questão: isto é, aos discursos através dos quais os participantes proporcionam, eles próprios, uma formulação expressa das normas que observam ou pelas quais eles aprovam aqueles que agem de acordo com a prática e/ou desaprovam aqueles que se desviam dela.<sup>276</sup>

Larenz também se referiu a este peculiar ato de “interpretar” o costume, tão distinto da interpretação textual. Para o autor alemão, a interpretação do Direito consuetudinário se confundiria com a constatação da sua existência. Não só a questão de interpretar o comportamento social e conhecer o seu conteúdo, mas também a própria questão de saber se, num comportamento social usual, há, ou não, um “Direito consuetudinário”, compõe a natureza do compreender interpretativo.<sup>277</sup> Num tal proceder, não se trata de interpretar um texto fornecido anteriormente; ao contrário, o intérprete precisa, em primeiro lugar, formular linguisticamente a norma decorrente da conduta. É essa comunicação linguística que formula, e, com isso, torna comunicável, o sentido jurídico (a norma consuetudinária) decorrente do uso social.<sup>278</sup>

---

<sup>273</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*, cit., p. 28.

<sup>274</sup> Esta declaração se refere aos costumes não escritos, e não aos costumes reunidos nas compilações de costumes, a exemplo de uma consolidação de costumes de uma praça de comércio, publicada por uma Junta Comercial (tal consolidação seria uma “fonte de cognição”). Quando “formulados” textualmente, os costumes seriam objeto do mesmo tipo de interpretação jurídica que os textos normativos.

<sup>275</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*, cit., p. 29.

<sup>276</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*, cit., p. 29.

<sup>277</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 504.

<sup>278</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit, p. 504-505.

Assim, não haveria que se distinguir entre fonte e texto (entre atos/fatos e signos com função preceptiva) – estes se distinguem apenas das normas, que são seus efeitos e seus significados. A única exceção a esta afirmação, como se afirmou anteriormente, diz respeito ao costume (fonte-fato, Direito não escrito), que produz normas jurídicas consuetudinárias sem que haja disposição ou texto que lhe corresponda, mas mediante um tipo bem diferente de “interpretação”.

#### 2.4. REGRA, PRINCÍPIO, METANORMA

A normatividade não é um fenômeno que opera uniformemente. A doutrina reconhece ao menos três espécies do gênero norma jurídica: regras, princípios e metanormas.

A distinção entre regras e princípios é objeto de discussão em obras nacionais<sup>279</sup> e internacionais<sup>280</sup> há anos. Constatando-se a desnecessidade, para o objeto desta pesquisa, de destrinchar as nuances desta complexa discussão acadêmica, conclui-se ser preferível assumir um marco teórico que sirva ao propósito de ser empregado coerentemente para viabilizar o alcance dos resultados esperados desta pesquisa. Ele será apresentado, a seguir.

Em uma das obras mais importantes sobre o tema na literatura nacional, Humberto Ávila apresentou três tradicionais critérios distintivos entre as regras e os princípios enquanto espécies de normas jurídicas, e teceu considerações a respeito de suas imprecisões e inadequações teóricas.

Uma primeira distinção seria o fato de as regras operarem sob a forma hipotético-condicional (há uma hipótese e uma consequência, sendo as regras aplicadas ao modo “se,

---

<sup>279</sup> Algumas das contribuições nacionais mais originais são: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit.; e NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>280</sup> Algumas das obras clássicas mais citadas nos estudos brasileiros sobre o tema são: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução para o espanhol de Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss; AARNIO, Aulis. “Las Reglas en Serio”. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (ed). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22 e ss.; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, cit., p. 529 e ss.; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 554 e ss.

então”); enquanto os princípios apenas indicariam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.<sup>281</sup>

Ávila demonstrou diversas inadequações deste critério distintivo:<sup>282</sup> a) é impreciso, porque essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para encontrar a regra; b) assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, fornecendo o último passo para a descoberta do conteúdo normativo, o que é falso, porque este depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação; c) este critério partiria do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorreriam necessariamente do modo como a disposição é exteriorizada, quando, na verdade, o aplicador pode interpretar um dispositivo formulado hipoteticamente tanto como regra quanto como princípio.

Um segundo critério distintivo entre regras e princípios seria o seu modo final de aplicação: as regras seriam aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), ao passo em que os princípios seriam aplicados de modo gradual, mais ou menos.<sup>283</sup>

Ávila apresenta as seguintes ressalvas a este critério:<sup>284</sup> a) as regras não operam de forma absoluta (tudo ou nada), porque as consequências estabelecidas *prima facie* pela regra poderiam deixar de ser aplicadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra; e b) ao contrário, há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas: é o caso da aplicação analógica de regras, ocasião em que as condições de aplicabilidade das regras não são preenchidas, mas elas são, ainda assim, aplicadas, porque os casos não regulados se assemelham aos casos previstos na hipótese normativa que justifica a aplicação da regra.

Em terceiro lugar, regras e princípios também difeririam quanto ao critério de resolução de seus conflitos normativos. Em face de um conflito de regras, trata-se-ia de verdadeira antinomia, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras com a criação de

---

<sup>281</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 42.

<sup>282</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 43-45.

<sup>283</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 42.

<sup>284</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 49-52.

uma exceção, ao passo que o choque entre os princípios consistiria em um imbrincamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.<sup>285</sup>

Ávila apresenta, entre outras, as seguintes ressalvas a este critério:<sup>286</sup> a) a ponderação ou balanceamento não seria um método privativo de aplicação dos princípios, mas de quaisquer normas (certas regras podem conviver em abstrato, mas entrar em conflito concretamente, sem que tal conflito seja resolvido pelos critérios tradicionais de resolução de antinomias, utilizando-se da ponderação das razões); b) mediante a ponderação é possível decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles.

Desta forma, Ávila, divergindo dos conjuntos de teorias que ele reputou como distinções fracas<sup>287</sup> e fortes<sup>288</sup> entre regras e princípios, estabeleceu conceitos próprios para as duas espécies normativas.

O autor conceituou as regras como sendo normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exigiria a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>289</sup>

Já os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demandaria uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 42.

<sup>286</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 52-58.

<sup>287</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 84-86.

<sup>288</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 87.

<sup>289</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 78.

<sup>290</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 78-79.

Por outro lado, os postulados normativos aplicativos seriam normas metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas; normas sobre a aplicação de outras normas – metanormas, ou normas de segundo grau.<sup>291</sup>

Se, por um lado, as regras são definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado, devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica, então os postulados normativos ou metanormas não se confundem com as regras, pois não descrevem um comportamento específico, não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico.<sup>292</sup>

Por outro lado, se os princípios estabelecem um dever-ser ideal, podem ser cumpridos em vários graus, e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados normativos ou metanormas também não são compatíveis com os princípios, porque estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.<sup>293</sup>

E, por fim, para além dos postulados normativos, Ávila ainda se refere aos chamados postulados hermenêuticos, cuja utilidade é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, a exemplo dos postulados da unidade do ordenamento jurídico, da hierarquia e da coerência.<sup>294</sup>

A escolha por este marco teórico é coerente com a metodologia analítica empregada como fio condutor desta pesquisa. Por outro lado, essa escolha poderia se mostrar, a princípio, inadequada, se se levar em consideração que o objeto desta pesquisa são os costumes e as normas consuetudinárias.

---

<sup>291</sup> Não se identificam com outras normas que também influenciam outras, como os sobreprincípios, pois estes se situam no nível das normas objeto de aplicação, normas de primeiro grau. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 134).

<sup>292</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 133-135.

<sup>293</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 145-149.

<sup>294</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 135-136.

É que os conceitos de regra, princípio e metanormas de Humberto Ávila, apresentados linhas acima, foram assumida e expressamente formulados levando em consideração a interpretação de textos normativos.<sup>295</sup>

E, como se demonstrará a seguir, as normas jurídicos consuetudinárias são decorrentes de um tipo muito peculiar de interpretação,<sup>296</sup> em razão da ausência de texto escrito a ser interpretado.

A isso se aludirá, adiante, no item 2.7 deste Capítulo, ocasião em que se discutirá em que medida esta suposta incompatibilidade constitui em um óbice à aplicação destas concepções de estruturas normativas às normas consuetudinárias.

## 2.5. COSTUME

Como se referiu anteriormente, a principal característica do costume como fonte do Direito é a sua informalidade. O costume é fonte não escrita, no que diverge diametralmente da lei ou do precedente judicial, por exemplo.

Nas palavras de Carolina Lisboa, o predomínio da norma escrita como forma de manifestação exterior do Direito ocorre em razão de vários fatores, como a maior certeza e segurança que o Direito escrito proporciona quanto à extensão de seus efeitos, sua vigência e eficácia. Contudo, a pulverização legislativa experimentada na contemporaneidade, derivada da redução da generalidade e da abstração das leis, diminui sensivelmente a confiança na lei e sua aspiração como fator de ordenação social.<sup>297</sup> A razão disso está, entre outros motivos, na transitoriedade das leis, que torna o mundo jurídico uma “Babel”. As consequências são tais

---

<sup>295</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 20 e ss.

<sup>296</sup> A formulação teórica de Humberto Ávila parece ter deixado de lado também a interpretação dos precedentes, também, estes, sujeitos a um tipo muito peculiar de interpretação (para uma visão de um autor da *common law* e um autor da *civil law* sobre a interpretação dos precedentes judiciais, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 506 e ss.; e GOODRICH, Peter. “Legal Hermeneutics: An Essay on Precedent and Interpretation”. *The Liverpool Law Review*. Liverpool, Vol. 7, Nº. 2, p. 151-152, 1985). Como dever ser o precedente interpretado, e se as normas deles decorrentes podem se configurar como regras, princípios ou postulados/metanormas, é um tema que parece não ter sido objeto de teorização expressa por Ávila.

<sup>297</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais Não Escritas: Costumes e Convenções da Constituição*, cit., p. 32-33.

que, nas palavras de Manoel Gonçalves, “a fronteira entre o lícito e o ilícito fica incerta. A segurança das relações sociais, principal mérito do Direito escrito, se evapora”.<sup>298</sup>

Cujácio, famoso jurista francês que ensinou Direito em Cahors, Bourges e Valance no século XVI, aludiu, em um belo aforismo, à dualidade entre o Direito escrito e o Direito não escrito, entre a lei e o costume: “*Quid lex? Consuetudo scripta (...). Quid consuetudo? Lex non scripta*”.<sup>299</sup>

É verdade que, na contemporaneidade, o costume não ocupa um papel de destaque ou protagonismo nos sistemas jurídicos contemporâneos, mas seria incorreto afirmar que o costume desapareceu como fonte do Direito, mesmo porque em diversas áreas do Direito o costume ainda é importante.<sup>300</sup>

O costume é um conjunto de usos de ordem jurídica, que conquistam força vinculante em um certo agregado social, através da repetição pública e pacífica de determinadas práticas perpetradas por um lapso de tempo relativamente longo.<sup>301</sup> Este conceito advém da tradição romano-germânica, mas mesmo dentro da histórica do Direito romano-germânico as definições são numerosas e contingentes a períodos históricos específicos. É que a história do costume é a história da função e eficácia das normas consuetudinárias, história essa que não coincide com a da compreensão doutrinária-dogmática do costume aos olhos dos juristas.<sup>302</sup>

Muitos autores, na continuidade de uma tradição que remonta ao século XIX, afirmam que o costume seria composto por um componente ou elemento “objetivo” (a repetição de um comportamento de forma geral e constante). Este elemento objetivo é chamado, pela maioria da doutrina, de uso – expressão que, como já se viu no Capítulo anterior, remonta ao Direito romano e, posteriormente, aos Direitos medieval e do Antigo Regime.

---

<sup>298</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12-13.

<sup>299</sup> CUJACII, Jacob. *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem, Diligentissime Exacta in Tomos XIII Distributa. Auctiora atque Emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus Septimus*. Prati: Ex Officina Frat. Giachetti, 1839, p. 60

<sup>300</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”, cit., p. 490.

<sup>301</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”, cit., p. 491.

<sup>302</sup> BOBBIO, Norberto. “Consuetudine (Teoria Generale)”, cit., p. 426.

É verdade que muitos autores não distinguem uso e costume, equiparando, na esteira de autores antigos, “*usus et consuetudo*”. Essa distinção conceitual é altamente controversa e, ao longo da história, sujeita a opiniões divergentes.

John Gilissen relata que, no século XII, Acúrcio destinou uma glosa à identificação conceitual das expressões “*consuetudo*”, “*usus*” e “*mores*”. Já Jacques de Révigny, da escola de Orléans do século XIII, afirmou que *consuetudo sit ius, et usus sit factum*: o uso seria elemento fático essencial na formação do costume. Pierre de Belleperche, discípulo de Révigny, contestou a concepção puramente objetiva do costume fundado no uso e contrapôs um conceito de costume fundado no consenso do povo: *usus non est causa consuetudinis, sed tacita voluntas populi*. Bártolo, no século XIV, igualmente criticando Révigny, opinou que o uso é a causa do costume, mas a causa remota, sendo a causa próxima o consenso tácito do povo. Essa concepção parece ter predominado até o momento da Revolução Francesa – quando a expressão *consuetudo* ficou associada ao Direito do Antigo Regime (o feudalismo, a servidão etc.), e a expressão *usus* passou a ser utilizada para designar toda sorte de Direito não escrito (e a expressão *coutume* designava os costumes reduzidos a escrito).<sup>303</sup>

A discussão conceitual reapareceu no século XIX, quando autores voltaram a defender a dicotomia estabelecida por Jacques de Révigny no século XIII – embora alguns juristas e até mesmo a lei eventualmente utilizassem e continuassem a utilizar a expressão uso (no sentido de costume).

Observe-se que diversos outros parâmetros “objetivos” para a configuração do costume utilizados na tradição romano-medieval e do Antigo Regime foram abandonados na contemporaneidade (v.g., um determinado número mínimo de atos para a configuração do costume ou a sua “prescrição”), tanto nos Direitos nacionais quanto no Direito Internacional.<sup>304</sup> Assim, a constatação do “uso” depende, tão-somente, de uma percepção subjetiva (e algo discricionária) da suficiente reiteração de um determinado comportamento.

O uso pode ser muito amplo ou restrito geográfica ou socialmente. Em decorrência disso, pode haver costumes decorrentes de usos verificados apenas pelo povo baiano, ou por parte do povo baiano. Por vezes, alegar o costume demanda prova a sua existência (o que

---

<sup>303</sup> GILISSEN, John. “*Consuetudine*”, cit., p. 493.

<sup>304</sup> Cf., por exemplo, KENNEDY, David. “*The Sources of International Law*”, cit.; BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, cit..

implica provar, também, a extensão do uso). Além disso, os costumes podem se formar em um círculo social restrito (como sucede com os costumes agrícolas, industriais, comerciais, de determinados profissionais liberais etc.) ou podem ser muito amplos, comungados por toda a sociedade.<sup>305</sup>

Doravante se utilizará a expressão “uso”, portanto, apenas para designar a repetição de um comportamento de forma geral e constante (isto é, tão-somente o elemento objetivo do costume). Os pressupostos do uso são, na opinião de Geny, “impossíveis de precisar matematicamente” – exige-se apenas uma série de atos constantes, não interrompidos por omissões ou fatos contrários.<sup>306</sup>

Haveria, para a doutrina, um outro elemento, subjetivo, consistente na exigência de que o comportamento reiterado seja o resultado de uma convicção geral de obrigatoriedade do costume. Este último pressuposto, conhecido como *opinio juris vel necessitatis*,<sup>307</sup> se disseminou por volta do século XIX, em substituição ao requisito romano-medieval do consentimento do povo e/ou do príncipe<sup>308</sup> (sobre o qual se referiu com mais detalhes no item 1.1.2 do Capítulo 1) embora não sem ter sofrido duras críticas por parte de Savigny, que apontou a contradição resultante de assumir este como um pressuposto do costume.

Em linhas gerais, a ideia de *opinio necessitatis* é de que o indivíduo segue um determinado costume simplesmente porque ele acredita que dele decorre uma norma jurídica.<sup>309</sup> Nestes termos, a repetição de um comportamento (um uso) se transforma em costume quando ele é conhecido como jurídico, é aceito como Direito e praticado como jurídico dentro de um determinado ordenamento jurídico. Para usar as palavras de Pontes de Miranda, “fatos passados

---

<sup>305</sup> Para Geny, essa ideia não reforça a defesa da estratificação normativa da sociedade em classes ou estamentos, como sucedeu no passado. Ela se justifica sob o argumento de que estes usos tem razão de ser apenas nos segmentos sociais em que são praticados (GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 380).

<sup>306</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 349.

<sup>307</sup> MARQUES, José Roberto. “Costume”. In: “MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral, V. I.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 394.

<sup>308</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”, cit., p. 499.

<sup>309</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit, p. 504-505.

realizavam a norma, ao mesmo tempo que ela os regia”.<sup>310</sup> Diversas objeções foram apontadas pela doutrina a esta formulação teórica. Allan Watson as sistematizou.<sup>311</sup>

A primeira delas é a sua inadequação para explicar o fenômeno da transformação do costume: a teoria contém diversas falhas que limitam a sua utilidade em explicar a transformação do costumes, a exemplo da falta de um mecanismo para incorporar costumes em transformação ou revogar normas consuetudinárias que deixem de refletir o uso.<sup>312</sup>

Eis o problema: assumindo a existência de um costume, e diante de uma lenta transformação do comportamento do povo, dois cenários se apresentam: no primeiro cenário, os indivíduos sujeitos ao costume conseguem se recordar da sua existência; no segundo cenário, os indivíduos sujeitos ao costume o “esqueceram”, ou, em outras palavras, não têm conhecimento da existência da norma consuetudinária.

Na primeira situação, que é mais importante teórica e praticamente, o comportamento desviante do costume não tem aptidão para mudar o Direito consuetudinário. Enquanto houver consciência do costume anterior como sendo devido, não poderia haver nenhum momento no *continuum* no qual a nova prática usurpasse aquilo conscientemente conhecido como consuetudinário. O costume anteriormente vigente precisaria, primeiro, cessar como Direito, antes que um novo Direito consuetudinário pudesse emanar da prática. Lamentavelmente, a teoria da *opinio necessitatis* não contém nenhum mecanismo para desconsiderar o Direito que não mais conta com a aprovação da comunidade.<sup>313</sup>

É importante observar que o instituto do *desuetudo* (sobre o qual se referirá com mais detalhes adiante) opera de forma que, quando uma prática reconhecida como Direito (seja um costume ou uma lei) deixa de ser seguida ou reconhecida como jurídica, ela deixa de ser Direito.

---

<sup>310</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11.

<sup>311</sup> WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”. *University of Illinois Law Review*, Chicago, Vol. 1984, p. 561-576, 1984.

<sup>312</sup> Inadmitindo a possibilidade de alteração do costume, e considerando ilegítimas todas as condutas reiteradas contrárias ao costume já existente, defende Remo Franceschelli que, em se recuperando em um determinado momento o comportamento anteriormente existente, não um novo uso nasceria, mas o antigo retomaria e continuaria a vigorar como costume [FRANCESCHELLI, Remo. “Consuetudine (Diritto Moderno)”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV. Torino: UTET, 1957, p. 326].

<sup>313</sup> WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 563.

Nesse estágio (mas não antes) é que surge espaço normativo para que um novo Direito consuetudinário possa surgir.

Por outro lado, para que um costume se torne “obsoleto” seria necessário que houvesse a aderência a um novo uso. Entretanto, de acordo com a teoria da *opinio necessitatis*, práticas sobrepostas não seriam aptas a criar uma nova norma jurídica, porque a nova prática não teria sido seguida sob uma “convicção geral de obrigatoriedade”. Então, até o preciso momento em que opera o *desuetudo*, não há Direito sobre o tema.<sup>314</sup>

Embora Savigny tenha incorporado à sua teoria geral sobre o Direito e sobre as fontes do Direito a teoria da *opinio necessitatis*, não se furtou de analisar a existência de falhas na teoria.<sup>315</sup> Fundado no argumento de Celso, constante de fragmento do *Corpus Juris Civilis*, segundo o qual o costume não pode “repousar em erro”, apontou a autocontradição da teoria, já que, inegavelmente, os primeiros atos que poderiam dar origem a um costume estariam desprovidos de uma convicção geral de sua própria obrigatoriedade. Conseqüentemente, o primeiro comportamento que deu origem ao costume teria repousado em erro, porque o comportamento não teria sido acompanhado de *opinio juris vel necessitatis* e não deveria ser “contabilizado” para a criação do Direito consuetudinário. Essa situação também se aplicaria ao segundo ato de comportamento, o qual então substitui e se torna o primeiro, e assim por diante, para todos os atos subsequentes.

Aceitar esse raciocínio torna logicamente impossível, dentro da teoria da *opinio juris vel necessitatis*, que o comportamento do povo crie ou transforme o Direito consuetudinário. Assim como o primeiro comportamento não conta com a convicção geral de obrigatoriedade, um primeiro novo comportamento desviante de costume já existente não atende o requisito acima mencionado, já que consiste em comportamento contrário ao Direito consuetudinário vigente.

---

<sup>314</sup> WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 564.

<sup>315</sup> A solução de Savigny, contudo, para o problema da percepção do elemento subjetivo do costume resta na sua visão geral do Direito como “espírito do povo”. Para Savigny, atos individuais de comportamento não criam Direito costumeiro porque são meramente aparências ou indicações de uma convicção comum preexistente sobre o Direito - dentro da abordagem de Savigny, portanto, a *opinio juris vel necessitatis* existiria antes do primeiro ato relevante de comportamento. Conseqüentemente, o primeiro ato não teria repousado em erro. SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. I. Tradução para o espanhol por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, p 125 e ss. (§§ XXIX).

Por isso, se a teoria da *opinio juris vel necessitatis* é a raiz do Direito consuetudinário, afigura-se logicamente impossível o *desuetudo* de regra jurídica consuetudinária enquanto esta regra for lembrada. Uma regra jurídica poderia apenas cair em *desuetudo* se outra regra jurídica substituísse a regra anteriormente existente – ainda que esta segunda regra meramente estabelecesse que a primeira regra não se aplica mais. Em outras palavras, afirma Watson, atos sabidamente contrários ao costume não poderiam afetar a eficácia do costume promovendo *desuetudo*. Neste particular, as leis e os costumes se distinguiriam, já que a revogação de uma lei não pressupõe uma crença de que a ação contrária está em conformidade com o Direito, tal qual ocorre com o *desuetudo* dos costumes.<sup>316</sup>

O segundo cenário se daria quando os indivíduos sujeitos ao costume o “esqueceram”, ou, em outras palavras, não têm conhecimento da existência da norma consuetudinária dele decorrente. Se as pessoas esqueceram completamente o costume anterior, então, pragmaticamente, é como se esse Direito não existisse, e nunca tivesse existido. Quando não há consciência a respeito da existência de norma consuetudinária, uma teoria da obsolescência do costume não é importante, porque o costume que existirá a seguir será um costume novo, “inaugural”.<sup>317</sup>

Desta forma, verifica-se na teoria da *opinio juris vel necessitatis* uma aparente *petitio principii*. Afirma-se que *opinio juris vel necessitatis* é pressuposto do costume, sem a qual ele não se configura; mas a configuração do costume depende da convicção de sua obrigatoriedade, a qual depende, primordialmente, da existência de uma norma jurídica consuetudinária que inspire nos populares a normatividade do costume. Assim, ou se admite que a *opinio juris vel necessitatis* é fundada em erro (a falsa percepção de que existe uma norma jurídica constitui a convicção geral de obrigatoriedade, e origina o costume) ou se estabelece que a *opinio juris vel necessitatis* não é pressuposto necessário do Direito consuetudinário.<sup>318</sup>

A despeito dessa crítica, a maior parte da doutrina repete irrefletidamente estes pressupostos (o uso constante e prolongado, *inveterata consuetudo*; e a convicção geral de sua obrigatoriedade, *opinio juris vel necessitatis*), seja, por exemplo, no gênero literário dos

---

<sup>316</sup> WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 564.

<sup>317</sup> WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 564 e ss.

<sup>318</sup> BOBBIO, Norberto. “Consuetudine (Teoria Generale)”, cit., p. 432.

verbetes de enciclopédias jurídicas,<sup>319</sup> seja em artigos e monografias jurídicas variados sobre o tema que, frequentemente, citam os verbetes dessas enciclopédias.

Outras formulações teóricas apresentam pressupostos diversos para a configuração do costume: a generalidade (uma pluralidade de pessoas), uniformidade (de comportamento, senão não haveria repetitividade), continuidade (não pode ser interrompido), frequência e publicidade.<sup>320</sup>

Em razão dessas inconsistências em torno da demonstração do pressuposto da convicção comum de obrigatoriedade, Bobbio propôs que a prova desse elemento subjetivo fosse justificada por meio da repetição do comportamento (isto é, do elemento objetivo do costume). A demonstração do pressuposto subjetivo pela verificação do pressuposto objetivo torna desnecessária a *opinio juris*, o que, por sua vez, poderia criar o inconveniente de tornar difícil a distinção entre os costumes jurídicos e usos e comportamentos reiterados não jurídicos.<sup>321</sup>

Contudo, a este problema Bobbio replica que o costume apenas se configura em face de temas que, pela sua natureza, sejam passíveis de disciplina jurídico-normativa. Certos comportamentos reiterados também poderiam ser considerados costumes, em teoria; mas, por faltar-lhes o elemento da possibilidade de normatização jurídica, não se configuram como costumes. O autor, aludindo à impossibilidade de se firmar costume sobre determinadas matérias, defendeu que, ao se contrapor um uso sobre modo de pagamento de mercadorias e um uso sobre a vestimenta de toga na universidade, seria possível concluir que só o primeiro

---

<sup>319</sup> PIOLA, Giuseppe. “Consuetudine e Desuetudine”. In: LUCCHINI, Luigi (ed.). *Enciclopedia Metodica e Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, T. VIII, V. II. Torino: UTET, 1925, p. 551-588; FRANCESCHELLI, Remo. “Consuetudine (Diritto Moderno)”, cit., p. 320-327; DINIZ, Maria Helena. “Fontes do Direito”. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz. *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/157/edicao-1/fontes-do-direito>; entre outros.

<sup>320</sup> BOBBIO, Norberto. “Consuetudine (Teoria Generale)”, cit., p. 428.

<sup>321</sup> Sobre a proposta de Bobbio para eliminar o elemento subjetivo do costume, bem como para conferir as críticas de Chiassoni à utilidade e ao mérito dessa teorização, cf. CHIASSONI, Pierluigi. “Tres Buenos Filósofos Contra las Malas Costumbres (Jurisprudencia Analítica y Teoría de la Costumbre)”. Tradução para o espanhol de Federico José Arena. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 31, p. 195-218, 2008 [p. 115-126].

tem aptidão para se tornar um costume, porque sua matéria é tradicionalmente passível de normatização.<sup>322</sup>

Outra alternativa à teoria do elemento subjetivo do costume é a exigência, por alguns teóricos, da enunciação estatal do costume por quem exerce autoridade política e/ou judiciária.<sup>323</sup> Modernamente, esta teoria tem sido especialmente associada à competência dos tribunais para declarar a existência dos costumes.

Eventualmente, as decisões judiciais que reconhecem os costumes podem tornar-se precedentes, os quais, muitas vezes, se autonomizam e se tornam fontes normativas mais importantes, na prática, do que o próprio costume que anteriormente havia sido objeto de decisão judicial. Isso é particularmente comum em sistemas jurídicos que seguem a tradição do *common law* (embora isso também possa ocorrer em sistemas filiados à tradição da *civil law*).<sup>324</sup> A função do tribunal é determinar se o costume atende aos pressupostos jurídicos do Direito consuetudinário.

Em sentido contrário, Alf Ross afirma, sob as lentes do realismo escandinavo, que o Direito consuetudinário existe apenas como norma “derivada” dos usos sociais. Embora as práticas reiteradas sejam claramente observáveis (os usos), só seria possível extrair normas consuetudinárias, contudo, das decisões judiciais.<sup>325</sup> Segundo ao autor, certos comportamentos, que a população em geral tanto observa quanto reconhece, são “validados” pelas decisões judiciais, dando origem, assim, à convicção geral a que alude a teoria da *opinio juris vel necessitatis*. Obviamente, a sua visão teórico-jurídica de adepto do realismo é compatível com a atribuição aos tribunais de uma função “constitutiva” dos costumes por meio da adjudicação.

Sobre esta visão, contudo, é importante ressaltar que o fato de as pessoas aquiescerem e conformarem sua conduta pode dar uma falsa impressão de que a prática seguida também espelha a “vontade comum” exigida. Como os fatos sociais das atitudes comportamentais não devem ser confundidos com os fatos institucionais, simplesmente não se podem tirar conclusões

---

<sup>322</sup> BOBBIO, Norberto. “Consuetudine (Teoria Generale)”, cit., p. 430; nesse sentido, também GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 312.

<sup>323</sup> GILISSEN, John. “Consuetudine”, cit., p. 491.

<sup>324</sup> ØREBECH, Peter; BOSSELMAN, Fred. “The Linkage Between Sustainable Development and Customary Law”. In: ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 17

<sup>325</sup> ROSS, Alf. *On Law and Justice*. London: Stevens, 1974, p. 109.

quanto ao que as pessoas devem fazer com base no que realmente fazem.<sup>326</sup> Apesar disso, alguns teóricos ainda assim aderiram à tese da necessidade de “*state confirmation*”, do século XIX até a contemporaneidade.<sup>327</sup>

Curiosamente, a ideia de que seria necessária uma manifestação de aquiescência ou concordância judicial para o reconhecimento do costume parece se aproximar da ideia romano-medieval de exigência do consentimento do príncipe (sobre o qual se referiu com mais detalhes no item 1.1.2 do Capítulo 1) para que o costume fosse reconhecido – tendo apenas este reconhecimento se deslocado de uma autoridade soberana para uma função político-constitucional, o Poder Judiciário.

Kelsen se opôs a essa ideia, rebatendo a tese da enunciação judicial com o argumento segundo o qual a posição em que os órgãos julgadores se encontram perante as normas do Direito consuetudinário em nada difere daquela em que se encontram perante as normas legais – o juiz ou tribunal deve verificar o fato consuetudinário (o costume) da mesma forma que deve verificar o fato legislativo (a lei). Ser a verificação da lei mais fácil que a do costume (especialmente considerando a prática generalizada de se fazer publicar as leis em mecanismos oficiais de divulgação) não torna distinta a conduta do juiz em relação à verificação do costume: em ambos os casos preexiste uma norma jurídica geral ao ato de aplicação do Direito, sendo o juiz responsável por apurar a existência do fato que dá origem à respectiva norma (legal ou consuetudinária).<sup>328</sup>

Embora caso haja discordância a respeito do costume as pessoas possam recorrer aos tribunais para tomar a decisão final quanto à existência, interpretação e validade do Direito consuetudinário, o costume inegavelmente tem existência extrajudicial.

De um modo geral, portanto, os pressupostos do costume, aos olhos da doutrina, são o uso (elemento objetivo) e, alternativamente, ou o elemento subjetivo (*opinio juris vel necessitatis*) ou a enunciação estatal/judicial. Portanto, diversos critérios para a configuração

---

<sup>326</sup> ØREBECH, Peter. “How Custom Become Law in Norway”. In: ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 224.

<sup>327</sup> Cf., por exemplo: AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined – and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (primeira edição publicada em 1832); WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 575-576.

<sup>328</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 159.

do costume, utilizados na tradição romano-medieval e do Antigo Regime, referidos no Capítulo anterior (especialmente no item 1.1.2) não mais são reconhecidos pela doutrina contemporânea.

Quanto ao aspecto temporal, não se exige, correntemente, que o costume tenha uma “idade” específica, para que possa se configurar. O emprego do instituto da prescrição (oriundo do Direito Romano) como forma de delimitar o tempo mínimo de existência do uso para a configuração do costume foi uma estratégia encontrada pelos romanistas medievais para o problema da indeterminação do conceito de costume “longevo”, ou “imemorial”, como o Direito romano clássico exigia na Antiguidade. A isto se referiu com mais detalhes no já mencionado item 1.1.2 do Capítulo 1.

O reconhecimento do costume sempre traz uma dúvida quanto ao início de sua validade – quando começa a existência do costume (uma questão que pode ser extremamente relevante praticamente, já que o costume pode repercutir em relações jurídicas titularizadas pelas pessoas). Como a norma consuetudinária não é promulgada, e exige um uso continuado no tempo, os sistemas jurídicos modernos encontraram na exigência da prova (originalmente proposta pelos glosadores) uma espécie de substituto para a promulgação: o costume tem de ser provado por quem o alega. A prova é do teor do costume e não de que a norma consuetudinária já é “vigente”, mas isso cria uma condição de controle pela autoridade competente de que a norma consuetudinária existe.<sup>329</sup>

O costume também não tem período determinado de “vigência”. Sua extinção se opera com o desuso ou *desuetudo*. Com efeito, diferentemente do que se verifica com a lei, a cessação do vigor do costume depende da sua eficácia,<sup>330</sup> diferentemente do que sucede com a lei, cuja revogação pode ser um efeito causado pela própria ou por outra lei.

Aludindo ainda a um pressuposto romano-medieval para a configuração do costume, a racionalidade (sobre o qual se referiu com mais detalhes no item 1.1.2 do Capítulo 1), Emilio Betti, minoritariamente, afirmou que o costume apenas se consolidaria, ainda, pela sua adesão pela prática dos interessados, pela prática judiciária e pela doutrina; uma vez verificados os elementos objetivo e subjetivo do costume, o intérprete deveria apurar a compatibilidade do uso com a *ratio juris* (o critério da valoração e da convicção comum, sobre que se funda o valor normativo do costume jurídico, e que se reproduz e se reflete na *opinio necessitatis* dos

---

<sup>329</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, cit., p. 236.

<sup>330</sup> MARQUES, José Roberto. “Costume”, cit., p. 401.

interessados como membros de uma comunidade).<sup>331</sup> Trata-se de uma exigência de compatibilidade do uso com as exigências fundamentais do sistema ético e jurídico, como a justiça, a razoabilidade, a moralidade e a sociabilidade, sem a qual o costume não poderia se verificar.

O costume por vezes é referido, pela doutrina, como uma fonte do Direito não estatal. Ocorre que o costume pode ser fonte de normas jurídicas em diversos ramos do Direito que integram o chamado “Direito público”,<sup>332</sup> como, por exemplo, o Direito constitucional, o Direito processual civil, o Direito administrativo, o Direito tributário, entre outros.

Para a configuração do costume, nesses casos, serão necessários usos que decorram do comportamento do Poder Público em suas diversas funções (política, jurisdicional, administrativa, fiscal etc.). Portanto, a afirmação segundo a qual o costume é uma fonte não-estatal não se mostra adequada, a não ser que se esteja referindo ao costume em um ramo específico do Direito, no qual o uso decorra de comportamentos exercidos pela sociedade civil, tão-somente – como é o caso dos costumes civis e empresariais, por exemplo.

Por fim, é importante deixar claro que o costume não pode ser confundido com a norma jurídica consuetudinária, dele decorrente. O costume é a prática social reiterada (os “fatos brutos” que compõem o elemento objetivo do costume) aperfeiçoada pelo elemento subjetivo. A norma jurídica consuetudinária é a construção linguística dessa prática, o resultado da enunciação do costume (fonte “muda”, porque não formulada) pelo intérprete. A isso se referiu anteriormente, no item 2.3, acima.

O costume também não pode ser confundido com os chamados “bons costumes”. Conforme Ludwig, a expressão “bons costumes” invoca a dimensão da moralidade: ao invocá-los o juiz deve identificar, num determinado caso, a consciência social dominante – ‘essencialmente produto ideológico’. Não deve o juiz, ao analisar os “bons costumes”, perquirir uma conduta reiterada por um agrupamento social definido, ou num local específico: “quando

---

<sup>331</sup> BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 231; nesse sentido, cf., também, GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 350 e ss. Para Geny, deve se excluir como “antissocial” todo costume que se oponha à moral universal, aos princípios mais delicados que constituem o fundo da civilização cristã ou a bases da organização política.

<sup>332</sup> Sobre os costumes no Direito público, cf. FERRARI, Giuseppe. *Introduzione ad Uno Studio sul Diritto Pubblico Consuetudinario*. Milão: Giuffrè, 1950.

se fala em bons costumes, o que está em jogo é todo o complexo de idéias e convicções morais dominantes numa determinada sociedade.<sup>333</sup>

## 2.6. O COSTUME ANTE A LEI

Devido à posição de prevalência que a lei tem ocupado no Direito moderno, a doutrina conservou a tradicional classificação dos costumes, de autoria dos glosadores,<sup>334</sup> em costumes *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.<sup>335</sup>

O costume *secundum legem* é, para a doutrina, aquele cuja existência (ou potencial existência) está prevista na lei, que reconhece, inclusive, a sua força normativa.<sup>336</sup> Para alguns autores, o costume *secundum legem* também serviria ao propósito de fixar uma interpretação (“usual” ou “consuetudinária”) da lei<sup>337</sup> Ao papel do costume nas chamadas interpretações usuais, já se referiu anteriormente, no item 1.2 do Capítulo 1, em perspectiva histórica. O costume *praeter legem* é aplicável a matérias não reguladas por nenhuma provisão legal,<sup>338</sup> e o costume *contra legem*, por sua vez, provê normas jurídicas em expresse conflito com normas decorrentes de provisões legais positivas.

Como reconhece Antonino Rotolo, os sistemas jurídicos da tradição da *civil law* usualmente reconhecem a validade dos costumes *secundum legem* sem maiores dificuldades, já

---

<sup>333</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 149-151.

<sup>334</sup> MARQUES, Mário Reis. “Sobre a Exterioridade dos Sinais Racionalizadores do Costume no Período do 'Ius Commune'”, cit., p. 326.

<sup>335</sup> FRANCESCHELLI, Remo. “Consuetudine (Diritto Moderno)”, cit., p. 325.

<sup>336</sup> Cf., por exemplo, a norma decorrente do art. 569, II, do Código Civil, segundo a qual o locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar; ou a norma decorrente do art. 597 do Código Civil, segundo a qual a retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

<sup>337</sup> MANSO, Eduardo J. V. “O Costume Jurídico”. In: “MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral, V. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231-232.

<sup>338</sup> O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que o aplicador do Direito, quando não puder empregar a argumentação analógica nas hipóteses de silêncio da lei sobre determinado assunto, deve preencher esse hiato legal com a observância de práticas consuetudinárias.

que há norma legal que os instituem como fonte do Direito em uma circunstância concreta.<sup>339</sup> Por sua vez, cada sistema jurídico opta por conferir ou não eficácia normativa ao costume *praeter legem*, quando não há lei que autorize o seu reconhecimento como fonte em circunstâncias concretas (por vezes, em razão do fenômeno do policentrismo, o costume *praeter legem* pode funcionar normativamente de forma distinta em diferentes ramos do Direito).<sup>340</sup>

O costume *contra legem*, por fim, raramente é reconhecido como fonte do Direito, de forma a prevalecer sobre a lei – embora seja perfeitamente possível sê-lo (tratando-se, pois, de uma escolha contingente reconhecer a possibilidade do costume *contra legem*, ou não).<sup>341</sup> O costume *contra legem* é aquele que explicitamente vai de encontro à norma legal. Sua admissibilidade importa em considerá-lo implicitamente ab-rogatório das disposições legais (o costume *contra legem* é também conhecido pela expressão latina *consuetudo abrogatoria*).

No início do século XX, Clóvis Beviláqua, em uma posição controversa, defendeu que, na hipótese de os órgãos legislativos se comportarem de forma imprevidente no desenvolvimento da legislação nacional em conformidade com as “transformações econômicas, intelectuais e morais”, casos excepcionais haveria em que, apesar da declaração peremptória da ineficácia ab-rogatória do costume, este prevaleça *contra legem*, porque a desídia ou a incapacidade do Poder Legislativo teria determinado um regresso parcial da sociedade à época em que o costume exercia, em sua plenitude, a função de revelar o Direito, e porque “as forças vivas da nação se divorciariam, nesse caso, das normas estabelecidas nas leis escritas”.<sup>342</sup>

Por outro lado, apenas alguns anos depois de Beviláqua Carlos Maximiliano opinou no sentido de que, mesmo ante “preceitos escritos, decadentes ou mortos, incompatíveis com o estado social e as ideias dominantes” seria perigoso concluir que uma prática “apenas consuetudinária” poderia revogar a lei.<sup>343</sup>

---

<sup>339</sup> ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”. In: SHINER, Roger. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 175 [PATTARO, Enrico (ed.). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, T. III].

<sup>340</sup> MARQUES, José Roberto. “Costume”, cit., p. 403-410.

<sup>341</sup> Nesse sentido, cf. GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 384 e ss., e *passim*.

<sup>342</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Tratado de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946, p. 40-41

<sup>343</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 192.

Kelsen, em uma opinião que não se tornou muito aceita, defendeu a possibilidade de o Direito consuetudinário revogar o Direito legal, segundo o princípio da *lex posterior*: para ele, assim como a lei pode revogar o costume, o costume pode revogar a lei.<sup>344</sup> Geny também defendeu essa ideia, com a ressalva de que entendia que a lei poderia previamente estipular a impossibilidade de costume contrário à lei vir a revogá-la.<sup>345</sup>

Não se confunde com o costume *contra legem* o *desuetudo* (ou costume negativo, a cessação da eficácia de uma norma).<sup>346</sup> A teoria de *desuetudo* significa que normas não aplicadas pelos órgãos estatais competentes durante um tempo suficientemente longo perdem a sua validade. A determinação do período mínimo de ineficácia da lei é impreciso, analogamente ao que sucede na formação de qualquer costume.

Para Kelsen, a função da *desuetudo* é desprover a validade de uma norma existente (fosse a norma decorrente de um costume<sup>347</sup> ou de uma lei). Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo, mas, também, das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não poderia ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*.<sup>348</sup>

Para Wròblewski, aceitar a teoria do *desuetudo* apresenta sérias dificuldades técnicas: é difícil aplicá-la porque, para fazê-lo, é necessário responder à pergunta de que comportamento, de que pessoas ou instituições, por quanto tempo, e concernente a quais tipos de casos, consiste em condição eficaz para a validade de uma determinada norma legal.<sup>349</sup> O autor questionou:

---

<sup>344</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 158; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., p. 173-175.

<sup>345</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 384-389.

<sup>346</sup> PEDRASSOLI, Antonio Fernando Campos. “Algumas Reflexões sobre os Costumes”. In: “MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral, V. I.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71 e 74-75.

<sup>347</sup> É importante observar que a expressão *desuetudo* também pode ser aplicada para designar a descontinuidade de um costume, que poderia resultar, por fim, em sua extinção (WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”, cit., p. 564 e ss).

<sup>348</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 160.

<sup>349</sup> Wròblewski afirma que um tribunal que se utilize do *desuetudo* deve levar em consideração precedentes judiciais que em casos análogos ao *sub occuli* tenha deixado de aplicar normas válidas (WRÒBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 79).

como compatibilizar a teoria do *desuetudo* com os postulados da legalidade e racionalidade se a inobservância de normas legais válidas pelos órgãos estatais poderia desprover tais normas legais de sua validade?<sup>350</sup>

Guastini também se manifesta pela impossibilidade de que uma lei possa ser revogada pelo costume, salvo em um cenário em que o *desuetudo* opere em decorrência de um costume funcionando como uma fonte *extra ordinem*.<sup>351</sup>

Em sentido oposto, Peczenik não apenas admite o *desuetudo* como procura descrever como se desenrola o lento processo argumentativo de demonstração da sua verificação. Esse processo, afirma, toma “certo tempo”. Inicialmente, os tribunais se inclinam a frequentemente “esquecer” a provisão legal em questão, sem precluir inteiramente a possibilidade jurídica de sua aplicação em outros casos. Os tribunais poderiam considerar tais normas legais “meio-válidas”, se a linguagem jurídica assim os permitisse. Posteriormente, contudo, não se encontraria qualquer razão que justificasse a continuidade dessa incerteza – a provisão legal definitivamente teria perdido a sua validade por *desuetudo*.<sup>352</sup>

De um modo geral, a admissibilidade do costume *contra legem* e da *desuetudo* dependem, em larga medida, de circunstâncias específicas de cada ordenamento jurídico, vale dizer, é uma questão de Direito positivo, na medida em que metanormas de fontes do Direito podem tratar do assunto.

## 2.7. AS CONFIGURAÇÕES NORMATIVAS DOS COSTUMES

Importa explorar, por outro lado, como os costumes expressam a sua normatividade, isto é, sob que espécies de normas os costumes podem se configurar. Este é um tema que não tem sido objeto de teorizações pela doutrina, mesmo nas pesquisas mais avançadas sobre o tema do Direito consuetudinário. Por isso, as considerações a seguir tomam alguma liberdade para propor parâmetros teóricos.

Ao tratar dos costumes, os juristas normalmente não discutem a possibilidade de estes serem exprimidos como regras, princípios ou metanormas. Uma provável razão para isso é que

---

<sup>350</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*, cit., p. 79.

<sup>351</sup> GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, cit., p. 192.

<sup>352</sup> PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason*, cit., p. 22.

tais categorias foram formuladas levando em consideração o Direito constituído sob a forma escrita. Por exemplo, os conceitos de regra, princípio e metanormas de Humberto Ávila, apresentados linhas acima, foram reconhecidamente formulados levando em consideração a interpretação de textos normativos, como já se afirmou anteriormente. Possivelmente, portanto, os conceitos bem lapidados apresentados acima poderiam, em tese, não se adaptar, inteiramente, à realidade dos costumes, considerando as peculiaridades do Direito não escrito.

É que, como a “interpretação” do costume e a interpretação da lei escrita diferem substancialmente (como já se referiu linhas acima), as normas consuetudinárias e legais poderiam também funcionar normativamente de forma substancialmente diferente.

É comum encontrar referências em obras de Direito internacional a “regras e princípios consuetudinários”<sup>353</sup> sem que, todavia, sejam envidados esforços em discutir até que ponto as normas consuetudinárias podem se enquadrar como regras ou princípios, ao menos em conformidade com suas concepções teóricas predominantes. Por outro lado, em algumas obras os autores até reconhecem a existência de uma distinção entre regras e princípios, mas, por outro lado, optam deliberadamente por não distinguir as normas consuetudinárias em regras ou princípios.<sup>354</sup>

Não obstante os conceitos de regra e princípio tenham sido formulados sob a pré-compreensão do Direito como um conjunto de normas decorrentes de textos normativos, os teóricos do Direito já tiveram que apreciar a possibilidade de as normas decorrentes de outras fontes do Direito que não a lei (em sentido amplo), a exemplo dos precedentes, também operarem sob a forma de regras ou de princípios.

---

<sup>353</sup> Cf., por exemplo, PETERSEN, Niels. “Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation”, cit.; McINTYRE, Owen. “The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources”, cit.

<sup>354</sup> Em sua tese de doutorado sobre as normas constitucionais consuetudinárias, Carolina Lisboa não considerou relevante distinguir as normas decorrentes de costumes em normas-regra ou normas-princípio. Fundamentou sua posição com alusão à manifestação de abertura no colóquio organizado por Pierre Avril e Michel Verpeaux, em 1998, sobre “Regras e Princípios não Escritos em Direito Público”, na qual Louis Favoreau propôs inicialmente que, tal como os organizadores trataram de maneira conjunta os dois tipos de normas (regras e princípios), se tratasse globalmente das normas não escritas sem distinguir o que se compreenderia por princípio e o que se compreenderia por regra, “já que assim fazendo, não se deixaria escapar qualquer uma delas”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais Não Escritas: Costumes e Convenções da Constituição*, cit., p. 57.

No caso específico dos precedentes, por exemplo, embora haja uma visão predominante na doutrina segundo a qual a norma em que se constitui o precedente seja uma regra (sendo a *ratio decidendi* uma norma geral e concreta, aplicada por subsunção aos casos semelhantes),<sup>355</sup> há opiniões consistentes no sentido de que também possa se constituir em um princípio (ainda que excepcionalmente, e com menor vinculatividade, em razão da sua superabilidade inerente à aplicação fundada no seu peso).<sup>356</sup>

Também seria possível cogitar, por exemplo, de normas contratuais principiológicas, embora a prática seja de construir cláusulas contratuais vislumbrando que sejam consideradas normas-regra.

Não há qualquer motivo que justifique a impossibilidade teórica de normas consuetudinárias se constituírem em regras ou princípios.

Por exemplo, as normas segundo as quais: a) os pagamentos dos aluguéis devem ocorrer no local do domicílio do senhorio; e b) o chamamento para as audiências nos fóruns (“pregão”) deve ocorrer oralmente; se revestem de natureza de regras, pois, descrevem comportamentos a serem observados, devem ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podem, eventualmente, ser afastadas em se configurando antinomia jurídica (caso uma norma legislativa venha a instituir diversamente, por exemplo).

Também é possível vislumbrar a existência de normas consuetudinárias principiológicas, a exemplo do devido processo legal (*due process of law*), que surgiu como um costume na *common law*. O devido processo legal é uma garantia constitucional que impede que os cidadãos sejam tratados de maneira abusiva. Em sua forma moderna, o devido processo legal inclui tanto os padrões processuais que os tribunais devem defender a fim de proteger a

---

<sup>355</sup> Cf., sobre o assunto: PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, cit., p. 273; SHINER, Roger. *Legal Institutions and the Sources of Law*, cit, p. 28 e ss.; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 106; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 288; e p. 290 e ss; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 155 e ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual*, V. 2, 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 451 e ss.

<sup>356</sup> Cf., sobre o assunto: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais*, cit., p. 350-353. MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 326 ss. No contexto do Direito inglês, cf., também, WHITTAKER, Simon. “Precedent in English Law: a View from the Citadel”. In: HONDIUS, Ewoud. (ed.). *Precedent and the Law*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 53 e ss.

liberdade pessoal das pessoas quanto, do ponto de vista material, diversos interesses de liberdade que as leis não devem infringir.

O princípio do devido processo legal foi “positivado” no capítulo 39 da Magna Carta do Rei João, que prevê que nenhum homem livre será apreendido, despojado de sua propriedade ou prejudicado, exceto “pela lei da terra”<sup>357</sup> – uma expressão que se refere às práticas consuetudinárias da corte. A frase “devido processo legal” apareceu pela primeira vez como um substituto para a “lei da terra” da Magna Carta em um estatuto do rei Edward III de 1354 que reafirmava a garantia da Magna Carta de liberdade do sujeito.

Em outras palavras, foi a “lei da terra” – os costumes segundo os quais certas garantias constitucionais deveriam ser observadas em benefício do povo – a origem do moderno princípio do devido processo legal.

Embora nada tenha sido escrito sobre este assunto, é possível postular que a demonstração da existência de um costume que dê origem a uma norma consuetudinária principiológica é uma tarefa muito mais complexa que a demonstração da existência de um costume que dê origem a uma regra.

Afinal, a prova do “costume-princípio” não deve recair sobre um único comportamento reiterado (como seria o caso do “costume-regra”), mas sobre diversos tipos de comportamentos reiterados (os quais, isoladamente, eventualmente poderiam eventualmente ser considerados “costumes-regra”) que possam ser percebidos pelo intérprete como manifestações concretas de um dever-ser ideal, mais abstrato, passível de ser cumprido em vários graus, com uma dimensão de peso maior ou menor em cada caso de conflito – e dando origem, assim, a norma consuetudinária principiológica.

Por fim, não seria prudente afastar categoricamente a possibilidade de metanormas consuetudinárias, mas tais normas estariam sujeitas a um elevado ônus argumentativo e probatório por parte daqueles que as alegassem. Como já se referiu anteriormente, a “interpretação” do costume demanda do aplicador do Direito a sua enunciação (a “formulação” em palavras do comportamento consuetudinário) a qual, por sua vez, está também associada à

---

<sup>357</sup> Em latim (língua na qual foi escrita a Magna Carta), *lex terrae*, ou *legem terrae*, no acusativo. A expressão foi traduzida para o inglês como *law of the land*. A referida expressão foi emulada na Constituição dos Estados Unidos da América, no art. 6º, II: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme Law of the land....*”

questão processual da prova do costume. A demonstração de que há um comportamento reiterado de utilização de critérios de aplicação de outras normas por parte da comunidade jurídica (advogados, órgãos do Poder Judiciário e outras instituições) decerto exigiria um esforço argumentativo-probatório significativo. Não pode, contudo, ser descartada.

## 2.8. COSTUMES CONSTITUCIONAIS

Em um fenômeno semelhante ao que sucedeu com as grandes codificações do Oitocentos no âmbito do Direito privado, o advento do constitucionalismo moderno se associou à forma escrita. O conceito de constituição que triunfou no Ocidente e que decorre do art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 está indissociavelmente ligado à consagração de um documento escrito e solene, o qual limita os poderes políticos e consagra direitos, estabelece limites ao poder de legislar.<sup>358</sup> Sob essa ótica, portanto, parece ser incongruente, em um primeiro momento, tratar de normas constitucionais consuetudinárias.

Essa figura parece estar mais associada à tradição jurídica da *common law*, e aos costumes que deram origem àquela tradição jurídica.<sup>359</sup> E, de fato, sabe-se de diversas normas constitucionais do sistema jurídico do Reino Unido que estiveram ou ainda estão fundadas em costumes. Embora positivada em documento constitucional, inegavelmente o devido processo legal (*due process of law*), a que se referiu no item 2.7 deste Capítulo, é norma constitucional britânica de origem consuetudinária, por exemplo.

Em um tempo ainda tão impregnado com o legalismo, a afirmação de que são admissíveis normas constitucionais consuetudinárias pode parecer contraintuitiva. Carolina Lisboa escreveu, recentemente, uma tese de doutorado sobre os costumes constitucionais, na qual procurou investigar diversos aspectos dessas normas, inclusive com a apresentação de exemplos históricos e atuais na prática constitucional brasileira.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4.

<sup>359</sup> Sobre este assunto, cf. BAKER, Sir John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*. 3ª. ed. London: Butterworths, 1990, p. 20 e ss.

<sup>360</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais Não Escritas: Costumes e Convenções da Constituição*, cit.

O chamado “poder constituinte difuso”, estudado por Georges Burdeau,<sup>361</sup> se funda nas chamadas “práticas constitucionais” (costumes, usos, manifestações políticas e convenções constitucionais) decorrentes das manifestações invisíveis, latentes, por meio das quais os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuam a obra do legislador constituinte originário, interpretando disposições vagas, ambíguas ou obscuras, bem como colmatando lacunas, preenchendo, assim, os espaços em branco da normatividade constitucional escrita.

É interessante observar que, na lógica apresentada pelo referido autor, para a configuração do costume constitucional não bastaria a reiteração de atos dos cidadãos, mas apenas atos dos poderes políticos constituídos – o que, certamente estaria atrelado à ideia de que a Constituição é um documento político-jurídico intrinsecamente associado ao Estado, na medida em que institui as limitações ao seu poder.

Um exemplo de costume constitucional brasileiro é aquele segundo o qual os partidos, por meio das lideranças partidárias, indicam os membros das comissões parlamentares de acordo com o critério da proporcionalidade. Esse costume foi, inclusive, suscitado pelos partidos políticos no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 378, cujo objeto foi o controle judicial do processo legislativo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rouseff.

É possível recordar, também, as práticas parlamentaristas do Segundo Império, inteiramente à margem e até mesmo contrárias às normas decorrentes de dispositivos da Constituição Imperial de 1824, que davam ao Imperador o poder de nomear e demitir livremente seus ministros (dando origem, assim, ao pitoresco regime do “parlamentarismo às avessas”).

Ao se admitir a existência de costumes constitucionais, faz-se necessário examinar a possibilidade de norma constitucional consuetudinária vir a ab-rogar norma constitucional escrita.

Para Kelsen, a resposta é positiva: se uma lei constitucional (uma constituição) em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples, mas somente através de uma outra lei constitucional, o Direito consuetudinário tem plena eficácia derogatória

---

<sup>361</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, V. 4, 2ª ed. Paris: LGDJ., 1969, p. 247, 290 e ss.

relativamente a uma lei constitucional formal – e tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário.<sup>362</sup>

Para a maior parte da doutrina, contudo, as normas constitucionais consuetudinárias não estão situadas no mesmo patamar hierárquico que as normas constitucionais escritas. Como salienta Burdeau, como o texto constitucional é o resultado de uma manifestação do poder constituinte como reflexo da vontade popular, uma eventual “renúncia” do povo a normas decorrentes do texto constitucional precisaria ser conduzida formalmente, por meio de emendas à Constituição, em atenção à convicção jurídica existente na comunidade acerca da sua importância e fundamentalidade.<sup>363</sup>

A respeito dessa controvérsia Guastini afirma que o caráter rígido das constituições modernas excluiria a admissibilidade de costumes modificativos ou ab-rogatórios de normas constitucionais escritas – embora tenha advertido que a inconstitucionalidade de uma norma consuetudinária dependeria da interpretação da Constituição, o que, por sua vez, seria alvo de controvérsias entre os intérpretes.<sup>364</sup>

Otto Bachoff apresentou um contraponto a essas afirmações, sugerindo que normas constitucionais escritas decorrentes de emendas à constituição escrita poderiam, sim, ser afastadas pelo Direito constitucional consuetudinário, por meio de controle de constitucionalidade (material) do texto da emenda ao texto originário da constituição. Em sua opinião, contudo, essa seria uma hipótese muito rara, já que ele reputaria o surgimento de costumes constitucionais dificultado pela exigência de emendas formais ao texto constitucional para alteração de seu conteúdo. Admitiu, contudo, que nunca proibições formais do Direito consuetudinário conseguiram impedir com segurança o seu aparecimento, e que, em especial, uma mudança gradual do conteúdo de sentido das normas constitucionais (uma “mutação constitucional”) fugiria a qualquer possibilidade de regulamentação.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 158.

<sup>363</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, V. 4, cit., p. 294.

<sup>364</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2001, p. 250.

<sup>365</sup> BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977, p. 66-67.

É importante ressaltar, contudo, que tais costumes materialmente constitucionais podem afastar leis infraconstitucionais que se lhe oponham,<sup>366</sup> por meio do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos competentes.

Bulos toca no interessante assunto, primeiramente levantado por Burdeau, a respeito da necessidade, ou não, da repetição de atos para configuração do costume constitucional. Embora Bulos tenha opinado pela coincidência dos pressupostos do costume constitucional com os pressupostos dos costumes em geral, concordou com Burdeau ao opinar que, embora a repetição se faça presente na maioria dos casos, “a experiência comprova que os costumes constitucionais se formam rapidamente e em breve espaço de tempo”.<sup>367</sup>

Burdeau afirma que haveria hipóteses em que normas consuetudinárias constitucionais surgiriam já no primeiro comportamento constitucional em determinado sentido, como ocorreu em 1924, quando o Presidente da República Francesa Alexandre Millerand foi afastado do poder por uma campanha da imprensa, inspirada por grupos de esquerda;<sup>368</sup> quantas vezes seria necessária a renovação de prática semelhante para que se pudesse afirmar que uma norma constitucional consuetudinária havia estabelecido a responsabilidade política do Presidente da República?

Embora essa peculiaridade atribuída ao costume constitucional constitua uma exceção deliberada à teoria geral dos costumes, parece se tratar de uma afirmação bastante razoável. Voltando ao caso do *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, poderia o Supremo Tribunal Federal ter entendido que o rito de julgamento do processo no Senado Federal seria diferente daquele utilizado em 1992, quando, pela primeira vez, as instituições políticas precisaram definir como se daria o rito de julgamento do *impeachment* de um Presidente da República brasileiro? Parafraseando a colocação de Burdeau, quantos *impeachments* de Presidentes da República brasileiros precisaria haver para que se considerasse configurado um

---

<sup>366</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 195-196; BULOS, Uadi Lamêgo. “Costume Constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 33, N. 131, p. 95-107, 1996 [p. 101].

<sup>367</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. “Costume Constitucional”, cit., p. 102.

<sup>368</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, V. 4, cit., p. 294.

costume constitucional que formalizasse o rito de julgamento do processo no Senado Federal?<sup>369</sup>

---

<sup>369</sup> Por outro lado, defender que o costume constitucional poderia se configurar sem repetitividade abre a possibilidade para se afirmar que a repetitividade não seria, afinal, elemento necessário do costume – uma afirmação que não pode ser feita com tranquilidade, haja vista ser contrária à tradição assentada há séculos no Direito ocidental.

### 3. O COSTUME COMO FONTE NO DIREITO BRASILEIRO

*“... Dêste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com tôda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerras, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vêzes ser decifrada, afinal, uma marca sòmente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembrara, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia êste fato, vulgar, entretanto, nos sertões.”*

Passagem de *Os Sertões*, de Euclides da Cunha.<sup>370</sup>

#### 3.1. METANORMAS DE FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

##### 3.1.1. DERROGAÇÃO DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

##### 3.1.2. LACUNAS, FONTES SUBSIDIÁRIAS E PLURALISMO DE FONTES DO DIREITO

##### 3.1.3. POLICENTRISMO E METANORMAS DE FONTES DO DIREITO

#### 3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

##### 3.2.1. O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO

#### 3.3. A NORMATIVIDADE DO COSTUME

##### 3.3.1. O *DESUETUDO* NO DIREITO BRASILEIRO

##### 3.4. A PROVA DO COSTUME

\* \* \*

---

<sup>370</sup> CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*, 27ª ed. Editora da Universidade de Brasília, 1963, p. 101.

Como já se referiu anteriormente, o próprio Direito pode tratar, normativamente, do tema das fontes do Direito. As normas que tratam expressamente deste tema podem ser designadas metanormas de fontes do Direito. O objetivo deste Capítulo é examinar algumas dessas normas existentes no Direito brasileiro e chegar a conclusões sobre o papel exercido pelo costume no quadro da teoria das fontes do Direito.

### 3.1. METANORMAS DE FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (que até o ano de 2010 era denominada Lei de Introdução ao Código Civil) disciplina, ao nível normativo, diversos assuntos concernentes às leis: prazo de *vacatio legis*, modos de revogação das leis, vedação de ofensa pela lei à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido etc. Entre esses e outros temas, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também trata do tema das lacunas legislativas (e a consequente utilização das chamadas “fontes subsidiárias”), bem como os critérios de interpretação e aplicação da lei.

Observe-se, em primeiro lugar, que a referida lei, decretada<sup>371</sup> em 1942, não distingue fonte do Direito e norma, lei e norma legal. Por isso, para a sua correta interpretação, a linguagem empregada no texto deve ser examinada com cuidado. As linhas a seguir tentarão, na máxima medida possível, analisar as disposições legais com lentes teóricas contemporâneas.

A referida lei, como fruto do seu tempo, pressupõe o Código Civil como a estrutura legislativa central do ordenamento jurídico, razão pela qual foi intitulada, inicialmente, de Lei de Introdução ao Código Civil. Anteriormente à criação desta lei, cumpria função semelhante o conjunto de vinte e um artigos que compunham a chamada “Introdução” que antecedia o texto do Código Civil de 1916. Possivelmente por este motivo, também, a nova lei reciclou a referida expressão. Ainda assim, tanto as disposições da Introdução ao Código Civil de 1916 quanto as da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sempre foram compreendidas como capazes de estender as suas disposições normativas a todo o Direito brasileiro, e não apenas ao

---

<sup>371</sup> Na verdade se tratava de um Decreto-lei expedido por Getúlio Vargas, haja vista a Câmara dos Deputados e o Senado Federal terem sido dissolvidos pelo ditador em 1937. Os dois órgãos legislativos apenas foram reinstituídos democraticamente em 1946. A despeito disso, essa lei, bem como várias outras outorgadas por Vargas, tem sido consideradas equivalentes, para todos os efeitos, a leis democraticamente aprovadas.

Direito civil. É digno de nota, igualmente, que a referida lei, em sua redação original, também não menciona a Constituição Federal.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro contém disposições que disciplinam as fontes do Direito brasileiro. Em seu art. 4º, estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. É possível notar na redação do dispositivo uma evidente defasagem metodológica com as modernas teorias jurídicas, na medida em que o texto parece não distinguir fontes de normas.

A referida disposição normativa reconhece a existência de outras fontes do Direito que não a lei (por exemplo, o costume) mas estabelece que a lei assume o papel de fonte predominante e hierarquicamente privilegiada do Direito brasileiro – e seria apenas na sua falta (ou seja, na verificação de lacunas legislativas) que normas decorrentes de outras fontes poderiam ser aplicadas aos casos concretos.

A ideia de que haja uma hierarquia entre fontes do Direito não é recente. Como referido no item 1.2 do Capítulo 1, o fenômeno da recepção do Direito romano propiciou o surgimento da necessária hierarquia de fontes do Direito que, frequentemente, originavam normas jurídicas contraditórias (leis, costumes, Direito romano etc.).<sup>372</sup> Posteriormente, Merkl, e, depois, Kelsen conceberam o ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada de normas, hierarquicamente organizadas segundo o critério das suas fontes (p. ex, normas constitucionais seriam hierarquicamente superiores a normas legais, que seriam hierarquicamente superiores a normas infralegais). A isso se referiu no item 2.2. do Capítulo 2. Por isso, as hierarquias normativas decorrem sempre, nos modelos acima mencionados, de uma hierarquia de fontes do Direito.

Claro está que a referida disposição estabelece a lei como fonte principal do Direito brasileiro. Na ausência, contudo, de disposição legal sobre um determinado tema (lacuna legislativa), deveria o órgão judicial, nos termos da lei, empregar a analogia como instrumento interpretativo para encontrar uma solução para o seu caso. Permanecendo a lacuna, a doutrina entendia que a aplicação de normas decorrentes dos costumes e, na falta desta, dos “princípios gerais do Direito”, deveria ocorrer, nesta ordem, especificamente.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, cit., p. 66.

<sup>373</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit, p. 91; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, cit., p. 175.

É importante deixar claro que, mesmo ao tempo da edição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a doutrina já não considerava a analogia uma fonte do Direito, razão pela qual seria incorreto considerá-la uma “fonte subsidiária”. A analogia era considerada por Geny (um dos autores que mais influenciou o pensamento brasileiro na primeira metade do século XX) uma técnica interpretativa,<sup>374</sup> afirmação com a qual concordavam Espínola e Espínola Filho.<sup>375</sup>

A menção ao costume no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi uma mudança em relação ao texto do dispositivo equivalente (art. 7º) da Introdução ao Código Civil de 1916, que só se referia à analogia e aos princípios gerais do Direito. Mesmo assim, Eduardo Espínola sempre defendera a figura do costume como fonte do Direito brasileiro, antes mesmo do advento da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>376</sup> E ele o fez mesmo tendo o art. 1.807 do Código Civil de 1916 expressamente revogado “... os Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito civil reguladas neste Código”, sob o argumento de que o código teria revogado os costumes existentes, mas não tinha proibido a constituição de novos costumes.

Assim, os costumes admitidos, dentro da lógica estipulada na referida lei, seriam apenas os costumes *secundum legem* (aqueles aos quais a lei se refere e permite aplicação) e, no máximo, *praeter legem* (suplementares, isto é, rigorosamente subsidiários à lei omissa), nunca *contra legem*, já que, como fontes subsidiárias, ainda que existisse costume contrário à lei, não poderia ser aplicado porque prevalaria a norma legal.<sup>377</sup>

Os chamados “princípios gerais do Direito”, referidos no mencionado art. 4º, têm sido muito mal compreendidos. Alguns autores pretendem atribuir à expressão o mesmo sentido dos modernos princípios jurídicos (normas-princípio aos quais se referiu no item 2.4 do Capítulo 2). Trata-se de erro evidente – a normatividade dos princípios não era abertamente reconhecida, ainda, ao tempo da elaboração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e nem se conhecia, ou empregava, a distinção entre texto e norma. Outros autores, minoritariamente,

---

<sup>374</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 295 e ss.

<sup>375</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit, p. 91; e p. 102 e ss.

<sup>376</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, V. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, p. 129-130, nota 5.

<sup>377</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 382 e ss. e *passim*.

consideram os princípios gerais do Direito *topoi* empregados como “reminiscências do Direito natural”.<sup>378</sup>

Espínola e Espínola Filho explicam, argutamente, que os princípios gerais do Direito eram compreendidos como considerações sociológicas, retiradas da “natureza das coisas”, e “inferidos, por um lado, do espírito e das ideias fundamentais das leis e costumes...” e, pelo outro lado, ser achado com o recursos aos trabalhos “da jurisprudência, da ciência jurídica e da legislação comparada”. Adjetivando-os expressamente como “imprecisos”, os autores reconheceram que a pesquisa dos princípios gerais do Direito seguia os parâmetros do que Geny intitulava “livre investigação científica”: livre, porque se subtraía à ação própria de uma autoridade legislativa; científica, porque encontrava bases sólidas nos elementos objetivos revelados pela “ciência”.<sup>379-380</sup>

Os códigos de processo civil brasileiros, repetindo a tradição romana segundo a qual o tema das fontes do Direito é, topologicamente, um tema de Direito processual (sobre o que já se referiu no item 1.1.2 do Capítulo 1), trataram de disciplinar o assunto, ainda que repetindo as disposições já existentes em outras leis.

Assim, por exemplo, o Código de Processo Civil de 1939 disciplinava, no art. 113, que o juiz não poderia, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças. À época estava em vigor o art. 7º da Introdução ao Código Civil de 1916 que, como já se referiu, disciplinava que aos casos omissos da lei se devia recorrer à analogia e aos princípios gerais do Direito.

Já o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu, em seu art. 126, que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento do mérito da causa caber-lhe-ia aplicar as normas legais e, não havendo normas, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito. A esta altura, como já se disse, já estava em vigor a norma do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Os

---

<sup>378</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, cit., p. 146.

<sup>379</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 109-112 e ss.

<sup>380</sup> Para uma síntese de outras visões teóricas minoritárias sobre os princípios gerais do Direito, cf. SILVEIRA, Alípio. “A Analogia, os Costumes e os Princípios Gerais do Direito na Integração das Lacunas da Lei”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, A. 43, Vol. 108, N. 520., p. 460-466, 1946; GONÇALVES, Carlos Roberto. “Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: Suas Função no Ordenamento Jurídico e, em Especial, no Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 10, N. 37, p. 7-30, 1985 [p. 24-25].

dispositivos são praticamente idênticos, excetuando a primeira parte do art. 126, que em nada altera a disciplina do tema das fontes do Direito.

O Código de Processo Civil atualmente em vigor não se furtou de tratar do tema das fontes do Direito. As consequências das suas novas disposições normativas afetaram todo o ordenamento jurídico, inclusive a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É do que se tratará, doravante.

### 3.1.1. DERROGAÇÃO DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O texto do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro jamais foi alterado, desde que entrou em vigor a referida lei, há setenta e sete anos. Apesar da boa intenção do Congresso Nacional em atualizar o nome pelo qual o Decreto-lei nº. 4657, de 4 de setembro de 1942, é conhecido (o que, como já se referiu, só aconteceu em 2010), uma disposição legal tão importante quanto a que disciplina as fontes do Direito brasileiro restou desatualizada até hoje.

As inadequações são muitas. Embora o novo nome da lei se refira às “normas” do Direito brasileiro, a redação original da lei não contemplava a sofisticação conceitual da distinção entre texto/fonte e norma. As poucas menções à expressão “norma” no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estão situadas no bloco de artigos inseridos na referida lei pela Lei nº 13.655/2018 (arts. 20 a 30) sobre a interpretação de normas jurídicas de Direito público, objeto de alguma crítica pela doutrina.<sup>381</sup>

Com efeito, como é de conhecimento notório, diversas transformações na teoria jurídica tornaram a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro obsoleta: o abandono da categoria dos princípios gerais do Direito; a consolidação da distinção entre texto e norma; o reconhecimento dos princípios jurídicos como espécies de normas, e da proporcionalidade como metanorma de resolução das antinomias entre princípios jurídicos; a utilização de

---

<sup>381</sup> Cf., por exemplo, DUARTE, Leonardo Avelino; PEREIRA, Danilo Elias. “A LINDB e a Autofagia do Direito”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, A, 19, Vol. 94, p. 29-42, 2018; MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. “Análise Acerca da Aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na Redação Dada Pela Lei nº 13.655/2018) no que Concerne à Interpretação de Normas de Direito Público: Operações Interpretativas e Princípios Gerais de Direito Administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 277, N. 3, p. 247-278, 2018.

cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; o reconhecimento do poder normativo dos precedentes judiciais e dos enunciados de súmula de jurisprudência dos tribunais. O texto é tão defasado que sequer trata, a nível de sobredireito, do fenômeno da inconstitucionalidade das normas legais, mesmo o controle de constitucionalidade antecedendo em décadas a referida lei – o que pode ser explicado, como já se disse, em razão da legolatria do código civil nas primeiras décadas do século passado. Também não contempla os efeitos que a entrada em vigor no Brasil de tratados internacionais podem surtir sobre as leis, e nem trata do controle de convencionalidade.

Em 1942, por exemplo, seria impensável tratar de precedentes judiciais como fontes do Direito brasileiro, dada a compreensão doutrinária prevalecente no Brasil à época.<sup>382</sup> Comentando esta hipótese, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, autores de uma obra de comentários à então Lei de Introdução ao Código Civil publicada em 1943, discorreram, em uma longa nota de rodapé, sobre como seria possível concluir, definitivamente, pela impossibilidade de considerar os precedentes judiciais fontes do Direito brasileiro em razão do então chamado princípio do livre-convencimento motivado do juiz.<sup>383</sup>

E, no entanto, décadas depois, o Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2015 expressamente admite a normatividade de determinados precedentes judiciais, sem que o Congresso Nacional, diligentemente, tenha tomado medidas para alterar o texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e adequá-lo à nova realidade jurídica.

Diante dessa realidade, não é mais possível sustentar a vigência do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a norma decorrente do seu art. 8º eliminou a concepção *quasi*-totalizante da lei como fonte do Direito e a posição de subordinação das demais fontes. A nova norma estabelece que o juiz deve aplicar aos casos o “ordenamento jurídico”. A opção pelo uso desta expressão em lugar da palavra lei foi deliberada.<sup>384</sup> Em diversas passagens do novo código houve alteração vocabular proposital para

---

<sup>382</sup> Sobre o assunto, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 127 e ss.

<sup>383</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 17-18.

<sup>384</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 104-105 e nota de rodapé nº. 43.

demonstrar que se concebe um sistema jurídico formado por normas decorrentes de uma multiplicidade de fontes. O Ministério Público é fiscal da ordem jurídica, e não da lei; o juiz é obrigado a decidir, mesmo em caso de lacuna do ordenamento jurídico, e não da lei; a ação rescisória é cabível contra decisão transitada em julgado que tenha violado norma jurídica, e não a lei etc.<sup>385</sup>

A norma decorrente do referido art. 8º comanda o juiz a aplicar o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Claramente repete, propositalmente, a referência ao atendimento dos fins sociais, conforme consta do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – o que também apenas reforça o argumento segundo o qual o art. 8º do novo código regulou completamente a matéria dos referidos arts. 4º e 5º.

Por outro lado, a importação dessas expressões reuniu no texto legal sintagmas e expressões de épocas diversas.<sup>386</sup> As expressões “fins sociais” e “bem comum”, reputadas pela doutrina como anacrônicas e/ou ultrapassadas, pertencem a um passado incompatível com a metodologia jurídica e a realidade normativa contemporâneas, sem falar na sua aparente autocontradição. Essas expressões foram empregadas na lei em uma mesma frase na qual se mencionam ideias jurídicas contemporâneas, como proporcionalidade e eficiência, por exemplo. Essas “mixagens metodológicas” podem causar alguma dificuldade na compreensão dos pressupostos teóricos assumidos na elaboração do novo código.

Afirmou-se, acima, que os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teriam sido revogados tacitamente pelo Código de Processo Civil. Como salientam Espínola e Espínola Filho, a revogação tácita ou indireta ocorre em dois casos: no primeiro, a lei nova encerra disposições incompatíveis com as da anterior, podendo a revogação ser parcial

---

<sup>385</sup> Cf., por exemplo, os arts. 18, 140, 178 e 966, V, do Código de Processo Civil, confrontados com os arts. 6º, 126, 83, e 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, respectivamente.

<sup>386</sup> DIDIER JR, Fredie. "Art. 8º". In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Art. 8º". In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

(derrogação); ou a nova lei regula toda a matéria, que era regulada pela lei anterior, caso em que a revogação desta é sempre total (ab-rogação).<sup>387-388</sup>

Assim, a não reprodução, no Código de Processo Civil, da parte final do texto do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, pode ser compreendida como a revogação, ainda que tácita, do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>389</sup> – revogação na modalidade derrogação, já que apenas uma parte específica da lei foi revogada.

### 3.1.2. LACUNAS, FONTES SUBSIDIÁRIAS E PLURALISMO DE FONTES DO DIREITO

Outro problema referente ao dispositivo do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é a sua referência à omissão da lei, ou seja, o reconhecimento de uma “lacuna” na legislação. Em primeiro lugar, faz-se necessário interpretar a redação original do dispositivo revogado, datado de 1942, de forma a compatibilizá-lo à compreensão atual segundo a qual eventuais lacunas seriam do ordenamento jurídico, e não apenas da legislação – como, aliás, dispõe o art. 140 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Outra questão, conexa a esta, é referente ao modo de se conceber o ordenamento jurídico. Se se conceber o sistema jurídico como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, o problema das lacunas estaria resolvido, porque “tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido”.<sup>390</sup> Sendo assim, toda e qualquer lacuna seria apenas aparente em face desse postulado da plenitude hermética do ordenamento jurídico. Uma tal concepção, contudo, foi abandonada pelos teóricos do Direito.

Se, por outro, se conceber o sistema jurídico como dinâmico, aberto e incompleto, pressupondo o Direito como uma realidade complexa e em constante transformação, seria

---

<sup>387</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit, p. 63.

<sup>388</sup> A doutrina acatou, há séculos, a distinção constante de um fragmento de Modestinus no Digesto (D. 50, 16, 102) segundo o qual “uma lei é ou derogada ou ab-rogada. É derogada quando uma parte dela é retirada; é ab-rogada quando é totalmente afastada”.

<sup>389</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 58-59 e nota de rodapé nº. 69.

<sup>390</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 169.

possível perceber seu caráter contínuo e ordenado, mas, também, sua vulnerabilidade à desordem, por não apresentar soluções expressas para determinados casos.<sup>391</sup>

Os arts. 8º e 140 do Código de Processo Civil não empregam mais a expressão “fonte subsidiária” ou se referem à lei como fonte principal e as demais fontes como somente produtoras de normas em caso de lacuna na legislação. Como já se mencionou, anteriormente, o art. 140 do Código de Processo Civil determina ao juiz que não se exima de julgar em caso de lacuna ou obscuridade do “ordenamento jurídico”, e não da lei.

A assunção consciente da pluralidade de fontes do Direito cria algumas dificuldades aos teóricos e aos aplicadores do Direito no tocante à instituição de uma metodologia que propicie às decisões judiciais selecionar, entre as normas jurídicas decorrentes de várias fontes do Direito, qual deve ser utilizada como norma de decisão, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Este não é um desafio vivido exclusivamente no sistema jurídico brasileiro. Como menciona Antonino Rotolo, a proliferação de fontes do Direito nos diversos sistemas jurídicos romano-germânicos (com o reconhecimento de maiores poderes normativos aos precedentes judiciais, aos costumes e às manifestações de autonomia privada) torna menos clara a relação clássica de subordinação hierárquica entre as anteriormente chamadas fontes primárias – essencialmente, a lei – e as então chamadas fontes secundárias ou subsidiárias, como o costume ou o regulamento.<sup>392</sup>

Isso não significa que o critério hierárquico não tenha nenhum papel na resolução de potenciais conflitos normativos, mas simplesmente que tais conflitos podem ser resolvidos combinando diferentes estratégias. Diante das várias possibilidades, o princípio da hierarquia por vezes, se aplica; às vezes vale apenas para um certo tipo de conflito normativo; às vezes é substituído pelo critério de competência material; e, menos frequentemente, é neutro na competição entre diferentes fontes que normatizem o mesmo tema.<sup>393</sup>

Como observou Zagrebelsky, esse cenário não ilustra uma tendência temporária e meramente contingente do Direito, mas parece ser uma consequência estrutural do pluralismo

---

<sup>391</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 117.

<sup>392</sup> ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”, cit., p. 161-162.

<sup>393</sup> ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”, cit., p. 162.

das fontes que está moldando os sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, a fragmentação do sistema das fontes do Direito não é apenas um fato de algum interesse para os historiadores do Direito, mas de grande importância para os teóricos, também. Sistemas jurídicos no século XX e XXI às vezes parecem com aglomerados de subsistemas<sup>394</sup> dentro dos quais – isso talvez possa ser visto como uma consequência bizarra – o critério formal da hierarquia volta a ser a principal ferramenta para resolver conflitos normativos.

Desta vez, contudo, a fonte hierarquicamente superior às demais é a constituição, e não a lei. As constituições nacionais unificam o sistema das fontes do Direito e fornecem fundamentos substanciais para a unidade dos sistemas jurídicos. Elas se tornaram, para Rotolo, metafones do Direito<sup>395</sup> a despeito de, como denuncia Guastini, as constituições nem sempre se referirem expressamente às fontes que reconhece.<sup>396</sup>

Como notou Zagrebelsky, a supremacia das constituições não pode ser comparada com a posição hierárquica anteriormente ocupada pela legislação. Seria um erro aplicar o esquema linearmente hierárquico anteriormente difundido, apenas deslocando a constituição para o ápice da estrutura escalonada de fontes do Direito.<sup>397</sup> As constituições ocupam, sim, a posição de fonte (ou, para Rotolo, metafone) mais importante do Direito, e todas as demais fontes devem se subordinar a ela, mas as demais fontes, entre si, não necessariamente devem manter, tal qual se entendia, no passado, uma ordem escalonada de posições hierárquicas.

A verdadeira questão por trás de toda essa discussão é como lidar com as diferentes fontes do Direito e alcançar um equilíbrio em face do pluralismo dos variados poderes normativos que disputam a criação e a transformação do Direito.

Propõe-se, aqui, que os ordenamentos jurídicos modernos, dotados de uma pluralidade de fontes do Direito, podem adotar várias estratégias para tentar resolver o problema da aparente insegurança jurídica que daí poderia advir: i) o critério hierárquico, para estipular quais fontes do Direito devem prevalecer sobre as demais (desde que submetidas à fonte constitucional, como se discutiu acima) ii) critério de reserva normativa para uma determinada fonte,

---

<sup>394</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 10ª ed.. Tradução para o espanhol de Marina Gastón. Madrid: Trotta, 2011, p. 37 e ss,

<sup>395</sup> ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”, cit., p. 163.

<sup>396</sup> GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 307 e ss. e *passim*

<sup>397</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, cit., p. 37-40. Nesse sentido, também ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”, cit., p. 163-164.

relativamente a determinados temas (p. ex., reserva legal para instituição de tributos; reserva constitucional para definição de competência da Justiça Federal; reserva consuetudinária para determinar onde serão afixados os editais etc.); iii) critério material (no plano normativo, e não das fontes), que selecione a norma mais aplicável com fundamento em algum critério objetivo (p. ex., norma mais favorável ao consumidor, ao réu, ao trabalhador, etc.).

Todos esses critérios, e outros, não são mutuamente excludentes, e podem ser empregados cumulativamente, independentemente. Além disso, dentro de um mesmo ordenamento jurídico pode haver ramos ou setores do Direito que adotam não apenas metanormas de fontes do Direito diferentes, mas também diferentes estratégias para lidar com a pluralidade de fontes do Direito naquele subsistema jurídico. A isto se referirá a seguir.

### 3.1.3. POLICENTRISMO E METANORMAS DE FONTES DO DIREITO

Se a norma decorrente do dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro constituía uma norma geral para todo o sistema jurídico (isto é, para os vários ramos do Direito, salvo hipótese de norma expressa em sentido contrário), doravante são os arts. 8º e 140 do Código de Processo Civil que cumprirão este papel.

Como já se mencionou anteriormente, o fenômeno do policentrismo permite que os diversos ramos do Direito possam disciplinar, especificamente, as fontes do Direito e eventuais relações de predominância entre tais fontes, no respectivo âmbito normativo.

Como exemplos de metanormas gerais de fontes do Direito (isto é, que estipulam fontes do Direito que podem emanar normas em todo o ordenamento jurídico, a não ser quando outra metanorma expressamente afasta a fonte em questão): a do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (que, como já se disse, esta tese defende que foi revogado pelo Código de Processo Civil) bem como as normas dos arts. 8º e 927 do Código de Processo Civil, que irradiam seus efeitos até mesmo para o Direito criminal; bem como os princípios do respeito ao poder de autorregramento da vontade e do poder normativo social.

As metanormas “setoriais” de fontes do Direito servem ao propósito de instituir especificidades normativas que decorrem de motivos de ordem política, filosófica, econômica, cultural e jurídica, e que fazem, por exemplo, com que o papel da lei e de outras fontes no Direito criminal e no Direito empresarial sejam substancialmente diferentes. Podem também instituir relações de subsidiariedade da aplicação de determinadas fontes em relação a outras

(por exemplo, subsidiariedade da legislação processual civil em relação à legislação processual trabalhista).

São exemplos de metanormas setoriais de fontes do Direito: o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho; o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor; e o art. 108 do Código Tributário Nacional.

Tome-se por exemplo o Direito tributário. Há disposição constante do Código Tributário Nacional, em seu art. 96, que estabelece que a expressão “legislação tributária” deve ser entendida como contendo “as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

Já a disposição do art. 100 apresenta um rol de “normas (sic) complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos”: os atos normativos autoridades administrativas; as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Observe-se que a expressão “práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas” deve ser interpretada como equivalente a costumes tributários. Em razão do princípio da segurança jurídica, a administração tributária não pode exigir que o contribuinte se comporte de forma diferente daquela por ela consentida repetidamente, e nem sancioná-lo caso ele o faça.

Nas palavras de Tárek Moysés Moussalem, se o sujeito passivo da obrigação tributária conduz os seus atos de acordo com essa “praxe administrativa” fazendária, tem o direito de ser tratado e julgado pela administração de acordo com os critérios que a mesma expressa a respeito daquele costume. Contudo, Moussalem afirma que o Direito tributário seria incompatível com costumes *praeter* e *contra legem* em razão das regras decorrentes do art. 97 do Código Tributário Nacional, que enumera diversas matérias sobre as quais só podem ser produzidas normas jurídicas por meio de lei tributária (reserva legal tributária).<sup>398</sup> Assim, para Moussalem, só se admitiria o costume *secundum legem* no Direito tributário.

---

<sup>398</sup> MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 170 e ss.

Já no âmbito do Direito do trabalho as fontes do Direito estão arranjadas em um esquema ainda mais peculiar. O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, “conforme o caso”, pela “jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Todas as fontes apontadas pelo art. 8º seriam, a rigor, fontes “subsidiárias”, que só poderiam ser utilizadas na presença de lacuna legislativa ou contratual. Entretanto, consolidou-se no Direito do trabalho (não apenas no Direito brasileiro) uma metanorma que determina que seja sempre aplicável ao caso a norma mais favorável ao trabalhador, ainda que decorrente de uma fonte hierarquicamente inferior ou anterior à norma menos favorável.

Essa metanorma, pela doutrina nomeada quase unanimemente como o “princípio” (sic) da norma mais favorável<sup>399</sup> exige que, diante de uma pluralidade de normas aplicáveis a uma situação jurídica envolvendo uma relação trabalhista, deve-se escolher não a norma cuja fonte seja hierarquicamente prevalecente, mas a norma que, materialmente, for interpretada como mais favorável ao trabalhador.

Segundo Saulo Casali, em decorrência deste “princípio”, uma norma legal que atribuisse ao empregado férias de vinte dias deve ser preterida em favor de norma convencional que atribuisse ao empregado férias de trinta dias; assim como uma norma consuetudinária que instituisse aviso prévio de sessenta dias deveria prevalecer sobre a norma convencional que estipulasse aviso prévio de trinta dias.<sup>400</sup>

Nenhum estranhamento se apresentaria ao jurista de alguma outra área do Direito, a exemplo do Direito civil, quando a norma hierarquicamente superior afastada em favor de outra mais benéfica tivesse natureza dispositiva; ou a norma inferior, mais favorável ao empregado,

---

<sup>399</sup> Cf., por todos, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 13ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 173 e ss.; e 191 e ss.

<sup>400</sup> BAHIA, Saulo José Casali. “Originalidades das Fontes no Direito do Trabalho”. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, N. 2, p. 183-194, 1991 [p. 186-187]. Nesse sentido, também NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1973, p. 36.

for uma norma posterior.<sup>401</sup> Quando, entretanto, essas combinações não acontecessem, estar-se-ia tratando de um cenário de subversão da hierarquia das fontes? No entender da doutrina trabalhista, não – pois haveria normas jurídicas superiores, de natureza principiológica, que determinariam que as normas inferiores aquiescessem à aplicação de normas mais favoráveis.<sup>402</sup>

Esse “princípio” admite, entretanto, temperamentos. A norma mais benéfica que contrariar uma norma legal de “ordem pública” não é aplicável, porque a ordem pública teria como pressuposto a proteção do “interesse geral” ou “coletivo” e uma “lei de ordem pública econômica” manifestaria, macroscopicamente, o que seria melhor para a comunidade como um todo, e não apenas uma específica relação de trabalho.<sup>403</sup>

Mencione-se, por exemplo, a previsão constitucional da prescrição trabalhista (decorrente do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal), que, por constituir norma proibitiva estatal (visando alcançar o interesse coletivo de pacificação e segurança jurídica) não admite norma trabalhista em sentido contrário, ainda que mais benéfica ao trabalhador.

No Direito do trabalho, portanto, a determinação de qual norma deve ser aplicada a um caso concreto não precisa obedecer a uma estrutura previamente hierarquizada de fontes do Direito, mas se utiliza de um critério orientador de natureza finalística para orientar a opção material por uma norma, em detrimento de outra, independentemente da sua fonte, com as ressalvas que já se apresentou acima.

## 3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

### 3.2.1. GENERALIDADES

---

<sup>401</sup> OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 291.

<sup>402</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. “Os Princípios Jurídicos Especializados do Direito do Trabalho”. In: *Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo*, V. 1. São Paulo: LTr, 1980, p. 355-356.

<sup>403</sup> NOVAS, Sérgio. “Fontes do Direito do Trabalho: Originalidade e Hierarquia”. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, N. 2, p. 195-215, 1991 [p. 212-213].

É importante deixar claro que a referência à legalidade no art. 8º do Código de Processo Civil é, claramente, “o eco de um tempo em que se via apenas a lei como fonte do Direito”<sup>404</sup> e, além disso, um lapso causado pela tentativa de reproduzir a parte final do art. 37, *caput*, da Constituição Federal (o que faz sentido, sobretudo, se se pensar a jurisdição estatal como um serviço público).

Os empregos, pela própria Constituição Federal, das expressões “legalidade” e “lei” também devem ser examinados com cautela. Em algumas situações, “lei” quer dizer, de fato, lei, como nas ocasiões em que se refere às competências legislativas dos entes federados. Em outras, “legalidade” ou “lei” devem ser compreendidos em sentido mais amplo.

A expressão “legalidade” no art. 37, *caput*, da Constituição Federal não determina que o Estado obedeça somente à lei na condução dos assuntos administrativos, mas a todo o ordenamento jurídico. O mesmo pode se concluir a respeito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta exercida pelo Congresso Nacional: ela não deve se ater apenas ao cumprimento da lei, mas de todo o ordenamento jurídico, incluindo precedentes dos tribunais, entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União, costumes fiscais ou tributários etc. Há vários outros exemplos.

Como visto, embora se tenha optado por manter o uso da expressão “legalidade”, o sentido atribuído a ela mudou substancialmente. Se, no passado, a legalidade significava a normatização das situações jurídicas exclusivamente por intermédio da lei, na contemporaneidade a expressão é metonímica, e se refere a todo o ordenamento jurídico, contendo normas jurídicas provenientes de diversas fontes do Direito. Outra expressão frequentemente utilizada, como uma intenção deliberada de abandonar a ideia de legalidade, é “princípio da juridicidade”, ou conformidade com o Direito.

Para Leonardo Cunha, a expressão “princípio da constitucionalidade” seria mais adequada que “princípio da legalidade”, porque a Constituição Federal é a principal fonte do Direito no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>405</sup> Essa expressão é particularmente compatível com

---

<sup>404</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 103 e ss.

<sup>405</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Art. 8º”, cit., p. 47.

as considerações desenvolvidas no item 3.1.2, acima. Entretanto, optou-se por fazer uso, nesta tese de doutorado, da expressão “princípio da legalidade”, já consolidada na doutrina.

O princípio da legalidade, fruto desse *aggiornamento*, prestigia, também, a segurança jurídica, conferindo maior previsibilidade ao Direito: um caso que se subsume a um padrão normativo já existente deve ser tratado em conformidade com essa norma jurídica, seja ela proveniente de um precedente judicial de uma lei, de um costume etc.

Para Fredie Didier Jr., o princípio da legalidade pode funcionar como uma norma jurídica processual ou como uma norma jurídica material, ou de decisão. Como norma jurídica processual, o princípio da legalidade opera como uma dimensão normativa do devido processo legal. Já como norma de decisão, o princípio da legalidade exige que o juiz decida os processos em conformidade com o ordenamento jurídico, contemplando normas provenientes de todas as suas fontes; proíbe a decisão arbitrária, fundada em Direito natural ou em critério criado pelo próprio juiz; e, obviamente, contempla a obediência à Constituição Federal e ao dever de controlar a constitucionalidade das normas legais e das provenientes demais fontes do Direito.<sup>406</sup>

É também possível atribuir um último sentido ao princípio da legalidade: a ideia de reserva legal. Especialmente num cenário de coexistência de múltiplas fontes do Direito, frequentemente o próprio legislador reconhece a multiplicidade de fontes com aptidão para normatizar uma determinada questão, e, se antecipando ao problema do eventual risco de insegurança jurídica, estabelece que só a fonte legal poderá ser utilizada para instituir normas jurídicas sobre determinado tema. É o que sucede, por exemplo, com o Direito tributário, como se referiu acima: o art. 100 do Código Tributário Nacional estipulou que costumes, tratados internacionais e regulamentos infralegais não poderiam instituir tributo novo, por exemplo – só a lei pode fazê-lo.

### 3.2.2. O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO

Em decorrência do que se afirmou até agora, é possível perceber que a revisão do conceito de legalidade impacta na compreensão do que seja o “ordenamento jurídico”.

---

<sup>406</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 103 e ss. Nesse sentido, cf., também: CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Art. 8º”, cit., p. 47.

Para além das menções que o Código de Processo Civil faz ao ordenamento jurídico, só foi possível encontrar a expressão na Constituição Federal, no art. 127, que trata da atribuição do Ministério Público de “defender a ordem jurídica”. A expressão “ordenamento jurídico” não é utilizada nos grandes códigos brasileiros. A pesquisa não investigou a legislação avulsa/extravagante.

Deve-se entender o ordenamento jurídico brasileiro como um conjunto de normas jurídicas provenientes das várias fontes do Direito admitidas no Brasil. O ordenamento jurídico não forma um edifício normativo totalmente pleno, coeso e completo. Há lacunas no ordenamento jurídico, bem como normas jurídicas antinômicas (verificam-se normas provenientes de fontes diversas e que dispõem em sentido contrário, sejam decorrentes de leis e costumes, costumes e regulamentos, precedentes e lei etc.).

A tarefa de selecionar/construir a norma jurídica do caso é do aplicador do Direito, com fundamento em critérios que não convém a esta tese de doutorado investigar e expor. Para fazê-lo, deverá, no entanto, ter total consciência da dimensão do ordenamento jurídico, isto é, conhecer as normas que decorrem de todas as suas fontes do Direito. Há uma bela frase de Carlos Cossio que ilustra esse cenário: “o Direito é como uma esfera, toca o chão em apenas um ponto, mas sobre esse ponto recai o peso de toda a esfera”.<sup>407</sup>

A norma que decorre do art. 18 do Código de Processo Civil, por exemplo, determina que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Nestes termos, se permite que a substituição processual se dê com fundamento em norma decorrente de um costume processual, ou de um precedente judicial vinculante etc.

Até mesmo os precedentes judiciais integram o ordenamento jurídico, a despeito de serem normas concretas, e não abstratas. O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do Código de Processo Civil (entre os quais os arts. 926 e 927, por exemplo), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade, como sugerido acima.<sup>408</sup>

---

<sup>407</sup> COSSIO, Carlos. *La Teoria Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944, p. 148.

<sup>408</sup> Entendimento firmado no enunciado nº. 380 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A expressão ‘ordenamento jurídico; empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

### 3.3. A NORMATIVIDADE DO COSTUME

Como já se afirmou acima, o art. 8º do Código de Processo Civil derogou o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que continha disposição que expressamente reconhecia a normatividade dos costumes no Direito brasileiro.

Diante da revogação tácita da norma, dúvidas podem ser lançadas sobre a permanência do costume como uma fonte do Direito brasileiro. Entretanto, o costume continua a ser uma fonte do Direito brasileiro.

Isso porque o ordenamento jurídico contém diversas disposições normativas, ainda que referentes a determinados ramos ou setores do Direito, que reconhecem os costumes como fatos produtores de normas jurídicas (costumes *secundum legem*).<sup>409</sup> É possível extrair de todas essas disposições um “princípio do respeito ao poder normativo social”<sup>410</sup> (na verdade, uma metanorma) que reconhece a normatividade social dos costumes, e os admite como fontes do Direito em geral.<sup>411</sup>

Do ponto de vista jurisprudencial, os tribunais têm acatado a normatividade dos costumes há décadas, se bem que temperada pelos parâmetros da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou por metanormas setoriais de fontes do Direito.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, possui uma firme jurisprudência que reconhece a normatividade dos costumes comerciais, com exceção dos *contra legem*;<sup>412</sup> um órgão judicial baiano recentemente reconheceu a importância dos costumes para a normatividade dos condomínios residenciais de apartamentos;<sup>413</sup> e ao longo do Capítulo 4, a

---

<sup>409</sup> Cf., por exemplo, arts. 569, II; 597; 599; 615; 965, I; 1.297, § 1º, todos do Código Civil; artd. 458 e 479, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho; art. 887, § 3º, do Código de Processo Civil, entre outros.

<sup>410</sup> Utilizou-se a expressão “princípio”, aqui, apenas para formular um paralelismo com o princípio do respeito ao autorregramento da vontade.

<sup>411</sup> Podendo as metanormas setoriais de fontes do Direito afastar o costume dentro do subsistema normativo respectivo.

<sup>412</sup> Cf., por exemplo: STF, 2ª Turma, RE 20.829/SE, rel. Min. Abner de Vasconcelos, DJ: 05/08/1952; STF, 2ª Turma, RE 19.757/SP, rel. Afranio Costa, DJ: 02/12/1953; STF, 2ª Turma, RE 14.465/SP, rel. Min. Afranio Costa, DJ: 05/01/1954; STF, 2ª Turma, RE 12.878/SP, rel. Min. Afranio Costa, DJ: 01/01/1970.

<sup>413</sup> Cf. TJ-BA, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, RI 138076120071, rel. J. Nícia Olga Andrade de Souza Dantas, DJ: 28/05/2010

seguir, serão mencionadas diversas decisões judiciais que admitem a existência de costumes processuais no processo civil e no processo do trabalho.

Também a doutrina reconheceu os costumes como fontes do Direito, desde os primórdios da República. É verdade que os juristas vacilavam na qualificação do costume ora como fonte primária do Direito,<sup>414</sup> ora como fonte subsidiária,<sup>415</sup> ora se omitindo de examinar a admissibilidade do costume como fonte, implícita ou explicitamente, mas fazendo referência a normas consuetudinárias em suas obras práticas.

Tampouco se chegou a um consenso sobre a admissibilidade do *desuetudo* da lei. Embora a maioria dos autores opinasse pela impossibilidade,<sup>416</sup> Haroldo Valladão, em uma posição incomum para o seu tempo, defendia que a lei pudesse vir a ser revogada por um costume ab-rogatório, se confirmado pela jurisprudência.<sup>417</sup> Aliás, o autor inseriu no art. 4º do seu Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, que pretendia substituir a (então ainda chamada) Lei de Introdução ao Código Civil, disposição nesse sentido.

Já no tocante aos requisitos do costume, a doutrina continuava a se referir àqueles estabelecidos na Lei da Boa Razão. Por outro lado, parte da doutrina também se referia ao elemento subjetivo do costume, cuja teorização viabilizou a substituição, ainda no século XIX,<sup>418</sup> da tese disseminada desde a Idade Média a respeito do consentimento tácito do povo e do soberano como pressupostos necessários do costume – apesar das duras críticas da relevante doutrina de Savigny, em seu Sistema de Direito Romano Atual.<sup>419</sup>

---

<sup>414</sup> CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Cíveis*, cit., p. 4; FILGUEIRAS, Leogivildo. *Estudos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Polytechnográfica, 1904, *passim*;

<sup>415</sup> MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *O Poder Judiciário na República*. Curitiba: Novo Mundo, 1899, p. 146 e 158 e ss.; CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906, p. 108 e ss.

<sup>416</sup> No sentido da impossibilidade, e com fundamento na Lei da Boa Razão, cf., por todos, GARCEZ, Martilho. *Nullidades dos Actos Juridicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, p. 213 e ss.

<sup>417</sup> VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 27.

<sup>418</sup> TELES, Miguel. "A Formação do Costume". In: GOMES, Carla Amado (org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012, p. 165-172; KADENS, Emily; YOUNG, Ernest A. "How Customary is Customary International Law", cit.

<sup>419</sup> SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. I. Tradução para o espanhol por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, p 125 e ss. (§§ XXIX).

Beviláqua foi um dos principais autores brasileiros a adotar expressamente a *opinio juris vel necessitatis* como pressuposto do costume.<sup>420</sup> E ainda no século XIX Ribas já havia feito uma referência à teorização de Savigny quando escreveu sobre os pressupostos do costume – se bem que apenas em uma nota de rodapé, e sem se referir a ele expressamente.<sup>421</sup> Em 1902, Lafayette criticou a doutrina de Austin, segundo a qual o costume só adquiria “força de lei” (uma expressão muito utilizada desde o medievo até meados do século XX para significar “força normativa” ou “vinculatividade”) quando consagrada por decisões do Poder Judiciário. Sua crítica estava fundamentada no argumento, ainda prevalecente no início do século XX, segundo o qual ao Poder Judiciário não caberia “criar” o Direito.<sup>422</sup>

Curiosamente, Pontes de Miranda não tratou de forma significativa do costume na sua obra sobre as fontes do Direito civil, senão sob uma perspectiva meramente histórica. Mesmo no tópico sobre as “fontes do Direito Civil antes do Código Civil” tratou muito superficialmente do costume, se ocupando mais dos estilos das cortes e dos (já extintos) assentos, deixando de mencionar aspectos conceituais e teóricos então modernos (a primeira edição da obra é de 1928).<sup>423</sup> Em seu Tratado de Direito Privado, tratou do costume apenas *en passant*, referindo-se a costumes para comentar sobre determinados institutos ou interpretar certas disposições legais. A única obra em que tratou de forma mais direta sobre o tema “costume” foi no Sistema de Ciência Positiva do Direito, ainda que com uma abordagem mais teórica-geral do que dogmática.<sup>424</sup>

Posteriormente, com a popularização do gênero literário dos manuais de introdução ao estudo do Direito, a partir da década de 1950, consolidou-se o reconhecimento, pela doutrina, do costume como fonte do Direito brasileiro.<sup>425</sup> Também faz-se necessário citar o erudito ensaio

---

<sup>420</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

<sup>421</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 129-130, nota nº 4.

<sup>422</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1902, p. 15

<sup>423</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 65 e ss.

<sup>424</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, T. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 218 e ss.

<sup>425</sup> Não é possível fazer referência a todas as obras; entre as mais importantes, cf. LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 193-198; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Direito: Filosofia, História e Ciência do Direito*, V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 260-261; PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 119-124; MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004,

de Moreira Alves<sup>426</sup> sobre o Direito consuetudinário e o robusto artigo de Alípio Silveira, dividido em duas partes.<sup>427</sup>

Antes de passar ao próximo item, cabe um rápido excursus.

As fontes do Direito não podem ser instituídas (ou removidas) com “canetadas” normativas. Essa frase não contradiz o que já se afirmou anteriormente sobre as metanormas de fontes do Direito.

A normatividade está intrinsecamente associada aos aspectos mais imanentes do sistema jurídico (poder-se-ia dizer que decorrem do seu “DNA” jurídico, da sua tradição). Assim, os acréscimos e supressões de normas sobre fontes do Direito devem guardar sentido com a sua tradição jurídica e a lenta transformação/evolução do sistema jurídico a partir de suas características originais.

A maior prova dessa afirmação é a instituição de precedentes vinculantes no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil, após décadas de debates doutrinários e reformas legislativas para robustecer o Direito jurisprudencial brasileiro. Não se tratou, a criação dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, de uma “penada” criativa, mas sim o mais novo ato de uma longa trajetória da qual participaram doutrinadores, tribunais, advogados e legisladores para que se pudesse, um dia, chegar ao resultado que se obteve.

Isso explica, também, o motivo pelo qual a disposição do art 386 do Decreto nº. 848/1890 (à qual se referiu no item 1.3. do Capítulo 1) que determinou, em sua segunda parte, que “*os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão*

---

p. 80-82; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 167-168; MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 276-283; NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108-117; SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 294-299; MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 398-403; DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 331-342; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, cit., p. 197-202; MENEZES, Djacir. *Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed. Porto Alegre: Edições Globo, 1938, p. 108-109 e 160-161.

<sup>426</sup> ALVES, José Carlos Moreira. “O Direito Consuetudinário”, cit.

<sup>427</sup> SILVEIRA, Alípio. “O Costume Jurídico no Direito Brasileiro”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, A. 53, Vol. 163, N. 631-632, p. 74-88, 1956; SILVEIRA, Alípio. “O Costume Jurídico no Direito Brasileiro”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, A. 53, Vol. 163, N. 633-634, p. 60-69, 1956.

*tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal*” não teve qualquer efetividade, e foi repellido pela doutrina de forma praticamente unânime: era incompatível com a tradição jurídica, a despeito da realização de vários “transplantes jurídicos” de instituições republicanas e do Direito dos Estados Unidos da América. A sua imposição repentina e sem que a tradição jurídica lentamente se transformasse para instituir essa regra causou a sua repulsa pela doutrina.

#### 3.4. DESUETUDO NO DIREITO BRASILEIRO

O art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor (*rectius*: eficácia) até que outra a modifique ou revogue”. Em outras palavras, uma lei só poderia ser retirada do ordenamento jurídico por efeito de outra lei.

A mencionada regra não se refere a algumas hipóteses admitidas como capazes de retirar a eficácia de uma norma jurídica, a exemplo da declaração de sua inconstitucionalidade por decisão proferida em ação direta; por força de entrada em vigor no Brasil de tratado internacional; pela sua não recepção pela Constituição Federal etc. Por isso, não se deve atribuir tanta relevância ao fato de o desuso não ter sido explicitamente mencionado como hipótese de perda da eficácia da norma jurídica.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, comentando o dispositivo, não admitem o *desuetudo*, aludindo inclusive ao fato de que a disposição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro remete claramente ao art. 4º da antiga Introdução ao Código Civil de 1916, que era bem clara quanto ao não cabimento do desuso como fato gerador da perda de eficácia de uma norma legal.<sup>428</sup>

Os tribunais de justiça e o Superior Tribunal de Justiça têm apreciado a questão da admissibilidade do *desuetudo* no julgamento (*pro et contra*) de recursos criminais que, sob a roupagem do princípio da adequação social, defendem a absolvição dos réus com fundamento no desuso da norma penal incriminadora.<sup>429</sup> Desses julgamentos não parece ser possível, ainda,

---

<sup>428</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit., p. 71.

<sup>429</sup> Cf., por exemplo, STJ, 6ª Turma, REsp 1.683.375/SP, rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJ: 29/08/2018; STJ, 6ª Turma, REsp 1.435.872/MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ: 01/07/2014; TJ-RJ, 2ª Turma, APR: 00164848920148190036, rel. Desª. Itabaiana de Oliveira, DJ: 02/03/2018; TJ-RJ, 2ª Turma, APR: 00404055520128190066, rel. Desª. Itabaiana de Oliveira, DJ: 26/06/2017; TJ-RJ, 2ª Turma, APR:

extrair um entendimento jurisprudencial firme a respeito da possibilidade de o desuso retirar eficácia a dispositivo da lei penal ainda em vigor.

É importante deixar claro que não há um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade jurídica e a constitucionalidade do *desuetudo* no Direito brasileiro – embora o assunto tenha sido visitado, *en passant*, há pouco mais de vinte anos.

No julgamento do HC 33.742-SP, o Supremo Tribunal Federal apreciou pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de pacientes denunciados pelo crime de peculato culposo, por terem concorrido, pela sua negligência, para vultuoso desvio de “bônus rotativos” praticados por terceiros. Uma das questões jurídicas mais relevantes para o deslinde do caso era a alegação de desuso das regras administrativas que impunham aos pacientes a adoção de medidas que poderiam ter dificultado a ocorrência dos referidos desvios.

O voto do relator, Min. Nelson Hungria, ao qual aderiram os demais ministros, definiu que “sobre não ser a *desuetudo*, em nosso Direito, forma de ab-rogação das leis, não caberia no sumaríssimo do *habeas corpus* a apreciação de provas no sentido da *praxe abrogans* a que aludem os recorrentes”. Não há, portanto, *ratio decidendi* no sentido de que o *desuetudo* seria abstratamente vedado no Direito brasileiro.

Todavia, a ementa do referido acórdão parece levar advogados, órgãos jurisdicionais e jurisdicionados a erro, nela constando afirmação segundo a qual o tribunal teria entendido pela inadmissibilidade da *desuetudo* no Direito brasileiro: “Habeas corpus: é *remedium juris* corretivo de ilegalidade, e não de arguidas injustiças. O nosso direito desconhece a *desuetudo abrogans*. Se o atual Código Penal rompeu com a “culpa presumida ou *ex lege*”, não quer isso dizer que, no caso de inobservância de regulamentos, não se possa averiguar a existência de culpa real”.<sup>430</sup>

### 3.5. A PROVA DO COSTUME NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente da lei federal, que não precisa ser provada em juízo (*iura novit curia*), o costume precisa sê-lo. Inegavelmente o conhecimento do costume dá margem a dificuldades

---

00169642120168190061, rel. Des<sup>a</sup>. Itabaiana de Oliveira, DJ: 24/01/2018; TJ-MG, 3<sup>a</sup> Câmara Criina, APR: 10439030185987001, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, DJ: 03/06/2013.

<sup>430</sup> Cf. HC 33.742-SP, do STF, rel. Min. Nelson Hungria, 1<sup>a</sup> Turma, DJ: 09/03/1998.

de fato muito maiores que o conhecimento da lei (que, normalmente, se exterioriza de uma vez, em um ato visível a todos por meio de um ato de publicidade oficial). O costume, por sua vez, pressupõe um uso formado lenta e difusamente, exposto a mais equívocos no seu conhecimento.<sup>431</sup>

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, o juiz deveria poder investigar livremente a existência de costumes. Ele reputa ilógico que o ordenamento jurídico prescreva ao julgador que decida em conformidade com o Direito (inclusive consuetudinário) ao mesmo tempo em que o impede de investigar a existência do costume – deixando o julgador de braços cruzados, esperando que as partes invoquem e provem o costume. Para ele, a metanorma que reconhece o costume como fonte do Direito outorgaria aos juízes uma autorização para pesquisar *ex officio* os costumes cujas respectivas normas seriam eventualmente aplicáveis às causas nas quais funcionam.<sup>432</sup>

Em sentido contrário, Carlos Lessona afirmou que o juiz não poderia obter informações externas ao processo para reputar existente o costume, sob pena de se violar o princípio do contraditório.<sup>433</sup> Fazê-lo seria como tomar parte em um dos polos da demanda.

Os costumes podem ser provados por vários meios. Em alguns ordenamentos jurídicos, há compilações oficiais de certos tipos de costumes (p. ex., costumes marítimos, costumes comerciais), as quais têm valor probatório significativo. Alternativamente, pessoas fidedignas e *experts* podem ser chamados para “atestar” a existência de um costume (que para a doutrina predominante, exige a repetição de atos contínuos e a configuração do respectivo elemento subjetivo).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº. 877.074/RJ<sup>434</sup> entendeu que o assento dos “usos e práticas mercantis” produzidos pelas Juntas Comerciais, integrantes do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, consistiria em uma prova documental “plena” do costume, que dispensaria qualquer intenção probatória adicional (o que

---

<sup>431</sup> GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, cit., p. 345.

<sup>432</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934, p. 429-460. [p. 440].

<sup>433</sup> LESSONA, Carlos. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, V. 1, cit., p. 251-252.

<sup>434</sup> Cf. REsp 877.074/RJ, do STJ, rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrichi, DJ: 17/08/2009.

se disse com inspiração no já revogado art. 218 do antigo Regulamento n.º. 737/1850). Disso se depreende que, na falta de tais assentos, seria possível a utilização de outros meios de prova.

A declaração de um especialista convocado para afirmar a existência de um costume poderia ser compreendida como prova testemunhal ou como prova pericial. Na opinião de Castillo, um tal meio de prova não se configuraria como prova pericial, porque a exigência de “conhecimentos técnicos”, necessários à avaliação da configuração jurídica do costume, implicaria a necessidade de que os *experts* fossem, sempre, juristas – apenas estes poderiam, tecnicamente, associar a sua percepção sobre a repetição de um comportamento (uso) ao elemento subjetivo, opinando, assim, pela existência de um costume.

Como, faticamente, nem sempre são juristas os sujeitos chamados a se manifestar sobre a existência de costume, seria mais viável, em sua opinião, enquadrar essa prova como testemunhal, e concernente, tão-somente, ao “elemento objetivo” do costume. A avaliação do uso provado pelo testemunho e sua qualificação como um costume seria tarefa do juiz.<sup>435-436</sup>

Para Lessona, os dois meios de prova coexistiriam, sendo preferível sempre a prova pericial a cargo de algum jurista ao testemunho de um cidadão sem a *expertise* jurídica de que o perito é dotado.<sup>437</sup>

Os costumes também podem ser provados documentalente. Em vários ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, os costumes podem ser reunidos em cadernos ou compilações, algumas inclusive de caráter oficial, com garantias de autenticidade, exatidão e vigência.<sup>438</sup>

Há que se discutir o valor probatório de tais compilações oficiais de costumes. Não se deve atribuir a tais compilações o caráter de prova efetiva do costume, porque a compilação pode muito bem estar desatualizada ou fundada em erro. O réu pode, por exemplo, provar em juízo o desuso do costume alegado pelo autor.

Naturalmente, tal qualquer fato, o costume não precisa ser provado caso seja notório. Para Castillo, a notoriedade de um fato pode ser geral (como sucede, por exemplo, com a posse

---

<sup>435</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 443-444.

<sup>436</sup> Para Castillo, quando a testemunha for um conhecedor do Direito poderá ser um caso de testemunha-perito. Cf. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 444-445.

<sup>437</sup> LESSONA, Carlos. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, V. 1, cit., p. 255-256.

<sup>438</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 459.

de um presidente ou o resultado das eleições presidenciais) ou judicial (que abrangeria os fatos conhecidos pelo órgão julgador em consequência do exercício da sua função). Não se deve confundir, alerta Castillo, notoriedade judicial com conhecimento privado do juiz.<sup>439</sup>

Tal qual autorizavam os glosadores (como se referiu no item 1.1.2 do Capítulo 1), o costume que já tinha sido provado em alguma decisão judicial não precisava ser provado novamente.

Para Castillo, a indicação, pela parte, de sentenças proferidas pelo órgão julgador em que o costume foi reconhecido pelo tribunal seria uma estratégia duplamente conveniente: com ela se prova a existência do costume e se reforça a sua efetividade e atualidade, imputando à parte contrária o ônus de provar eventual alegação de *desuetudo*.<sup>440</sup> De um modo geral, quando um costume se torna notório, cabe à parte contrária à qual o costume aproveita demonstrar o seu eventual *desuetudo* (fato extintivo do direito).<sup>441</sup>

Isso só faz sentido, contudo, se as referências se ativerem a precedentes nos quais o costume foi, além de alegado, objeto de prova (por se tratar de fato controverso nos discursos das partes) e, além disso, efetivamente provado. Não haveria o menor sentido em estender a outros casos o reconhecimento do costume (e, conseqüentemente, a respectiva norma consuetudinária) se o seu reconhecimento resultou da alegação da sua existência, seguida da aquiescência da outra parte, por exemplo – independentemente de esse costume existir, ou não.<sup>442</sup>

Um problema não discutido por Castillo é como delimitar quais tipos de casos anteriormente apreciados pelo órgão julgador poderiam ser usados como parâmetro para que se reputasse existente um determinado costume igualmente aplicável a novos casos a serem examinados posteriormente no futuro. Castillo não fez qualquer distinção quanto a este assunto, possivelmente porque o fundamento da referência a precedentes judiciais anteriores nos quais se provou o costume seria, para o autor, a notoriedade judicial do fato-costume.

---

<sup>439</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 457.

<sup>440</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 443.

<sup>441</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”, cit., p. 446.

<sup>442</sup> Precedentes judiciais que reconheçam a existência de normas jurídicas consuetudinárias acabam, indiretamente, reconhecendo o fato do costume que dá origem à norma jurídica consuetudinária.

Outra possibilidade seria, à luz da teoria dos precedentes judiciais, apenas se referir a precedentes nos quais a existência do costume fosse provada e a existência da respectiva norma consuetudinária constituísse uma das *rationes decidendi* da decisão.

Em qualquer caso é importante ter em mente que, embora um costume exista em determinado momento histórico, ele pode vir a cair em desuso. Em razão disso, os precedentes judiciais utilizados como parâmetros para se reputar existe um costume devem ser recentes.<sup>443</sup> Além disso, os juízes não podem simplesmente repetir, indefinidamente, a afirmação de que determinado costume está provado, sem que, ocasionalmente, decidam pela necessidade de se provar a sua “atualidade” – nos moldes da solução apresentada por Castillo (e referida no parágrafo retrasado). Já se se imaginar a possibilidade sugerida no parágrafo anterior, o desuso do costume implicaria a necessidade de um *overruling* do precedente que reconhece a existência do costume.

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, que dedicou ao assunto um capítulo (arts. 259 a 262), o Código de Processo Civil de 1973 revelou-se extremamente lacônico quando à prova do Direito consuetudinário.

O Código de Processo Civil vigente estabeleceu, no seu art. 376, que “a parte que alegar Direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”. Como no Direito brasileiro se admite o negócio jurídico sobre prova, isto é, sobre modo como se dá a verificação do fato a ser provado, nada impede que se produza um negócio jurídico que delimite como será feita a prova do Direito consuetudinário.<sup>444</sup>

O costume não é objeto de publicidade oficial. O juiz conhece o costume em razão da sua experiência. Em todos os casos em que o Código Civil adota costume *secundum legem* (integrando-o como elemento de incidência da norma) circunscreve o costume a uma determinada área geográfica. É a notoriedade do lugar que forma o costume. Mas, tramitando a causa em outra localidade, parece intuitivo que o juiz dificilmente conhecerá o respectivo costume.<sup>445</sup>

---

<sup>443</sup> LESSONA, Carlos. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, V. 1, cit., p. 254.

<sup>444</sup> SILVA, Beclate Oliveira. “Verdade como Objeto de Negócio Jurídico Processual”. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas*, 2ª ed. Salvador. Jus Podivm, 2016, p. 283-306.

<sup>445</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, V. II, T. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100-101.

Para Araken de Assis, a parte que invocar Direito consuetudinário poderá prová-lo por qualquer meio. Em se tratando de costume comercial registrado, poderá ser provado por meio de certidão passada pela Junta Comercial do Estado federado, como determinava o art. 260 do Código de Processo Civil de 1939. Podem ser apresentados como prova pareceres de pessoas habilitadas e idôneas (v.g., administradores profissionais de imóveis, para os fins do art. 569, II, do Código Civil), ou o respectivo testemunho em juízo; a consulta a obra jurídica notável e consagrada (que, no mínimo, poderia indicar o tema da prova) etc.<sup>446</sup>

Se se tratar de costume *secundum legem*, por integrar, o costume, o suporte fático da norma jurídica legal, caso não seja o costume provado deverá ser indeferida a pretensão do autor, caso da referida norma legal dependa o provimento da demanda. Se, por outro lado, se tratar de costume *praeter legem*, a pretensão do autor poderá ser deferida se outros argumentos jurídicos que não a norma consuetudinária que não se conseguiu provar suportarem a sua argumentação jurídica.

Curioso e digno de menção é o texto do antigo art. 267 do *Código de Processo Civil e Commercial para o Distrito Federal* (Decreto nº 16.752, de 31 de dezembro de 1924), segundo o qual o juiz ou tribunal que proferisse sentença julgando provado algum uso ou costume comercial, deveria remeter cópia à Junta Comercial para ser arquivada.

---

<sup>446</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, V. II, T. II. cit., p. 101.

## 4. NORMAS PROCESSUAIS CONSUETUDINÁRIAS

*“... Ricordo sempre l’ammonimento di un vecchio commesso ch’io trovai appena laureato, nello studio di mio padre, all’inizio del mio tirocinio professionale. Era quase analfabeta; ma in cinquant’anni di mestiere era diventato esertissimo di tutte le piccole astuzie dei corridoi giudiziari. Entrava nella mia stanza, e vedendomi immerso a cattasti di libri, scrollava la testa in segno di commiserazione, e mi diceva con un sospiro: – Povero signor dottore! non perda tempo a studiare... Creda a me: quello che conta è la pratica! –...”*

Passagem de *Diritto Processuale e Costume Giudiziario*, de Calamandrei.<sup>447</sup>

- 4.1. NORMAS PROCESSUAIS
- 4.2. NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL
- 4.3. AS FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO
  - 4.3.1. LEI PROCESSUAL (NACIONAL E ESTADUAL)
  - 4.3.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL
  - 4.3.3. PRECEDENTE JUDICIAL
  - 4.3.4. TRATADO INTERNACIONAL
  - 4.3.5. REGIMENTO INTERNO
  - 4.3.6. RESOLUÇÕES DO CNJ E DO CNMP
- 4.4. COSTUME COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL.
  - 4.4.1. DISTINÇÃO ENTRE COSTUME PROCESSUAL E JURISPRUDÊNCIA
  - 4.4.2. DESUETUDO DE NORMAS PROCESSUAIS LEGAIS
  - 4.4.3. ANTINOMIAS ENTRE NORMA PROCESSUAL CONSUETUDINÁRIA E NORMAS EMANADAS DE OUTRAS FONTES.
- 4.5. FUNÇÕES DOS COSTUMES PROCESSUAIS
  - 4.5.1. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL
  - 4.5.2. ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL
- 4.6. COSTUMES PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO
- 4.7. TRIBUNAIS E PROCESSOS TRADICIONAIS/ANCESTRAIS
- 4.8. *SOFT LAW*, COSTUME E O SURGIMENTO DE UMA NOVA *LEX MERCATORIA* PROCESSUAL.

\* \* \*

---

<sup>447</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”. *Rivista di Diritto Processuale*. Perugia, Vol. 7, N. 1, p. 265-278, 1952 [p. 274].

Penetrando, afinal, no âmago do objeto de investigação desta tese de doutorado, este Capítulo enfrentará o problema da admissibilidade, no Direito brasileiro, de normas processuais consuetudinárias; relacionará os costumes processuais ao surgimento da nova *lex mecatória* na arbitragem internacional e aos tribunais e processos tradicionais/ancestrais; e teorizará a respeito das características e pressupostos dos costumes processuais, distinguindo-os da jurisprudência, bem como proporá uma sistematização de suas funções no sistema processual.

#### 4.1. NORMAS PROCESSUAIS

Sob a lente da teoria da norma jurídica, o processo pode ser compreendido como método de produção de normas jurídicas. O poder normativo só pode ser exercido processualmente: os processos legislativo, administrativo, judicial e negocial são os meios pelos quais as normas legais, normas de decisão administrativas e judiciais e as normas negociais (decorrentes da autonomia privada) são criadas.<sup>448</sup>

Já sob a perspectiva da teoria do fato jurídico (considerando o plano da existência), o processo é uma espécie de ato jurídico complexo, isto é, cujo suporte fático é formado por vários atos jurídicos sucessivos, relacionados ordenadamente no tempo, e destinados a um fim.<sup>449</sup> No processo judicial, por exemplo, o ato final da fase de conhecimento é a decisão judicial transitada em julgado (após a qual devem se iniciar a fase de efetivação da prestação jurisdicional).

Ainda na perspectiva da teoria do fato jurídico (mas considerando, por outro lado, o plano da eficácia dos fatos jurídicos) o processo seria o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Tais relações jurídicas são compostas por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. A esse conjunto se atribui, metonimicamente,<sup>450</sup> o nome processo; processo é, na verdade, um conjunto ou feixe de relações jurídicas, para utilizar a expressão de Carnelutti.<sup>451</sup>

---

<sup>448</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 36.

<sup>449</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-161.

<sup>450</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 39.

<sup>451</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 35.

Assim, a mesma expressão designa tanto o ato como a relação jurídica que dele emerge. Utiliza-se uma figura de linguagem, da mesma forma que se intitula prescrição tanto o ato de não exercer a pretensão durante o curso de um prazo prescricional quanto a consequência desse decurso: a prescrição da pretensão processual.

Os conceitos de processo e procedimento sempre foram objeto de debate quanto à existência de identidade ou não entre eles; por muito tempo, na chamada fase sincretista ou praxista do Direito processual, o processo jurisdicional se resumia à condição de procedimento – ou seja, de atos e formas concatenados em sequência.<sup>452</sup> Proliferava, nesse contexto, a chamada literatura de praxe forense, a cargo dos praxistas, que se ocupavam de expor os detalhes da prática, do *ritus* processual.<sup>453</sup>

Foi só com a afirmação científica do Direito processual, observada a partir da segunda metade do século XIX, que o processo passou a ser predominantemente visto como relação jurídica,<sup>454</sup> assumindo o “procedimento “ (considerando a exteriorização do processo) uma posição secundária.

Ao longo século XX houve uma tendência de se considerar processo como o procedimento democrático de produção de ato normativo – isto é, sujeito ao contraditório.<sup>455</sup>

---

<sup>452</sup> PICARDI, Nicola. “Processo Civile (Diritto Moderno)” In: CALASSO, Francesco et al. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI. Milano: Giuffré, 1987, p. 101-117; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual”. Porto Alegre, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, Nº 2, p. 101-130, 2004, p. 105-107; JOBIM, Marco Felix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 139 e ss.

<sup>453</sup> Sobre o assunto, cf. SOUZA, Marcus Seixas. “A Praxe Forense e as Obras Práticas de Antonio Vanguerve Cabral, 1715-1729”, cit.

<sup>454</sup> Em sua obra “Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais, Büllow demonstrou como os pressupostos processuais (elementos constitutivos da relação jurídica processual) estavam incorporados ao Direito processual sob a forma de “exceções dilatórias”. Em contraposição às exceções dilatórias materiais, como a *exceptio non adimplendi contractus*, as exceções dilatórias processuais (a exemplo da exceção de incompetência) nada mais seriam que pressupostos processuais formulados ou configurados como exceções, isto é, poderes das partes para alegarem vícios processuais. Büllow demonstrou como o reconhecimento do vício processual deixaria intacta a relação jurídica material – assim como a inexistência desta não implicaria a negação daquela. Demonstrou, assim, a autonomia da relação jurídica processual sobre a relação jurídica material – o que lhe permitiu problematizar, tal como sucede com as demais relações jurídicas (inclusive materiais) quais seriam os sujeitos, objetos e os fatos necessários ao surgimento da relação jurídica processual. (BÜLLOW, Oskar. *Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução para o espanhol de Miguel Angel Rosas Lischttestein. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1964).

<sup>455</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996, 82 e ss; NUNES, Dierle José Coelho *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203-208.

Sob essa perspectiva, haveria de se distinguir entre processo e procedimento – este último marcado pela ausência de contraditório.

Ocorre que, tomado o processo como conceito jurídico fundamental, o contraditório não pode ser considerado, em sua definição, como elemento constitutivo de seu núcleo conceitual: pode haver ordenamento jurídico com processo não-democrático, no qual não haja contraditório assegurado em um ou mais tipos de processo. Por isso, o contraditório pode até ser um requisito de validade do processo, a depender de assim dispor um determinado Direito positivo<sup>456</sup> – como é o caso do Direito brasileiro – mas não se pode afirmar que a presença de contraditório seria um pressuposto conceitual essencial à noção de processo.

Como o Direito brasileiro instituiu um modelo de processo<sup>457</sup> fundado sob o contraditório, essa distinção não faz sentido. No Brasil, portanto, processo é procedimento. Empregando as palavras de Paula Sarno Braga, “não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental, e vice-versa”, pois cada ato processual é, também, em si, ato procedimental. E não há nada do processo/procedimento, sobretudo o jurisdicional, que possa ser útil e legitimamente realizado sem atenção ao contraditório: “de tudo devem estar as partes cientes, de tudo devem participar, sempre com oportunidade para se manifestar, com poder de influência e cooperativamente”.<sup>458</sup>

A noção de norma jurídica processual se opõe conceitualmente à de norma jurídica material. A dicotomia entre os dois conceitos foi alvo de extensa discussão doutrinária, mencionada por Paula Sarno Braga em sua tese de doutorado.<sup>459</sup> A autora esclareceu, contudo, que essa distinção apenas faz sentido se se atentar que ela pode ser encarada sob dois pontos de vista distintos: estático e dinâmico.

---

<sup>456</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 69 e ss.

<sup>457</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o modelo processual corresponderia ao “resultado do que dispõem as normas constitucionais e infraconstitucionais deste país com relação às técnicas e categorias jurídicas predispostas à solução de conflitos e às pessoas e conjuntos de pessoas encarregadas de pôr em ação as técnicas processuais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 1, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 285).

<sup>458</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 160 e ss.

<sup>459</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*, cit., p. 163 e ss.

Estaticamente, a norma processual é aquela que estabelece critérios de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais; ao passo em que a norma material seria aquela que determina o conteúdo da decisão a ser produzida, fornecendo o critério dessa decisão. Dinamicamente, a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar, quando o objeto de decisão for, justamente, o cumprimento ou não da norma que define o critério de proceder.<sup>460</sup>

Já sobre uma perspectiva dinâmica, as regras sobre competência, por exemplo, que são estaticamente processuais, poderiam servir como suporte à decisão a respeito, por exemplo, de uma ação rescisória proposta contra decisão judicial transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente (com fundamento na norma decorrente do art. 966, II do Código de Processo Civil). Nesse caso, a norma sobre competência funciona como uma norma de julgamento: a decisão proferida é sobre matéria (estaticamente) processual.

As regras sobre prescrição podem ser processuais – quando afirmam, por exemplo, que o juiz pode conhecê-la de ofício. As normas que instituem os efeitos da prescrição, por sua vez, são normas materiais ou de julgamento, na medida em que o órgão julgador profere uma decisão resolutiva de mérito com fundamento nelas. O mérito de um procedimento pode ser um tema processual: o cabimento de um recurso, a competência de um órgão judicial, se um determinado recurso tem efeito suspensivo etc.

Diante da dualidade de pontos de vista sobre o tema, faz-se necessário ressaltar que o que se discutirá neste Capítulo é a norma jurídica processual consuetudinária sob uma perspectiva estática: aquela norma que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos – independentemente de poder vir a atuar como critério de julgar, ou seja, de funcionar como norma material, em eventuais casos.

## 4.2. NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil inovou ao instituir uma categoria jurídico-positiva nova: a norma fundamental do processo civil. Trata-se de conceito jurídico-positivo, na medida em que

---

<sup>460</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*, cit., p. 172.

só faz sentido no contexto do Direito brasileiro. Sua função foi parcialmente delineada no art. 1º do código: ordenar, disciplinar e contribuir para a interpretação das normas do processo civil brasileiro.

Como a disposição do referido art. 1º do Código de Processo Civil expressamente afirma que há normas fundamentais do processo civil que não decorrem das normas dos arts. 1º a 12, surge a questão de como identificar as demais. Carlos Frederico Bastos Pereira, em um interessante artigo,<sup>461</sup> propôs a transposição dos conceitos das teorias da fundamentalidade formal,<sup>462</sup> material<sup>463</sup> e “simultaneamente formal e material”, originalmente concebidos no contexto da teoria dos direitos fundamentais,<sup>464</sup> para viabilizar a identificação, com fundamento em critérios objetivos, das normas fundamentais do processo civil.

Nos termos da referida proposta, uma norma processual pode ser considerada formalmente fundamental quando ocupar o “ápice da estrutura normativa referente à legislação processual e nela estiver prescrita como fundamental”, a exemplo do que sucederia com as normas topologicamente situadas no capítulo dedicado às “Normas Fundamentais do Processo Civil”, nos arts. 1º ao 12 do Código de Processo Civil.<sup>465</sup>

Tal enunciação teórica apresenta uma aparente imprecisão terminológica. Em conformidade com as formulações conceituais apresentadas com mais detalhes no item 2.3. do Capítulo 2, normas não estão “topologicamente situadas” no texto do Código de Processo Civil (como formulou Pereira). Disposições legais (textos) não se confundem com as normas que são

---

<sup>461</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”. *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 9, N. 1, p. 101-124, 2018.

<sup>462</sup> A fundamentalidade formal “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico”, de modo que são fundamentais os direitos devidamente positivados no texto constitucional e previstos no “catálogo de direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 503).

<sup>463</sup> A fundamentalidade material está ligada às “decisões fundamentais sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade”, de forma que são fundamentais os direitos que, conteudisticamente, atendem a esse parâmetro, independentemente de sua positivação expressa como direitos fundamentais. (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 505).

<sup>464</sup> Sobre o assunto, cf., entre outros, CANOTILHO; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 376-378; SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86-90; SILVA, Virgílio Afonso da. “O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais”. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, N. 4, p. 23-51, 2006; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50 e ss.

<sup>465</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 106.

o resultado de sua interpretação. Além disso, o autor assume um pressuposto segundo o qual o Código de Processo Civil é o “ápice da estrutura normativa referente à legislação processual”, aparentemente ignorando o fato de que a Constituição Federal também é fonte de normas processuais, e é hierarquicamente superior ao Código de Processo Civil, inclusive lhe imputando parâmetros gerais que o código deve necessariamente observar.

Por outro lado, ainda para o referido autor, uma norma processual pode ser considerada materialmente fundamental quando estruturar o modelo do processo civil brasileiro, servindo à compreensão, interpretação e aplicação do Direito Processual Civil como um todo.<sup>466</sup> Normas fundamentais de processo civil seriam, assim, “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”.<sup>467</sup>

Nem sempre as normas formalmente fundamentais de processo também se enquadram no critério material de fundamentalidade processual. Pereira, desenvolvendo uma ideia de Fredie Didier Jr.,<sup>468</sup> admite que algumas normas decorrentes de disposições constantes do capítulo dedicado às “Normas Fundamentais do Processo Civil” não contribuem para a estruturação do modelo de processo civil brasileiro, a exemplo da norma que decorre do art. 12 do Código de Processo Civil, que estabelece a ordem preferencialmente cronológica de julgamento.<sup>469</sup>

Além disso, há normas fundamentais do processo que não se enquadram no critério de fundamentalidade formal. Por exemplo, a norma decorrente do art. 190 do Código de Processo Civil, que faculta aos sujeitos processuais a celebração de convenções processuais e consolida no sistema processual brasileiro o princípio do autorregramento da vontade, é, claramente, materialmente fundamental, por estruturar o modelo brasileiro de processo civil;<sup>470</sup> mas não

---

<sup>466</sup> Nesse sentido, cf. também DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 85 e ss.

<sup>467</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

<sup>468</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 86-87.

<sup>469</sup> Para Pereira, as normas processuais da igualdade e paridade de armas e da razoável duração do processo é que são materialmente fundamentais, estruturando o modelo de processo civil brasileiro, inclusive determinando que não existam distinções injustificadas na ordem de julgamento dos processos, preservando a tramitação em tempo razoável (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 107).

<sup>470</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 86.

está expressamente indicada como norma fundamental do processo – pois não integra o capítulo específico constante do Código de Processo Civil.

O mesmo sucede com as regras que decorrem dos arts. 489 e parágrafos, e 926 e 927, e seus incisos e parágrafos, do Código de Processo Civil; e com normas fundamentais processuais instituídas no texto constitucional, mas cujos dispositivos não foram reproduzidos pelo código,<sup>471</sup> como a proibição de prova ilícita e os direitos à defesa e ao juiz natural, entre outros.

Conclui-se, portanto, que as normas fundamentais do processo civil brasileiro estão organizadas em três núcleos: i) os direitos constitucionais-fundamentais processuais (não exclusivamente os decorrentes dos incisos do art. 5º da Constituição Federal); ii) as normas processuais formalmente fundamentais (decorrentes dos dispositivos dos arts. 1º a 12 do Código de Processo Civil); e iii) as normas processuais materialmente fundamentais, decorrentes de dispositivos localizados no restante da Parte Geral e na Parte Especial do Código de Processo Civil (a exemplo dos dispositivos dos arts. 190, 489, 926, 927 e 928).

Identificadas as normas fundamentais do processo civil, resta entender como elas se relacionam com as demais normas processuais. Para isso, convém investigar o significado das expressões “ordenado” e “disciplinado” e “interpretado” no art. 1º do Código de Processo Civil.<sup>472</sup> Nessas atribuições residem a diferença entre as normas fundamentais do processo e as demais normas processuais.

Apesar do distinto valor semântico destes três verbos na linguagem corrente, a norma aparenta apresentar um único conteúdo prescritivo: a determinação de que os intérpretes compatibilizem (interpretem, de modo a disciplinar) as normas processuais civis com as diretrizes estabelecidas pelas normas processuais fundamentais.

O comando do referido art. 1º é compatível com a compreensão da doutrina sobre o papel dos princípios, dotados do que Humberto Ávila chama de “eficácia indireta externa” – por meio das funções interpretativa (promove a releitura de outras normas em conformidade com o princípio) e bloqueadora (afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido).<sup>473</sup>

---

<sup>471</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 86-87.

<sup>472</sup> Eis o texto: “Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, observando-se as disposições deste Código”.

<sup>473</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 98.

No entanto, as normas processuais fundamentais também podem ser enunciadas sob a forma de regras;<sup>474</sup> embora os princípios e as regras sejam estruturalmente diferentes,<sup>475</sup> e as regras não possuam, originalmente, a mesma<sup>476</sup> função interpretativa de que são dotados os princípios, o art. 1º do Código de Processo Civil expressamente atribui uma tal eficácia às normas fundamentais do processo civil. Ademais, a pretensão de coerência do ordenamento jurídico impõe a interpretação sistemática das normas processuais, com a peculiar preferibilidade (estabelecida, como já se disse, pela norma decorrente do referido art. 1º) das normas fundamentais do processo sobre as normas processuais “não-fundamentais”.

Diante, por exemplo, de uma norma como a decorrente do art. 332 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, independentemente da citação do réu, nas hipóteses dos incisos I a IV e § 1º, a norma que decorre do art. 1º do Código de Processo Civil impõe ao intérprete o dever de compatibilizar a supramencionada regra com a norma emanada do art. 10 do mesmo código (também uma norma fundamental do processo), segundo a qual o órgão julgador não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Pereira, coincidentemente, também se baseou na comparação com as mencionadas possibilidades eficaciais sugeridas por Ávila para conceber o que chamou de “funções” das normas fundamentais do processo civil, apresentadas a seguir.<sup>477</sup>

A primeira função vislumbrada por Pereira para as normas fundamentais do processo civil seria estruturante. Essa função consiste em contribuir para a definição do modelo de processo civil brasileiro. As normas fundamentais do processo civil devem integrar “um plano comum, pensado em um nível superior de generalidade, aplicável ao Direito Processual Civil como um todo”. Na verdade, a despeito de a nomenclatura do referido capítulo do Código de Processo Civil se referir especificamente ao processo civil, as normas fundamentais do processo

---

<sup>474</sup> Entendimento firmado no enunciado n.º 370 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”. Nesse sentido, também DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 85.

<sup>475</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 78 e ss.

<sup>476</sup> As regras também podem exercer uma função interpretativa, auxiliando, por exemplo, no processo de concretização adequada de um princípio.

<sup>477</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 114.

civil projetam a sua normatividade subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do Código de Processo Penal), aos processos administrativos, trabalhista e eleitoral (art. 15 do Código de Processo Civil) e ainda aos microsistemas do processo coletivo e dos juizados especiais.<sup>478</sup>

A segunda função, definitiva, operaria na delimitação, com maior especificação, do comando mais amplo estabelecido por um sobreprincípio superior.<sup>479</sup> O autor apresenta como exemplos desta função a regra de vedação à decisão-surpresa (decorrente do art. 10 do Código de Processo Civil), responsável por delimitar o princípio constitucional do contraditório (que decorre do art. 5º, LIV, da Constituição Federal).<sup>480</sup>

Em terceiro lugar, as normas fundamentais do processo civil teriam também uma função integrativa, porque “justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”. Seriam, portanto, fontes de criação de outras normas processuais.<sup>481</sup>

A quarta função das normas fundamentais do processo seria interpretativa: elas auxiliariam na compreensão e aplicação das demais normas processuais, isto é, serviriam “para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”.<sup>482</sup> A essa função já se havia aludido anteriormente.

Por fim, em quinto lugar, as normas fundamentais do processo civil teriam uma função bloqueadora, porque limitariam o exercício de direitos subjetivos, de modo que “afastam elementos previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”. O autor cita como exemplos a cooperação e a boa-fé, normas que impedem o exercício de condutas no processo incompatíveis às suas respectivas prescrições.<sup>483</sup> A essa função também já se havia se aludido anteriormente.

---

<sup>478</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 114.

<sup>479</sup> Sobreprincípios e subprincípios são princípios jurídicos. O que os torna “sub-“ ou “sobre-“ é um dado relacional em relação a outro princípio – trata-se, portanto, de classificação relacional.

<sup>480</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 114.

<sup>481</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 115.

<sup>482</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 115.

<sup>483</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”, cit., p. 116.

A proposta de Pereira parece ser bastante útil, embora o autor não tenha explicado se as funções sugeridas por ele seriam exercidas alternativa ou cumulativamente pelas normas fundamentais do processo civil. Além disso, tomando em consideração o seu próprio conceito de fundamentalidade material, das suas afirmações seria possível concluir que toda norma fundamental do processo civil em sentido material necessariamente exerceria a função estruturante, mas o autor não fez essa declaração expressamente em seu artigo, o que causa alguma incerteza sobre como deve ser interpretada a sua proposta.

Bem pensadas as coisas, seria possível conceber um dever de todo órgão julgador de realizar uma “controle de fundamentalidade” das normas processuais civis, em obediência à norma decorrente do art 1º do Código de Processo Civil. Se o processo civil brasileiro deve ser não apenas ordenado e disciplinado, mas, também, interpretado à luz das normas fundamentais do processo civil brasileiro, o juiz deverá repelir, incidental e difusamente, normas processuais que consistam em interpretações incompatíveis com as normas fundamentais do processo civil. São, no particular, portanto, metanormas jurídicas, já que orientam como devem ser interpretadas outras normas.

Na medida em que os tribunais examinarem casos nos quais se discuta a fundamentalidade de uma norma processual, os precedentes de tais exames oriundos exercerão um significativo papel no desenvolvimento do Direito processual, mormente aqueles vinculantes, indicados no art 927 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, vislumbra-se um grande potencial para o desenvolvimento de um Direito jurisprudencial concernente às normas fundamentais processuais civis (especialmente associado à função definitiva – já que os precedentes, na condição de normas concretas, sempre terão um elevado potencial de produzir uma “maior especificação” a um sobreprincípio superior).

O desenvolvimento do Direito processual civil fundamental se potencializará, sobretudo, se ele estiver associado a normas que contenham cláusulas gerais em suas disposições textuais. A concreção das cláusulas gerais com base em precedentes judiciais evita,

inclusive, os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.<sup>484</sup>

Exemplos desse desenvolvimento judicial do Direito processual civil não faltam. No contexto do Código de Processo Civil de 1973, precedentes do Superior Tribunal de Justiça consolidaram a exigência de contraditório nos embargos de declaração com efeitos infringentes, a despeito do fato de que as regras dos arts. 535 e ss. do código não o previssem, sob o fundamento de que violaria o direito constitucional à ampla defesa e o contraditório a modificação da decisão recorrida sem a manifestação da parte embargada.<sup>485</sup>

Outro exemplo foi o estabelecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça do entendimento segundo o qual não seria permitido ao juiz, no julgamento antecipado da lide, concluir pela improcedência da demanda sob o fundamento da insuficiência de provas (já que o julgamento antecipado do mérito da causa pressupõe que o órgão julgador repute provados os fatos alegados, entendendo pela desnecessidade de produção de provas) – vedou, assim, comportamento do órgão julgador contrário à boa-fé (*venire contra factum proprium*).<sup>486</sup>

Diante da possibilidade de reconhecer normas decorrentes de precedentes judiciais como materialmente fundamentais, seria possível cogitar normas fundamentais do processo civil decorrentes de costume. A isto se referirá oportunamente.

#### 4.3. AS FONTES DE NORMAS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Norma jurídica processual é aquela cuja hipótese de incidência é composta pela existência, atual ou futura, de um processo, e cujo conseqüente se direciona a disciplinar qualquer dos fatos jurídicos processuais ou qualquer das situações jurídicas processuais.<sup>487</sup> As normas jurídicas processuais podem decorrer de várias fontes, sobretudo de Direito escrito.

---

<sup>484</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’: As Cláusulas Gerais no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, N. 139, p. 5-22, 1998, p. 10 e zs.

<sup>485</sup> Cf., por exemplo: STJ, 5ª Turma, EEROMS 8.430/BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJ: 29/09/2003; STJ, 1ª Turma, REsp 491.311/MG, rel. Min. José Delgado, DJ: 09/06/2003; STJ, 3ª Turma, REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ: 13.09.2004;

<sup>486</sup> Cf., por exemplo: STJ, 1ª Turma, REsp 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ: 25.02.2004; STJ, 3ª Turma, REsp 1.228.751/PR, Rel. Min. Sídney Beneti, DJ: 04.02.2013.

<sup>487</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 75.

O que se discutirá a seguir é compatibilidade do ordenamento jurídico e do sistema processual com o poder normativo social que serve de fundamento aos costumes. Essencialmente, é preciso responder à pergunta sobre a admissibilidade de normas processuais consuetudinárias e quais funções elas exercem no Direito processual civil brasileiro.

A norma decorrente do art. 8º do Código de Processo Civil impõe ao juiz o dever de observar a legalidade, dogmaticamente compreendida como um princípio. Esta é uma expressão utilizada há várias décadas, mas cujo significado atualmente aceito pela doutrina é substancialmente distinto daquele que teve no passado. É importante compreender o que significa se portar em *compliance* com o princípio da legalidade.

Como já se disse, se hoje é muito difundida, no Brasil, a adoção de uma compreensão material do princípio da legalidade, ao que já se referiu no item 3.2 do Capítulo 3, segundo o qual o juiz deve decidir em conformidade com o Direito (sejam as suas normas provenientes de qualquer fonte, pois o que se quer impedir é a decisão arbitrária), sabe-se, por outro lado, que nem sempre foi assim.

A compreensão doutrinária a respeito de quais seriam as fontes do Direito processual é absolutamente epocal. Por exemplo, José Frederico Marques, em artigo publicado há mais de cinquenta anos, enumerou apenas as leis (federais e estaduais; sobre processo ou organização judiciária) e os regimentos internos dos tribunais.<sup>488</sup> O posicionamento de Marques é influenciado pelas concepções teóricas em voga em seu tempo. Como já se referiu anteriormente no item 1.4 do Capítulo 1, tradicionalmente a lei<sup>489</sup> tem sido, nas últimas décadas, a fonte do Direito processual por excelência.

Ainda hoje, e mesmo após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, alguns autores defendem concepções que parecem inadequadas a respeito do que se deve entender por “legalidade”.

Alexandre Freitas Câmara entende o princípio da legalidade como a exigência de que o Poder Judiciário interprete e aplique a lei que é democraticamente aprovada pelo Poder

---

<sup>488</sup> MARQUES, José Frederico. “Fontes Normativas do Direito Processual Comum em Face da Constituição de 1946”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A. 51, Vol. 315, p. 237-241.

<sup>489</sup> As medidas provisórias também podiam ser fontes do Direito processual civil, mas, em decorrência da superveniência da Emenda Constitucional nº. 32/2001, que incluiu na Constituição Federal o art. 62, § 1º, I, “b”, já não mais podem ser.

Legislativo, não tendo os juízes legitimidade para criar soluções, sendo o seu papel criativo limitado à interpretação dos textos legais.<sup>490</sup> O autor parece afastar as demais fontes do Direito como aptas a produzir a normatividade processual.

Já Humberto Theodoro Junior entende que a “lei” a que se refere a disposição do art. 8º do Código de Processo Civil “não se confunde com lei em sentido estrito”, pois “compreende a lei e todo e qualquer provimento normativo legitimamente editado pelo Poder Público”,<sup>491</sup> o que aparentemente excluiria, bem pensadas as coisas, o poder normativo social (costumes) e o poder de autoregramento da vontade (negócios jurídicos), embora talvez incluísse o poder jurisprudencial (precedentes judiciais).

Para o jurista português Rui Moreira, o princípio da legalidade, no âmbito do processo civil, apareceria em duas dimensões: a legalidade das formas processuais e legalidade do conteúdo da decisão. Quanto às formas processuais, e no respeitante à estrutura e forma de processo, tal princípio redundaria em ferramentas tendencialmente rígidas, pouco flexíveis em razão de iniciativas do juiz ou das partes, se bem que temperadas pelo poder do juiz de adequar a forma de cada ato processual ao fim que visa atingir (na forma da disposição do art. 138 do Código de Processo Civil português de 1961, atual art. 131 do Código de Processo Civil de 2013). Já no que respeita à dimensão do princípio da legalidade quanto ao conteúdo da decisão, ele se traduziria, simplificada, na obrigação de julgamento por aplicação da lei aos fatos.<sup>492</sup>

Em oposição a essas percepções “monistas” ou “quasi-monistas”, que ainda creditam à lei toda ou quase toda a normatividade processual, Fredie Didier Jr. adota a posição já referida anteriormente, segundo a qual o princípio da legalidade deve ser observado sob dois pontos de vista distintos: como norma processual e como norma de decisão. Como norma processual, afirma o autor, observar a legalidade nada mais é que aplicar o princípio do devido processo legal, em sua dimensão formal.<sup>493</sup> Como norma material, o princípio da legalidade impõe que

---

<sup>490</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15.

<sup>491</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89

<sup>492</sup> MOREIRA, Rui. “Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil”. In: *O Novo Processo Civil*, Caderno 2. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 59-84, 2013 [ebook disponível no link: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook\\_civil.php](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php), acessado em 10/01/2019].

<sup>493</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 103.

o juiz decida casos em conformidade com o Direito: a referência à legalidade é metonímica: menciona-se a parte do ordenamento jurídico (o conjunto de leis) para se referir a todo o ordenamento jurídico.<sup>494</sup>

Por fim, um último comentário: o princípio da legalidade processual pode também ser o fundamento normativo para que se defenda a existência de uma “reserva de lei” processual. É possível cogitar que, diante de uma multiplicidade de fontes do Direito, esta seria uma medida salutar para assegurar segurança jurídica.

É com fundamento nessa percepção que é possível compreender adequadamente o sistema processual brasileiro em vigor, formado pela Constituição Federal, pelo Código de Processo Civil, pelas leis processuais esparsas e por um conjunto de diversas outras fontes do Direito, incluindo os precedentes judiciais, os enunciados de súmulas de jurisprudência (inclusive vinculante), regimentos internos dos tribunais, tratados internacionais em matéria processual, resoluções administrativas dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, negócios jurídicos processuais (discutidos nos itens 4.3.1 a 4.3.6, a seguir) e, como se discutirá no item 4.4, a seguir, os costumes processuais.

#### 4.3.1. LEI PROCESSUAL (NACIONAL E ESTADUAL)

Entre as fontes do Direito processual civil brasileiro, a lei federal é a principal. Em razão de opção deliberada dos constituintes, compete privativamente à União legislar sobre Direito processual, como determina a norma que decorre do art. 22, I da Constituição Federal. O Código de Processo Civil é a principal lei federal sobre processo civil, embora seja de conhecimento geral a existência de variada legislação extravagante, sob a forma de leis esparsas com conteúdo integral ou parcialmente composto por normas processuais civis.

A Constituição Federal também atribui competência suplementar e supletiva aos Estados federados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”. Sobre a distinção entre processo e procedimento se instaurou uma controvérsia, a respeito da qual duas posições doutrinárias existem – a isso já se referiu brevemente, acima.

---

<sup>494</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 104.

Partindo do pressuposto de que não há diferença entre processo e procedimento (tese proposta por Paula Sarno Braga, ora seguida),<sup>495</sup> à União caberia legislar sobre o Direito processual, estabelecendo as normas que disciplinam os processos perante as cortes federais, e as normas gerais que tratam dos processos que tramitam nas cortes estaduais; aos Estados, caberia suplementar e suprir omissões da legislação federal, com foco na disciplina do processo perante os órgãos judiciais estaduais.

Em atenção às peculiaridades locais e à percepção de incompletude ou insuficiência do Código de Processo Civil para tratar da ordem do processo ou de outro aspecto processual, os Estados Federados podem editar leis com conteúdo processual vário, desde que não ofensivo às normas gerais constantes do Código de Processo Civil. Seriam exemplos de possíveis disposições constantes das leis estaduais de processo a instituição de uma nova hipótese de título executivo extrajudicial, a instituição de um novo procedimento sumário para causas de determinada matéria, a disciplina do processo das ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça, entre outros.<sup>496</sup>

Com efeito, os Estados federados podem editar códigos de “procedimento em matéria processual” (essencialmente, contendo disposições normativas complementares de processo) que disciplinem o processo civil na jurisdição estadual. As normas processuais estaduais em sua maioria devem repetir as normas gerais do Código de Processo Civil nacional, mas podem também instituir normas complementares, com a finalidade de preencher eventuais vazios normativos do código nacional, além de normatizar peculiaridades do interesse de cada Estado.

Nesse contexto, cabe ao Supremo Tribunal Federal apreciar eventuais ações diretas que questionem a constitucionalidade de normas estaduais que ofendam as normas gerais de processo civil instituídas pela União no Código de Processo Civil ou em outra lei processual nacional.

Concretizando essa tese, em 2018 foi publicado o *Código de Procedimento em Matéria Processual* do Estado de Pernambuco (Lei estadual nº. 16.397/2018), que instituiu normas sobre procedimentos em matéria processual civil e penal no âmbito do referido Estado,

---

<sup>495</sup> Sobre o assunto, cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*, cit., *passim*.

<sup>496</sup> Alguns destes e outros exemplos são mais bem discutidos em: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*, cit., p. 384 e ss; e em DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 78 e ss.

disciplinando questões não abrangidas pelas normas do Código de Processo Civil, a exemplo da cooperação dos juízes com os árbitros e tribunais arbitrais e regras associadas à realização das audiências etc.

#### 4.3.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Seguindo uma tendência verificada em diversos países,<sup>497</sup> e em prestígio ao poder de autorregramento da vontade no processo,<sup>498</sup> o negócio jurídico processual foi alçado à condição de fonte do Direito processual civil brasileiro.

Se, no passado, houve doutrinadores que rejeitassem e outros que desejassem introduzir a discussão<sup>499</sup> a respeito da possibilidade de as partes negociarem sobre o processo,<sup>500</sup> agora a sua admissibilidade é instituída expressamente pela lei, mormente o dispositivo do art. 190 do Código de Processo Civil, que serve como verdadeira cláusula geral de negociação processual, inclusive para celebração de negócios jurídicos atípicos.

A função do juiz diante de um negócio jurídico processual é interpretar as declarações de vontade formuladas pelas partes, reconhecer a sua validade e aplicar a norma jurídica negocial que dela decorre. Os negócios jurídicos processuais, que podem ser celebrados antes ou durante o processo, podem versar tanto sobre a efetivação de ajustes procedimentais quanto convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, individual, bilateral ou coletivamente.<sup>501</sup>

---

<sup>497</sup> Sobre essa tendência: OFFITT, Michael. “Customized Litigation: the Case for Making Civil Procedure Negotiable”. *The George Washington Law Review*, Vol. 75, N. 3, p. 461-521, 2007.

<sup>498</sup> DIDIER, Fredie. “O Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 19-26.

<sup>499</sup> Um dos primeiros trabalhos sobre o tema no Brasil foi MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Convenções das Partes sobre Matéria Processual”. In: BARROS, Hamilton de Moraes e; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130.

<sup>500</sup> Como, por exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, T. I., São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 15-16; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, V. 2, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

<sup>501</sup> Sobre os negócios jurídicos processuais, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017; DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

Embora a lei expressamente atribua ao juiz o dever de homologar determinados negócios jurídicos (como a desistência da demanda), em regra os negócios processuais se efetivam imediatamente, e não dependem da homologação judicial.<sup>502</sup> Ao juiz compete, entretanto, controlar os requisitos de validade da convenção procedimental, sejam eles objetivos (por exemplo, se os direitos admitam autocomposição ou se o teor da declaração é lícito) ou subjetivos (como, por exemplo, se uma das partes negociantes é vulnerável), tal qual ocorre com qualquer negócio jurídico; esta atividade do juiz deve ser condicionada à regra *pás de nulité sans grief*.<sup>503</sup>

O reconhecimento da normatividade dos negócios jurídicos processuais implica o reconhecimento de que nem todas as normas jurídicas processuais legais são cogentes. A cogência é a característica da norma jurídica cujo conteúdo a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte fático, a norma jurídica cogente incide, ainda que o interessado ou todos os interessados não o queiram.<sup>504</sup>

Por outro lado, uma norma jurídica dispositiva somente incide se os interessados não declararem os seus interesses, no tocante ao suporte fático. Essa norma jurídica se pode definir como a norma jurídica que incide se o seu suporte fático não foi “colorido” pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso.<sup>505</sup> Para Pontes de Miranda, não se trata de autorização para que se manifeste a vontade: o que traça os limites da autonomia da vontade é o *ius cogens*. A norma dispositiva supre a falta da manifestação de vontade.<sup>506</sup>

Assim, o embate sobre os limites dos negócios jurídicos processuais é, essencialmente, uma discussão sobre quais normas processuais legais são cogentes e quais são dispositivas,<sup>507</sup>

---

<sup>502</sup> Entendimento firmado no enunciado nº. 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

<sup>503</sup> Entendimento firmado no enunciado nº. 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

<sup>504</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, cit. p. 58-59.

<sup>505</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, cit., p. 59.

<sup>506</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, cit., p. 62.

<sup>507</sup> Sobre o assunto, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma Nova Era?”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador:

admitindo, assim, que o autorregramento da vontade viabilize, por meio de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais (envolvendo, eventualmente, o juiz, e/ou o membro do Ministério Público), o colorimento do suporte fático da norma.

Não obstante (em muitos casos) a lei empregue expressões que deixem clara a dispositividade de uma determinada norma, atribuindo expressamente à vontade do(s) sujeito(s) a possibilidade de dispor livremente em contrário ao seu conteúdo, a norma decorrente do art. 190 criou uma cláusula geral de negociação processual, inclusive atípica, que deve ser interpretada à luz do critério *in dubio pro libertate*,<sup>508</sup> proposto por Peter Schlosser.

Importante deixar claro que quando a lei regula expressamente um determinado negócio processual, delimita os contornos do seu objeto. Assim, por exemplo, o acordo sobre competência, expressamente regulado pelo art. 63 do Código de Processo Civil, somente autoriza negociação sobre competência relativa – proibindo, assim, a negociação sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa, o que inviabilizaria, por exemplo, um acordo sobre supressão de instância, ou de criação de um recurso direto ao Supremo Tribunal Federal, pois nos dois casos se estaria negociando competência funcional.<sup>509</sup>

Dada a indefinição sobre os limites do poder de autorregramento processual em face das normas legais (um problema em aberto não apenas no Brasil) Fabbi sugere que os tribunais tenham um papel fundamental na delimitação do que é ou não negociável, contribuindo, assim, para a consolidação de verdadeiros costumes processuais sobre o tema.<sup>510</sup> Nesse sentido, Loïc Cadiet afirmou que os acordos de procedimento retomam (sob uma roupagem negocial) o que

---

Jus Podivm, 2015, p. 63-80; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 137-139.

<sup>508</sup> CAPONI, Remo. “Autonomia Privata e Processo Civile: gli Accordi Processuali” *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 1, N. 2, 2010; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*, cit., p. 254; DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 451; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 222.

<sup>509</sup> DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 453.

<sup>510</sup> Cf. FABBI, Alessandro. “‘New’ Sources of Civil Procedure Law: First Notes for a Study”, cit., *passim*; e FABBI, Alessandro. “Privatizing Civil Justice through Procedural Agreements: a Comparative Law Analysis”. *White Paper* disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi.pdf), acesso em 31/12/2018, p. 30 e ss.

antigamente se denominava “estilos das cortes”, sobretudo quando o acordo tem a ver com o próprio comportamento do órgão julgador.<sup>511</sup>

#### 4.3.3. PRECEDENTE JUDICIAL

Embora, como se demonstrou em outros trabalhos, o respeito aos precedentes judiciais tenha sido uma característica presente no Direito brasileiro em toda a sua história,<sup>512</sup> foi apenas após a reconstrução a teoria geral do processo,<sup>513</sup> à luz do *aggiornamento* da teoria clássica das fontes do Direito,<sup>514</sup> que se reconheceu a força normativa do precedente judicial, sua natureza de instituto afeto ao Direito processual e de conceito lógico-jurídico marcado pela quase ubiquidade:<sup>515</sup> o precedente está presente onde quer que se verifique decisão judicial.<sup>516</sup>

---

<sup>511</sup> CADIET, Loïc. “Los Acuerdos Procesales en Derecho Francés: Situación Actual de la Contractualización del Proceso y de la Justicia en Francia” *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 3, N. 3, p. 3-35, 2012.

<sup>512</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit.; SOUZA, Marcus Seixas. “Os Precedentes no Direito Republicano”. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando.. (Org.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 723-756.

<sup>513</sup> DIDIER JR., Fredie. “A Reconstrução da Teoria Geral do Processo”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 15-45.

<sup>514</sup> Sobre o tema, cf. NEVES, Antonio Castanheira. “Fontes do Direito: Contributos para a Revisão do seu Problema”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, Vol. 58 (Estudos em Homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz), T. II, p. 269-280, 1982; NEVES, Antonio Castanheira. *O Instituto dos <<Assentos>> e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 649-675; LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, 5ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 297-337 (*Kapitel 7, Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*).

<sup>515</sup> GORLA, Gino. “Lo Studio Interno e Comparativo della Giurisprudenza e i suoi Presupposti: le Raccolte e le Tecniche per la Interpretazione delle Sentenze”. *Il Foro Italiano*, Roma, Vol. 87, N.º. 7, p. 73, 1964.

<sup>516</sup> Percebeu bem esta ideia Nelson de Sousa Sampaio, ao afirmar, ainda em 1981, que toda sentença cria um precedente (SAMPAIO, Nelson de Sousa. “O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário”. *Revista Forense*. São Paulo, Vol. 273, p. 32, 1981).

O interesse acadêmico no precedente judicial fez com que fossem publicados importantes estudos sobre o seu papel nos sistemas jurídicos da Europa,<sup>517</sup> da América Latina<sup>518</sup> e de outros países cujos Direitos são influenciados por múltiplas tradições jurídicas.<sup>519</sup> Também foram editadas obras coletivas que demonstram o esforço coordenado da doutrina em promover

---

<sup>517</sup> Em Portugal, cf. SILVA, Paula Costa e. “L’Uniformazione della Giurisprudenza nel Diritto Portoghese”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano, Vol. 67, Nº. 2, p. 409-423, 2012; na Itália, cf. COMOGLIO, Luigi Paolo; CARNEVALE, Valentina. “Il Ruollo della Giurisprudenza e i Metodi di Uniformazione del Diritto in Italia”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Vol. 59, Nº. 4, p. 1037-1069, 2004; na Espanha, cf. BROWN, Neville. “The Sources of Spanish Civil Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge, Vol. 5, Nº. 3, p. 364-377, 1956; na França e na Alemanha, cf. LIPSTEIN, D. K. “The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law”. *Journal of Comparative Legislation and International Law*. Cambridge, Vol. 28, Nº. 3-4, p. 34-44, 1946; na Noruega, cf. ENG, Svein. “The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features”. *Scandinavian Studies in Law*. Stockholm, Vol. 39, p. 275-324, 1993; na Rússia, cf. POMERANZ, William; GUTBROD, Max. “The Push for Precedent in Russia’s Judicial System”. Bolzano, Vol. 37, Nº. 1, p. 1-30, 2012; na Lituânia, cf. AMBRASIENĖ, Dangutė; CIRTAUTIENĖ, Solveiga. “The Role of Judicial Precedent in the Court Practice of Lithuania”. *Jurisprudencija*. Wrocław, Vol 116, Nº. 2, p. 61–78, 2009.

<sup>518</sup> Na Argentina, cf. GARAY, Alberto F. “El Precedente Judicial en la Corte Suprema”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Palermo, Vol. 2, Nº. 1-2, p. 51-58, 1997; no México, cf. V., M. V., “Judicial Precedent in Mexican Law”. *Michigan Law Review*. Ann Harbor, Vol. 25, Nº. 1, p. 62-65, 1926; na Colômbia, cf. PULIDO, Carlos Bernal. “El Precedente en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, Nº. 21, p. 81-94, 2008; no Chile, cf. ACCATINO, Daniela. “El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, Nº. 20, p. 559-582, 2002

<sup>519</sup> No Japão, cf. MATSUI, Shigenori. “Constitutional Precedents in Japan: a Comment on the Role of Precedent”. *Washington University Law Review*. Washington, Vol. 88, Nº. 6, p. 1559-1680, 2011; na África do Sul, cf. VAN NIEKERK, J. P. “An Introduction to South African Law Reports and Reporters, 1828 to 1910”. *Fundamina: A Journal of Legal History*. Cape Town, Vol 19, Nº. 1, p. 106-145, 2013; em Gana, cf. ESSIEN, Victor. “Sources of Law in Ghana”. *Journal of Black Studies*. Philadelphia, Vol. 24, Nº. 3, p. 246-262, 1994.

uma compreensão analítica e comparativa do tema, em oposição às visões por vezes paroquiais das teorias particulares.<sup>520-521</sup>

A importação do repertório conceitual do sistema jurídico inglês, cuja metodologia de aplicação dos precedentes judiciais foi destilada empiricamente através de séculos de *case law*, viabilizou, como já se referiu antes, que conceitos como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling* fossem incorporados ao repertório dos conceitos jurídicos fundamentais da teoria geral dos precedentes judiciais, e, posteriormente, empregados no pensamento sistemático romano-germânico.<sup>522</sup>

No Brasil, o interesse acadêmico em torno do precedente judicial recrudesciu sobretudo em virtude das reformas por que passaram o Código de Processo Civil de 1973 e a Consolidação das Leis do Trabalho para dotar de alguns efeitos processuais os precedentes, a jurisprudência dos tribunais e os enunciados das suas súmulas de jurisprudência. Estes acontecimentos estimularam o surgimento de trabalhos que muitas vezes não se limitavam a examinar aspectos dogmáticos do Direito processual, daí advindo os primeiros esboços da doutrina brasileira sobre o precedente judicial.

---

<sup>520</sup> Os seguintes estudos são obras coletivas com a participação de juristas de origens e tradições distintas: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997 (artigos sobre o papel dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos da Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos da América [New York], e o sistema comunitário europeu, incluindo ensaios sobre a teoria dos precedentes); HONDIUS, Ewoud. (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVII<sup>th</sup> Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007 (artigos sobre o papel dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos da Inglaterra, Austrália, Canadá, Estados Unidos da América, França, Bélgica, Itália, Espanha, Grécia, Holanda, Dinamarca, Finlândia, Brasil, Colômbia, Japão, Coreia do Sul, Macau, República Tcheca, Hungria, Polónia, Sérvia, Israel, e o sistema de Direito internacional, incluindo ensaios sobre a teoria dos precedentes); BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; PULIDO, Carlos Bernal (orgs.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy Beijing 2009*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012 (ensaios sobre a teoria dos precedentes).

<sup>521</sup> Uma teoria particular estende a sua generalidade a um grupo de objetos com identidade de elementos entre si; situa-se em um grau de abstração entre a teoria geral e a teoria individual. Há, por exemplo, uma teoria particular do Direito para os sistemas jurídicos de tradição jurídica romano-germânica e uma teoria do Processo própria para os Estados Democráticos de Direito, para empregar o exemplo de Fredie Didier (cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 82).

<sup>522</sup> Sobre o pensamento sistemático no Direito romano-germânico, cf. RIESENHUBER, Karl. "English Common Law versus German Systemdenken? Internal versus External Approaches". *Utrecht Law Review*, Vol. 7, Nº. 1, p. 117-130, 2011.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes judiciais tiveram a sua normatividade jurídica formalmente reconhecida. O art. 926 do referido código estabelece que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente.<sup>523</sup>

Por sua vez, o art. 927 do Código de Processo Civil indica (em rol<sup>524</sup> não exaustivo)<sup>525</sup> quais são os precedentes judiciais que deverão ser observados pelos órgãos judiciais como dotados de efeitos vinculantes, embora os precedentes judiciais possam ter outros efeitos processuais (p. ex., obstativo de revisão de decisões, autorizante de acolhimento de postulação judicial, rescindente ou deseficacizante de decisão judicial etc.).<sup>526</sup>

Os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão – mas não sem antes ouvir as partes a seu respeito (cf. arts. 10 e 927, § 1º do referido código). Por isso, ressalta Didier Jr., é oportuna a previsão do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil, de que é omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”, que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III do referido código. Tal regra deve ser interpretada extensivamente para abranger, igualmente, todos os outros precedentes obrigatórios, e não apenas os mencionados no referido inciso III.<sup>527</sup>

Outra novidade do Código de Processo Civil foi a instituição de novos procedimentos de formação concentrada de precedentes, como é o caso dos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, para além do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários

---

<sup>523</sup> ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*, 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 365 e ss.

<sup>524</sup> Eis o texto do artigo: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>525</sup> A doutrina também considera outros precedentes vinculantes, como, por exemplo, os enunciados da súmula de jurisprudência dos tribunais estaduais e os precedentes do plenário dos tribunais estaduais. Cf. DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 455-461.

<sup>526</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, cit., p. 455-461.

<sup>527</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, cit., p. 455.

e favoráveis à tese jurídica discutida haverão de ser enfrentados, com contraditório ampliado e a possibilidade de realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, na forma dos arts. 138; 927, § 2º; 983; 1.038, I e II, do referido código.

#### 4.3.4. TRATADO INTERNACIONAL

Embora os códigos de processo civil em todo o mundo raramente se refiram à possibilidade de tratados internacionais governarem o tema do processo civil,<sup>528</sup> ainda que subsidiariamente, eles são, inegavelmente, fontes de normas processuais.

As normas processuais decorrentes de tratados internacionais instituem, normalmente, direitos fundamentais processuais, como é o caso das normas decorrentes do Pacto de San José da Costa Rica (que instituiu garantias processuais como a da realização do processo em tempo razoável e a do duplo grau de jurisdição); ou são normas que facilitam a prática de certos atos processuais, instituindo, por exemplo, modelos de cooperação internacional, e dispensando algumas formalidades, como é o caso do Protocolo de Las Leñas, no âmbito do Mercosul.<sup>529</sup>

Como ressalta Vitor Fonsêca,<sup>530</sup> os tribunais brasileiros não têm hesitado em reconhecer a normatividade das normas processuais decorrentes de tratados internacionais, tendo o próprio Supremo Tribunal Federal proferido algumas decisões interessantes a respeito. Com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu ter havido excesso de prazo injustificável em processo judicial;<sup>531</sup> com fundamento no já referido Pacto de San José da Costa Rica, o Supremo Tribunal Federal julgou pela ilegitimidade de medida coercitiva de prisão civil de depositário infiel, ainda que se tratasse de depositário judicial.<sup>532</sup>

---

<sup>528</sup> Para Fabbi, os redatores dos códigos de processo no século passado não estavam em posição de antecipar o massivo impacto que os sistemas e cortes supracionais (especialmente, mas não exclusivamente no caso europeu) teriam na influência ou direta normatização do Direito processual nacional. Cf. FABBI, Alessandro. “‘New’ Sources of Civil Procedure Law: First Notes for a Study”, cit., p. 73.

<sup>529</sup> DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 76.

<sup>530</sup> FONSECA, Vitor. “Os Tratados de Direitos Humanos como Fontes do Direito Processual Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 36, N. 194, p. 35-54, 2011.

<sup>531</sup> Cf. HC 91.662/PR, do STF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ: 03/04/2008.

<sup>532</sup> Cf. HC 96.772/SP, do STF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ: 20/08/2009.

#### 4.3.5. REGIMENTO INTERNO

Os regimentos internos dos tribunais também são fontes de normas processuais. A Constituição Federal expressamente subordinou as normas processuais regimentais às normas constitucionais e legais (*ex vi* art. 96, I, *a*), restringindo a normatividade dos regimentos internos à competência e ao funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

O regimento interno do tribunal é uma norma geral que dispõe sobre o funcionamento e a competência de seus órgãos internos. Há uma miríade de temas que podem ser disciplinados pelos regimentos internos dos tribunais. O próprio Código de Processo Civil atribui competência normativa aos regimentos internos em diversas oportunidades.<sup>533</sup>

Trata o regimento interno do tribunal, usualmente, de regras relativas a registro, distribuição, prevenção, conexão e outras também relacionadas ao funcionamento e à competência do tribunal, como, por exemplo, *quorum* para superação de precedentes, hipóteses de sustentação oral e divisão de tempo, prazos para entes públicos se manifestarem, hipóteses de julgamento monocrático em caso de jurisprudência consolidada, suspeição e impedimento etc.

Uma peculiaridade dos regimentos internos como fontes do Direito processual é que, à semelhança dos *iura propria* medievais e do Antigo Regime (origem histórica dos regimentos internos dos tribunais brasileiros), sua normatividade não pode exorbitar o âmbito do seu autogoverno. Isto é, os regimentos internos não podem normatizar o processo civil para fora do âmbito do próprio tribunal (nem mesmo para a primeira instância).

Ainda a respeito dos regimentos internos, há que se recordar que, na vigência da Constituição Federal de 1969, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tinha “força de lei”, em decorrência de regra instituída pelo art. 119, § 3º, *c*. Contudo, mudanças nas disposições do referido regimento interno posteriores à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (que não atribuiu essa “força de lei” às regras do regimento interno do Supremo Tribunal Federal) não têm tal atributo.<sup>534</sup>

---

<sup>533</sup> Cf., por exemplo, as seguintes disposições: art. 148, § 3º (suspeição e impedimento); art. 926, § 1º (procedimento de edição de enunciados de súmula correspondentes à jurisprudência dominante nos Estados); art. 930 (distribuição); art. 932, VIII (atribuições do relator); art. 937, IX (hipóteses de sustentação oral); entre outras.

<sup>534</sup> Consequentemente, após a Constituição Federal de 1988 não pode o Poder Legislativo federal editar leis que

#### 4.3.6. RESOLUÇÕES DO CNJ E DO CNMP

As resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público têm, nos últimos anos, instituído normas processuais,<sup>535</sup> a despeito de não restar bem claro qual a legitimidade desses atos administrativos para disciplinar o processo civil.

Suas resoluções consistem em atos administrativos, e deveriam disciplinar apenas questões afeitas ao controle da atuação administrativa e financeira e o cumprimento dos deveres funcionais dos agentes dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, como determinam os mandamentos constitucionais dos arts. 103-B, § 4º, I, e 130-A, § 2º, I. Aparentemente, portanto, a instituição de normas processuais (ainda que a pretexto regulamentar) exoribiraria o âmbito do poder normativo destes órgãos não-jurispcionais do Poder Judiciário.

Contudo, há vários exemplos de normas de conteúdo processual exaradas por tais resoluções. A Resolução nº 71 do Conselho Nacional de Justiça determina que não poderão ser apreciados pedidos de levantamento de importância em dinheiro nem liberação de bens apreendidos (art. 1º, § 3º); a Resolução nº. 200 do Conselho Nacional de Justiça instituiu novas situações de impedimento de magistrados; a Resolução nº. 202 do Conselho Nacional de Justiça normatizou os prazos para a devolução dos pedidos de vista; e a Resolução nº. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a instauração e tramitação do inquérito civil. Todos esses temas são de indisfarçável conteúdo processual.

---

revoquem as normas processuais criadas pelo Supremo Tribunal Federal em seu regimento interno, bem como não pode mais o Supremo Tribunal Federal criar novas normas processuais nem revogar as normas processuais decorrentes do seu regimento interno e produzidas ao tempo em que ele, Supremo Tribunal Federal, possuía essa competência legislativa (ou equivalente a legislativa) excepcional. Como bem ressaltou Fredie Didier Jr., esse tema foi objeto de relevante debate no Supremo Tribunal Federal, quando se discutia se seriam cabíveis embargos infringentes em ação penal de competência do Supremo Tribunal Federal (embora o Regimento Interno do tribunal preveja o recurso, as Leis nº. 8.038/1990 e 9.756/1998 não o mencionam). Ao final o Supremo Tribunal Federal fez prevalecer o entendimento, por maioria, segundo o qual o recurso ainda remanesceria no ordenamento jurídico, dada a “força de lei” da norma decorrente do dispositivo que instituiu o recurso. Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 3, 15ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 40. Cf., também, AP 470, do STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ: [s/d].

<sup>535</sup> DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 77-78.

#### 4.4. COSTUME COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL.

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, pode causar alguma surpresa que se trate do costume como fonte do Direito processual, sobretudo do processual penal,<sup>536</sup> que mais que nenhum outro ramo do Direito parece reclamar uma fixação de contornos que lhe confere a lei. Não obstante, o costume de fato produz normas jurídicas no âmbito do Direito processual, para isso devendo preencher todos os pressupostos dos costumes em geral, e com a qualidade específica de decorrer de usos verificados especificamente no âmbito da administração da Justiça.<sup>537</sup>

Essa afirmação pode soar mal aos ouvidos de um processualista moderno. Como já se afirmou anteriormente, a racionalização do poder jurisdicional conduziu à transformação das manifestações processuais consuetudinárias, comuns no passado, em um modelo de *ius scriptum* qualificado pela técnica da codificação, o que refletiu, por conseqüências, na transformação de um saber puramente prático (*practica fori, stylus curiae*) em um sistema ordenado e hierarquizado de normas jurídicas processuais.<sup>538</sup>

Com fundamento nessa nova percepção se assumiu a premissa segundo a qual todo o Direito processual estaria contido nos códigos de processo. Respeitados processualistas europeus da primeira metade do século XX<sup>539</sup> de fato escreveram obras nas quais se afirmava expressamente que a totalidade das normas processuais consistia naquelas decorrentes das disposições do código de processo civil (ou, no máximo, de eventuais leis processuais

---

<sup>536</sup> Não obstante, e numa posição controversa para o seu tempo, Eduardo Espínola Filho admitia o costume como fonte do Direito processual penal, apesar de o Código de Processo Penal em vigor não se referir expressamente à possibilidade de o procedimento criminal ser alterado por norma consuetudinária. (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, V. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 236-237).

<sup>537</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, V. I. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, p. 402.

<sup>538</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 268.

<sup>539</sup> Cf., por exemplo: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I. Tradução para o espanhol de José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925, p. 136-171; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, T. I. Padova: CEDAM, 1936, p. 81-92; CONIGLIO, Anonino. *Lezioni di Diritto Processuale Civile: il Processo di Cognizione*. Padova: CEDAM, 1939, p. 25-41; CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho Procesal Civil*, T. 1. Madrid: Zaragoza, p. 176 e ss. Anteriormente, ainda no século XIX, cf. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, V. 1, Tradução para o espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1977, p. 191-269 (a edição original em alemão foi publicada em 1885).

extravagantes) – devendo eventuais lacunas legais ser integradas em conformidade com os critérios instituídos nas referidas leis processuais.

Apesar dessas opiniões compatíveis com uma visão legalista do Direito processual, alguns processualistas daquele mesmo período já se pronunciavam opinando pelo reconhecimento dos costumes como fontes do Direito processual. Para Nicola Jaeger, por exemplo, o costume poderia ser fonte do Direito processual se fosse *secundum legem*, não sendo possível admitir costume *contra legem* ou *praeter legem* em razão da “ordem pública” do processo.<sup>540</sup>

Esse parece ter sido o pensamento de Jaime Guasp, para quem o costume deveria ser considerado fonte do Direito processual civil “sem maiores rodeios”. Para o autor, o “caráter público do processo” não quer dizer que não se possa admitir o costume como fonte do Direito, sobretudo porque o costume opera como fonte do Direito administrativo, do Direito tributário e de outros Direitos tão “públicos” quanto o processual civil.<sup>541</sup>

Pedro Aragonese apresentou duas objeções contra a tese da inadmissibilidade do costume como fonte do Direito processual civil:<sup>542</sup> em primeiro lugar, não poderia, aos seus olhos, o legislador “dominar o problema das fontes”, razão pela qual os juristas deveriam entender pela sua admissibilidade; em segundo lugar, apresentou um exemplo real de não apenas uma norma, mas todo um processo consuetudinário em plena operação na Espanha: o do *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*, sobre o qual se tratará com mais detalhes no item 4.7 deste Capítulo.

O referido autor afirmou que tanto o costume é fonte do Direito processual civil que o próprio código de processo civil espanhol determinava que fossem afixados editais para notificação das partes “nos locais de costume”, sendo essa uma expressa hipótese de costume *secundum legem*.<sup>543</sup>

---

<sup>540</sup> JAEGER, Nicola. *Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Torino: UTET, 1943, p. 43.

<sup>541</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, V. 1, 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Jurídicos, 1964, p. 51.

<sup>542</sup> ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal: Concepto, Naturaleza, Tipos, Método, Fuentes y Aplicación del Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 50 e ss.

<sup>543</sup> ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal: Concepto, Naturaleza, Tipos, Método, Fuentes y Aplicación del Derecho Procesal*, cit., p. 51.

Curiosamente, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, estabelece, em seu art. 887, § 3º, que não sendo possível a publicação na rede mundial de computadores ou considerando o juiz, em atenção às condições da sede do juízo, que esse modo de divulgação é insuficiente ou inadequado, o edital será afixado em local de costume e publicado, em resumo, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local. Tratar-se-ia, esta hipótese, de um caso de costume *secundum legem* expressamente previsto no texto do código, à semelhança do que apontou Aragonese relativamente ao código espanhol.

Também reconhecendo os costumes como importantes fontes do Direito processual civil, Carlos Roberto Gonçalves ressaltou que “há uma série de atos que não estão regulados em lei mas que se acham consagrados na praxe forense”.<sup>544</sup> Marta Vinagre, no mesmo sentido, afirma ser evidente a normatividade consuetudinária no processo civil, “bastando ver-se os estilos do foro, os usos e costumes, a chamada praxe forense, sempre presente para regular supletivamente o modo e a forma do procedimento”.<sup>545</sup>

Os costumes processuais, tais como quaisquer costumes, precisam preencher os pressupostos exigidos para a sua configuração: devem decorrer, portanto, da repetição de atos em quantidade suficiente para se reputar existente um “uso”, e, tal como compreende a maior parte da doutrina, da compreensão, por parte da comunidade, que do costume decorre uma norma jurídica.

Retomando à noção de processo como método de produção de normas jurídicas, importa refletir sobre a afirmação de Didier Jr. segundo a qual “é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja ‘processual’”.<sup>546</sup>

Sob um primeiro olhar, essa afirmação aparentemente não seria pertinente no tocante às normas consuetudinárias. É que, considerando o seu caráter difuso e sua formação espontânea e não sujeita ao controle de um ou mais sujeitos, seria possível imaginar que o costume não seria uma fonte sujeita à ‘processualização’.

---

<sup>544</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. “Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: Suas Funções no Ordenamento Jurídico e, em Especial, no Processo Civil”, cit., p. 24.

<sup>545</sup> VINAGRE, Marta. “Costume: Forma de Expressão do Direito Positivo”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 25, N. 99, p. 109-126, 1988 [p. 113].

<sup>546</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 68.

Por outro lado, ao se apontar pressupostos para a formação do costume, exigidos pelos teóricos para que este se configure e produza efeitos, o costume, de certa forma, se processualiza: surge uma espécie de “devido costume”, associado a um “devido processo” de criação da norma jurídica consuetudinária, que é atendido quando a existência do costume é declarada/reconhecida em conformidade com a verificação dos seus pressupostos.

#### 4.4.1. DISTINÇÃO ENTRE COSTUME PROCESSUAL E JURISPRUDÊNCIA

Por vezes os costumes processuais são confundidos, pela doutrina e pelos praticantes do foro (advogados, juízes etc.) com a jurisprudência. Afinal, como se verá a seguir, ambos são manifestações do Direito consuetudinário. Segundo Castillo,<sup>547</sup> com quem expressamente concordou Aragonese,<sup>548</sup> a jurisprudência e os costumes processuais (ou “forenses”) seriam manifestações do Direito consuetudinário que se distinguiriam, contudo, da forma a seguir.

Em um primeiro aspecto, costume processual e jurisprudência se distinguem na medida em que a jurisprudência corresponderia à reiteração de resoluções (*rectius*: decisões) judiciais, e o costume processual se referiria tão-somente às condutas e comportamentos associados à tramitação, ao desenvolvimento do procedimento processual.<sup>549</sup>

Além deste critério, a jurisprudência poderia distinguir-se do costume processual na medida em que a primeira seria obra somente do juiz ou do tribunal, enquanto o costume processual ou forense seria produzido pela conduta de todos os sujeitos processuais que interferem na administração da justiça com continuidade (na realidade brasileira atual: peritos, advogados, mediadores, conciliadores, oficiais de justiça, membros do Ministério Público, diretores de secretaria e inclusive, também, os juízes e tribunais).<sup>550</sup> Guasp também atribuiu essa característica aos costumes processuais.<sup>551</sup>

---

<sup>547</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’” In: *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934, p. 263-302.

<sup>548</sup> ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal: Concepto, Naturaleza, Tipos, Método, Fuentes y Aplicación del Derecho Procesal*, cit., p. 544-545.

<sup>549</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’”, p. 275 e ss.

<sup>550</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’”, cit., p. 275-279

<sup>551</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, V. 1, cit., p. 51.

E aqui acresce-se ao pensamento de Castillho a percepção de que os “atos” formativos do costume processual podem ser tanto atos jurídicos em sentido estrito quanto negócios jurídicos processuais, como se justificou *supra*, no item 4.1.3. deste Capítulo.

O terceiro critério distintivo é referente à matéria de que tratam: embora possa existir jurisprudência tanto sobre Direito processual (em razão de se proferirem decisões em matéria processual) quanto sobre Direito material (na discussão sobre o objeto litigioso), os costumes processuais só se consolidam sobre o objeto bem mais refeito do procedimento, da marcha processual.<sup>552</sup>

Como os costumes processuais versam exclusivamente sobre matéria afeta à ordem do processo, não se confundiriam, portanto, com os costumes sobre a ética profissional dos “profissionais do processo” (juízes, advogados, procuradores, membros do Ministério Público, diretores de secretaria, etc.). Por mais exaurientes que sejam os diplomas normativos ético-profissionais, o cotidiano do exercício da profissão acaba por tornar inevitável o surgimento de costumes que integrem lacunas que, invariavelmente, surgem e precisam ser preenchidas.<sup>553</sup>

Como se viu, o referido autor sugere, ecoando (ainda que não expressamente) a tradição doutrinária medieval (cf. item 1.1.3 do Capítulo 1) que a ideia por trás da concepção de jurisprudência como fonte do Direito é que a reiterada manifestação dos tribunais na adoção de determinada tese jurídica em uma linha de decisões produziria uma espécie de “costume judicial” ou “costume de julgar”, desatrelado da faticidade de um caso específico, mas proveniente da consolidação de um comportamento do órgão julgador que geraria uma expectativa de que determinada tese jurídica devesse ser seguida.<sup>554</sup> Esse também é o entendimento de Guasp e Aragoneses.<sup>555</sup>

Kelsen aderiu a esta ideia,<sup>556</sup> ao contrapor a criação de normas jurídicas gerais originadas de uma decisão isolada de um tribunal (precedente) à criação de uma norma jurídica

---

<sup>552</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 402 e ss.; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’”, cit., p. 279-285.

<sup>553</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Ética Profesional y el Régimen Jurídico de las Corporaciones Forenses”. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934, p. 117-134 [p. 117-119].

<sup>554</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 402 e ss.

<sup>555</sup> GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, T. I, cit., p. 70.

<sup>556</sup> GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, T. I, cit., p. 55.

geral através da prática permanente dos tribunais, i.é, através do costume (jurisprudência). Não por acaso, assim como o costume, modernamente, se verifica mediante uma percepção subjetiva e discricionária da suficiente reiteração de um determinado comportamento (uso) também a jurisprudência, ao menos nos Direitos português e brasileiro (mas não em outros Direitos estrangeiros) não adota um parâmetro objetivo de quantidade mínima de precedentes para a sua configuração, subsistindo uma situação de subjetividade e discricionariedade do intérprete no reconhecimento, ou não, da existência de jurisprudência.<sup>557</sup>

Curiosamente, a jurisprudência é mais associada, pelos teóricos e comparativistas contemporâneos, à teoria dos precedentes judiciais<sup>558</sup> do que à teoria dos costumes – provavelmente em decorrência de uma tentativa da doutrina de “encaixar” um conceito já tradicionalmente existente no vocabulário e na metodologia jurídica do Direito romano-germânico (jurisprudência) no edifício conceitual da teoria dos precedentes judiciais, que começou a ser construído nos sistemas jurídicos de tradição *civil law* há algumas décadas.

É claro que, em face da reconstrução da teoria geral do processo e a construção do edifício conceitual da teoria dos precedentes judiciais, precedente e jurisprudência são, hoje, institutos que se relacionam diretamente. Por isso, convém, antes de tudo, distingui-los.

É possível distinguir precedente e jurisprudência, antes de tudo, por um critério quantitativo: precedente é uma decisão relativa a um caso particular, enquanto o vocábulo jurisprudência alude a uma pluralidade de decisões<sup>559</sup> relativas a vários casos concretos com fundamento em uma mesma tese jurídica.

Mas também há uma diferença de natureza qualitativa entre ambos; o precedente dá origem a uma norma (geralmente uma regra) universalizável, que pode ser aplicada como

---

<sup>557</sup> Sobre o assunto, cf. SOUZA, Marcus Seixas. *Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império*, cit., p. 44 e ss.

<sup>558</sup> Cf., por exemplo: TARUFFO, Michelle. “Precedente e Giurisprudenza”, cit., *passim*.

<sup>559</sup> TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. “Precedent in Italy”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 172-174; ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. “Precedent in the Federal Republic of Germany”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 50-54; TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. “Precedent in France”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 130-131; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. “Precedent in Spain”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 272-274 e 282-283.

critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade dos fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Desta forma, a semelhança entre as duas *fattispecie* concretas não se dá *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída *a posteriori* pelo juiz do caso sucessivo, responsável por estabelecer se existe ou não existe a relação de precedência. A principal característica do precedente é a sua concretude.

A jurisprudência, por outro lado, não está atrelada ao quadro fático específico dos casos que lhe originaram. Ela consiste em uma tese jurídica advinda de uma reiterada aplicação de uma norma jurídica em determinado sentido por um órgão judicial, com pretensão de generalidade e vinculatividade.<sup>560</sup> Como bem ressaltou Mirjam Damaška, a aplicação da jurisprudência está mais associada, portanto, à proposição jurídica abstrata em forma de regra destilada da linha de precedentes (costume judicial) que com os fatos materiais do precedente e do caso sob apreciação.<sup>561</sup> A principal característica da jurisprudência é a sua abstração.

Os costumes processuais são, portanto, os costumes que decorrem das condutas e comportamentos de todos os sujeitos processuais que sejam associados à tramitação, ao desenvolvimento do procedimento processual (as normas consuetudinárias decorrentes destes comportamentos costumeiros são estaticamente processuais).

Entenda-se a jurisprudência como manifestação do Direito consuetudinário, ou não – fato é que ela se distingue, pelos critérios acima indicados, do costume processual ou forense. Doravante se tratará, tão-somente, do tema dos costumes processuais, no passado conhecidos como estilos das cortes ou dos tribunais, *stylus curiae* (latim), *style du palais* (francês) e outras variações da expressão.<sup>562</sup>

#### 4.4.2. *DESUETUDO* DE NORMAS PROCESSUAIS LEGAIS

Admitindo-se a existência de costumes processuais, e, tendo em vista o fato de que o costume *contra legem* pode se configurar sob a forma do *desuetudo*, cabe questionar a respeito

---

<sup>560</sup> TARUFFO, Michelle. “Precedente e Giurisprudenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Vol. 61, Nº. 3, p. 709-725, 2007.

<sup>561</sup> DAMAŠKA, Mirjam R. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 33-34.

<sup>562</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 52.

da admissibilidade de uma lei ou disposição legal processual vir a cair em *desuetudo* em decorrência da superveniência de costume processual.

Sobre o *desuetudo* de normas processuais legais, Calamandrei se manifestou alertando para a sua inevitabilidade, e forneceu dois exemplos verificados na sua vivência profissional: as normas decorrentes dos dispositivos do art. 113 do código de processo civil italiano (que facultava às partes requerer um juízo de equidade) e do art. 360 do referido diploma (que facultava às partes a adoção do recurso de cassação *per saltum*). Tais dispositivos eram, ao tempo em que escrevia e já há muitos anos, solenemente ignorados pelas partes, advogados e juízes, não tendo qualquer efetividade ou aplicação na jurisdição italiana.<sup>563</sup>

Para Calamandrei, às vezes o costume pode fazer algo a mais: “pode insensivelmente transformar toda a orientação de uma reforma, e paralisar, com uma surda resistência, mais mortal que uma rebelião aberta, as intenções inovadoras”. Para o autor, repetidas experiências históricas demonstram que a prática age mais no sentido de retardar o andamento do processo do que no sentido de acelerá-lo: e de contrastar as reformas nas quais os legisladores tenderiam a imprimir-lhes um ritmo mais veloz. Por exemplo, quando a lei processual prevê uma regra para instituir manifestações simples e rápidas fundadas na oralidade entre presentes, a prática e o costume, resistindo à mudança, introduzem (ou reintroduzem) as trocas burocráticas de petições entre ausentes.<sup>564</sup>

Para Víctor Fairén Guillén, o costume *contra legem* pode surgir no processo civil sempre que se vislumbre normas legais “fora de época”, e cuja obediência seja, na prática, contrária à vontade da comunidade. A doutrina e o que ele chamou de “prática dos tribunais” chamariam a atenção para a imperfeição da lei em alguns casos, sendo, portanto dever do Poder Legislativo ter “sensibilidade suficiente” para capturar as chamadas desses dois poderosos fatores de renovação.<sup>565</sup>

O autor ilustrou a sua opinião com o exemplo da legislação espanhola, que, ao tempo em que escrevia, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional disciplinava que as sentenças devem ser lidas pelos juízes em audiência, quando, na verdade, fazê-lo inviabilizaria

---

<sup>563</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 274.

<sup>564</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 273.

<sup>565</sup> GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría General del Derecho Procesal*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 68 e ss.

completamente a produtividade dos juízes, razão pela qual essa norma era solenemente descumprida pelos órgãos judiciários, salvo pouquíssimas exceções.<sup>566</sup>

O contrário, afirma Calamandrei, também é possível: o costume pode instituir formas de proceder que a lei escrita não conhece: no sul da Itália, de Roma para baixo, era freqüente nos tribunais e cortes a discussão da causa na “*in Camera di Consiglio*”; enquanto nos tribunais do norte da Itália, a discussão, quando feita, sempre ocorre na audiência, como prescrevia o código. Dessa forma, o costume *contra legem* também se afiguraria viável no Direito processual civil.<sup>567</sup>

Apesar das opiniões acima referidas, que apenas podem ser aproveitadas do ponto de vista do estudo comparado de experiências jurídicas (para que não se possa descartar uma tal possibilidade, em abstrato, por exemplo), a admissibilidade ou não do *desuetudo* deve ser vista como uma questão de Direito positivo. Como se demonstrou no Capítulo anterior, os tribunais ainda não se posicionaram a respeito dessa possibilidade no tocante ao Direito brasileiro, e essa questão prática extremamente importante permanece em aberto.

#### 4.4.3. ANTINOMIAS ENTRE NORMA PROCESSUAL CONSUETUDINÁRIA E NORMAS EMANADAS DE OUTRAS FONTES.

Admitir a possibilidade de normas processuais consuetudinárias sem delimitar quais os limites da sua aplicabilidade em oposição à lei (situação da *consuetudo abrogatoria* e do *desuetudo*) pode se configurar como um risco grave à segurança jurídica. Lamentavelmente, não há à disposição dos juristas uma solução para identificar quais normas legais poderiam ser afastadas ou revogadas pelo costume e quais não poderiam.

Em uma posição análoga (de fonte que compete com a lei para disciplinar o processo civil), o negócio jurídico processual se beneficia da existência de normas processuais legais dispositivas, isto é, decorrentes de leis previamente estipuladas como apenas aplicáveis na ausência de norma jurídica negocial. O fundamento para a edição de normas jurídicas

---

<sup>566</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoria General del Derecho Procesal*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 69.

<sup>567</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 272.

dispositivas é a necessidade de se ajustar o princípio do autoregramento da vontade ao igualmente importante princípio da segurança jurídica.

De forma semelhante, seria possível cogitar que normas processuais consuetudinárias pudessem afastar a incidência de normas processuais legais – pelo menos de algumas, que não integrassem um conjunto restrito de normas legais “inafastáveis” pelo costume. Separar as normas legais que não poderiam ser afastadas pelo costume das que poderiam equivaleria a construir uma distinção conceitual semelhante à que existe entre normas cogentes e dispositivas.

Um caminho possível seria afirmar que as normas jurídicas consuetudinárias também poderiam afastar as normas processuais dispositivas, mas não as cogentes. Essa, entretanto, não parece ser a melhor solução. O conceito de norma processual dispositiva (proposto pela primeira vez, ao que consta, por Bülow),<sup>568-569</sup> é lógico-jurídico – o que significa dizer que, embora possa ser reconstruído,<sup>570</sup> está, inegavelmente, atrelado a uma tradição conceitual-interpretativa que não pode ser ignorada (associada à preservação da autonomia da vontade).

E, historicamente, o costume nunca esteve associado às manifestas declarações de vontade do povo, e sim à tácita aceitação (*tacita conventio*) dos comportamentos sociais.<sup>571</sup>

---

<sup>568</sup> Reconhecendo em Bülow o autor desse conceito: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, cit. p. 58 e ss; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’”, cit., p. 279-276; ECHEVERRÍA, Jesús Delgado. “Notas sobre la Eficácia Social de Distintos Tipos de Normas Civiles”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 29, p. 195-218, 2006.

<sup>569</sup> A obra de Bülow em que ele apresentou o conceito de norma processual dispositiva foi: BÜLOW, Oskar. “Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”. *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen, Vol. 64, p. 1-109, 1881. Cf., também, a tradução de outro artigo de Bülow para o inglês, em que aborda, *en passant*, o conceito, e se refere ao artigo referido acima: BÜLOW, Oskar. “Statutory Law and the Judicial Function”. Tradução para o inglês de James E. Herget e Ingrid Wade. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*, V. II. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 701-722 [originalmente publicado como: BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Dunder & Lumblot, 1885].

<sup>570</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, cit., p. 53.

<sup>571</sup> Contrariando essa afirmação, Bruno Celano compara o costume ao negócio jurídico. Para ele, não é possível distinguir de forma aguda o negócio jurídico (convenções conscientes, deliberadas, sejam tácitas ou explícitas) e práticas consuetudinárias espontâneas, imediatas ou “irrefletidas”. Segundo o autor, essa afirmação ganha uma maior plausibilidade à luz de um interessante fenômeno: em vários contextos teóricos e práticos, os conceitos de costume e negócio jurídico são, muitas vezes, imbricados um com o outro. Exemplos dessa relação mútua entre os dois conceitos jurídicos são, entre outros, normas constitucionais não escritas, o Direito consuetudinário internacional e os usos contratuais do Direito privado. Para mais detalhes da sua proposição, cf. CELANO, Bruno. “Consuetudini, Convenzioni”. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto 1995. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, p. 54 e ss; cf., também: CHIASSONI, Pierluigi. “Tres

Assim, inadequado concluir que os costumes somente poderiam alterar normas processuais civis dispositivas, a respeito das quais poderia haver negócio jurídico processual.<sup>572</sup>

Um possível cenário, contudo, seria se as partes negociassem a alteração do procedimento para conformá-lo a costumes processuais que elas reconhecem como existentes e aplicáveis ao procedimento. Mas, nessa hipótese, a alteração procedimental estaria fundada no poder de autorregramento processual das partes, e não na incidência direta das normas consuetudinárias por decorrência de um poder normativo social.

Por isso, faz-se necessário um novo critério, diferente da cogência/dispositividade das normas processuais, para delimitar quais normas processuais legais poderiam ser revogadas ou alteradas pelo costume – tarefa para uma pesquisa posterior.

Na verdade, toda essa discussão está relacionada ao quanto se afirmou nos itens 3.1.2. e 3.1.3. do Capítulo 3. O princípio da legalidade no Direito processual demanda uma reserva legal processual, isto é, que determinados temas (integrantes de um “núcleo duro” de temas processuais) só possam ser normatizados pela fonte legislativa; lamentavelmente, não há, na legislação processual civil, uma disposição equivalente à do art. 97 do Código Tributário Nacional, por exemplo.

Apesar disso, há alguns limites objetivos aos costumes processuais, sobretudo associados a rols taxativos definidos em lei, e que conseqüentemente não podem ser ampliados por normas processuais consuetudinárias. O costume não pode, por exemplo, instituir um novo recurso nem criar uma nova hipótes de condenação em litigância de má-fé, para além daquelas instituídas pelo art. 17 do Código de Processo Civil.<sup>573</sup>

---

Buenos Filósofos contra los Malas Costumbres (Jurisprudencia Analítica y Teoría de la Costumbre)”, cit., p. 127 e ss.

<sup>572</sup> A despeito da explicação (um tanto “realista”, no sentido jurídico-filosófico) que, segundo Castillo, Bülow forneceria para a obrigatoriedade do Direito consuetudinário processual: “na última instância, todo o Direito processual cogente se torna dispositivo”, é dizer: na última instância a vontade suprema será a dos tribunais e não a da lei, e esse imperativo judicial que frente ao caso concreto implica a coisa julgada constitui, para o porvir, com tanto mais vigor quanto mais se reproduza, o padrão de uma norma uniforme e o elemento fundamental de um costume”. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’”, cit., p. 287.

<sup>573</sup> O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 250.781/SP (rel. Min. José Delgado, DJ: 19.06.2000) decidiu que a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do Código de Processo Civil de 1973 (equivalente ao atual art. 80 do Código de Processo Civil vigente); que à parte tenha sido oferecida

Além disso, seria possível imaginar uma potencial situação de antinomia jurídica tripla, causada por uma norma legal, uma norma negocial fruto de um negócio jurídico processual celebrado pelas partes e uma norma jurídica processual consuetudinária. Como proceder, em um tal cenário? Embora não se dispondo, neste momento, de respostas totalmente maduras, é possível propor alguns critérios de decisão.

Linhas acima se discutiu a respeito da possibilidade de as normas processuais consuetudinárias afastarem as normas processuais legais dispositivas, ao que se respondeu negativamente. É preciso pensar em outro critério para delimitar se e em que contextos normas processuais consuetudinárias podem afastar normas processuais legais.

Agora é preciso discutir outro cenário: a possibilidade de as normas processuais consuetudinárias virem a ser afastadas por normas negociais processuais, por exemplo.

Um critério possível de ser utilizado para ajudar a decidir em um caso assim é o seguinte: toda vez que uma norma processual legal dispositiva puder ser afastada por uma norma negocial, a norma processual consuetudinária também pode ser afastada. A lógica proposta é simples: quando a norma jurídica legal abre as portas para prestigiar o poder de autorregramento processual (ou seja, quando é dispositiva), essa dispositividade irradia os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, e comanda que as demais normas jurídicas processuais também cedam espaço à autonomia da vontade. Em outras palavras, é como se a dispositividade da norma legal também se estendesse à norma consuetudinária.

Se não houver certeza, entretanto, a respeito da cogência ou dispositividade da norma legal (se houver norma legal a respeito do tema) deve-se entender que a norma consuetudinária deve prevalecer sobre as normas negociais, em abstrato, porque o costume é uma norma geral e abstrata e só deve ser afastada quando expressamente se admitir ao domínio da vontade a oportunidade de normatizar o processo.

#### 4.5. FUNÇÕES DOS COSTUMES PROCESSUAIS

---

oportunidade de defesa (em atenção à norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.

Para além da sua eficácia normativa, os costume processuais também exercem importantes funções no sistema jurídico processual. São elas: i) auxiliar a interpretação de outras normas; e ii) adaptar o procedimento.

#### 4.5.1. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Chiovenda, nos seus *Principii*, advertiu, há mais de cem anos,<sup>574</sup> que o Direito processual é mais propenso que outros campos do Direito à desarmonia entre uma norma e as necessidades da prática. Para ele, as formas criadas para um determinado momento são inadequadas para outro, ao passo em que os juristas são (ou eram) eminentemente conservadores em relação ao tecnicismo processual. Por isso, o costume se apresentaria ao intérprete como uma importante ferramenta para a adequada interpretação da norma jurídica processual (mormente a legal).<sup>575</sup>

Já na obra de Carlos Maximiliano se encontra, por um lado, aplicação do costume como Direito subsidiário, “para completar o Direito escrito e lhe preencher as lacunas”, e, por outro, o seu papel auxiliar como “elemento da hermenêutica”.<sup>576</sup> Antes dele, ainda no século XIX, Paula Batista aludira ao papel da “interpretação usual”, fundada no costume e na jurisprudência, na correta compreensão dos sentidos da lei.<sup>577</sup> (cf. item 1.2 do Capítulo 1).

Para Jaime Guasp, a interpretação usual consiste em um modo reiterado de entender a norma em certo sentido,<sup>578</sup> feita por aquele a quem é destinada, como sucede com a jurisprudência (no caso de normas de decisão) com os usos e práticas do foro (no caso de normas processuais)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, *en passant*, sobre a importância do costume para a correta interpretação da lei. No julgamento do REsp nº. 443.910-PR, o Superior Tribunal de Justiça examinou um recurso especial em que se discutia se um ato normativo que

---

<sup>574</sup> A primeira edição da obra data de 1906.

<sup>575</sup> CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. 1, 3ª ed. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 2000, p. 168-169.

<sup>576</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 189.

<sup>577</sup> BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, cit., p. 30.

<sup>578</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, V. 1, 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Juridicos, 1962, p. 63-64.

vedava a inclusão de outros créditos de liquidação duvidosa nas provisões das pessoas jurídicas ampliava ou não a base de cálculo do imposto de renda, em violação ao princípio da estrita legalidade tributária, afirmou, em *obiter dictum*, que “o costume é servil ao particular na demonstração de que agiu consoante a administração tributária sempre admitiu, viabilizando a exclusão de sanções. A função expressiva do costume é sua manifestação de cunho interpretativo, revelando, através da praxe tributária, a exegese que a administração empresta ao instituto”.<sup>579</sup>

Em outra oportunidade, o mesmo tribunal, no julgamento do REsp 136.516-MG, apreciou recurso especial em face de acórdão que denegou agravo de instrumento interposto contra decisão que declarou a deserção do recurso por falta de preparo; e reconheceu que, na forma da lei, o prazo de dez dias para o pagamento do preparo da apelação contava a partir da data da intimação da conta (isto é, intimação do valor do preparo), como disciplinava a redação original do art. 519 do Código de Processo Civil de 1973; e entendeu que esta assertiva era tanto mais verdadeira, quando se leva em conta a circunstância de que a intimação do valor era “largamente praticada, integrando o estilo do foro” – a despeito de a secretaria da vara ter deixado de publicar o valor das custas por entender desnecessário.<sup>580</sup>

Com efeito, uma das funções do costume é contribuir para “fechar” a interpretação de normas de textura aberta ou elevada indeterminação, a exemplo de cláusulas gerais.

A interpretação de uma cláusula geral e de um conceito jurídico indeterminado ocorre mediante o preenchimento de uma pauta carente de valoração pelo intérprete/aplicador do Direito – contribuindo para o que Larenz denomina “desenvolvimento judicial do Direito”. A técnica legislativa da vagueza semântica, verificada na presença de “zonas cinzentas” em que a definição precisa de um elemento não é possível, tornou-se uma necessidade premente das sociedades modernas. Essa possibilidade decorre precisamente do caráter conotativo da linguagem jurídica, cujo significado só se pode apreender à luz de determinado contexto. Como ressaltou Larenz, “é certo que de tais idéias jurídicas gerais e princípios não se podem logo

---

<sup>579</sup> Cf. RESP 443.910-PR, do STJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ: 19/12/2002.

<sup>580</sup> Cf. RESP 136.516-MG, do STJ, Rel. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ: 09/03/1998. No acórdão, o tribunal fez constar da fundamentação a afirmação de que “processo não é armadilha para surpreender advogado”.

obter-se, de imediato, decisões jurídicas concretas; mas o que elas não são é completamente destituídas de conteúdo”<sup>581</sup>.

Conceitos indeterminados são termos ou expressões dotados de vagueza semântica e que, portanto, não podem ter o seu conteúdo definido *a priori*, impondo-se o seu preenchimento na análise do caso concreto. No momento de delimitação do alcance da norma, o magistrado promoverá uma remissão a *standards* jurídicos que estabelecerão os parâmetros de aplicação do conceito, tendo sempre em vista as particularidades de cada situação fática apresentada para julgamento<sup>582</sup>.

Judith Martins-Costa afirma que a liberdade do julgador frente aos conceitos indeterminados se limita à fixação do conteúdo da premissa fática (antecedente da norma), ao passo em que o efeito jurídico decorrente da prescrição normativa já está previamente estabelecido pelo ordenamento jurídico, de modo que não pode ser modificado pelo julgador.<sup>583</sup>

Diferentemente, as cláusulas gerais têm verdadeiro *status* de norma jurídica. Trata-se, contudo, de uma espécie diferenciada de norma, que consolida valores e é dotada de vagueza semântica, possibilitando ao julgador uma efetiva atividade criadora. É uma espécie normativa em que se verificam indeterminações nos dois pólos da sua estrutura lógica: tanto no antecedente (enunciado fático) quanto no conseqüente (efeito jurídico).

Trazendo uma opinião contrária, Jan Schapp afirma que no Direito Penal, o juiz dispõe de uma liberdade talvez comparável à do Direito civil quando ele recorre, por exemplo, aos antecedentes do delinquente para a avaliação do grau de culpa por um ato punível e, com isso, também para a fixação da pena. A observação do Direito Público e do Direito Penal mostra, todavia, que também as cláusulas gerais ali determinantes apenas podem ser apreciadas sob o aspecto desses ramos do Direito.<sup>584</sup>

---

<sup>581</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 410-411.

<sup>582</sup> Não se confere ao magistrado a faculdade de definir de forma arbitrária o conteúdo do conceito indeterminado, não dispensando essa atividade uma compatibilização com os valores consagrados no ordenamento jurídico. Por exemplo, a expressão “excessiva desproporção” (art. 944, parágrafo único, do Código Civil) é um conceito jurídico indeterminado.

<sup>583</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 326.

<sup>584</sup> SCHAPP, Jan. *Metodologia do Direito Civil*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2004, p. 132

No tocante à interpretação da lei processual, os conceitos indeterminados (noção tipológica cujos termos necessitam ser “completados” ou “preenchidos” pelo aplicador do Direito), bem como as cláusulas gerais, devem ser interpretados à luz de noções éticas, políticas, econômicas e sociais predominantes numa determinada comunidade, num dado momento histórico – sendo inegável, nesse sentido, o papel determinante exercido pelo costume.<sup>585</sup>

Por exemplo, o art. 5º do Código de Processo Civil institui norma fundamental do processo que determina que todo aquele que de qualquer forma participa do processo deve se comportar de acordo com a boa-fé. A compreensão do que significa, no caso concreto, “estar de acordo com a boa-fé” depende, em larga medida, da percepção do intérprete acerca dos usos e costumes em vigor.

Assim, para alcançar o sentido dos *standards* de conduta gerados pelo princípio da boa-fé objetiva num determinado caso, terá o intérprete de consultar sempre os usos e costumes em vigor, porquanto eles configuram “arquétipos exemplares daquela experiência concreta”.<sup>586</sup> É importante notar que essa função é exercida não pelo costume, mas pela norma jurídica consuetudinária dele decorrente (na prática uma metanorma, na medida em que contribui para a interpretação de outras normas jurídicas); assim, os costumes servem ao propósito de auxiliar na interpretação dos comandos normativos de uma norma processual, e nesse sentido, ajudar na aplicação do Direito Processual.

É o que sucede, por exemplo, no âmbito do Direito probatório, com a interpretação do que seja um “meio de prova moralmente legítimo”, para os fins do art. 369; ou o que seja “impedimento moral para obter prova escrita da obrigação” para os fins do art. 445, ambos do Código de Processo Civil.

Os costumes processuais podem ajudar a separar o que se entende por vício não essencial de um essencial, bem como questões cognoscíveis de ofício ou não;<sup>587</sup> podem ajudar a interpretar, também quais são as normas processuais legais cogentes e quais são dispositivas.

---

<sup>585</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação-Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

<sup>586</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 328; LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, cit., p. 130-131.

<sup>587</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.

Não se limita à interpretação da lei, contudo, o papel dos usos e costumes na elucidação do significado de termos indeterminados, pois estes também podem ser encontrados em instrumentos negociais (e, especialmente, para os fins desta pesquisa, os negócios jurídicos processuais). Como bem ressaltou Ludwig, os negócios jurídicos talvez estejam ainda mais ligados aos usos e costumes, uma vez que, em ambos os casos, a origem da juridicidade é não estatal (pelo menos no que toca aos costumes civis, como já se afirmou anteriormente, no item 2.5 do Capítulo 2). Por isso, os usos e costumes atuam invariavelmente como modelo hermenêutico quando um termo ou cláusula de maior abertura semântica surge diante do intérprete.<sup>588</sup>

Os usos e costumes podem ser úteis à interpretação da lei e/ou dos negócios jurídicos processuais não apenas quando a lei ou o negócio a eles se referir expressamente, mas também nos casos em que o intérprete tiver de se remeter a eles para bem apreender o significado de um determinado termo ou o alcance de uma determinada disposição legal ou cláusula do contrato.<sup>589</sup>

Os erros nos negócios jurídicos processuais dependem da interpretação de um conceito com propositada abertura semântica. O art. 138 do Código Civil determina que o negócio jurídico é anulável quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial, mas também perceptível por uma “pessoa de diligência normal”. O sentido da expressão tem de ser averiguado caso a caso, mas sempre “conforme os usos do lugar de sua celebração”, na forma do art. 113 do Código Civil.

Betti explica como os usos e costumes têm razão de ser sobre toda a matéria contratual. Por exemplo, a conduta do destinatário de uma proposta, que se abstenha de responder a ela negativamente, às vezes pode ter sua abstenção interpretada como uma aceitação, particularmente quando o uso ou costume atribuir ao silêncio o valor de uma “linguagem muda”.<sup>590</sup> E não importa, para este resultado, que a parte esteja consciente do uso ou costume no momento da emissão de sua declaração de vontade.<sup>591</sup>

---

<sup>588</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, cit., p. 133.

<sup>589</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, cit., p. 106.

<sup>590</sup> BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*, 2ª ed. Tradução para o espanhol de Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 112-113.

<sup>591</sup> BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*, cit., p. 76.

Outro exemplo de como os costumes processuais podem auxiliar na interpretação do Direito processual é a paulatina prática de se utilizar de negócios jurídicos processuais, na forma da lei. Na medida em que o uso dos negócios jurídicos processuais se torna mais comum, os costumes decorrentes da sua reiteração esclarecerão algumas zonas cinzentas interpretativas que são objeto de muita discussão na doutrina.

Por fim, normas processuais consuetudinárias podem se tornar normas definidoras do modelo de processo civil brasileiro, materialmente fundamentais, portanto. Assim sendo, certamente exerceriam (até mais acentuadamente) o papel de auxiliar a interpretação das normas processuais civis. Não há nenhum óbice à configuração de uma norma processual consuetudinária como materialmente fundamental.

#### 4.5.2. ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL

Para Calamandrei, a importância prática do costume processual vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas: o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume dos praticantes: o Direito escrito seria um contorno externo, dentro do qual o relevo, com cores e *chiaroscuro* é dado pelo costume.<sup>592</sup>

Para o referido autor, a principal função dos costumes processuais seria modificação do procedimento instituído pelos códigos de processo civil, em conformidade com peculiaridades ou circunstâncias locais. Aparentemente em tom de blague, o autor afirmou que de um mesmo modelo poderiam sair, nas várias circunscrições judiciais italianas, procedimentos dos mais variados tipos – e embora todos eles reivindicassem ter fiel sintonia com o mesmo Direito processual civil, teriam entre eles menos semelhanças do que os filhos de uma mesma mãe. Afinal, Calamandrei percebeu, quarenta anos depois de ouvir as modestas palavras do funcionário do escritório de seu pai, que elas carregavam uma grande verdade.<sup>593</sup>

Justificando as suas afirmações, o autor aludiu ao período após a entrada em vigor do *Codice di Procedura Civile* italiano de 1942, quando, a despeito da eficácia da lei, os

---

<sup>592</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Vol. 7, p. 265-278, 1952 [p. 274].

<sup>593</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 271.

procedimentos divergiam, às vezes visivelmente, em toda a Itália. Em Milão se continuava a seguir o processo consuetudinário que, em homenagem a *Sant’Ambroglio*, padroeiro da cidade, era conhecido como “rito ambrosiano”; em Nápoles o processo, apesar das mudanças legislativas, conservava por força da tradição inveterada uma bem reconhecida “fisionomia” local, que, por paralelismo, poderia ser chamada, em homenagem ao padroeiro *San Gennaro*, “rito gennariano”. Os costumes locais conferiam diferentes desenvolvimentos às instituições e procedimentos inscritos na lei processual, de alguns aumentando a importância, de outros diminuindo – inclusive para anulá-los e fazê-los cair em *desuetudo*.<sup>594</sup>

Uma das utilidades do costume processual é, nestes termos, a modificação (não-negocial) procedimental. Normas consuetudinárias processuais podem alterar o procedimento de forma a adaptá-lo a peculiaridades locais ou regionais, práticas que são adotadas por se entender necessárias ou devidas e que se consolidam em costumes cuja vinculatividade é aceita por todos. Tais especificidades podem ser fortes tradições culturais, como no caso dos exemplos mencionados por Calamandrei, ou podem ser, por outro lado, necessidades decorrentes das peculiaridades do exercício da jurisdição em locais afastados dos centros de influência na elaboração das normas processuais legais, e que, portanto, utilizam o costume como forma de adequar o processo à sua realidade – o que, dada a dimensão geográfica do Brasil, pode se mostrar comum.

O tema da adequação processual, muito em voga na contemporaneidade, tradicionalmente tem sido associado à possibilidade de o juiz, ou as partes, tendo em vista as peculiaridades de casos concretos, adaptar o procedimento instituído na lei (adequação jurisdicional ou negocial, respectivamente).<sup>595</sup> Esse fenômeno está associado à adequação legislativa do processo, fundada na ideia de que a construção legislativa do processo deve ser feita tendo em vista a natureza e as peculiaridades do seu objeto – não apenas para a construção de um bom procedimento, mas uma adequada tutela jurisdicional.<sup>596</sup>

---

<sup>594</sup> CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”, cit., p. 272.

<sup>595</sup> DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 144-146.

<sup>596</sup> DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 144-146.

Abandonando a tradição anterior de proliferação de procedimentos especiais às dúzias,<sup>597</sup> o Código de Processo Civil preferiu construir um procedimento dinâmico que possibilite tal flexibilidade.<sup>598</sup>

Como bem explicou Paulo Oliveira, diante das hipóteses em que, apesar de não haver abertura legislativa para a adaptabilidade judicial, o procedimento previsto não se apresentar apto a conferir a adequada tutela dos direitos, se afigura necessário superar as regras procedimentais e o ajustar o rito às peculiaridades do caso em julgamento. Fazê-lo, afirma, é prestigiar uma das faces da segurança jurídica processual: a segurança de realização, a aptidão do processo para adequadamente tutelar o direito material.<sup>599</sup>

Nesse contexto se insere o princípio da adequação processual, verdadeira garantia de estruturação do processo justo (exigido pela disposição constante do art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Por meio de um processo adequado confere-se segurança jurídica aos cidadãos mediante instrumentos capazes de conferir a atuabilidade tempestiva dos direitos, sem prejuízo das garantias processuais.

Como alerta Paulo Oliveira, o tema da flexibilização processual por meio do afastamento do rito previsto em lei toca no delicado problema da superação de regras legais, que não pode ser realizada de maneira aleatória e sem critérios bem definidos, sob pena de transformar o Direito processual em uma mera referência, e facultativa a sua observância. É que a opção legislativa brasileira foi regular amplamente o procedimento, rejeitando a proposta de uma “cláusula de abertura” conferida ao juiz para adaptar o rito procedimental de maneira ampla, justamente porque tal prerrogativa colocaria em risco a segurança dos jurisdicionados.  
600

Diante das pressões dos princípios constitucionais do devido processo e do acesso substancial à justiça sobre os operadores do Direito para zelarem por uma conformação processual adequada e efetiva, o procedimento legal se apresenta como um rito já considerado

---

<sup>597</sup> ROCHA, José de Moura. “Sobre os Procedimentos Especiais”, cit., p. 22-24.

<sup>598</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*, cit., p. 194 e ss.

<sup>599</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*, cit., p. 194 e ss.

<sup>600</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*, cit., p. 195..

previamente apropriado à tutela dos direitos, e que somente poderia ser afastado diante de casos concretos específicos, nos quais a pressão exercida pelos citados princípios constitucionais for insuportável (em razão do evidente déficit procedimental na faticidade do caso concreto). Em uma tal situação, o procedimento legal deve ceder à flexibilização, mas sempre acompanhado de uma consistente fundamentação e da observância dos deveres de colaboração.

Tais premissas conduzem o autor a concluir que o procedimento legal deve, em regra, ser observado, exercendo uma espécie de “eficácia de trincheira”, que só poderia ser afastada pelo juiz por razões devidamente fundamentadas (pois assim determina o art. 11 do código), cumprindo com o dever de colaboração (na forma da regra do art. 6º), sem surpresa ou distinções injustificadas às partes (como determinam os arts 9º e 10) e com respeito à autonomia privada dos jurisdicionados para conformar o procedimento às suas vontades (como faculta o art. 190). Atendidos tais parâmetros, afirma Oliveira, contemplado está o modelo de segurança processual do Estado constitucional: um procedimento previsto em lei, mas flexível, porquanto suscetível a alterações necessárias à idônea tutela dos direitos.<sup>601</sup>

É o que sucedia na região central da Bahia. Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, os pequenos produtores que residiam na zona rural da Chapada Diamantina e que se dirigiam às cidades para a realização de “feiras” semanais eram beneficiados por uma regra consuetudinária segundo a qual os mandados de citação a eles entregues fisicamente nas cidades pelos oficiais de justiça apenas eram juntados “cumpridos” aos autos (para início do prazo de defesa, na forma do art. 241, II, do referido código) uma semana após o efetivo cumprimento do mandado de citação, de forma a possibilitar que, na próxima visita à cidade, na semana seguinte, os réus pudessem procurar um advogado em tempo hábil, sem perda de parte significativa do seu prazo de defesa.<sup>602</sup>

É fácil compreender o quanto esse costume era importante para esses pequenos produtores. Se os oficiais de justiça citassem esses indivíduos no dia da feira, quando estes se encontravam na cidade, e, no dia seguinte, juntassem aos autos os mandados de citação “cumpridos” aos autos, o prazo para apresentação de contestação iria começar a correr antes mesmo que os réus citados tivessem qualquer oportunidade de adotar providências no sentido

---

<sup>601</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*, cit., p. 195.

<sup>602</sup> Esse costume foi noticiado pessoalmente pelo advogado e professor Dr. Antonio Adonias Aguiar Bastos, membro da banca examinadora desta tese de doutorado.

de contratar advogado, o que somente aconteceria, em regra, no dia de feira da semana seguinte. Por isso, aguardar uma semana para a juntada do mandado de citação significava muito para aqueles cidadãos: em muitos casos, era a diferença entre ter ou não aconselhamento profissional, ter ou não os seus direitos constitucionais à ampla defesa e ao acesso à justiça respeitados.

Para aqueles cidadãos, um processo adequado deveria levar em conta as suas peculiaridades pessoais e profissionais. O costume, observando essas circunstâncias, produziu uma “adequação subjetiva” consuetudinária no processo, para utilizar a expressão de Galeno Lacerda.<sup>603-604</sup>

Assim como nos costumes cujo objeto não seja o Direito processual, os costumes podem ter um âmbito geográfico local, regional ou nacional. Essa característica geográfica do Direito consuetudinário não ofende em nenhum aspecto o modelo do processo civil brasileiro, que, desde o novo Código de Processo Civil, assumidamente se abriu para permitir a flexibilização procedimental de modo a criar processos adequados a circunstâncias diversas.

Outro exemplo de costume processual regional é aquele havido no âmbito da Justiça do Trabalho da 10ª Região, no sentido de a comprovação do pagamento das custas ser feita diretamente pelo estabelecimento bancário recolhedor da taxa judiciária (e não pela parte). Em mais de uma ocasião o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a existência deste costume, manifestado, ao que consta, exclusivamente no Distrito Federal e no Tocantins, afastando a deserção do recurso ordinário pronunciada anteriormente pelo respectivo tribunal inferior.<sup>605</sup>

Por vezes, a adaptação ao regramento processual legal por meio de um costume não decorre de uma necessidade apenas local ou regional, mas de uma inadequação verificada amplamente no território nacional. Um exemplo disso é o quase abandono das audiências unas na Justiça do Trabalho. Não obstante a regra decorrente do art. 849 da Consolidação das Leis

---

<sup>603</sup> LACERDA, Galeno. “O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Centenário*. Porto Alegre, p. 161-170, 1976 [p. 164].

<sup>604</sup> É preciso deixar claro, contudo, que o autor jamais se referiu à possibilidade de a adequação processual operar por força de uma norma consuetudinária, bem como não vislumbrava a possibilidade de adequação jurisdicional do processo, mas, tão-somente, a adequação prévia, no âmbito legislativo (LACERDA, Galeno. “O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo”, cit., p. 168 e ss.).

<sup>605</sup> Cf, por exemplo, os acórdãos do E-RR: 479772-36.1998.5.10.5555, do TST, Relª. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, SDI 1, DJ: 07/10/2005; e do RR 808477-63.2001.5.10.5555, Rel. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ: 28/06/2002.

do Trabalho estabeleça que a audiência de julgamento deva ser contínua, ou, para empregar a expressão que se popularizou, “una”, o costume modificou o procedimento instituído por lei, criando as chamadas “audiências fracionadas”. Esse costume, como já admitiram os tribunais trabalhistas, atende, sobretudo, à finalidade de organização das pautas de audiências das Varas do Trabalho.<sup>606</sup>

#### 4.6. COSTUMES PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto, os costumes em matéria processual são aqueles que decorrem de usos verificados especificamente no âmbito da administração da Justiça. Analogamente ao estilos das cortes dos tribunais medievais e do Antigo Regime, o costume processual consiste nas práticas conhecidas e seguidas por aqueles que se dirigiam habitualmente à jurisdição: juízes, advogados, partes etc., e que apenas podem se referir à ordem do processo, ao procedimento ou marcha processual.<sup>607</sup>

Apesar de não prevalecerem como as principais fontes de normas processuais, os costumes processuais existem e operam, ainda que marginalmente, no Direito processual civil brasileiro. É possível examinar alguns exemplos.

Em um caso famoso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu, a despeito da regra decorrente do art. 141 do Código Civil de 1916 (a qual inadmitia prova exclusivamente testemunhal para contratos com valor um conto de réis) que seria possível utilizar prova testemunhal para demonstrar a ocorrência de negócios de gado na região de Barretos, ainda que com valores superiores ao montante referido na lei, porque “segundo os usos e costumes dominantes no mercado de Barretos, os negócios de gado, por mais avultados que sejam, celebram-se dentro da maior confiança, verbalmente, sem que entre os contratantes haja troca

---

<sup>606</sup> Cf., por exemplo, as manifestações em *obiter dictum* no AIRR 0000938-60.2013.5.06.0191, do TST, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ: 05/07/2018; no AIRR 0001845-14.2015.5.06.0143, do TST, Rel. Des. Conv. Ubirajara Carlos Mendes, DJ: 07/05/2018; no RO 0101735-94.2016.5.01.0541, do TRT1, Rel. Des<sup>a</sup>. Monica Batista Vieira Puglia, 3<sup>a</sup> Turma, DJ: 06/12/2017; e no RO 0000364-02.2016.5.06.0007, do TRT6, Rel. Des. Fábio André de Farias, 2<sup>a</sup> Turma, DJ: 27/09/2017.

<sup>607</sup> Está a se referir, aqui, a processo sob a perspectiva da teoria do fato jurídico, sob o plano da existência: processo como um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado por vários atos jurídicos destinados a um certo fim – processo como sinônimo de procedimento, portanto. Cf. DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, cit., p. 37.

de qualquer documento.” Um costume comercial deu origem, assim, a um costume processual de aceitar a produção de prova testemunhal para os referidos negócios.<sup>608</sup>

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, os advogados se mostravam muito preocupados com que determinadas questões decididas pelo juiz fossem consideradas (para esse último) preclusas, e, por isso, estáveis e imutáveis (sendo esse um dos fatores que contribuiria para a enorme proliferação dos recursos de agravo); isso decorreria justamente da postura (assentada em costume processual) dos juízes de se recusarem a rever questões incidentais acerca das quais não houve recurso da parte, mesmo quando o código deixava aberta tal possibilidade.<sup>609</sup>

Tendo em vista a exigência de que as partes provocassem na primeira oportunidade as nulidades ocorridas nos processos trabalhistas, regra decorrente do art. 795 da Consolidação das Leis do Trabalho, firmou-se o costume processual do “protesto nos autos”, mediante o respectivo registro na ata de audiência, a fim de evitar a preclusão temporal da oportunidade de arguir nulidade ocorrida em audiência.<sup>610</sup>

A chamada “citação por toco” representa forma de citação costumeira, empregada, por exemplo, em comunidades ribeirinhas da região norte do Brasil. Tendo em vista a distância entre a sede do órgão jurisdicional e os locais em que vivem os jurisdicionados, bem como a dificuldade de acesso às comunidades, os oficiais de justiça, ao passarem de barco pelos povoados, fixam os mandados de citação em troncos de árvores determinados, lá os deixando. Caso, ao retornarem, o mandado tenha sido assinado, considera-se o réu citado.<sup>611</sup>

Os pregões orais que anunciam o início de audiências, realizados por servidores das varas nas salas de espera dos fóruns e/ou sedes dos tribunais, não acontecem em decorrência de

---

<sup>608</sup> Cf. Apelação 11.417, do TJ-SP, Rel. Des. Macedo Vieira, 4ª Câmara Cível, DJ: 15/05/1941, publicada na *Revista dos Tribunais*, Ano XXX, Vol. CXXXII, N. 494, p. 660-667, 1941.

<sup>609</sup> Tratando com mais detalhes desse costume, cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*, cit, p. 330.

<sup>610</sup> Cf., por exemplo, as manifestações em *obiter dictum* no RR: 0001393-17.2011.5.03.0114, do TST, Rel. Min<sup>a</sup>. Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DJ: 13/04/2018; RO 0001464-72.2015.5.06.0121, do TRT-6, Rel. Des<sup>a</sup>. Maria do Socorro Silva Emerenciano, 1ª Turma, DJ: 25/08/2016; e no RO 0181200-52.2008.5.02.0462 do TRT-2, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes Godoi, 2ª Turma, DJ: 17/05/2011. A doutrina também reconheceu a existência deste costume: cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 340-341.

<sup>611</sup> Referindo-se a esse costume, cf. ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. “Garantias Fundamentais do Processo sob a Ótica da Informatização Judicial”. *Revista de Processo*, A. 42, Vol. 267, p. 129-170, 2017, [p. 139].

qualquer dispositivo do Código de Processo Civil, ou de qualquer outra regra legal: seu fundamento é o costume. Um réu que comparecesse ao fórum para a realização de uma audiência e desta não participasse em razão de não ter sido realizado o pregão oral para informar-lhe do início do ato poderia alegar e provar este fato para justificar o seu não comparecimento, com isso anulando a imputação contra si dos efeitos processuais decorrentes da sua ausência à audiência (p. ex., os efeitos da revelia).<sup>612</sup>

Há vários outros exemplos de costumes processuais: o reclamante e seu advogado se sentam sempre à esquerda do juiz e o reclamado e seu patrono sempre à direita, na Justiça do Trabalho; a defesa oral era substituída pela forma escrita na Justiça do Trabalho;<sup>613</sup> uma comunidade indígena é representada processualmente pelo seu cacique, com fundamento nos “costumes e tradições”;<sup>614</sup> os pedidos formulados na petição inicial são repetidos ao final do texto, em tópico próprio;<sup>615</sup> aceita-se mandato tácito na Justiça do Trabalho;<sup>616</sup> requer-se a

---

<sup>612</sup> O Tribunal Superior do Trabalho, embora não reconhecendo expressamente que o chamamento por pregão verbal decorria de um costume, reconheceu que o defeito no sistema de som utilizado para realizar o pregão de audiência na Justiça do Trabalho era causa suficiente para se reputar configurado cerceamento de defesa. Cf. RR 31900-49.2001.5.15.0090, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, DJ: 29/02/2008.

<sup>613</sup> Embora a nova redação do art. 847 da Consolidação das Leis do Trabalho expressamente permita a juntada aos autos de defesa escrita, a redação original do art. 846 da referida lei estabelecia, no passado, o prazo de vinte minutos para apresentação de defesa oral pelo reclamado ou seu representante legal. A mudança legislativa ocorreu em 1995. Contudo, os tribunais trabalhistas, antes mesmo da alteração legislativa, já reconheciam a possibilidade de juntada de defesa escrita como um costume processual. De fato, reconhecendo a vetusta existência deste costume processual trabalhista, os tribunais trabalhistas vêm decidindo, inclusive, que a juntada da defesa escrita não serve à alteração do instituto da revelia previsto no artigo 844 da referida consolidação, o qual, na Justiça do Trabalho, decorre do não comparecimento da ré à audiência. Cf., por exemplo, a manifestação em *obiter dictum* no RO 0000028-51.2012.5.12.0013, do TRT-12, Relª. Liane Martins Casarin, 1ª Turma, DJ: 12/09/2012; e no RO 0000467-33.2012.5.12.0055, do TRT-12, Relª. Lourdes Dreyer, 2ª Turma, DJ: 05/08/2013. A doutrina também reconheceu a existência deste costume: cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 51.

<sup>614</sup> DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*, cit., p. 123.

<sup>615</sup> Cf., por exemplo, a manifestação em *obiter dictum* no RO 1001388-24.2016.5.02.0051, do TRT-2, Rel. Desª. Liane Martins Casarin, 9ª Turma, DJ: 06/09/2018.

<sup>616</sup> Cf., por exemplo, os seguintes acórdãos: RR 32500-29.2005.5.17.0008, do TST, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DJ: 07/08/2012; RO 0047300-57.2007.5.17.0181, do TRT-17, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, Rev. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, 2ª Turma, DJ: 07/05/2010; RO 0002100-09.2008.5.17.0014, do TRT-17, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, Rev. Des. Claudio Armando Couce de Menezes, 2ª Turma, DJ: 09/08/2010. O mandato tácito também foi reconhecido, ainda que sem uma associação direta ao costume processual, pelo Prejulgado nº 43 do Tribunal Superior do Trabalho, convertido, pela Resolução Administrativa nº. 102/1982 do referido tribunal, no enunciado nº. 164, posteriormente cancelado em

produção “de todos os meios de prova em direito admitidos”, em vez de provas indicadas especificamente, e, posteriormente o juiz profere despacho pedindo às partes que especifiquem quais provas querem produzir;<sup>617</sup> os recorrentes e recorridos entregam memoriais aos desembargadores e ministros antes de sessão de julgamento em tribunal, apresentando e resumindo os principais pontos juridicamente relevantes de uma causa no tribunal;<sup>618</sup> apenas para citar alguns.

#### 4.7. TRIBUNAIS E PROCESSOS TRADICIONAIS/ANCESTRAIS

Em um interessante artigo, Joseph Blocher afirmou que, embora a doutrina se atente ao problema da formação do costume, não tem explorado teoricamente a forma como o Direito consuetudinário pode ser efetivo sem uma necessária intervenção jurisdicional.<sup>619</sup> Segundo o autor, o Direito consuetudinário opera de uma forma que viabiliza que a seleção das normas aplicáveis, a resolução dos fatos em disputa, a aplicação das normas selecionadas aos casos e a recomendação de sanções (exatamente as funções desempenhadas pelos tribunais) operem difusa e espontaneamente nas sociedades civis.

Defendendo uma forma de governança consuetudinária não dependente das instituições estatais como os tribunais e a polícia para assegurar o *compliance* com os costumes, Blocher afirma que o que ele chama de “*customary adjudication*” seria, para a jurisdição formal, o equivalente não-estatal do Poder Judiciário. Difusamente, a própria sociedade seria capaz de prescrever consequências jurídicas à violação das normas consuetudinárias: fazendeiros temem

---

decorrência da sua incorporação à nova redação do enunciado nº 383, ambos da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>617</sup> Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, por força das normas decorrentes dos arts. 282, VI, e 300, autor e réu deviam anunciar, de forma específica, na petição inicial e na contestação, as provas que pretendiam produzir no processo. Havia costume consolidado, contudo, de que os advogados descumprissem esse comando, anunciando apenas que queriam produzir “todos os meios de prova admissíveis em direito”, levando os juízes, conseqüentemente, a determinar que as partes especificassem, em seguida, as provas que pretendem produzir. Cf., por exemplo, o acórdão do AI 0010275-91.2009.8.19.0000, do TJ-RJ, Rel. Custodio de Barros Tostes, 7ª Câmara Cível, DJ: 28/05/2009. A doutrina também reconheceu a existência deste costume: cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 21.

<sup>618</sup> Cf., por exemplo, a manifestação em *obiter dictum* no AI 764918/ES, do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 06/12/2010

<sup>619</sup> BLOCHER, Joseph. “Order Without Judges: Customary Adjudication”. *Duke Law School Journal*. Durham, Vol. 62, p. 579-602, 2012.

sanções morais de seus vizinhos; mercadores de atum muito litigiosos temem ser sancionados com a perda de negócios etc.<sup>620</sup> De alguma forma, o Direito consuetudinário se efetivaria por meios espontâneos e extra-estatais de solução de conflitos.

Não obstante essa possibilidade, fato é que, na maior parte das vezes, o Direito consuetudinário depende de tribunais estatais ou tradicionais (mas reconhecidos pelo Estado) para efetivar as normas consuetudinárias. Às vezes os próprios tribunais responsáveis por aplicar as normas consuetudinárias se valem de processos fundados em normas consuetudinárias para resolver os conflitos jurisdicionais.

O mais famoso exemplo de um tribunal cujo processo opera fundado em normas consuetudinárias é o milenar *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*, provavelmente criado pelos muçulmanos<sup>621</sup> (“sarracenos”). O tribunal foi reconhecido por James I de Aragão (“*el Conquistador*”) após ele tomar a cidade dos berberes africanos em 1237. No ano seguinte, ele conferiu aos habitantes da cidade (e Reino) de Valencia o privilégio<sup>622</sup> e direito de “irrigar e tomar águas sem servidão, serviço ou tributo, e tomar essas águas de acordo com os costumes do tempo dos sarracenos”. Em 1250 o mesmo Rei atribuiu outro privilégio permitindo aos irrigadores de Valencia “impor e executar as penalidades estabelecidas em costume”. Com fundamento nesse privilégio se originou a jurisdição do *Tribunal de las Aguas*.<sup>623</sup>

Séculos depois, no auge da predominância do absolutismo centralista, a monarquia espanhola expediu uma série de atos normativos, em sua maioria no século XVIII, estabelecendo os privilégios de cada um dos canais de irrigação valencianos, e as obrigações de seus síndicos de se encontrar toda quinta-feira ao meio dia na entrada do portão dos Apóstolos da Catedral Lotgeta, onde tradicionalmente se realizam as atividades jurisdicionais.<sup>624</sup>

---

<sup>620</sup> BLOCHER, Joseph. “Order Without Judges: Customary Adjudication”, cit., p. 594 e ss.

<sup>621</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría General del Derecho Procesal*. México, cit., p. 68 e ss.

<sup>622</sup> Cf. Definição constante da nota de rodapé nº 60, no item 1.1.2, no Capítulo 1.

<sup>623</sup> Sobre o tema, cf. GUILLÉN, Victor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia e su Proceso: Oralidade, Concentración, e Rapidez, Economía*, 2ª ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988, p. 175 e ss.; GUILLÉN, Victor Fairén. “El proceso Oral y Eficaz ante el Milenario Tribunal de las Aguas de Valencia” In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (eds.). *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, V. 1. Valencia: Universitat de Valencia, 2008. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Tribunal de Águas de Valência”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, N. 36, p. 133-146, 2009.

<sup>624</sup> BOIRA, Vicente Giner. *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Valencia: [s/d] 1969, p. 19.

Nos séculos XIX e XX as leis de águas de 1866, 1879 e 1932 confirmaram a “autonomia e jurisdição” do tribunal. Os *Estatutos de Autonomia* de Valencia aprovados em 1982 e 2007 continuaram a confirmar a sua existência, assim como a *Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 1985 e o art. 125 da *Constitución Española* de 1978. O mencionado dispositivo constitucional estabelece a participação perante os tribunais consuetudinários e tradicionais como um meio de participar na administração da Justiça.

O tribunal tem jurisdição e competência bastante específica, associado a um determinado tipo de lide havido entre os membros de um determinado grupo social:<sup>625</sup> atua na resolução dos conflitos que surgem entre membros (e entre esses e terceiros) a respeito da posse da água nos oito canais de irrigação da Vega de Valencia. Entretanto, não pode intervir em matéria de propriedade ou outros direitos, que continuam a cargo dos tribunais ordinários.<sup>626</sup>

Os membros do tribunal devem ser fazendeiros da *Huerta* de Valencia, escolhidos entre os membros das oito comunidades de irrigação de acordo com os seus próprios termos. Há vários papéis diferentes nessa tradicional engrenagem judicial: anciões ocupam o cargo de “*electos*”, assessorando os trabalhos; há *atandadores* (encarregados de estabelecer turnos para o suprimento de água); *veedores* (inspetores, observadores); *guardas* etc.<sup>627</sup>

Como se mencionou acima, o tribunal não é (mais) consuetudinário, pois sua existência está fundada em uma pluralidade de leis (da atual Constituição espanhola aos privilégios reais aragonenses). Consuetudinário é o processo.<sup>628</sup>

---

<sup>625</sup> No Japão também há um tribunal dedicado à resolução de um tipo específico de conflito envolvendo um grupo social determinado: o “tribunal do atum” (*Jiki Sensa-sho*, ou “local de inspeção de acidentes”). O tribunal provê aos compradores de atum reduções de preço quando os juízes determinam que houve a compra de um atum danificado. Contudo, o *Jiki Sensa-sho* e o *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia* são muito diferentes, sobretudo porque o tribunal japonês foi criado pelo Estado e segue regras e procedimentos firmados por lei estatal para resolver conflitos entre os comerciantes, os corretores e os compradores de atum nos mercados de Tokyo, contando com a participação destes atores no processo jurisdicional. Sobre o tribunal do atum, cf. FELDMAN, Eric. “The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 94, p. 313-369, 2016.

<sup>626</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia e su Proceso: Oralidade, Concentración, e Rapidez, Economía*, cit., p. 111-226.

<sup>627</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia e su Proceso: Oralidade, Concentración, e Rapidez, Economía*, cit., p. 259 e ss.

<sup>628</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoria General del Derecho Procesal*. cit. p. 68.

Em poucas palavras, o processo perante o tribunal contempla oportunidades para imputar ao réu uma infração aos costumes de águas; contraditório do acusado; análise de provas (documentais, testemunhais etc.). Os costumes permitem ao tribunal realizar inspeções judiciais, impor multas e outras sanções às partes que se comportam inadequadamente durante o julgamento. Todo o processo ocorre oralmente, sem secretaria, sem autos escritos. Só a sentença é redigida. Não há direito a apelação: a *auctoritas* do tribunal é suficiente para legitimar as suas decisões.<sup>629</sup>

Embora o exemplo do tribunal valenciano seja o mais famoso – possivelmente em razão de ter se consolidado em um sistema jurídico europeu e de tradição romano-germânica – não convém esquecer os tribunais não ocidentais que se utilizam de processos consuetudinários, como os tribunais tradicionais africanos, a exemplo dos existentes na Namíbia<sup>630</sup> ou no Malawi.<sup>631</sup>

São características frequentemente verificadas nos processos tradicionalmente havidos junto a estes e outros tribunais tradicionais africanos a simplicidade ou falta de formalidades; o uso de meios de prova e critérios de julgamento irracionais (que levaram um autor, Poirier, a fazer referência a um “*Droit secret*”);<sup>632</sup> o fato de que as partes e os juízes estão envolvidos em relações múltiplas e complexas, pretéritas e às vezes posteriores ao conflito jurisdicional; uma abordagem fundada no “senso comum” em vez da juridicidade na resolução dos problemas; a orientação à reconciliação das partes como uma diretriz mais importante que a mera resolução imparcial do conflito; e o papel de crenças religiosas e ritualísticas, bem como de práticas tradicionais na determinação da responsabilidade dos litigantes.<sup>633</sup>

---

<sup>629</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia e su Proceso: Oralidade, Concentración, e Rapidez, Economía*, cit., p. 381 e ss. e 551 e ss.

<sup>630</sup> PETERS, E. A.; UBINK, Janine. “Restorative and Flexible Customary Procedures and their Gendered Impact: a Preliminary View on Namibia's Formalization of Traditional Courts”. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Abingdon, Vol. 47, N. 2, p. 291-311, 2015.

<sup>631</sup> UBINK Janine; WEEKS, Sindiso Mnisi, “Courting Custom: Regulating Access to Justice in Rural South Africa and Malawi”. *Law & Society Review*. New Jersey, Vol. 51, N. 4, p. 825-858, 2017.

<sup>632</sup> POIRIER, J. “L'Analyse des Espèces Juridiques et l'Étude des Droits Coutumiers Africains”. In: GLUCKMAN, Max. *Ideas and Procedures in African Customary Law*. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 102 e ss.

<sup>633</sup> GLUCKMAN, Max et al. “Introduction”. In: GLUCKMAN, Max. *Ideas and Procedures in African Customary Law*, cit., p. 22 e ss.

O estudo da realidade dos tribunais tradicionais africanos e seus processos fundados em costumes ancestrais pode ser beneficiado pela análise que Oscar Chase faz sobre a conexão profunda e reflexiva entre cultura e processos resolutivos de conflitos, uma conexão que é encontrada mesmo em estados modernos, caracterizados por regras processuais técnicas e elaboradas. A ligação entre normas de direito material e valores culturais tem sido frequentemente notada; a análise transcultural de Chase se debruça, antropológicamente, sobre as formas de resolução de disputas e suas ligações com as diversas culturas civilizatórias. Assim, para o autor, é de relativa importância para a sua obra que os Azande, um povo africano, considerem o adultério um erro grave – ao passo em que lhe interessa, particularmente, que eles consultem oráculos para determinar se isso ocorreu.<sup>634</sup>

Além dos tribunais tradicionais africanos, cabe mencionar as jurisdições indígenas da América Latina, como aquelas existentes no Perú, no Equador, na Colômbia etc., as quais conservam, em diferentes graus, os procedimentos consuetudinários e regras de direito material tradicionais de seus povos, por vezes parcialmente misturados com o Direito ocidental.<sup>635</sup>

Manifestações mais vistosas do fenômeno do chamado “constitucionalismo latino-americano”,<sup>636</sup> tais tribunais tradicionais são, por vezes, equiparados à justiça estatal como manifestações constitucionalmente reconhecidas dos poderes jurisdicionais nacionais. Vale mencionar a função simbólica do dispositivo do art. 179, II, da Constituição Política do Estado

---

<sup>634</sup> CHASE, Oscar. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005, p. 11.

<sup>635</sup> Para uma análise dessas variadas experiências de pluralismo jurídico na América Latina, cf. CERDAN, Fernando Bazán. “Estado del Arte del Derecho Consuetudinário: El Caso de Perú”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 51-82, 2005; GARCÍA S., Fernando. “El Estado del Arte del Derecho Indígena en Ecuador”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 151-170, 2005; BOTERO, Esther Sánchez. “Reflexiones en Torno de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 225-252, 2005. CASTRO, Rubén Chacón. “El Sistema Jurídico Indígena en Costa Rica: Una Aproximación Inicial”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 119-150, 2005; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Coordinación entre Justicias, ese Desafío”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012; SANTOS, Boaventura de Sousa. “Cuando los Excluidos Tienen Derecho: Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava. “Del Presente se Inventa el Futuro: Justicias Indígenas y Estado en Ecuador”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012.

<sup>636</sup> Sobre o tema, cf. a excelente coletânea de artigos sobre o tema: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

Plurinacional da Bolívia, segundo o qual “*La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía*”.

#### 4.8. *SOFT LAW*, COSTUME E O SURGIMENTO DE UMA NOVA *LEX MERCATORIA* PROCESSUAL.

O *soft law* tem desempenhado um papel importante na arbitragem internacional. Vários são os motivos que levam os atores da arbitragem internacional a optar pelo *soft law* processual em detrimento do *hard law*: uma maior agilidade dos processos de criação de modificação da *soft law*, permitindo, assim, uma rápida atualização e modernização; uma maior flexibilidade, em geral, do procedimento, reconhecendo a autonomia da vontade dos envolvidos para alterá-lo; o caráter puramente técnico do seu conteúdo (contrastando claramente com eventuais regras do *hard law* emitidas por força de considerações puramente econômicas e/ou políticas *lato sensu*); a possibilidade de harmonização de diferenças culturais jurídicas etc.

O seu uso tem se popularizado nas arbitragens internacionais sobretudo por ser uma solução intermediária entre duas opções ruins: utilizar as normas vinculantes tradicionais ou normatizar o processo arbitral puramente fundado na discricionariedade do árbitro balizada pelas questões de ordem pública.<sup>637</sup>

Os mecanismos de *soft law* visam orientar a prática de atos processuais no espaço deixado pelas leis nacionais, pelos tratados e por regulamentos vinculantes de arbitragem (*hard law*), o que tem contribuído para o surgimento de uma nova *lex mercatoria* processual,<sup>638</sup> resultante da consolidação de práticas conduzidas por árbitros de disputas empresariais guiados pelas diretrizes do *soft law*.

Esse fenômeno opera, sobretudo, por meio de instrumentos escritos não obrigatórios elaborados por comissões e organismos não estatais, a exemplo da *International Bar*

---

<sup>637</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122 e ss.

<sup>638</sup> GALGANO, Francesco. “The New Lex Mercatoria”. *Annual Survey of International Law & Comparative Law*. San Francisco, Vol. 2, p. 99-110, 1995. ELCIN, Mert. *Lex Mercatoria in International Arbitration: Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012. HRNČIŘÍKOVÁ, Miluše. “The Meaning of Soft Law in International Commercial Arbitration”. *ICLR*. Praga, Vol. 16, No. 1, 2016.

*Association*. Desprovidas de efeitos normativos tradicionais, as disposições de *soft law* nem por isso deixam de influenciar e prevalecer na prática jurídica arbitral.

De fato, os casos deste tipo parecem subverter o *modus operandi* tradicional do sistema internacional, pois legitimam a ocupação de espaços em relação aos quais a aplicação do Direito não se viabiliza (ou ao menos pode ser dispensada), sem que, por outro lado o sistema jurídico nacional tenha interesse em reprimir ou sancionar as violações ao seu *hard law*, em tese aplicável.<sup>639</sup>

O *soft law* pode ser determinante para viabilizar ao árbitro empresarial preencher os espaços de discricionariedade deixados pelo *hard law*, flexibilizando e adequando, por exemplo, a instrução probatória.<sup>640</sup> Embora, como já se disse, o *soft law* seja mais associado a documentos escritos (como declarações, memorandos de entendimentos, recomendações, resoluções e outros atos congêneres) emitidos por organismos internacionais,<sup>641</sup> tais regras de *soft law* poderiam decorrer também de um *quasi*-costume arbitral internacional em matéria processual.

Nas palavras de Abbud, o *soft law* poderia ser equiparado em seus efeitos com a jurisprudência e a doutrina enquanto “fontes de baixa intensidade”, meramente persuasivas, sobre as escolhas de partes, advogados, árbitros, instituições arbitrais, e mesmo órgãos judiciais a respeito de determinadas questões atinentes ao processo arbitral internacional.<sup>642</sup>

O *soft law* não poderia, contudo, ser comparado ao costume porque este, como fonte vinculante do Direito, é, na prática, *hard law*. Embora o *soft law* possa refletir práticas comuns, não necessariamente carrega preceitos de uso continuado ao longo do tempo. Além disso, ao *soft law* faltaria a *opinio juris vel necessitatis*, que é elemento obrigatório do costume internacional, para além do mero uso.

---

<sup>639</sup> É possível notar algum paralelismo com a situação das transformações que a prática jurídica no Brasil colônia, distante do Direito metropolitano, ocupava os vazios normativos causados pelo afastamento da metrópole, especialmente quando não havia interesse em reprimir essas práticas adaptativas.

<sup>640</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*, cit., p. 122 e ss.

<sup>641</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*, cit., p. 10 e ss.

<sup>642</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*, cit., p. 25 e ss.

Não obstante, a prática do *soft law* pode emular algum costume internacional (ou até mesmo nacional) na execução das arbitragens internacionais e, com isso, pode eventualmente surgir um “*quasi-costume*”: em outras palavras, é possível que determinadas práticas arbitrais se tornem conhecidas e repetidas pela comunidade jurídica arbitral e, eventualmente, venham a ter até mesmo uma divulgação e aceitação equiparável à da *soft law* emanada pelos documentos internacionais aos quais se referiu acima. Em um caso assim, embora não seja possível qualificar a reiteração de comportamentos como um costume do *hard law* internacional (tal qual a teoria geral define), parece surgir, nesse cenário, um “*soft custom*”, para fazer um paralelismo com a expressão *soft law*.

Como sugere Abbud, os instrumentos de *soft law* não são (e não pretendem ser) um “código” sobre a instrução processual arbitral. Eles deixam de dispor sobre um sem-número de questões não sujeitas a disciplina uniforme, bem como não se destinam a serem aplicados, necessariamente, *in totum*.<sup>643</sup> Nesse contexto, as partes e os árbitros, para além das escolhas e alternativas fornecidas pelo *soft law* tradicional, decorrente de documentos escritos, poderão optar, também, pelas práticas processuais sedimentadas pelo costume processual arbitral.

---

<sup>643</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*, cit., p. 25 e ss.

## CONCLUSÃO

As principais conclusões desta pesquisa serão, doravante, expostas, organizadas de acordo com o capítulo e a ordem em que foram abordadas ao longo da tese.

### *CAPÍTULO 1: HISTÓRIA E TRADIÇÃO.*

1. Na Idade Média e no Antigo Regime eram importantes fontes do Direito tanto os costumes quanto os estilos das cortes (espécies de costumes referentes ao procedimento processual).

2. Para além de sua eficácia normativa, os costumes eram importantes ferramentas para a interpretação do Direito, servindo ao propósito de diminuir a indeterminação causada pelo mar de opiniões contraditórias dos juristas do *ius commune*.

3. Os juristas medievais teorizaram (e frequentemente divergiram) a respeito dos pressupostos para a configuração dos costumes e dos estilos, estabelecendo vários critérios, a exemplo do número de atos necessários para a sua formação, o tempo mínimo de repetição dos atos (“prescrição” do costume), sua racionalidade e a aceitação dos costumes pelo soberano e pela comunidade.

4. Os costumes e estilos constatados nos órgãos administrativos e jurisdicionais situados no Brasil contribuíram para atribuir “cor local” ao Direito aplicado na colônia, individualizando-o, em certa medida, do Direito português, e preenchendo os espaços que o distanciamento em relação à metrópole tornou abertos.

5. O surgimento da Lei da Boa Razão alterou os pressupostos para a configuração dos costumes e dos estilos, assim impactando diretamente na diminuição da frequência de sua utilização, e resultando, indiretamente, no abandono das peculiaridades e individualidades do Direito colonial.

6. Em razão das substanciais transformações havidas na política e na configuração administrativa do Estado brasileiro após a declaração de Independência, a teoria político-jurídica do costume também sofreu diversas modificações aos olhos dos juristas do Império. Embora o novo regime político fosse incompatível com o reconhecimento de qualquer fonte do

Direito que não a lei, a doutrina em geral reconhecia o papel de fonte subsidiária do Direito ao costume, em certa medida ainda sob a influência da Lei da Boa Razão; e reputavam os costumes úteis à interpretação do Direito vigente.

7. Após a proclamação da República as referências aos costumes nas obras doutrinárias e na prática jurídica diminuiu ainda mais. O art. 1.807 do Código Civil de 1916, que expressamente revogava “... os Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito civil reguladas neste Código” simbolizava a mentalidade coletiva de ruptura com o passado e a vontade pela constituição de um Direito novo, no qual as tradições e os costumes anteriores não representavam um papel significativo. A associação do Direito à lei nunca estivera tão forte.

## *CAPÍTULO 2: CONCEITOS JURÍDICOS E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS*

8. As teorias sobre as fontes do Direito na contemporaneidade precisam contemplar os fenômenos do pluralismo jurídico (por meio do qual o Estado convive com outros centros de produção normativa, por se integrar a Direitos supracionais e/ou regionais, v.g.) e do policentrismo (as fontes do Direito são diferentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, a depender do ramo ou setor do Direito, v.g., nos Direitos penal, civil, consumerista, do trabalho etc.).

9. No Direito brasileiro, embora parte da doutrina divida as fontes do Direito em fontes vinculantes e persuasivas, essa classificação não faz sentido, porque se a eficácia da fonte não é vinculante, fonte do Direito ela não é – já que não produz norma jurídica.

10. As normas que tratam do tema das fontes do Direito dentro de um determinado sistema jurídico são chamadas de metanormas. Elas também são responsáveis por disciplinar critérios de aplicação das normas decorrentes da multiplicidade de fontes do Direito. Normalmente, a lei exerce uma posição privilegiada como fonte capaz de ordenar, normativamente, as eventuais antinomias de normas provenientes das diversas fontes.

11. A colaboração dos juristas (conhecedores da complexidade do sistema jurídico marcado, como já se disse, pelo policentrismo, pelo pluralismo jurídico e pela multiplicidade de fontes do Direito) é imprescindível à ordenação jurídico-metodológica da aplicação das normas provenientes das fontes do Direito, de forma a se prestigiar a segurança jurídica.

12. A doutrina denomina fonte *extra ordinem* aquela fundada apenas em sua coerência com o arranjo dos poderes que se manifestam e se estabilizam em um determinado contexto político estatal. Fica evidente, assim, a ligação incontestável entre *fontes extra ordinem* e o conceito de “Constituição em sentido material”.

13. Não há que se distinguir entre fonte e texto (entre atos/fatos e signos com função preceptiva) – estes se distinguem apenas das normas, que são seus efeitos e seus significados. Exceção a essa afirmação é o costume (fonte-fato, Direito não escrito), que produz normas jurídicas consuetudinárias sem que haja disposição ou texto que lhe corresponda, mas mediante um tipo bem diferente de “interpretação”.

14. Muitos autores, na continuidade de uma tradição que remonta ao século XIX, afirmam que o costume seria composto por um elemento, dito objetivo (a repetição de um comportamento de forma geral e constante). A constatação desse elemento (uso) depende, tão-somente, de uma percepção subjetiva (e algo discricionária) da suficiente reiteração de um determinado comportamento, o qual pode ser muito amplo ou restrito geográfica ou socialmente. Há ainda um outro elemento, dito subjetivo (*opinio juris vel necessitatis*), consistente na exigência de que o comportamento reiterado seja o resultado de uma convicção geral de obrigatoriedade do costume. Esse requisito é particularmente criticado por vários teóricos, que sugerem, inclusive, a sua eliminação ou substituição por outro, como a enunciação estatal/judicial do costume.

15. Como o costume pode ser fonte de normas jurídicas em diversos ramos ou setores do Direito público, como, por exemplo, os Direito constitucional, processual, administrativo, tributário etc., não faz sentido qualificar o Direito como uma fonte não estatal. Atos estatais podem produzir normas consuetudinárias.

16. Não se confunde o costume *contra legem* em sentido estrito (*consuetudo abrogatoria*, o costume efetivamente contrário à lei) com o *desuetudo* (ineficácia da lei ou do costume).

17. As normas consuetudinárias podem se configurar como regras, princípios ou metanormas.

18. A demonstração do “costume-princípio” não deve recair sobre um único comportamento reiterado (como seria o caso do “costume-regra”), mas sobre diversos tipos de comportamentos reiterados (os quais, isoladamente, possivelmente poderiam eventualmente ser considerados costumes-regra) que possam ser percebidos pelo intérprete como manifestações concretas de um dever-ser ideal, mais abstrato, passível de ser cumprido em vários graus, com uma dimensão

de peso maior ou menor em cada caso de conflito – configurando-se, assim, a norma consuetudinária, dentro do enquadramento das normas principiológicas.

19. É possível se falar em costumes constitucionais, decorrentes do comportamento estatal. Em circunstâncias excepcionais, podem surgir costumes constitucionais sem uso.

20. Em face de normas constitucionais consuetudinárias os intérpretes devem realizar controle de constitucionalidade de atos infraconstitucionais. Além disso, normas constitucionais escritas decorrentes de emendas à Constituição podem ser objeto de controle de constitucionalidade (material) do texto da emenda ao texto originário da Constituição

### *CAPÍTULO 3: O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO*

21. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fruto do seu tempo, ainda pressupõe o Código Civil como a estrutura legislativa central do ordenamento jurídico. Do ponto de vista metodológico, o dispositivo é defasado, desconhecendo a distinção entre texto e norma, o reconhecimento dos princípios jurídicos como espécies de norma e a proporcionalidade como critério de resolução de suas antinomias; a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; o reconhecimento do poder normativo dos precedentes judiciais e dos enunciados de súmula de jurisprudência dos tribunais; e nem mesmo os controles de constitucionalidade e convencionalidade.

22. A não reprodução, no Código de Processo Civil, da parte final do texto do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, que emulava o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode ser compreendida como a revogação deste último, ainda que tácita – revogação na modalidade derrogação, já que apenas uma parte específica da lei foi revogada.

23. A opção pelo uso da expressão “ordenamento jurídico” no art. 8º e em outros diversos dispositivos do Código de Processo Civil, bem como a releitura pela doutrina do princípio da legalidade (entendido como conformidade com o Direito) se compatibilizam com o cenário contemporâneo de multiplicidade de fontes do Direito.

24. A proliferação de fontes do Direito nos diversos sistemas jurídicos romano-germânicos (com o reconhecimento de maiores poderes normativos aos precedentes judiciais, aos costumes e às manifestações de autonomia privada) torna menos clara a relação clássica de subordinação

hierárquica entre as anteriormente chamadas fontes primárias – essencialmente, a lei – e as então chamadas fontes secundárias ou subsidiárias, como o costume ou o regulamento.

25. Diante das várias possibilidades, o critério da hierarquia entre as fontes por vezes, se aplica; às vezes vale apenas para um certo tipo de conflito normativo; às vezes é substituído pelo critério de competência material; e, menos frequentemente, é neutro na competição entre diferentes fontes que normatizem o mesmo tema.

26. O fundamento normativo dos costumes é o princípio ou metanorma do respeito ao poder normativo social, que decorre de disposições normativas, ainda que referentes a determinados ramos ou setores do Direito, que reconhecem os costumes como fatos produtores de normas jurídicas, bem como de precedentes dos tribunais superiores que também reconhecem a normatividade consuetudinária.

27. Os tribunais superiores reconhecem a normatividade dos costumes, embora em alguns casos não o costume *contra legem*. Quanto ao *desuetudo*, não há, ainda, posicionamento claro sobre o assunto.

28. Os costumes podem ser provados por quaisquer meios admitidos. Em alguns ordenamentos jurídicos, assim como no Brasil, há compilações oficiais de certos tipos de costumes (p. ex., costumes marítimos, costumes comerciais), as quais têm valor probatório significativo. Alternativamente, pessoas fidedignas e *experts* podem ser chamados para “atestar” a existência de um costume, o que, para a compreensão predominante, exige a repetição de atos contínuos e a configuração do respectivo elemento subjetivo.

29. A indicação de decisões judiciais nas quais um costume foi anteriormente provado é uma estratégia conveniente, porque prova a existência do costume e reforça a sua efetividade e atualidade, imputando à parte contrária o ônus de provar eventual alegação de *desuetudo*. De um modo geral, quando um costume se torna notório, cabe à parte contrária à qual o costume aproveita demonstrar o seu eventual *desuetudo* (fato extintivo do direito).

#### *CAPÍTULO 4: NORMAS PROCESSUAIS CONSUETUDINÁRIAS*

30. O costume de fato produz normas jurídicas no âmbito do Direito processual, para isso devendo preencher todos os pressupostos dos costumes em geral, e com a qualidade específica de decorrer de usos verificados especificamente no âmbito da administração da Justiça.

31. Os costumes processuais são, portanto, os costumes que decorrem das condutas e comportamentos de todos os sujeitos processuais que sejam associados à tramitação, ao desenvolvimento do procedimento processual (as normas consuetudinárias decorrentes destes comportamentos costumeiros são estaticamente processuais), nunca versando sobre matéria de mérito. Distinguem-se da jurisprudência porque esta só decorre das decisões judiciais dos órgãos julgadores, e versam tanto sobre questões processuais quanto de mérito, e pode versar sobre tema processual ou de mérito.

32. O princípio da legalidade no Direito processual demanda, também, algum nível de reserva legal, isto é, que determinados temas (um “núcleo duro” de temas processuais) só possa ser normatizado pela fonte legislativa; lamentavelmente, não há, na legislação processual civil, uma disposição equivalente à do art. 97 do Código Tributário Nacional, por exemplo.

33. Apesar disso, há alguns limites objetivos aos costumes processuais, sobretudo associados a rols taxativos definidos em lei, e que conseqüentemente não podem ser ampliados por normas processuais consuetudinárias. O costume não pode, por exemplo, instituir um novo recurso nem criar uma nova hipótes de condenação em litigância de má-fé, para além daquelas instituídas pelo art. 17 do Código de Processo Civil.

34. Além de sua eficácia normativa, o costume processual também contribuir para “fechar” a interpretação de normas de textura aberta, a exemplo de cláusulas gerais. Poder ser empregado na interpretação da lei e/ou dos negócios jurídicos processuais não apenas quando a lei ou o negócio a eles se referir expressamente, mas também nos casos em que o intérprete tiver de se remeter a eles para bem apreender o significado de um determinado termo ou o alcance de uma determinada disposição legal ou cláusula do contrato

35. Normas consuetudinárias processuais podem alterar o procedimento de forma a adaptá-lo a peculiaridades locais ou regionais, práticas que são adotadas por se entender necessárias ou devidas e que se consolidam em costumes cuja vinculatividade é aceita por todos. Tais especificidades podem ser fortes tradições culturais ou por peculiaridades do exercício da jurisdição em locais afastados dos centros de influência na elaboração das normas legais.

36. O mais famoso exemplo de um tribunal cujo processo opera fundado em normas consuetudinárias é o milenar Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, provavelmente criado pelos muçulmanos e hoje reconhecido constitucionalmente como tribunal autônomo pelo Reino da Espanha.

37. O *soft law* não pode ser comparado ao costume porque este, como fonte vinculante do Direito, é, na prática, *hard law*. Embora o *soft law* possa refletir práticas comuns, não necessariamente carrega preceitos de uso continuado ao longo do tempo. Além disso, ao *soft law* faltaria a *opinio juris vel necessitatis*, que é elemento obrigatório do costume, para além do mero uso.

38. Não obstante, da prática das arbitragens pode eventualmente surgir um “*quasi-costume*”: determinadas práticas arbitrais podem se tornar conhecidas e repetidas pela comunidade jurídica arbitral de modo que, eventualmente, venham a ter até mesmo uma divulgação e aceitação equiparável à da *soft law* emanada de documentos escritos. Em casos assim, parece surgir um “*soft custom*”, para fazer um paralelismo com a expressão *soft law*.

## BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. “Las Reglas en Serio”. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (ed). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 147.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

ABDO, Helena Najjar. “A Citação na História do Processo Civil Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. IV, Nº 14, p. 781-803, 1999.

ACCATINO, Daniela. “El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, Nº. 20, p. 559-582, 2002

AFFONSECA, Raphael de Lemos de. *Commento Portugues dos Quatro Livros da Instituta do Imperador Justiniano, ou Breve Resumo do Direito Civil*. Coimbra: Manoel da Silva, 1656.

AGHAHOSSEINI, Mohsen. *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law: Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

ALECRIM, Otacílio. *Ideias e Instituições do Império: Influências Francesas*. Brasília: Senado Federal, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução para o espanhol de Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. “Precedent in the Federal Republic of Germany”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Jurídico...* T. 1 e 2. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869.fre

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’el Rey D. Philippe I (...)*, T. 3, 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Ecoss da Casa de Montezuma. O Instituto dos Advogados Brasileiros e o Pensamento Jurídico Nacional*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, V. 1. São Paulo: LTr, 2002.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. “As Formas da Praxe Forense”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, Vol. 12, p. 7-61, 1904.
- ALVES, José Carlos Moreira. “O Direito Consuetudinário”. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, Vol. 2, p. 15-37, 1996.
- AMBRASIENĖ, Dangutė; CIRTAUTIENĖ, Solveiga. “The Role of Judicial Precedent in the Court Practice of Lithuania”. *Jurisprudencija*. Wrocław, Vol 116, Nº. 2, p. 61–78, 2009.
- ANTUNES, Álvaro de Araújo. *Espelho de Cem Faces: O Universo Relacional de um Advogado Setecentista*. São Paulo: Annablume/PPGD-UFMG, 2004.
- ANZOÁTEGUI, Victor Tau. *Casuismo y Sistema: Indagación Histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Tribunal de Águas de Valência”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, N. 36, p. 133-146, 2009.
- ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal: Concepto, Naturaleza, Tipos, Método, Fuentes y Aplicación del Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.
- ASSIS, Araken de. *Proceso Civil Brasileiro*, V. II, T. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined – and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht: Springer, 2007.
- BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BAHIA, Saulo José Casali. “Originalidades das Fontes no Direito do Trabalho”. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, N. 2, p. 183-194, 1991
- BAKER, Sir John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*. 3ª. ed. London: Butterworths, 1990.
- BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Livraria Academica, 1932.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Direito: Filosofia, História e Ciência do Direito*, V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica para Uso das Faculdades de Direito do Brazil*, 6ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1901.

BERIZONCE, Roberto Omar. “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: Un Puente entre dos Mundos”: In; STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, V. 1. México (D.F.): UNAM, 2003.

BERMAN, Paul Schiff. “A Pluralist Approach to International Law”. *Yale Journal of International Law*. New Haven, Vol. 32, N. 2, p. 301-329, 2007.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*, 2ª ed. Tradução para o espanhol de Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Tratado de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946.

BLOCHER, Joseph. “Order Without Judges: Customary Adjudication”. *Duke Law School Journal*. Durhan, Vol. 62, p. 579-602, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução para o português de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999

BODENHEIMEN, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BOIRA, Vicente Giner. *El Tribunal de las Aguas de la Veja de Valencia*. Valencia: [s/d] 1969, p. 19.

BORNEMANN, Margarita Menegus. “La Costumbre Indígena en el Derecho Indiano, 1529-1550”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México, Vol. 4, *passim*, 1992.

BOTERO, Esther Sánchez. “Reflexiones en Torno de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 225-252, 2005.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento – o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BROWN, Neville. “The Sources of Spanish Civil Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge, Vol. 5, N.º. 3, p. 364-377, 1956.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

BÜLLOW, Oskar. *Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales*. Tradução para o espanhol de Miguel Angel Rosas Lischttestein. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1964.

BULOS, Uadi Lamêgo. “Costume Constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 33, N. 131, p. 95-107, 1996.

BÜLOW, Oskar. “Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”. *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen, Vol. 64, p. 1-109, 1881.

BÜLOW, Oskar. “Statutory Law and the Judicial Function”. Tradução para o inglês de James E. Herget e Ingrid Wade. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*, V. II. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 701-722

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, V. 4, 2ª ed. Paris: LGDJ., 1969.

BURKE-WHITE, William W. “International Legal Pluralism”. *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbour, Vol. 25, N. 4, p. 963-979, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; PULIDO, Carlos Bernal (orgs.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy Beijing 2009*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012

BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CABEDO, Jorge de. *Practicarum Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, Secunda Pars. Lisboa: Petri Craasbeck, 1604.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CABRAL, Gustavo César Machado; CABRAL, Mário André Machado. “Liberdades no Final do Antigo Regime: Panorama Geral em Portugal e no Brasil no Final do Século XVIII”. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. (orgs.). *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6931-6959.

CADIET, Loïc. “Los Acuerdos Procesales en Derecho Francés: Situación Actual de la Contractualización del Proceso y de la Justicia en Francia” *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 3, N. 3, p. 3-35, 2012.

CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Private Law*. Tradução para o inglês de D. E. L. Johnston. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

CAENEKEN, Raoul C. van. *European Law in the Past and the Future, Utility and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

CAETANO, Marcello. “A Formação dos Juristas Brasileiros à Data da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, Vol. 320, p. 5-17, 1978.

CAETANO, Marcello. “Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XV. Lisboa, 1963

CALAMANDREI, Piero. “Diritto Processuale e Costume Giudiziario”. *Rivista di Diritto Processuale*. Perugia, Vol. 7, N. 1, p. 265-278, 1952.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANALE, Damiano. “Paradojas de la Costumbre Jurídica”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 32, p. 205-228, 2009.

CANOTILHO; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPONI, Remo. “Autonomia Privata e Processo Civile: gli Accordi Processuali” *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 1, N. 2, 2010.

CAPOTOSTI, Renzo. “Fonti del Diritto”. In: *Enciclopedia Forense*, V. III. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, T. I. Padova: CEDAM, 1936.

CAROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva. *Vademecum Forense, Contendo uma Abreviada Exposição da Theoria do Processo Civil; os Formulários de Todas as Acções Cíveis, Ordinárias, Summárias, Executivas e Comminatórias; os Formulários de Todos seus Incidentes, os dos Aggravos e das Apelações, e os das Execuções e de seus Incidentes; Finalmente, Muitos Arestos e Decisões de Juizes e Tribunaes do Paiz, Tudo em Conformidade da Legislação Vigente*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1881.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, V. I. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “Ensayo de Diferenciación entre la Jurisprudencia y los ‘Usos Forenses’” *In: Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Ética Profesional y el Régimen Jurídico de las Corporaciones Forenses”. *In: Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934, p. 117-134.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. “La Prueba del Derecho Consuetudinario”. *In: Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Gongora, 1934, p. 429-460.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.
- CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho Procesal Civil*, T. 1. Madrid: Zaragoza, p. 176 e ss.
- CASTRO, Rubén Chacón. “El Sistema Jurídico Indígena en Costa Rica: Una Aproximación Inicial”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 119-150, 2005.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: Commentarios*, 2ª ed. Rio de Janeiro: F Briguiet, 1924.
- CELANO, Bruno. “Consuetudini, Convenzioni”. *In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). Analisi e Diritto 1995. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, 1995.
- CERDAN, Fernando Bazán. “Estado del Arte del Derecho Consuetudinario: El Caso de Perú”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 51-82, 2005
- CHAFEE Jr. Zechariah. “Colonial Courts and the Common Law”. *Proceedings of the Massachusetts Historical Society, Third Series*. Boston, Vol. 68, p. 132-159, 1947.
- CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- CHASE, Oscar. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005.
- CHEYETTE, Fredric L. “Custom, Case Law, and Medieval 'Constitutionalism': a Re-Examination”. *Political Science Quarterly*, Vol. 78, N. 3, p. 362-390, 1963.
- CHIASSONI, Pierluigi. “Tres Buenos Filósofos Contra las Malas Costumbres (Jurisprudencia Analítica y Teoría de la Costumbre)”. Tradução para o espanhol de Federico José Arena. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 31, p. 195-218, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I. Tradução para o espanhol de José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. 1, 3ª ed. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 2000.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Tradução para o espanhol de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1976.

COMOGLIO, Luigi Paolo; CARNEVALE, Valentina. “Il Ruollo della Giurisprudenza e i Metodi di Uniformazione del Diritto in Italia”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Vol. 59, Nº. 4, p. 1037-1069, 2004.

CONIGLIO, Anonino. *Lezioni di Diritto Processuale Civile: il Processo di Cognizione*. Padova: CEDAM, 1939.

COSSIO, Carlos. *La Teoria Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944.

COSSIO, Carlos. *Teoria de la Verdad Juridica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. “Romanismo e Bartolismo no Direito Português”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, Vol. 36, p. 16-43, 1960.

COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Codigo Commercial do Brazil, Annotado com Toda a Legislação do País que lhe é Referente; com os Arestos e Decisões mais Notáveis dos Tribunaes e Juizes; Concordado com a Legislação dos Países Estrangeiros, Mais Adiantados; com um Vasto, e Copioso Appendice, Também Annotado, Contendo não só Todos os Regulamentos Commercialis, como os mais Recentes Actos do Governo, quer sobre Bancos e Sociedades Anonymas, quer sobre Impostos, Dispensando Consultar-se a Collecção das Leis do Imperio*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1896.

CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”. *Obras Esparsas, Estudos de História do Direito – Direito Moderno*, T. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

CUJACII, Jacob. *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem, Diligentissime Exacta in Tomos XIII Distributa. Auctiora atque Emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus Septimus*. Prati: Ex Officina Frat. Giachetti, 1839.

CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*, 27ª ed. Editora da Universidade de Brasília, 1963.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Art. 8º”. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAMAŠKA, Mirjam R. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 13ª ed. São Paulo: LTr, 2013
- DIDIER JR, Fredie. “Art. 8º”. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, 20ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 3, 15ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e Amicus Curiae no Direito Imperial Brasileiro: o Interessante Decreto nº. 6142/1876. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 38, N. 220, p. 407 e ss., 2013.
- DIDIER JR., Fredie. “A Reconstrução da Teoria Geral do Processo”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 15-45.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual*, V. 2, 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 451 e ss.
- DIDIER, Fredie. “O Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 19-26.
- DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 455-461.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 1, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. “Fontes do Direito”. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONAZAGA, Álvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz. *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOLINGER, Jacob. “The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System”. *The American Journal of Comparative Law*. Ann Harbor, Vol. 38, Nº. 4, p. 803-837, 1990.

DONAHUE JR., Charles. “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica”. *Chicago Journal of International Law*. Chicago, Vol. 5, N. 1, p. 21-37, 2004.

DUARTE, Leonardo Avelino; PEREIRA, Danilo Elias. “A LINDB e a Autofagia do Direito”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, A, 19, Vol. 94, p. 29-42, 2018.

DUVE, Thomas. “Algumas Observações sobre o Modus Operandi e a Prudência do Juiz no Direito Canônico Indiano”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, N. 37, p. 52-79, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHEVERRÍA, Jesús Delgado. “Notas sobre la Eficácia Social de Distintos Tipos de Normas Civiles”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Vicente del Raspeig, Vol. 29, p. 195-218, 2006.

ENG, Svein. “The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features”. *Scandinavian Studies in Law*. Stockholm, Vol. 39, p. 275-324, 1993.

ENRIQUES, Enzo. *La Sentenza come Fatto Giuridico*. Padova: CEDAM, 1937, p. 114.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, V. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, V. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ESSIEN, Victor. “Sources of Law in Ghana”. *Journal of Black Studies*. Philadelphia, Vol. 24, Nº. 3, p. 246-262, 1994.

FABBI, Alessandro. “‘New’ Sources of Civil Procedure Law: First Notes for a Study”. In: CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo (eds.). *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

FABBI, Alessandro. “‘New’ Sources of Civil Procedure Law: First Notes for a Study”, cit., *passim*; e FABBI, Alessandro. “Privatizing Civil Justice through Procedural Agreements: a Comparative Law Analysis”. *White Paper* disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi.pdf), acesso em 31/12/2018, p. 30 e ss.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

FELDMAN, Eric. “The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 94, p. 313-369, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, V. I. Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013.

FERRARI, Giuseppe. *Introduzione ad Uno Studio sul Diritto Pubblico Consuetudinario*. Milão: Giuffrè, 1950.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.

FILGUEIRAS, Leogivildo. *Estudos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Polytechnográfica, 1904.

FILHO, Alberto Venancio. “Aspectos das Relações entre o Direito Português e o Direito Brasileiro”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Vol. 168, Nº. 396, p. 943-952, 1997.

FILHO, Alberto Venancio. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. “A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, nº. 44, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. “Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 339-371, 2006.

FONSÊCA, Vitor. “Os Tratados de Direitos Humanos como Fontes do Direito Processual Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 36, N. 194, p. 35-54, 2011.

- FRANCESCHELLI, Remo. “Consuetudine (Diritto Moderno)”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV. Torino: UTET, 1957.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário Jurídico: com Apêndices*. T. I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883.
- GALGANO, Francesco. “The New Lex Mercatoria”. *Annual Survey of International Law & Comparative Law*. San Francisco, Vol. 2, p. 99-110, 1995.
- GARAY, Alberto F. “El Precedente Judicial en la Corte Suprema”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Palermo, Vol. 2, Nº. 1-2, p. 51-58, 1997.
- GARCEZ, Martilho. *Nullidades dos Actos Juridicos*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896.
- GARCÍA S., Fernando. “El Estado del Arte del Derecho Indígena en Ecuador”. *Revista IIDH*. San José, N. 41, p. 151-170, 2005
- GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed. Tradução para o espanhol: [s/d]. Madrid: Editorial Reus, 1925.
- GILISSEN, John. “Consuetudine”. In: SACCO, Rodolfo (org.) *Digesto delle Discipline Privatische, Sezione Civile*, T. III, 4ª ed. Torino: UTET, 1992.
- GILISSEN, John. “La Preuve de la Coutume dans l’Ancien Droit Belge” In: *Hommage au Professeur, Paul Bonenfant (1899–1965): Études d’Histoire Médiévale...* Brussels: Despy, 1965, p. 568–570.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito na História: uma Relação Equivocada*. Londrina: Humanidades, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. “Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: Suas Função no Ordenamento Jurídico e, em Especial, no Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 10, N. 37, p. 7-30, 1985.
- GOODRICH, Peter. “Legal Hermeneutics: An Essay on Precedent and Interpretation”. *The Liverpool Law Review*. Liverpool, Vol. 7, Nº. 2, p. 151-152, 1985.
- GORLA, Gino. “Lo Studio Interno e Comparativo della Giurisprudenza e i suoi Presupposti: le Raccolte e le Tecniche per la Interpretazione delle Sentenze”. *Il Foro Italiano*, Roma, Vol. 87, Nº. 7, p. 73, 1964.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação-Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, V. 2, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Tradução para o inglês de Lawrence Hooper. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.
- GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè, 2007.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, V. 1, 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Jurídicos, 1964.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*, T. I. Madrid: Civitas, 2005, p. 70.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Tradução para o espanhol de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 28.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria Analítica del Derecho*. Traduzido para o espanhol por César E. Moreno More. Puno: Peru, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Estatuto Epistemológico da Pesquisa Jurídico-dogmática”. *Sequência*. Florianópolis, Vol. 14, Nº 27, p. 64-71, 1993.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. “El proceso Oral y Eficaz ante el Milenario Tribunal de las Aguas de Valencia” In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (eds.). *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, V. 1. Valencia: Universitat de Valencia, 2008.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *El Tribunal de las Aguas de Valencia e su Proceso: Oralidade, Concentración, e Rapidez, Economía*, 2ª ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoria General del Derecho Procesal*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- HENCKAERTS, Jean-Marie. “The Grave Breaches Regime as Customary International Law”. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, Vol. 7, N. 4, p. 683-701, 2009.
- HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. 2V. Cambridge: Cambridge University Press: 2009.

HERNÁNDEZ, Santiago A. Kelley. *Teoría del Derecho Procesal*, 4ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2003.

HESPANHA, António Manuel. “A Constituição do Império Português: Revisão de Alguns Enviesamentos Correntes”. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos Trópicos: a Dinâmica Imperial Portuguesa (Séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 163-188.

HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano, Vol. 35, T. I, p. 59-81, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal: 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.

HONDIUS, Ewoud. (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVII<sup>th</sup> Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

JAEGGER, Nicola. *Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Torino: UTET, 1943.

JIMÉNEZ, Agustín Grijlava. “Del Presente se Inventa el Futuro: Justicias Indígenas y Estado en Ecuador”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justícia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012.

JIMÉNEZ, Agustín Grijlava; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Coordinación entre Justicias, ese Desafío”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justícia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012.

JOBIM, Marco Felix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JUSTO, Antonio Santos. “O Direito Brasileiro: Raízes Históricas”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 3-14, 2001.

KADENS, Emily. “The Myth of the Customary Law Merchant”. *Texas Law Review*. Austin, Vol. 90, p. 1153-1206, 2012.

KADENS, Emily; YOUNG, Ernest A. “How Customary is Customary International Law” *William and Mary Law Review*. Williamsburg, Vol. 54, N. 3, p. 888-920, 2013.

- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.
- KENNEDY, David. “The Sources of International Law”. *American University International Law Review*. Washington, D.C., Vol. 2, N. 1, p. 1-96, 1987.
- LACERDA, Galeno. “O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Centenário*. Porto Alegre, p. 161-170, 1976.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- LESSONA, Carlos. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, V. 1, 2ª ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1904.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- LINEHAN, Peter. *Spain 1157-1300, a Partiable Inheritance*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.
- LIPSTEIN, D. K. “The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law”. *Journal of Comparative Legislation and International Law*. Cambridge, Vol. 28, Nº. 3-4, p. 34-44, 1946.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Introdução”. In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. A Formação do Direito Comercial Brasileiro: A Criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos Direito GV*. São Paulo, Vol. 4, N. 6, 2007.
- LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História: Lições Introdutórias*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 97-124.
- LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. “A Sentença na História do Direito Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. III, Nº 9, p. 550-579, 1998.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, 5ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.
- MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. “Análise Acerca da Aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na Redação Dada Pela Lei nº 13.655/2018) no que Concerne à Interpretação de Normas de Direito Público: Operações Interpretativas e Princípios Gerais de Direito Administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Vol. 277, N. 3, p. 247-278, 2018.
- MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional nos Juízos de Primeira Instância*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1873; ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Jurídico (...)*, 2v. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869;
- MANSO, Eduardo J. V. “O Costume Jurídico”. In: "MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral, V. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, José Frederico. “Fontes Normativas do Direito Processual Comum em Face da Constituição de 1946”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A. 51, Vol. 315, p. 237-241, 1962.
- MARQUES, José Roberto. “Costume”. In: "MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral, V. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Mário Reis. “Sobre a Exterioridade dos Sinais Racionalizadores do Costume no Período do 'Ius Commune'”. In: MOTA, Helena et al (orgs.). *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 325-343.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Apresentação – Autoridade e Utilidade da Doutrina: a Construção dos Modelos Doutrinários”. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Apresentação”. In: LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’: As Cláusulas Gerais no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, N. 139, p. 5-22, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MATSUI, Shigenori. “Constitutional Precedents in Japan: a Comment on the Role of Precedent”. *Washington University Law Review*. Washington, Vol. 88, Nº. 6, p. 1559-1680, 2011

MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger’s Comparative Law: Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 192.

MAZZEI, Rodrigo. “Breve História (ou ‘Estória’) do Direito Processual Civil Brasileiro: das Ordenações até a Derrocada do Código de Processo Civil de 1973”. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.), DIDIER Jr., Fredie. *Novo CPC: Doutrina Seleccionada, Parte Geral*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 35-63.

McINTRYRE, Owen. “The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources”. *Natural Resources Journal*. Albuquerque, Vol. 46, N. 1, p. 157-210, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Sebastião José de Carvalho e. [Marquês de Pombal]. *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra...* Coimbra: Universidade de Coimbra, 1771.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *O Poder Judiciário na República*. Curitiba: Novo Mundo, 1899.

MENEZES, Djacir. *Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed. Porto Alegre: Edições Globo, 1938.

MERÊA, Paulo. *O Poder Real e as Cortes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law, Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MICELI, Paola. “La Costumbre como *Ius Non Scriptum*”. In: MORIN, Alejandro (eds.) *Estudios de Derecho y Teología en la Edad Media*. Buenos Aires: Sociedade Argentina de Estudios Medievales, 2012, p. 85-108.

- MICELI, Paola. *Derecho Consuetudinario y Memoria: Práctica Jurídica y Costumbre en Castilla y León (Siglos XI-XIV)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. “Precedent in Spain”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, T. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 218 e ss.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19...
- MIROW, M. C. *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press, 2004.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. “Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual”. Porto Alegre, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, Nº 2, p. 101-130, 2004.
- MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, T. I. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- MONATERI, Pier Giuseppe. “Fonti del Diritto”. In: SACCO, Rodolfo (org.) *Digesto delle Discipline Privative, Sezione Civile*, T. VIII, 4ª ed. Torino: UTET, 1992.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Convenções das Partes sobre Matéria Processual”. In: BARROS, Hamilton de Moraes e; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130.
- MOREIRA, Rui. “Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil”. In: *O Novo Processo Civil*, Caderno 2. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 59-84, 2013 [ebook disponível no link: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook\\_civil.php](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php), acessado em 10/01/2019].
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1973.

- NEVES, Antonio Castanheira. “Fontes do Direito: Contributos para a Revisão do seu Problema”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, Vol. 58 (Estudos em Homenagem aos Prof. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz), T. II, p. 269-280, 1982.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O Instituto dos <<Assentos>> e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- NORONHA, Carlos Silveira. "O Agravo na História do Processo Português como Gravame e como Recurso". *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 20, Nº 78, p. 64-84, 1995
- NOVAIS, Sérgio. “Fontes do Direito do Trabalho: Originalidade e Hierarquia”. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, N. 2, p. 195-215, 1991.
- NUNES, Dierle José Coelho *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Francisvaldo Alves. “O Judiciário no Brasil Oitocentista entre a Lei e o Costume (Caso da Revolta de Colonos do Pará, 1879)”. *Histórica - Revista do Arquivo Público do Estado de São Paulo*. São Paulo, Vol. 41, p. 1-19, 2010
- NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OFFITT, Michael. “Customized Litigation: the Case for Making Civil Procedure Negotiable”. *The George Washington Law Review*, Vol. 75, N. 3, p. 461-521, 2007.
- OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1974.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Processo Civil Brasileiro e Codificação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs). *Código: Dimensão Histórica e Desafio Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: da Rigidez à Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ØREBECH, Peter. “How Custom Become Law in Norway”. In: ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 224.

ØREBECH, Peter; BOSSELMAN, Fred. “The Linkage Between Sustainable Development and Customary Law”. In: ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 17

ØREBECH, Peter; et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis | Abeledo-Perrot, 2003.

PARISI, Francesco. “The Formation of Customary Law”. *George Mason Law & Economics Research Paper N. 01-06*, 2001. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=262032> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262032>, acesso em 31 de dezembro de 2018.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole, 2002.

PAULSON, Stanley L. “How Merkl’s Stufenbaulehre Informs Kelsen’s Concept of Law”. *Revus*. Kiel, N. 21, p. 29-45, 2013.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986.

PECZENIK, Aleksander. “The Binding Force of Precedent”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008.

PECZENIK, Aleksander. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law* In: PATTARO, Enrico (ed.). *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 4. Dordrecht: Springer, 2005.

PEDRASSOLI, Antonio Fernando Campos. “Algumas Reflexões sobre os Costumes”. In: “MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito Civil e Parte Geral*, V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. “Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais”. *Civil Procedure Review*. Salvador, Vol. 9, N. 1, p. 101-124, 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1902.

PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James Bernard (eds.). *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil, Commentado e Annotado com os Principios de Direito; Legislação de Diversos Povos, Leis do Paiz, Decretos, Jurisprudencia dos Tribunaes do Paiz, Avisos do Governo Interpretando, Alterando ou Revogando Diversas das suas Disposições até o Ano de 1884*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885.

PETERS, E. A.; UBINK, Janine. “Restorative and Flexible Customary Procedures and their Gendered Impact: a Preliminary View on Namibia's Formalization of Traditional Courts”. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Abingdon, Vol. 47, N. 2, p. 291-311, 2015.

PETERSEN, Niels. “Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation”. *American University International Law Review*. Washington, D.C., Vol. 23, N. 2, p. 275-310, 2007.

PICARDI, Nicola. “Processo Civile (Diritto Moderno)” *In*: CALASSO, Francesco et al. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, p. 101-117.

PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PIOLA, Giuseppe. “Consuetudine e Desuetudine”. *In*: LUCCHINI, Luigi (ed.). *Enciclopedia Metodica e Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, T. VIII, V. II. Torino: UTET, 1925, p. 551-588.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle Fonti del Diritto: Commentario del Codice Civile, art. 1-9*. Bologna: Zanichelli, 1977.

POIRIER, J. “L'Analyse des Espèces Juridiques et l'Étude des Droits Coutumiers Africains”. *In*: GLUCKMAN, Max. *Ideas and Procedures in African Customary Law*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

POLANSKI, Paul. *Customary Law of the Internet*. Dordrecht: Springer, 2007.

POMERANZ, William; GUTBROD, Max. “The Push for Precedent in Russia's Judicial System”. *Bolzano*, Vol. 37, N.º. 1, p. 1-30, 2012.

PROSDOCINI, Luigi. *Tra Civilisti e Canonisti dei sec. XIII e XIV. A Proposito della Genesi del Concetto de Stylus in Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti*, T. II. Milão: 1962.

PULIDO, Carlos Bernal. “El Precedente en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, N.º 21, p. 81-94, 2008.

RAMOS, Joaquim José Pereira da Silva. *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal com Adições da Nova Legislação do Código Commercial Portuguez e do Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832 e Outros que Derão Nova Face à Administração da Justiça, por José Homem Corrêa Telles, Consideravelmente Augmentada e Expressamente Accommodada ao*

*Fôro do Brasil por Jose Maria Frederico de Souza Pinto*, 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil...*, V. II. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1879.

RIESENHUBER, Karl. “English Common Law versus German Systemdenken? Internal versus External Approaches”. *Utrecht Law Review*, Vol. 7, N<sup>o</sup>. 1, p. 117-130, 2011.

ROCHA, José de Moura. “Sobre os Procedimentos Especiais”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 14, N. 53, p. 22-30, 1989.

ROCHA, Manoel Antonio Coelho da. *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1857.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. “Dogmática e Crítica da Jurisprudência (ou da Vocação da Doutrina em Nosso Tempo)”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Vol. 891, p. 65 e ss., 2010.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. London: Stevens, 1974, p. 109.

ROTOLO, Antonino. “Sources of Law in the Civil Law”. In: SHINER, Roger. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005 [PATTARO, Enrico (ed.). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, T. III].

RUA, Fernando de la. “Escuelas Procesales”. *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires, Vol. 43-45, p. 141-142, 1971.

SALES, José Roberto da Cunha. *Foro Penal, Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro, Do Poder Judicial, Contendo Toda a Organização Judiciaria Criminal, Jurisdição e Auctoridade, Atribuições, Direitos, Deveres, Prerogativas e Incompatibilidades de Seus Membros, a Saber: Supremo Tribunal de Justiça, Senado, Relações, Juizes Municipaes e Seus Supplentes, Jurados e Chefes de Policia. Toda a Legislação Concernente até Hoje, Arestos dos Tribunaes, Decisões do Governo, Opiniões de Distinctos Jurisconsultos, bem como Doutrina, Commentarios e Refutações do Autor*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882.

SALES, José Roberto da Cunha. *Tratado da Praxe Conciliatoria ou Theoria e Pratica das Conciliações e da Pequena Demanda*. Rio de Janeiro: Nicolao d'Oliveira & C, 1879.

SALES, José Roberto da Cunha. *Tratado de Jurisprudencia e Pratica do Processo Civil Brasileiro, Fôro Civil, Contendo a Doutrina do Foro, Divisões e Especies Deste, Theoria das Acções e do Juízo; Entidades Essenciais e Accidentaes do Fôro, suas Atribuições, Deveres, Direitos, Proibições e Prerogativas, Todas as Questões de Direito Civil e Orphanologico, que se Prendem a Cada uma das Atribuições dessas Entidades; Toda a Legislação Concernente em Vigor até Hoje; Arestos dos Tribunaes, Decisões do Governo, Opiniões dos Mais Abalisados Jurisconsultos Nacionaes e Estrangeiros, e Largos e Bem Desenvolvidos Commentarios, Doutrina e Refutações do Autor*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882.

- SAMPAIO, Nelson de Sousa. “O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário”. *Revista Forense*. São Paulo, Vol. 273, p. 32, 1981.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Quando los Excluidos Tienen Derecho: Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijlava (eds). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg | Abya Yala, 2012.
- SANTOS, Moacyr Amaral. “João Mendes Júnior, mestre de Direito Processual Civil”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, Vol. 51, p. 98-113, 1956.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Direito Processual Civil*, V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1962.
- SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. I. Tradução para o espanhol por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.
- SCHAPP, Jan. *Metodologia do Direito Civil*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2004.
- SCHAUER. Frederick. *Thinking like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial, o Tribunal Superior da Bahia e seus Desembargadores, 1609-1751*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 41 e ss.
- SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SHECAIRA, Fabio. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SIDOU, J. M. Othon Sidou. *Os Recursos Processuais na História do Direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SILVA, José Justino de Andrade e. *Colleção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Annotada. 1603-1612*. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. “Os Princípios Jurídicos Especializados do Direito do Trabalho”. In: *Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo*, V. 1. São Paulo: LTr, 1980.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SILVA, Paula Costa e. “L’Uniformazione della Giurisprudenza nel Diritto Portoghese”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano, Vol. 67, Nº. 2, p. 409-423, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais”. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, N. 4, p. 23-51, 2006.

SILVEIRA, Alípio. “A Analogia, os Costumes e os Princípios Gerais do Direito na Integração das Lacunas da Lei”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, A. 43, Vol. 108, N. 520. p. 460-466, 1946.

SILVEIRA, Alípio. “O Costume Jurídico no Direito Brasileiro”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, A. 53, Vol. 163, N. 631-632, p. 74-88, 1956.

SIQUEIRA, Gustavo. “Poucas Ordenações, Muitas Expectativas: um Estudo Preliminar sobre Processos, População e Imprensa às Vésperas do Código Civil de 1916”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, Vol. 11, A. 4, p. 159-169, 2017.

SIQUEIRA, Gustavo S. “O Direito Civil antes do Código de 1916: a Ausência das Ordenações Filipinas e as Expectativas na Imprensa e na Doutrina Nacional”. *Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, A. 178, N. 473, p. 545-562, 2017

SOUZA, Marcus Seixas. “A Praxe Forense e as Obras Práticas de Antonio Vanguerve Cabral, 1715-1729”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 43, Nº. 278, p. 547-576, 2018.

SOUZA, Marcus Seixas. “Os Precedentes Judiciais e os Assentos da Casa da Suplicação em Portugal: Eficácia, Vinculatividade e Publicação”. *Revista de Processo*. São Paulo, A. 42, Vol. 268, p. 533-568, 2015.

SOUZA, Marcus Seixas. “Os Precedentes no Direito Republicano”. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando.. (Org.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 723-756.

STRECK, Lenio Luiz. “Súmula, Vagueza e Ambiguidades: Necessitamos de uma ‘Teoria Geral dos Precedentes’?” *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, Vol. 5, 2008.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. “Precedent in Italy”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TARUFFO, Michelle. “Precedente e Giurisprudenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Vol. 61, Nº. 3, p. 801-803, 2007.

TEIXEIRA, Maria Lúcia Resende Chaves Teixeira. “Justiça Lusitana na Capitania das Minas Gerais, Brasil Colônia”. In: XXX Encontro da APHES, Programa Detalhado do XXX Encontro da Associação Portuguesa de História Econômica e Social. Lisboa, 2010.

TELES, Miguel. “A Formação do Costume”. In: GOMES, Carla Amado (org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012.

TELLES, José Homem Correia, *Commentario Crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de. 1769*. Lisboa: Typografia de N. P. de Lacerda, 1824.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, 18ª ed., México: Porrúa. 2005.

TÊTE, William Thomas. “The Code, Custom and the Courts: Notes Toward a Louisiana Theory of Precedent”. *Tulane Law Review*. New Orleans, Vol. 48, N. 1, p. 1-24, 1973.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. “Precedent in France”. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUNKIN, G. I. “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 49, Nº. 3, p. 419-430, 1961.

UBINK Janine; WEEKS, Sindiso Mnisi, “Courting Custom: Regulating Access to Justice in Rural South Africa and Malawi”. *Law & Society Review*. New Jersey, Vol. 51, N. 4, p. 825-858, 2017.

V., M. V., “Judicial Precedent in Mexican Law”. *Michigan Law Review*. Ann Harbor, Vol. 25, Nº. 1, p. 62-65, 1926.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VAN NIEKERK, J. P. “An Introduction to South African Law Reports and Reporters, 1828 to 1910”. *Fundamina: A Journal of Legal History*. Cape Town, Vol 19, Nº. 1, p. 106-145, 2013.

VIANA, Maria. “Um Testemunho de Direito Consuetudinário (1281)”. *Arquipélago: História; Açores*, 2ª Série, VI, p. 399-415, 2002.

VIEIRA, Padre Antônio. *Sermões*, T. VIII. Porto Alegre: EDELBRA, 1998.

VILANOVA, Lourival. “O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado”. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VINAGRE, Marta. “Costume: Forma de Expressão do Direito Positivo”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 25, N. 99, p. 109-126, 1988.

VOLANTE, Raffaele. “La Costumbre del Juicio”. In: POSADA, Giovanni Priori. *Proceso y Constitución: Derecho Material y Proceso...* Lima: Palestra, 2017, p. 477-493.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, V. 1, Tradução para o espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1977

WARAT, Luis Alberto. “Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas”. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, Vol. 03, N. 05, p. 48-57, 1982.

WATSON, Alan. “An Approach to Customary Law”. *University of Illinois Law Review*, Chicago, Vol. 1984, p. 561-576, 1984.

WEBBER, Jeremy. “The Grammar of Customary Law”. *McGill Law Journal*. Montreal, Vol. 54, N. 4, p. 579-626, 2009.

WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. “Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa. O Direito Comum nos Períodos Pombalino e Pós-Pombalino”. *Revista da Faculdade de Letras*, II Série. Porto, Vol. XIV, p. 413-428, 1997.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WHITTAKER, Simon. “Precedent in English Law: a View from the Citadel”. In: HONDIUS, Ewoud. (ed.). *Precedent and the Law*. Bruxelles: Bruylant, 2007

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 4ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WILMSHURST, Elizabeth; BREAU, Susan (eds.). *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; SCHLÜTTER, Birgit. *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

WOLFRUM, Rüdiger. “Legal Pluralism from the Perspective of International Law”. In: KÖTTER, Matthias; RÖDER, Tilmann J.; SCHUPPERT, Gunnar Folke; WOLFRUM, Rüdiger (eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Polgrave Macmillan, p. 216-233, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. “Paradigmas, Historiografia Crítica e Direito Moderno”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, Nº. 28, p. 55-67, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

WORSTER, William Thomas. “The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches”. *Georgetown Journal of International Law*. Washington, D.C., Vol. 45, N. 2, 75p., 2014.

WRÒBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992, p. 79.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma Nova Era?”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 63-80.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 10ª ed.. Tradução para o espanhol de Marina Gastón. Madrid: Trotta, 2011.

ZAJTAY, Imre. “Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law”. *Archiv für die Civilistische Praxis*. Tübingen, Vol. 165. Nº. 2, 1965.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*, 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

## **ANEXO – ESTILOS DA RELAÇÃO DO PORTO E DA CASA DA SUPLICAÇÃO**

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Juridico...* T. 2, Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869, p. 12 e ss.

SILVA, José Justino de Andrade e. *Collecção Chronologica da Legislação Portugueza Compilada e Annotada.* 1603-1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, p. 326-359

# AUXILIAR JURIDICO

SERVINDO DE APPENDICE

A

DECIMA QUARTA EDIÇÃO

DO

CODIGO PHILIPPINO

OU

ORDENAÇÕES DO REINO

DE

PORTUGAL

RECOPIADAS POR MANDADO DE EL-REY D. PHILIPPE I

A PRIMEIRA PUBLICADA NO BRAZIL.

**OBRA UTIL**

AOS QUE SE DEDICAO AO ESTUDO DO DIREITO E DA JURISPRUDENCIA PATRIA

POR

**CANDIDO MENDES DE ALMEIDA**

ADVOGADO NESTA CÔRTE.



RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA DO INSTITUTO PHILOMATICO

55 — RUA SETE DE SETEMBRO — 53

1869

# ESTYLOS DAS CASAS DA SUPPLICAÇÃO E DO PORTO

SYSTEMATISADOS PELO JURISCONSULTO

MANOEL BORGES CARNEIRO (1).

## I.

### Authority e prerogativas do Regedor e Governador da Relação (2).

1. \* Quando El-Rey vai a alguma das duas Relações, o Regedor ou Governador assiste assentado à sua mão direita, e coberto com gorra. n. 18.

2. \* Quando o Governador ou o Chanceler servindo em seu lugar entra na Relação ou sabe, levantão-se os Desembarçadores e se põem ao lado das paredes. n. 19.

3. \* O Governador he authorisado para mandar passar em conformidade das multas que ha, cartas para se fazerem caninhos, e montarias de lobos. Estas cartas são passadas em nome de Sua Magestade, assignadas pelo Governador, e passadas pela Chancellaria. n. 9.

4. \* O Governador manda passar Alvarás de soltura na forma da Ord. aos presos condemnados em depredo até seis annos para Africa: sendo o depredo de mais annos

(1) Os artigos notados com uma estrella são dos *Estylos da Casa do Porto*: com duas, são de ambas as Casas da Supplicação e do Porto.

(2) \* Debatto da data de 30 de Março de 1612, diz o mesmo Borges Carneiro, refere Pegas no 4.º Ord. pag. 16 os *Estylos da Relação e Casa do Porto*, como o Governador della Henrique de Souza os deixara apoutados e reopuntados: e no mesmo tomo pag. 109 desde n. 780, refere por ordem alfabetica sem data as da Corte e Casa da Supplicação, os quaes heem communiçados em hum m. que se diria ser de D. Gabriel Pereira de Castro.

\* Uns e outros aqui extrahio, vinda a authoridade de que goza pela Carta Régia de 7 de Junho de 1605 § 8 e de 16 de Junho de 1609, etc., e por extrahir repetidas os referido em hum só tratado, posto que os da Supplicação fossem escriptos em tempo mais moderno; distinguindo-os porém com as letras P ou S. \* Vão dispostos systematicamente em dezavoz par-tida, e com citação dos lugares em que se achão no citado Pegas, conservada, quanto aos da Supplicação, a letra debaixo da qual elle os refere na sua ordem alphetica.

\* Muitos dos *Estylos* aqui referidos se achão hoje reducidos a Directo escripto, ou alterados por Assentos e Determinações Reaes, que vão nesta obra (*Resumo Chronologico*) em seus lugares. \*

devern elles renuerer a Sua Magestade... ns. 10, 11 e 12.

5. \* Ampla com justa cauza a hom-nagem aos que estão presos debaixo della. n. 21.

6. \* Manda vir por petição a Relação os aggravos interpostos do Almotace-mór e Aposentador-mór, e com suas respostas os despacha com seus Adjuntos, sem haver deposito dos 900 reis; põe a sentença e se assigna. n. 13.

7. Havendo posto no lugar aonde residir a Supplicação, elege o Regedor hum dos Corregedores do Crime para Guardamór. R. n. 11.

8. O Presidente da Relação que he promovido a outro lugar retém o privilegio de Desembarçador. P. n. 1.

## II.

### Antiquidade, precedencia, e privilegios dos Desembarçadores.

9. \* \* Desembarçador de Aggravos em todos os actos dentro e fóra da Relação precede aos que o não são, posto que sejam mais antigos ou sirvão Officios na casa. Consequentemente estando ausente, sendo julgado suspeito o Presidente ou Chanceler, ou vagando o seu lugar, ao Desembarçador de Aggravos mais antigo, posto que não sirva actualmente ou que esteja provido em algum Officio da casa, pertence substitui-lo com preferencia ao Extravagante mais antigo, posto que este sirva actualmente. n. 45. D. ns. 9 e 42.

10. No principio do anno começa a fazer Audiencia de Aggravos o Desembarçador mais antigo, postoque nelle mesmo tivesse acabado o termo do anno antecedente. A. n. 69.

11. \* Na Relação não ha precedencia de assentos: nenhum Desembarçador tem assento proprio, excepto o Chanceler que o tem no primeiro lugar á direita do Governador. n. 1.

12. \* Positque a ordem de votar seja a da antiguidade dos Desembargadores; com tudo nos Assentos que se tomão em Mesa grande, etc. votão pela ordem porque estão assentados, ou por aquella que bem parecer ao Presidente. n. 6. S. n. 21 Cabedo—dec. 6 n. 8. J. n. 21.

13. Nos Feitos que se despachão em Relação vota primeiro o Juiz Relator, depois os outros Desembargadores principião do mais moderno até o mais antigo. D. n. 6.

14. \* O Desembargador que serve algum Officio por outro, goza das prerogativas do Proprietario somente no que respecta ao serviço desse Officio; e a respeito dos actos que não lhe dizem respeito he precedido pelos Desembargadores que tiverem mais antiguidade ou melhor Officio. n. 32.

15. O privilegio de Desembargador es-cusa-o de pagar para Proccissões; mas não de ir a ellas. P. n. 5.

**III.**  
**Irregularidades que se praticão na Relação.**

16. Os Desembargadores que tem Officios na Relação, logo que nella entrão se assentão na mesa respectiva, os Extrayagantes na sua; até que o Regedor os empregue. D. n. 1.

17. \* A nenhum delles he permitido passar de humna para outra mesa sem licença do Presidente; nem fallar, quando passão, aos que estão nas outras mesas, e somente cortejão-os de barrete ou com outra cortezia n. 2; nem fallar de humna para outra mesa; pois sendo necessario, devem ir a ella com licença do Presidente. n. 3. D. n. 3. Quando algum sabe da sua mesa ou chega áquella que se lhe destina, corteja os companheiros tirando a gorra. D. n. 2.

18. Em acção de votar, ou em outras occasiões publicas não se tratão hums aos outros por vós; pois em todos os seus actos devem mostrar grande compostura. D. n. 3; e somente usaráo daquella tratamento quando Sua Magestade (não assim o Vice-Rey) estiver na Relação, e tiverem de fallar com outros em sua presença. D. n. 40.

19. \* Quando o Relator principia a propor o Feito aos Adjuntos, tira a gorra; e tendo acabado faz venia ao Regedor para mandar votar. D. n. 4. Quando se despacha algum Feito na Mesa grande, o Juiz na occasião de principiar a propô-lo ou a ler a sentença, pede licença a quem presidir nas outras mesas, e attenção aos companheiros. n. 5.

20. Enquanto se vota não he permitido fallar: se algum dos que já votou quer

acrescentar alguma cousa, pede licença ao Regedor. D. n. 5.

21. \* Quando assigna muitos, o melhor lugar he o primeiro da regra (*da parte esquerda*); o derradeiro pertence a quem escreve o despacho; porém segundo estylo os que assigna: primeiro, aindaque pre-cedão em Officio e antiguidade assigna por cortezia no fim da regra, deixando o primeiro lugar aos que assigna depois. n. 23.

22. \* Havendo de assignar o Regedor ou Governador, ou quem suas vezes fizer, depois de o Juiz do Feito assignar no fim da regra assigna elle no primeiro lugar da mesma, e depois os mais. Exceptua-se as petições de agravo, nas quaes assigna depois dos dous Desembargadores que as mandão ajuntar. n. 24 D. n. 7.

23. \* Quando hum só Desembargador assigna carta ou sentença, deve assignar no meio. Nas cartas ou sentenças que vão dirigidas para fora do Termo assigna com o nome inteiro: nos mandados para dentro delle; nos despachos do processo; e nas Portarias de que que procedem mandados e sentenças, assigna com hum só appellido, e não com dous, o que se tem por pouco modesto. n. 22.

24. \* Nos precatórios que o Corregedor da Corte expede aos Vereadores, se põe primeiro o nome destes. P. n. 20.

25. \* Nos despachos que se profere em Relação e hão de ser publicados, se se nomeia algum Desembargador, não se he pôe o epitheto de *Senhor*, pe-se-lhe porém nas cotas, etc. que ficão na Relação. n. 26.

26. He prohibido aos Desembargadores fallarem hums aos outros a favor dos feitos de partes, excepto daquellas por quem o podem fazer, com tanto que neste caso o fação com muita temperança, limitando-se a encommendar a justiça da causa. D. n. 17.

27. Nenhuma pessoa que seja chamada a Relação tem nella assento; nem mesmo os Condes que o tem diante d'El-Rey. Se alguém que vai de alguma mesa fallar a algum Desembargador, este não se levanta. O Mor-domo das Cadeiras quando entra a fallar ao Regedor, falla-lhe em pé e coberto: o Regedor lhe responde assentado. M. n. 3.

**IV.**  
**Ordem do despacho na Relação.**

28. Quando algum Desembargador entra na Relação, pôde seguir-se-lhe hum pagem conduzindo os Feitos. D. n. 1.

29. \* Nos dias que não são de agravos es-tarão todavia presentes Desembargadores delles para despacharem as petições de Ag-

ravo e ajudarem aos mais, convém saber, os dous mais antigos nas segundas; e os dous seguintes nas quartas; os tres mais modernos nas sextas-feiras. n. 8.

30. Multas cousas se despachão em Relação por conferencia sem tenções, como por exemplo, dias de apparecer; ajuda de braço secular; remessas de autos para outro Juiz; confirmações de contractos; concessão de licenças; agravos de auto do proccessor; embargo sobre dia de apparecer; e todas as interlocutorias, em que não ha tenções. D. n. 36. E. n. 24.

Os embargos a Chancellaria despachão-se por tenções, e geralmente todos os embargos sobre qualquer sentença dehiñtiva; porque tomão a natureza della; porém quando se trata do seu recebimento, se se recebem em todo, se procede por conferencia: *ibidem*.

31. O Desembargador que faz audiencia não revoga a interlocutoria que deu seu anteccessor: tudo o que se requerer a respeito della se remetterá ao que fez a audiencia. D. n. 33.

32. O Desembargador que serve o lugar de outro, não pôde revogar a tenção que elle pôz; salvo se acresceu materia nova: pôde porém interpreta-la. D. n. 41.

33. Até o tempo em que se lança o Accordão no Feito he permitido ao Desembargador que emittio sua tenção, emenda-laivamente. D. n. 10.

34. Se aos Desembargadores que votão depois, parecer que o antecedente deixou de fallar sobre algum artigo em que o devia fazer, podem antes de tudo por Accordão para que diga sobre elle; ou levar o Feito a Mesa grande aonde se detere por—*assentou-se*. D. n. 23.

35. Ao Procurador da Corôa he permitido fallar mais de humna vez; não porém quando se está votando. P. n. 22.

36. Quando hum Desembargador vota para se annullar a causa, satisfaz como se votasse sobre o merecimento della; porém se a nulidade se manda supprir em Relação, depois de supprida vota sobre o merecimento. D. n. 39.

37. \* Depois de o Feito se vencer pela maioridade dos votos, he não permitido disputar-se mais sobre o que se venceu. n. 4.

38. O primeiro Juiz dos Feitos que corre em férias detere nellas as partes em tudo o que toca a preparar o processo. J. n. 38.

39. \* Dentre os Juizes que tencionão no feito pôe a sentença aquelle com cuja tenção o mesmo se venceu, e assigna só; e se algum delles esta ausente, no lugar em que houvera de assignar, declara que tem tenção dalle; porém sendo facto de mesa, se nomina outro Juiz que assigne e contra pelo ausente, posto que a Ord. liv. 5 tit. 12 § 6, se contente de que se declare que elle assignou no livro das lembranças. n. 25.

40. Quando o Corregedor do Crime advoca autos de fora das cinco leguas com parecer do Regedor, conforme a Ord., não principia o despacho—*accordado com parecer do Regedor*—mas na forma ordinaria, e assigna tambem o Regedor. A. n. 68.

41. Os Desembargadores de Agravos e os mais que não despachão por si só, não podem aceitar nem mandar ajuntar petição a autos; pois devem as partes usar do meio de embargos: exceptua-se o caso de se haver omittido determinar sobre as custas; ao que se satisfaz por simples petição da parte. D. n. 46.

42. A Ord. do liv. 1 tit. 5 § 4 que impõe alguma pena aos Desembargadores que não guardão alguma Ordemção, não se entende quando elles despachão por Accordão. D. n. 26.

**V.**  
**1.º—Da competencia do Juizo em geral.**

43. O privilegio dado aos Mordomos e Criados dos Desembargadores não se estende ao do foro. P. n. 23.

44. \* As viúvas, os menores, e as pessoas miseraveis que gosão da facilidade de escolher Juiz, não podem quando são autores escolher o seu Juiz, mas somente o do Réo; e do lugar do contracto; ou o Corregedor da Corte ou Juiz das Acções Novas. n. 77. U. n. 8. Quando são Réos, se forem demandadas perante o Juiz do Civel, não podem declinar para o Corregedor do Civel da cidade, mas somente para o da Corte. U. n. 10. Pelo contracto sendo demandadas perante o Corregedor da cidade podem declinar para o Juiz do Civel. U. n. 4.

45. Nas causas dos privilegiados dos quaes o Juiz da Alandega ou o Contador conhece, não por serem locaetes a Fazenda Real, mas por virtude do privilegio, vão os recursos a Mesa dos Agravos, e não ao Conselho da Fazenda. A. n. 65.

46. Sobre questão de direitos Reaes não he permitido as partes comprometter-se em Arbitros; porque esta materia pertence privativamente ao Juizo da Corôa. C. n. 22.

47. A nomeação de tutor ao Clerigo menor pertence ao Juiz Secular. Cabedo—p. 1 Dec. 80 T. n. 11: e bem assim a feitura de inventario dos bens do Clerigo ou do Bispo que fallece. J. n. 36. Cabedo—Dec. 81 e 84.

48. Das posses de Benefícios que dá o Corregedor conforme a Ord. pertence ao seu Escrivão lavar os autos necessarios os quaes elle assigna. n. 15. E. n. 7. Cabedo—47. 54.

49. Aquelle que depois de commetter algum crime obtem Beneficio Ecclesiastico,

**2.º — Da competência de Juizes na Relação.**

não he escuso de comparecer pessoalmente a allegar o privilegio supereremmental para serremittido ao foro Ecclesiastico. B. n. 3.

50. A questão sobre usura se entende pertencer ao foro secular. U. n. 6.  
51. Dos agravos interpostos da Misericórdia de Lisboa e das outras que gosão dos privilegios della não se conhece nas Relações em conformidade de Provisões que ha; por serem aquellas Casas da immediata protecção de Sua Magestade; porém vão á Mesa do Desembargo do Paço. A. n. 14.  
52. Das differenças entre o Alcaide e Almocecal conhece a Relação, não o Senado da Camara. R. n. 13.  
53. O conhecimento de forças feitas em materia de servidões urbanas não pertencem aos Almoxarces, mas as Justicas ordinarias. J. n. 14. Cabedo — p. 1. 4. 5.  
54. Se hum Portuguez commetter fora do Reyno crime contra outro Portuguez, pode ser processado e punido pelas competentes Autoridades do Reyno. Gama — Dec. 53 C. n. 36.

55. Movendo-se na causa alguma questão prejudicial (*essencial á decisão della*) cujo conhecimento pertença a outra Autoridade se remette a esta para que depois de a decidir revista o processo. Q. n. 3. Cabedo — 4. 102.  
56. A caução que he obrigado prestar o devedor suspenso de foga, pode exigir-se perante quaesquer Justicas ordinarias; posto que o conhecimento da causa compete a Juiz privativo. C. n. 42. D. n. 38. Cabedo — Dec. 210.

57. \* Sendo alguma Provisão de Graça ou Justica embargada perante o Juiz (*Executor*), se este remetter os embargos, os remetterá precisamente ao Tribunal donde ella procedeu; porém se tomar conhecimento delles, do que sentenciar irá o recurso á Relação do districto. n. 87.  
58. Se huma causa se tratar em Juizo incompetente, se annulla sómente a sentença (*se já a havia*) e o processo se remette ao Juizo competente, no qual supplicas as nullidades que forem suppriaveis, e ouvidas novamente as Partes, se profere sentença. n. 49. A. n. 46 S. n. 3. Cabedo — p. 1 Dec. 36 no *fin*.

59. \* Esta doutrina tem lugar ainda quando o conhecimento da causa pertença a algum Juiz privativamente. n. 49. Porém se a parte mostrar consideravel interesse em que se annulla o mesmo processo, assim se fará. S. n. 3.  
60. Quando a incompetencia do Juiz se allega no gráo da appellação, não costuma attende-se; salvo se o Juiz de quem se recorre tiver voto, no qual caso se annulla o processo. J. n. 25.  
61. Na execução da sentença não se admite excepção declinatoria. D. n. 38.

62. \* As causas sobre metrés de Officios ou de cousa semelhante, que Sua Magestade tenha feito a diversas pessoas em diferentes Provisões, pertencem ao Juizo da Corôa, ainda mesmo que se tenham formado embargos de obreção. n. 119.  
63. Os agravos interpostos dos despachos que o Juiz da Corôa dá em audiencia, pertencem á Mesa dos Agravos, não á da Corôa. A. n. 20.  
64. Os agravos sobre competencia de Juizo, posto que em materias crimes, ou de jurisdicção pertencem á meza dos agravos. A. n. 21.

65. Os despachos proferidos por hum dos Corregedores do Crime em feito que houver sido distribuido a algum de seus companheiros, são valiosos. Nos feitos de commissão valem os interlocutorios; não assim os definitivos que necessariamente hão de ser proferidos pelo Juiz a quem o feito commetter. C. n. 35.  
66. Se huma sentença dada por hum dos Corregedores do Crime com adjuntos, se executar no mesmo Juizo da Correcção do Crime, os agravos que se interpozerem dos despachos de audiencia, não vão ao companheiro que deu a sentença; porque o Corregedor que faz audiencia e o seu companheiro se reputa a mesma pessoa; e assim se entenderá a Ord. liv. 3 tit. 87 § 12. S. n. 31.  
67. Do Corregedor (*da Corte*) quando acompanha a El-Rey, não se agrava para a Relação, mas para a autoridade a quem o mesmo Senhor o commetter. A. n. 56. Cabedo — p. 1 4. 1.  
68. Ao Corregedor do Crime da Corte he permitido com parecer do Regedor mandar vir os presos, e avocar suas culpas de todo o districto. C. n. 5.  
69. As appellações tiradas dos Almoxarces e Contadores sobre resistencias que lhe foram feitas pertencem aos Ouvidores do Crime. A. n. 60.  
70. Os presos por casos graves podem ser avocados das terras dos Senhores, posto que estes tenham nella ampla jurisdicção. Cabedo — Dec. 85. liv. 2 n. 5. A. n. 24.  
71. As devassas que Sua Magestade manda tirar, feição por estylo affeitas ao mesmo Senhor para as mandar commetter a quem lhe parecer, e costuma fazel-o na Relação (*parece entender-se na de Lis-*

*boa*); posto que pertença ao districto do Porto (1). C. n. 4. D. n. 12.

72. \* Se o Ministro que por especial Commissão fór a uma alçada, pronunciar a prisão alguma pessoa, e esta agravar durante a mesma alçada, pertence o agravo ao Desembargo do Paço conforme a Ord. liv. 1 tit. 6; porém se estiver já finda a alçada e a causa committida ao mesmo ou a outro Ministro, o agravo que então se interpozer pertencerá á Relação. A. n. 66, 70. Segundo estylo da Relação do Porto todo o agravo tirado de Ministro que por virtude de Provisão estiver em qualquer diligencia vai indistinctamente á Relação; posto que em huma causa se mandou remetter para o Desembargo do Paço. n. 29.  
73. Segundo estylo não commette Sua Magestade de fora da Relação as causas de que na mesma se conhece. C. n. 10.  
74. Se do mesmo crime nassem muitas causas, são tratadas na primeira Instancia perante o mesmo Juiz e Escrivão; porém na da appellação podem tocar a diversos Juizes; se bem que costuma o Regedor fazer que todos se ajuntem para as despachar. Isto mesmo se pratica quando são muitos os co-Reos do mesmo delicto. Cabedo — Estylos 10 e 12 C. n. 25.  
75. A disposição da Ord. liv. 5. tit. 117 § 15 que prohibe ao Desembargador Clerigo Juiz da causa, tomar a querela de falsidade etc., comprehende o caso de serem dois Desembargadores Clerigos e hum secular; pois este igualmente não a poderá receber 50, p. a receberá o Corregedor do Crime. Se deste Ministro se interpozer agravo sobre aquella assumpto, não poderá ir aos ditos Clerigos por estarem já excluidos naquella causa. D. n. 48.  
76. As appellações sobre erro de Serventuario de Officio, cujo Proprietario tenha Carta passada na Chancellaria-mór, pertence ao Juizo da Chancellaria não assim se o Proprietario não tem a dita Carta. E. n. 14.  
77. O conhecimento dos Feitos dos Procuradores que servem sem Carta pertence ao Juiz da Chancellaria. J. n. 12. Cabedo — p. 1 4. 13.  
78. A commissão que se dêr a hum Desembargador dos Agravos em algum Feito se elle se ausentar, não transcende ao que o substituir; mas deve haver nova Commissão. C. n. 54; esta porém cessa logo que voltar o primeiro, o qual pela Commissão he reputado como proprietario. C. n. 56; e sempre que os Proprietarios se recolhem, cessão as Comissões. F. n. 9.  
79. Faltando algum dos Juizes que vivem sido nomeados por Sua Magestade, tem o

Desembargo do Paço praticado nomear outro em seu lugar. J. n. 36.  
80. \* O Chancelier não nomea Juizes para as suas glossas; mas os pede ao Governador ou a quem suas vezes fier. n. 13.  
81. \* Se alguma sentença se annullar por ser morto, ausente ou privado do Officio o Desembargador que tivesse posto derradeira tenção, não vai o Feito ao seu substituto no caso de o haver; nem o Governador da substituto em lugar delle; porém passa o Feito directamente ao Desembargador seguinte. n. 37.  
82. A tenção de Desembargador suspenso temporariamente he valiosa; não assim a daquelle que foi privado do Officio. T. n. 2.  
83. \* Feitos de tenções não se costumam mandar despachar em Mesa grande. n. 46.  
84. Estando a Corte fora do lugar onde a Relação reside, pertence ao Chancelier-mór passar as cartas e sentenças que passa o Corregedor da Corte. C. n. 13.  
85. O Corregedor do Civil tem autoridade de executar sentenças dadas entre Partes, que não tenham privilegio para trazerem seus contadores á Corte. C. n. 15.  
86. Se se duvidia a que Juizes pertença algum Feito, prohibe-se a divisa em Mesa grande, aonde se decide por Assento por cinco Desembargadores que assignam em columna vertical para o Regedor assignar da outra parte. F. n. 1.  
87. O Juiz a quem o Feito foi distribuido, fica certo para elle, e logo os que lhe seguem. Nos agravos de petição não ha segunties, nem distribuição; e portanto se os que são certos faltão, dá o Regedor outros em seu lugar. J. n. 20.  
88. Os Juizes que forão em hum agravo de petição e mandaro fazer alguma diligencia, ficam certos nelle. J. n. 4.  
89. Nas petições de agravo os Juizes que receberam embargos não ficam certos nellas e a final se decidem por outros. J. n. 35.  
90. Os despachos interlocutorios não induzem certeza de Juizes, salvo para decidirem a impugnação que contra os mesmos despachos se mover. Nos Feitos que se despachão por tenções, o Juiz que fór vencido no Feito ou interlocutorio, não pôde vir a ser Juiz nesse Feito ou indelente. n. 36.  
91. Os Juizes que forão na sentença principal ficam certos em todas as appellações e agravos, e mais dependencias que procederem daquelle Feito, e vão todos posto que elle se vença por mais ou menos votos. J. n. 3, 10, 16, 17, e 18. Con-

**3.º — Quando os Juizes nas Relações contrahem certezas.**

92. \* Quando os Juizes que forão na sentença principal ficam certos em todas as appellações e agravos, e mais dependencias que procederem daquelle Feito, e vão todos posto que elle se vença por mais ou menos votos. J. n. 3, 10, 16, 17, e 18. Con-

(1) Assim se nota, diz Borges Carneiro, por frequentsissimos Decretos existentes nos livros da Supplicação, de alguns dos quaes fôro extractos em seus lugares.

seguintemente os que forão Juizes na appellação crime, o feito sendo no incidente da falsidade que se commetter na causa. J. n. 3.

93. O agravo procedente de execução que o Corregedor faz a Parte por não possuir bens, conforme a Ord. liv. 3 tit. 84 § 14, pertence aos Juizes a quem foi distribuido o agravo. (*sobre a causa principal*). A. n. 58 e 89.

94. O agravo procedente da execução de sentença de revista, que revogou a primeira vai aos Juizes que são competentes conforme a Ord. liv. 3 tit. 87 § 7 e 12; porém se a confirmou, vai aos Juizes da primeira sentença, pois essa se entende ser a que se executa. A. n. 57.

95. Tendo-se agravo de não se receber appellação, o Juiz que da provimento sobre o agravo não fica certo para a mesma appellação; porém quando ella subir, sera distribuida. J. n. 29.

96. \* Os Juizes que julgão sobre desergão de appellação ficam certos para os embargos que na execução da sentença principal se formarem sobre a mesma desergão e subirem por appellação; não assim para os embargos que se oppozerem a dita sentença principal. n. 65. S. n. 21.

97. Se o primeiro Juiz he de parecer que se recebe alguns embargos, põe o Feito em Mesa com os Juizes seus seguintes, e voto delles se deapacha o Feito por tentões, porque este despacho tem força de definitiva. A rejeição ainda somente de parte dos embargos induz certeza de Juizes. F. n. 23.

98. O Juiz que rejeitou por tentões algum artigo e foi vencido, não pôde tornar a votar sobre a materia delle. Da mesma sorte aquelle que he vencido em alguma sentença, não vota sobre os embargos que se lhe oppuzerem. J. n. 6. 33.

99. Os Juizes que julgão sobre as contradições nos processos crimes ficam certos quando nelles se toma lembrança: não assim quando não se toma, como acontece nos que tem Parte acensadora pela Ord. liv. 5 tit. 124 § 25. L. n. 3 e 5. Cabelo.—Dec. 10.

100. Se o Feito, em que se agravaou do Desembargador dos Agravos que faz audiência, for distribuido a esse mesmo Desembargador, vai o agravo ao seu seguinte como primeiro Juiz. A. n. 52.

101. Ao Juiz que lançou o Accordão se fazem os autos conclusos para os despachos interlocutorios, sendo ellas taes que elle os haja de proferir por si, como sobre recolhimento de querrelia de falsidade; porém se forem taes que os haja de proferir por tentões, se farão conclusos ao primeiro Juiz. J. n. 28.

102. Se hum Juiz logo que tencionou em algum Feito for promovido a outro Ofi-

cião da Casa, fica extincta a distribuição. Pelo que devendo o Feito que tem Juizes certos quando não se vence pela distribuição, passar ao que se segue pela distribuição, se este já estiver provido em outro Officio da Casa e o Feito ainda não se vencer nelle, não passará ao seguinte que já não ha por estar extincta a distribuição; mais irá por fora da Mesa por Commissão do Regedor. J. n. 19. e 42. Vide D. n. 47 no citado Pegas.

103. Quando hum Desembargador tendo posto tentão no Feito se ausenteo para fora do Reyno, não se commette o Feito a outro; mas segue a distribuição. Se não a tinha posto, se distribue. T. n. 3.

104. Se hum Feito não pôde despachar-se no dia em que o Juiz Ralator o propoz com os Adjuntos, ficam estes certos para o despachoem na conferencia ou conferencias seguintes. n. 7. D. n. 43.

## VI.

### Com quantos votos se vencem os Feitos.

105. \* Os Feitos de Petição de Agravo, ainda que este se tenha interposto de qualquer Desembargador da Casa, julgão-se por trez e vencem-se por dois Juizes condornes. n. 44. O estylo, segundo o qual os Feitos de Petição se vencem por dois e trez da Casa (1), discrepa da Relação de Lisboa. n. 31.

106. Os agravavos de petição põe-se com trez Desembargadores e vencem-se por trez conformes; as interlocutorias ou diligencias que delles procedem, vencem-se por dois; bem como os agravavos crimes de petição que vem ao Corregedor da Corte. A. n. 2.

107. Nos agravavos de petição duvidando-se se esta se ha de aguntar, e vindo por terceiro o Regedor conforme a Ord. liv. 1 tit. 1 § 19, se não se conforma, mettem-se mais votos; e vence-se a duvida por dois, como interlocutoria. A. n. 67.

108. \* Os Feitos sobre suspeições vencem-se por trez votos, assim quanto ao despacho sobre se ellas procedem ou não, como a respeito da sentença; porém se no dito despacho em razão de os votos discreparem sobre os artigos, intervierem cinco ou seis, ficarão todos contrahindo certeza para decidirem os embargos que se oppuzerem ao mesmo despacho, conforme a Ord. liv. 3 tit. 21 § 24, n. 42. Neste ultimo caso a sentença final das sus-

peições se dará todavia por trez votos somente. S. n. 1.

109. \* Os Feitos que excedem a alçada da Casa do Porto, vencem-se por dois votos assim para confirmarem como para revogar a sentença. n. 27. S. n. 34; porém se esta for de Corregedor ou Desembargador, são necessarios trez para revogar. n. 27.

110. \* As glosas que o Chancelier põe, se a sentença he de hum só Juiz sem adjuntos, são julgadas em Mesa por trez Desembargadores dos agravavos; se he de trez Juizes, o são por cinco ditos, e basta que hum só não as reconheça para haverem de ser julgadas. n. 14. G. n. 1.

111. \* Em causas civis discrepando os Vogaes sobre quantidade não se entende vencido o Feito na somma menor, como para as causas crimes está disposto; mas he necessario que os votos cheguem a concordar-se em quantia certa. Assim se entendeo a Ord. liv. 1 tit. 1 § 8, n. 40.

112. \* Havendo artigos ou capitulos diversos, e discordando os Vogaes acerca delles, se vai vencendo o Feito a respeito de cada hum como se for conformando o numero legal. n. 41.

113. \* Nos Feitos que se julgão por trez Juizes e se vencem por dois, devem os trez estar presentes ao despacho, sem bastar que os despache os dois conformes e os mandem depois assignar pelo terceiro, como muitas vezes se tem feito com nullidade. n. 43.

114. \* Posto que, conforme a Ord. liv. 1 tit. 1 § 6 v. *E para*, os casos que induzem pena de morte se propoñão com trez Juizes quando os Reos estão em termos de não serem condemnados em mais de cinco annos de depreido; contudo quando veni já sentenciados em morte, precisamente se não de pôr com seis Juizes. C. n. 55.

115. Feitos de morte ao tempo da contradição ou de se conceder Carta de Sarguro, não de ser postos pelo Corregedor (*do Crime*) com seis Desembargadores, porém a final se não houver provas o podem ser somente com trez. C. n. 9.

116. Quando são seis os Juizes na causa, todos elles devem concorrer para se mandar vir testemunhas á Corte. Cabelo.—Dec. 15. J. n. 22.

117. Perda de hum crime e a sua conformidade com a culpa vence-se por dois Desembargadores. posto que o Feito fosse de seis, ou a Parte não compareça. Na Relação do Porto assentou-se que compareça quando os Juizes o mandassem. P. n. 7.

118. A questão sobre remissão ás Ordens (*ao Juizo Eclesiastico*) julga-se por seis Juizes, posto que o caso não seja de morte; entendida assim a Ord. liv. 1 tit. 1 § 6. R. n. 16.

119. O agravo procedente de sentença proferida por muitos Juizes, posto que se vence por trez vai aos mais, e o ultimo he quem lança a sentença. A. n. 55.

120. Nas interlocutorias da Mesa que se põe por dois Juizes, he sempre segundo aquelle que se segue ao primeiro; para as revogar se põe com trez votos, se o Feito he de trez. J. n. 30.

121. Os Feitos que se commettam aos Desembargadores do Paço se despachão por todos os que estão presentes; e isto mesmo se pratica a respeito dos embargos havendo-os; posto que na sentença tivessem sido mais ou menos; e por todos se devem dar as esportulas. D. n. 22.

## VII.

### Suspeições.

122. \* Das suspeições postas ao Governador he Juiz o Chancelier: as mesmas se julgão em occasião em que elle não esteja na Relação; pois se estiver não poderá ser presente no votar. n. 20.

123. Quando o Chancelier da Casa conhece de suspeições postas ao Regedor, pede os adjuntos ao mais antigo Desembargador dos Agravos. O Chancelier-mor porém toma os Adjuntos que quer, e despacha em sua casa por especial Provisão que tem. C. n. 1.

124. O Chancelier que julgou suspeito algum Desembargador, nomêa Juiz em lugar delle; porém para aquella causa somente, pois para outras de que o dito Desembargador haja de conhecer entre as mesmas Partes, pertence ao Regedor a nomeação. C. n. 1.

125. \* Durante a questão da suspeição se sobreesta no Feito; e até que o Juiz recusado seja julgado suspeito não se dá vista nem se commette o Feito a outro. n. 33.

R. n. 1.

126. Se o Desembargador dos Agravos mais antigo for Adjunto do Chancelier em materia de suspeições, e depois se oppuzerem na mesma causa tambem suspeições ao Chancelier, não deixará de ser neste Juiz, posto que ha as primeiras fosse Adjunto do Chancelier. D. n. 16.

127. \* Posto que o Desembargador que for recusado por suspeito não venha a ser julgado tal; com tudo se houver de inquirir algumas testemunhas, pôde a Parte que o recusou, pedir que para este acto se dê hum Adjunto. D. n. 30. Cabelo.—Ar. 95.

O *Estylo do Porto* diz, que se neste caso parece que o recusado fica desaffeiçãoado (*ao recusante*), o Governador costuma sem despacho mandar que as testemunhas sejam inquiridas na Relação em presença dos mais Desembargadores. n. 34.

128. \* Juiz suspeito não pôde escusar-se de Juiz se as Partes consentem, salvo se a

(1) Parece, diz Borges Carneiro, estar o texto interpolado, como em outras lugares.

VIII.

Estylos relativos ao processo.

139. O prazo prefixo na Ord. para se tirar das suspeições não pode prorrogar-se, posto que haja justo impedimento; salvo recorrendo-se a El-Rey. Porém quando o Chanceler julgar as suspeições, se a Parte o reusa também como suspeito, em quanto correm os 45 dias destas suspeições, estão suspensos os 45 dias das primeiras. S. n. 30.

140. No caso do art. antecedente, se durante a questão das novas suspeições passas o tempo das primeiras, sem culpa do que as intentou, se lhe reforma o tempo em Relação sem se recorrer a El-Rey, como d'antes se praticava. R. n. 18.

141. Também posto que sejam passados os 45 dias se tomão conhecimento dos embargos que se oppõe as sentenças das suspeições. E. n. 8: *O Estylo do Porto* diz isto mesmo especialmente dos embargos na Chancelaria. n. 36.

142. Nas suspeições não tem lugar o juramento suppletorio. J. n. 24. Cabedo — *Dec. 24.*

143. A caução das suspeições pôde diminuir-se segundo a pobreza da Parte; mas não firar-se de todo. C. n. 12.

144. Os Procuradores Regios intentando suspeições não depositão caução. n. 105. P. n. 2. C. n. 41.

145. Se o Juiz recusado morre durante o processo da suspeição, não se perde a caução. Cabedo — *Ar. 25* S. n. 18.

146. Se a sentença que julgou a suspeição procedente se revogar por meio de embargos, não se condemna o Recusante em pagamento da caução. S. n. 36.

147. Se alguma Parte fórma embargos contra a devassa tirada por algum Desembargador, ou contra sentença em que haja certeza de Juiz, allegando haverem elles recebido pela ou outro justo motivo para serem removidos de Juizes, não se toma conhecimento desta materia pelo dito meio de embargos; mas se manda que a deduzá perante o Chanceler por suspeição em fórma o que deve fazer no termo da Lei; e de assim o haver deduzido, ajuntar certidão ao Feito. Se esta suspeição não se provar, nenhum outro meio resta ao recusante. n. 35. E. n. 21.

148. Senhor de Terra em quanto tem Ouidor não pôde conhecer de appellação. Se o Ouidor for suspeito, não pôde nomear outro, mas se devem louvar as Partes. S. n. 15. Cabedo — *Ar. 45 e Dec. 189*, e parte 2. *Dec. 54.*

149. Os Escrivas d'Almoxtaria se forem averçados por suspeltos escrevem nas colmas com duas testemunhas. E. n. 10. Cabedo — *Ar. 38.*

Estylos relativos ao processo.

140. Aquelle que tem privilegio para chamar seus contendores à Corte pôde fazer citar o que a mesma veio chamado por El-Rey. C. n. 30. Cabedo — *Estylo 30.*

141. As Ord. que não permitem citar sem Provisão os Procuradores Regios, ou sejam Autores, Reos, Assistentes, ou Oppoentes, não comprehendem os Procuradores d'El-Rei *in partibus*. n. 104. *O Estylo da Supplicação* diz, que em caso de opposição não he necessaria Provisão para se citar o Procurador Regio. P. n. 13.

142. A Ord. liv. 1 tit. 9 § 8 que não permite ao Juiz dos Feitos da Corôa mandar citar senão por Acordão da Relação, não se entende a respeito das pessoas que nos casos ordinarios podem ser citadas para responder na Corte, quasi são os Ecclesiasticos que usurpão a jurisdicção Real, e os Seculares que em razão della são citados para responder na Corte conforme a Ord. liv. 3 tit. 6 § 5 e 6; pois as estas pessoas manda citar por simples despacho sen. n. 76, e 107. J. n. 9. Cabedo — *p. 2 Ar. 85.*

143. A Carta da Camara necessaria para se clarem os Grandes, se requer somente para a primeira citação, não para os incidentes da causa, como liquidação, appellação, execução, circumducção, etc. C. n. 8. Cabedo — *Dec. 179. O Estylo do Porto* accrescenta que com tudo neste caso, são cita los pessoalmente, e não em as pessoas de seus Procuradores. n. 74 — aonde diz se resolveva em 16 de Maio de 1612 em causa do Duque de Aveiro.

144. Sobre materia de jurisdicção ou padroado he necessaria a citação da mulher *(casada)*, como sobre bens de raiz. C. n. 38. Gama — *Dec. 182*. Não assim para correr a causa circumducção. C. n. 41.

145. Mulher que está em posse e cabeça de casal, pôde hoje demandar e ser demandada pelos credores a respeito de todo o casal; posto que houve estylo de o não ser senão pela sua parte hereditaria. M. n. 2. Maccido — *Dec. 100.*

146. O pai não pôde citar para a Corte em nome do filho Captivo, que ao tempo de seu captyveiro era ainda filho familias em seu proprio nome; pôde, se já então era emancipado, porque demanda como tutor delle. C. n. 45. Cabedo — *Ar. 6.*

147. O prazo de dois mezes que a Lei assigna para os Editos se pôde ampliar, porém não diminuir. E. n. 12. Cabedo — *Ar. 57.*

148. O ausente que se pretende citar como herdeiro de algum defunto, se está em lugar certo, deve ser citado pessoalmente. A. n. 36. Gama — *Dec. 5.*

149. Para acção d'alma, ou de assignação de dez dias, e para reconhecer Assignado, não se pode usar de citação por editas. C. n. 44.

150. O filho he admitido a litigar na causa que algum traz com seu pai, se della pôde seguir-se-lhe prejuizo. A. n. 25. Cabedo — *Ar. 86.*

151. A clausula depositaria não produz effeito algum em quanto se trata de incompetencia de Juizo, ou de outra qualquer excepção dilatoria que se haja de allegar antes da contestação da lide. Também não obsta para se allegar excepção de paga. C. n. 33.

152. Os Procuradores Regios, ou sejam Autores ou Reos, Assistentes ou Oppoentes, embargão nos proprios autos, ainda quando pedam vista de novo. Os mesmos não jurão de calumnia. n. 106.

153. Feitos de partilhas correm nas ferias. F. n. 40.

154. As perguntas que se fazem no principio da causa, não se concebem com juramento. P. n. 17. Cabedo — *parte 1 Ar. 39.*

155. Restituição *(in integrum)* não se concede, senão sendo pedida. n. 95.

156. Se a alguem competrem muitas restituições, e pedir somente alguma, todavia se lhe assignão todas; porém quanto ao lapso do decendio para appellar, nunca se entende ficar excluido o beneficio da restituição. R. n. 4.

157. Quando se manda apresentar algum livro, não se dá a Parte vista de todo elle, mas somente do lugar ou passagem concernente à causa. L. n. 2. Cabedo — *Ar. 29.*

158. O Autor na replica pôde exigir que o Réo exhiba os documentos que tiver sob a comminação de não se poder ajudar mais delles, e assim se manda; porque o Autor na replica trata de defender-se e faz vezes de Réo. n. 82.

159. A Parte que ha de arrazoar em segundo lugar não pôde antecipar-se a offerter os seus documentos, para que a outra parte arrazoze logo sobre elles; mas quando arrazoar se os ajuntar, se darã ao seu contrario nova vista das razões que com elles produzir. O contrario se usa na Relação do Porto, e se deve emendar. A. n. 13.

160. Não he permitido a Parte que formou embargos, embargar o despacho que sobre elles se profere. n. 63.

161. Nos termos peremptorios em que se hão de entregar alguns autos ou papeis, se entende que a entrega se fará até às 8 horas da manhã do dia seguinte aquelle em que o termo acabou, ou, se este for feriado, do outro seguinte. n. 98.

162. As tez dilaciones *(prolongatorias)* se podem logo assignar juntas, ainda que a parte o não queira nem peça. n. 96.

163. Postoque durante a dilação probatoria, o Juiz não deva innovar cousa alguma;

contudo se se embargar o despacho que determinar a dilação, conhecerá desses embargos. n. 62.

164. De fóra das cinco leguas da Corte não se mandão vir testemunhas senão por Accordão. T. n. 1.

165. A disposicção da Ord. liv. 3 tit. 1 § 13. v. *E se a Parte*, que dispõe não ser necessario citar para ver jurar testemunhas o verdadeiro rével, que nunca compareceu em Juizo nem ainda por Procurador, se entende por estylo ao rével presumido, isto he, que sim constituiu Procurador, mas nunca compareceu pessoalmente em Juizo, nem fez procuração *apud acta*; no qual caso basta citar-se o dito Procurador, posto que o rével esteja na terra. n. 75. C. n. 20. P. n. 11.

166. Quando se annulla alguma inquirição, por exemplo, por suspeição, incompetencia, etc., se reforma dilação *(prolongatoria)* a todas as partes, sem excepção daquella que causou nullidade. n. 74. D. n. 13. R. n. 14.

167. Aquelle que foi chamado à autoria em alguma causa, não pôde ser nella testemunha, posto que não acudisse a autoria. A. n. 31.

168. A Ord. liv. 3 tit. 58 § 3 que dispõe, que nas inquirições que se tirão por virtude de precatórios se alleguem as contraditas perante o Juiz deprecado, não procede nas que se tirão por mandado do Corregedor *(da Relação)*, Juiz do Feito dentro das cinco leguas; pois nellas se podem allegar perante o mesmo Corregedor. n. 78.

169. Nas visitorias que o Juiz determina officiosamente, depositão ambas as partes os salarios dellas, e esta despeza entra depois como custas sobre aquella que decahe n. 91.

170. Nas que são requeridas, a parte que as requer deposita antecipadamente os salarios e os paga; e por estylo da Supplicação a final se carga esta despeza como custas na sentença sobre o vencido. U. n. 1: pelo estylo da Relação do Porto não entra na conta das custas. cit. n. 91.

171. Na Relação não se attendem nullidades simples ou vagas, isto he, quando juntamente não se argue injustiça na causa principal. N. n. 1.

*O estylo do Porto accrescenta*, que se mandão supprir ovinido a parte. n. 48.

As partilhas não se annullão por erros ou nullidades, posto que excedão a sexta parte; mas se mandão estes supprir ou emendar. N. n. 2.

172. A excepção de nullidade contra o processo não se admite, se aquelle que a oppõe não tem interesse em que elle se annulla. E. n. 17.

173. A nullidade da falta de certidão de processo não se annulla em escriptura de venda, he allegavel nas razões finais para se declarar nullo o contracto; posto que nos artigos não tenha sido deduzida. n. 51.

173. Os Procuradores fallio na audiencia pela ordem seguinte: O da Misericordia, o d'El-Rey, e dos Capituos, que se acharem naquella dia ao tempo da publicação dos feitos, participando os mais antigos no Auditorio, e entre os ignaos os que precederem em grão; os que vierão depois da publicação, pela ordem por que naquella dia chegarão: o Clerigo e Fidalgo costumão fallar primeiro por suas pessoas. n. 81.

**IX.**

**Provas. Assignação de dez dias.**

174. O pagamento do dote pôde provar-se por testemunas, posto que o sogro o promettesse por escriptura. P. n. 18. S. n. 19. Cabedo—*Ar.* 20 e 40.

175. O consentimento do senhorio do prazo para a venda, etc. pôde provar-se por testemunas, sem dependência de escriptura publica. L. n. 4. Cabedo—*Dec.* 72 n. 3.

176. Os escriptos dos mercadores sobre a sua mercancia tem força de escripturas publicas, e gozão de assignação de dez dias. E. n. 15. Pereira—*Dec.* 27. M. n. 7.

177. Para se assignarem dez dias aos escriptos das pessoas nobres, não he necessario que sejam por ellas conhecidos. A. n. 74. Pereira—*Dec.* 79.

178. Os Clerigos não têm nobreza bastante para que os seus escriptos hajão força de escriptura publica. A. n. 49. Cabedo—*p.* 1. *Dec.* 129 e 139.

179. Se alguém no assignado (*escripto de obrigaçào*) se nomêa por pessoa daquellas cujos assignados valem como escriptura, isso basta para ter lugar a assignação de dez dias. A. n. 44.

180. Aos assignados que a parte reconhece, posto que excedão a quantia da Ord., se assignão dez dias como se fossem escriptura publica. A. n. 45. Valasco—*Cons.* 164.

181. O acto porque alguém reconhece em audiencia o seu escripto não carece de se fazer por termo assignado, como os mais actos prejudiciaes. R. n. 10. Gama—*Dec.* 164 ns. 3 e 170 n. 10.

182. \* Se aquelle que ha de ser citado para reconhecer o seu conhecimento (*Altorád*) se esconde maliciosamente para não ser citado, ou, sendo-o não comparece, o Juiz ha o conhecimento como reconhecido à sua revelia, e procede por assignação de dez dias. n. 97.

183. \* Na acção de assignação de dez dias não corre o decendio senão depois que se dão ao Réo os autos para allegar seus embargos. D. n. 34. Cabedo—*Dec.* 28: corre porém, ainda que elle opponha excepção de incompetencia. n. 35. Cabedo—*Dec.* 30.

**X.**

**Sentença.**

184. Dada a sentença se assignão ao vencedor cinco dias para a tirar, e trez para a Chancellaria, donde a parte a pôde embargar: e passado este termo, se dá vista nos autos originaes. S. n. 2.

185. Se tem passado seis mezes quando a sentença vai à Chancellaria, he necessaria nova citação das partes; salvo se não ha outra parte mais que a Justiça. S. n. 17. Cabedo—*Ar.* 12.

186. Os Desembarçadores que estão em alçada passão pela Chancellaria as suas próprias sentenças; e he excepção da Ord. que prohibe aos Juizes passar pela Chancellaria as suas sentenças. S. n. 35.

187. O Chancelier não pôde pôr glossa sobre o merecimento da causa; mas somente sobre nullidade patente da mesma sentença, ou incurialidade notoria. G. n. 2.

188. Embargos à Chancellaria hão de ser reformados cada seis mezes. E. n. 22.

189. \* Se o Réo vencedor tira sentença e não cuida de a fazer executar, porventura pelo receio de he ser embargada na execução, não compete ao Author vencedor algum meio para hea fazer exhibir: salvo havendo nella nullidade, no qual caso pôde usar do (*arditi*) de o fazer novamente citar sobre o mesmo assumpto de que manou a sentença, e oppondo elle a excepção *rei judicatis* documentada com a sentença, deduzir na réplica a materia da nullidade. n. 84.

190. \* Se o vencedor não cuida de tirar sentença e o vencido quer embargá-la na Chancellaria, pôde fazer citar aquelle, ou, sendo ausente, ao seu procurador para a tirar no prazo de trez dias, sob comminação de a embargar nos autos. O que tambem se pôde fazer por pregação. n. 83.

191. Postoque huma sentença tenha já passado na Chancellaria, se o Procurador Régio quer embargá-la, se he da vista do processo, original. P. n. 3.

192. Embargos contra a sentença proferida em Agravo de Petição se formão no processo, e não na Chancellaria. S. n. 7.

193. Nas sentenças da superior Instancia que em parte confirmão e em parte revogão a do Juizo inferior, se principia sempre a tratar da parte que se confirma. Isto mesmo tem lugar quando se trata de sentença do Juiz e do Ouvidor, e se confirma huma e revoga outra. Nas Revisitas porém se principia sempre pela sentença do agravo, postoque se revogue. S. n. 28.

194. Sentença do Juizo da Corça, se foi dada em favor della, não se annulla por não ter estado presente o Procurador da mesma Corça. S. n. 6.

195. \* He permitido aos Juizes a todo o

tempo antes de a sentença ser dada e levada para fóra da Relação, emendar e revogar as suas tenções (1). n. 38.

196. \* Aindaque o Juiz não possa julgar além do que se pediu na acção; comtudo se a materia foi plenariamente disputada nos autos entre as partes, e estas não protestarem em contrario, valerá a sentença que se proferir sobre toda a materia disputada. n. 85.

197. \* \* Se a sentença deixar de condemnar em fructos ou custas, pôde esta ommissão fazer-se supprir por simples petição (*sem embargos*). C. n. 7.

O *estilo do Porto* estende esta doutrina a outros incidentes, e acresceenta que se forem substanciaes, se dará vista da petição à parte contraria. n. 88.

198. \* A sentença nulla não passa em julgado, e a todo o tempo se pôde pedir ou tornar a pedir por acção ou libello a causa julgada. Por via de embargos não pôde a dita nullidade allegar-se, senão dentro dos seis dias da Ord. liv. 3 tit. 87, a qual deste modo se concilia com o tit. 75 *pr.*—n. 50.

199. Havendo de dar-se sobre a mesma causa segunda sentença, por ser a primeira contra Direito ou Estylo, se manda ajuntar esta ao processo para se romper ao tempo de se proferir a segunda; por não ficarem existindo duas sentenças encontradas. S. n. 25.

200. As sentenças da Supplicação fazem exemplo para casos semelhantes. S. n. 26. Cabedo—*Dec.* 212 e Gama—*Ar.* 1 *Dec.* 53.

201. Não se deve dizima da sentença que condemna o marido a dar à sua mulher sentimento para vender. S. n. 10. Cabedo—*Ar.* 84.

202. Depois da sentença não pôde mais revalidar-se autos. R. n. 6.

**XI.**

**Execução de sentença.**

203. O executado que nomêa à penhora bens sufficientes para o pagamento da divida, se livra de ser preso, postoque não haja lancador a elles; porque o credor pôde lancar. E. n. 11.

204. Ao executado que pede compensação de divida illiquida, se concede para a liquidar os nove dias da Ord. liv. 4 tit. 87 § 4, nos quaes se sobrestá na execução; vindo consequentemente esta Ord. a fazer excepção à do liv. 3 tit. 86 § 1. C. n. 52.

205. Passados os seis dias determinados para formar embargos contra a execução, já não se concede licença para os acrescer.

centar. O mesmo se entende com os da Chancellaria. E. n. 20.

206. Os embargos de terceiro na execução tem replica e treplica. O mesmo se entende dos que se formão na Chancellaria: estes depois de autuados já não se podem acrescer. E. n. 6. Cabedo—*Ar.* 50 e 51.

207. O Juiz da execução que em lugar de remeter os embargos tomar conhecimento e proferir sobre ellas despacho, já não os pôde remeter. J. n. 34.

208. Allegando-se perante o Juiz da Chancellaria erros de contas, se sobrestá na execução, logo que elle manda ajuntar a petição aos autos; porém he permitido à parte requerer que a mesma corra quanto ao liquido e ao principal, e que somente se suspenda no que toca aos erros allegados. E. n. 19.

209. A parte que allega erro de contas, se a conta he complicita, e o erro não he patente, não se ouve sem depositar. E. n. 95.

210. A execução que parou por 6 mezes, não se torna por isso circumducta. C. n. 27. Gama—*Dec.* 60.

211. \* A parte que conseguiu sentença para se lhe restituir alguma propriedade, se o vencido oppõe o beneficio de retenção por benfeitórias, pôde compelli-lo a declarar por juramento a impôrtaancia dellas, e depositada esta, entrará na fruição da propriedade. Neste caso o vencido não pôde, nem ainda com fiança, levantar o deposito até definitiva liquidação e decisão da materia das benfeitórias. n. 3. D. n. 15.

**XII.**

**Custas.**

212. \* Em agravos de petição ou Instriumento não se condemna em custas no Juizo superior, salvo havendo malicia ou desobediencia; pois a Ord. liv. 1 tit. 5 § 7 se entende somente nos agravos de Ord. não guardada, porém depois de baixarem os autos ao Juiz inferior condemnará este a parte vencida nas custas do retardamento deste o tempo em que a petição se ajuntou aos autos... n. 70. A. ns. 10 e 55. C. n. 6.

213. \* Quando sobem autos por appellação paga o appellante a metade das custas dellas, e um terço da taxa, e o appellado a outra metade. n. 92.

214. Nas sentenças da Supplicação se condemnava somente nas custas dos autos; e por esta expressão se entendem as de todas as Instancias. S. n. 12.

215. \* Posto que alguma parte não siga a appellação, pôde applicar-se-lhe a multa em que se condemnar o seu contendor; de-

(1) Contra a Ord. liv. 1 tit. 6 § 6, e o direito adquirendo. *Nota de Payer*, titidem.

clarada assim a Ord. liv. 3 tit. 67 § 2.º P. n. 4.

216. A parte, a cujo requerimento o feito passa de hum a outro Juizo por provisão de Sua Magestade, paga as custas dos autos, e não cobra senão a final a parte dellas que lhe competir haver do seu contrario. C. n. 30.

217. A regra que não ha custas nas causas entre El-Rey e seus vassallos, não se entende com o Assistente ou Oppoente, se nella intervierem. n. 89.

218. O preso vence custas por conta da pessoa que o fez prender, posto que trouxesse demanda com outras partes. C. n. 28. Cabedo—Ar. 8.

219. Em feitas não se vencem custas, salvo se o feito corre nellas. C. n. 27. Cabedo—Ar. 7.

220. Quando se condemna Juiz em custas, se põe clausula que tendo embargos os allegue dentro de trinta dias: se he Juiz ultramarino se assigna hum prazo conveniente. Quando o Juiz he condemnado por não receber appellação, não se põe clausula. C. n. 29. Cabedo—Ar. 45.

221. A Ord. que prohibe condemnar-se em custas Juiz Ordinario sem parecer do Regedor ou Governador, não comprehendê a Mesa de Aggrvos aonde se despacha por tempões. n. 46. J. n. 4.

222. No mesmo despacho por que se concede ajuda de Braço Secular se condemna em custas pessoas o Réo contra quem se concede. n. 90.

N. B. Sobre custas das visitorias vé art.

### XIII.

#### Processo criminal.

223. Para a accusação em caso de homicidio, não he necessario citar os parentes do morto; se estão no Ultramar ou Ilhas. P. n. 16. Cabedo—Ar. 24.

224. Quando se procede por Editos contra o malador, também por Editos se citão os parentes do morto. F. n. 13.

225. O Tutor não he admittido accusar em nome do menor por Procurador, mas só pessoalmente. T. n. 5.

226. Posto que ás mulheres seja permitido nos Fellos crimes accusar por Procurador dando fiança ás custas, conforme a Ord. liv. 5 tit. 124 § 16; comtudo são obrigados a comparecer no principio para pedir que se lhe tome a fiança, o que parece duro. M. n. 11.

227. O Autor que tem Provisão de dispensa para accusar por Procurador comtudo a Réo igual facultade. A. n. 42. Valasco—Coss. 25.

228. Se depois de pender accusação contra alguma pessoa, for eleita para Juiz, não

para a accusação e se cita o mesmo para o seguimento della. J. n. 11. Cabedo—P. 2 Ar. 2.

229. O Réo seguro que conseguiu Provisão para se livrar por Procurador, não se admittê sem se apresentar com ella pessoalmente. S. n. 10.

230. Não se pôde conceder Carta de seguro ao que já está preso por outro crime. C. n. 40.

231. A obrigação de residir nas audiências a que he sujeito o que se livra sob Seguro ou Alvará de França, não tem lugar enquanto se trata de excepção de incompetencia ou de outra qualquer não pertencente ao bem da causa. C. n. 48.

232. O Ouvidor de Bragança tem autoridade de passar Cartas de seguro em caso de morte. C. n. 14.

233. O que se livra sob Carta de seguro pôde ser preso ao tempo da publicação da Inquirição. não assim o que se livra sob fiança. P. n. 19. Cabedo—Ar. 41.

234. Aos que se livrão estando presos dá-se vista do processo com a devassa e Inquirição abertas. P. n. 8.

235. Nos Fellos que tem parte não se toma lembrança; posto que a Ord. não faça esta distincção. L. n. 1.

236. A Inquirição de testemunhas (em causas criminaes) feita em dia santo, não se annulla; porque se revalida pelo acto de a parte as fazer judiciaes ou de se repurgarem. D. n. 45.

237. Nos Fellos dos Presos que se livrão pela Misericordia não se paga caução. C. n. 18.

238. Se na Relação parece que se deve proceder a alormentar o Réo, se manda passar Carta para o Juiz fazer a diligencia e a remetter, e então se sentença a causa. S. n. 4.

239. As sentenças de morte não-se por publicadas na mão do Escrivão, do que elle lavra termo. As Inimagaes dellas aos Réos podem fazer-se em dia santo; pois não contem publicação. S. n. 33.

240. Se os que se livrão soltos de seus crimes, forem condemnados em quantia de 300000 rs. ou outra maior, se declara na sentença que sejam presos e paguem da Cada: e se o Juiz omitir declaral-o, o Escrivão porá todavia a dita clausula no relatório da sentença. C. n. 32. Cabedo—Ar. 10. No mesmo caso se pôde logo dias de pessoa. n. 34.

241. Perdendo-se ao Réo prazo a sentença de sua absolvição, pôde-se mandar soltar-se o Escrivão dêr fé de a haver visto e do teor della; e pagará assignatura como de sentença reformada. S. n. 22.

242. Ao condemnado em pena crime que se apresenta dentro do anno pôde admittir-se deíza que diminua a pena, posto que não seja bastante para a extinguir total-

mente. Também pôde ser alliviado da pena por meio de contradias ou allegações de Direito, posto que não se lhe recoba contradiade. C. n. 51.

243. O banido pôde, sendo já passado o tempo da Ord., ser ainda ouvido summariamente, se allegar nullidade ou incompetencia. B. n. 1.

244. O banido, durante o anno que lhe he concedido para se apresentar, não pôde ser condemnado a morte. Pegaas vio julgar o contrario. B. n. 4.

245. O Juiz que executa alguma sentença criminal não conhece dos embargos a ella, mas os remette ao Juiz que a deu. E. n. 15.

### XIV.

#### Estylos sobre materias criminaes.

246. Durante o summario sobre a competencia da immunnidade da Igreja, pôde tirar-se della o Preso e depositar-se em lugar seguro. P. n. 14.

247. Se o Réo que se acolhe á Igreja esta implicado em dois crimes, em hum dos quaes lhe approveta a immunnidade; em outro não; deve ser punido por este segundo, antes que se remetta ao Juizo Ecclesiastico. D. n. 31. Gama—Dec. 52.

248. Homenagem não se julga quebrada por se provar que o Preso sahiu fóra do lugar assignado, se sendo buscado se acharella. H. n. 1.

249. O Corregedor pôde levar comsigo as culpas e culpados nas devassas que tira em correção, sem embargo da Ord. liv 1 tit. 85 § 24. C. n. 26. Cabedo—Ar. 2.

250. Os Presos que se livrão pela Misericordia se soltao para ir cumprir seu degedro posto que este passe de seis mezes. H. n. 6.

251. As Cartas de guia dos degradados são passadas pelo Corregedor (do Crime da Corte) em nome de Sua Magestade, e feitas pelo Escrivão dellas. C. n. 3.

252. O degradado que fogio do caminho em que ia para o lugar do degedro, he tratado como se fugisse deste. D. n. 21.

253. Se aquelle que foi degradado para Africa não cumpre o degedro, se lhe commuta este para o Brazil pelo tempo que for justo, posto que seja menos de cinco annos; ficando este caso fóra da Ord. que prohibe degradar para este Estado por menos do dito tempo. D. n. 19. O mesmo se pratica a respeito da mulher degradada para Castro-Marim que quebrou o degedro, e se lhe dobrou por isso primeira e segunda vez. D. n. 20.

254. Aos degradados para o Brazil não se pôde cadaa no pé; salvo se o degedro he por toda a vida. C. n. 31.

255. O degradado para galles por toda a vida, he reputado servo da pena. D. n. 18.

256. Se hum Réo for condemnado por exemplo em degedro para Angola, e depois em diverso feito estiver em termos de ser condemnado, por exemplo, em degedro para galles, o tempo destas se reduzirá a degedro para Angola e se sommará com o tempo determinado na primeira sentença: e se exprimir a razão porque assim se faz. Esta doutrina tem lugar ainda quando a segunda sentença for dada por Juizes diversos dos da primeira, contra humo optimo. C. n. 53.

257. Aquelle que promette casar com criada do amo com quem vive, não incorre na pena da Lei, se effectivamente não casa. P. n. 12. Cabedo—Ar. 47.

258. Ajuntamento com parenta ou orphão sem haver promessa de casamento não he caso de devassa. C. n. 24.

259. Dar casa de alcouce he caso de quepela; posto que a Ord. não o declare. Q. n. 1.

260. He caso de devassa entrar por força em casa de alguem; posto que a Ord. não faça menção desta especie. D. n. 27. Cabedo—Ar. 60.

261. O que compra mosto para revender he sujeito ás mesmas penas como se comprasse vinho. R. n. 3.

262. A quevela sobre falsidade que toma o Desembarçador Juiz do feito conforme a Ord. liv. 5 tit. 117 § 15, se secreta pelo Escrivão que tem o livro das quevelas. O Juiz da terra pôde officiosamente proceder contra o falsario, posto que já o feito (em que ella se commetia) tenha subido á Relação (1). D. n. 25.

263. Negar a testemunha o costume, não se reputa perjuro. J. n. 23. Cabedo—Dec. 23.

264. No que se escreve no protocolo, não se entende commetter-se falsidade. P. n. 4.

265. Nas residencias não se syndica aos Tabeliães de Notas; mas são obrigados a apresentar seus livros. G. n. 7.

266. Os Rendeiros do Vertê não são Officiaes de Justica para se tirar devassas dellas. R. n. 12. Cabedo—Ar. 5.

267. Para se coturar (segundo a Pragmatica) sedas a mulheres, basta a fé do Meirinho e Escrivão com humo testemunha legal, sem ser necessario chegar á mulher. S. n. 23. Cabedo—Estylo 6.

268. A metade dos vestidos que se julgao perdidos (em consequencia da Pragmatica dos Trojos) pertence aos Capitivos. C. n. 17.

269. O marido pode quebrar do adultério, ainda depois de haver fallecido sua mulher. M. n. 10. Cabedo—Dec. 161.

(1) Parece, diz Borges Carneiro, ser este o sentido do facto que se achá interpolado, como succede em outros lugares.

270. Se o marido perdoa á mulher condemnada á morte por adultério sob condicção de ir degradada por toda a vida para alguma Conquista, e adultero para outra, não costumam os Juizes aceitar esta perdão, e se dá conta a El-Rey para approuvar a dita condicção. M. n. 48. Cabedo—*Ar.* 69 e *Dec.* 63.

**XV.**

**Appellações e agravos.**

**1.º — Quanto ao modo, tempo e effeito.**

271. Quando a appellação não foi interposta em audiência com as solemnidades legais, não se toma conhecimento della, posto que a parte contraria não se opponha. n. 58.

272. Quando não se appellou em audiência na forma da Lei ou dentro dos dez dias, e se conseguiu provisão de dispensa, deve appellar-se na audiência perante o Juiz dentro dos dez dias depois que se chegou; passados os quaes não se toma conhecimento da appellação. n. 55.

273. Se algum agravo não vem devidamente instruído, V. G. por faltar a resposta da parte ou do Juiz, ou os documentos apontados e importantes para a decisão, não se toma conhecimento delle, e se põe algum dos despachos conforme o cap. 5.º n. 68.

274. Se a appellação ou o tempo e lugar em que foi interposta, não consta dos autos, concede-se ao appellante prova-ló por testemunhas ou certidões. n. 59.

275. Agravos de petição despachão-se com resposta do Juiz inferior. Se este he Dezembargador da Casa, he ouvido em Relação; porém não estando nella se despachão sem se ouvir, ainda que deixasse de responder por escripto com clausula de ser ouvido em Relação verbalmente: salvo se a materia he grave, no qual caso se espera para ser ouvido, ou, se serve algum Officio por commissão, responde por escripto. n. 47. A. n. 5.

276. Fazendo hum Advogado audiencia em alguma causa por ser o Dezembargador suspeito, se delle se agravar, a petição põe o Regedor o despacho ordinario—*Junta-se aos autos que serào trazidos á Relação onde o Dezembargador será ouvido;* porém sem embargo deste despacho decide-se o agravo, sem resposta delle nem do Advogado. A. n. 73.

277. Nos agravos em que huma das partes tem arrazado, se abre a conclusão para se dar vista á parte contraria; e sendo dous os agravantes o primeiro falla segunda vez em ultimo lugar; na appellação não arraza segunda vez. A. n. 8.

278. Subindo á meza dos Agravos algum agravo de petição, se conhece dos que tive-

rem sido interpostos no auto do processo, requerendo-o a parte; salvo se parecer que o dito agravo de petição foi interposto frivolamente, e talvez para o dito fim. A. n. 92.

279. Se o Escrivão do Juizo inferior recusa dar o agravo ou carta testemunhavel, sendo fora das cinco leguas se faz petição de queixa ao Regedor, o qual commette o caso a algum Dezembargador dos Agravos, e este manda vir os autos, e procede summariamente contra o Escrivão. A. n. 6.

280. O deffeito determinado para appellar, não pôde prorogar-se nem por consentimento de ambas as partes; pode porém o semestre dado para o seguimento da appellação. D. n. 39. Gama—*idem.*

281. Se não consta dos autos quando a appellação foi recebida para se contarem os seis mezes, se entende que o foi no dia em que se atempou. Esta questião pôde provar-se por testemunhas. A. n. 7 e 71.

282. Nos agravos interpostos do Corregedor da Relação se toma conhecimento por todo o tempo dos dous mezes da Ord., posto que já hajão expirado os cinco dias que se assigna para levar o agravo. A. n. 50.

283. Se houverem passado somente trez ate quatro dias depois dos trinta dentro dos quaes se devia seguir o agravo, não se deixa por isso de conhecer delle. Gama—*Dec.* 132. A. n. 38.

284. Nos dous mezes concedidos para seguir o agravo e para pagar os 900 rs., não se conta o tempo de férias. F. n. 8.

285. Se o Regedor por esquecimento deixar de pôr dias em algum agravo de petição, e não constar em que dia foi apresentado em Relação, se conta o tempo delle do dia do despacho da Relação, se o Regedor o assignou. A. n. 62.

286. Os agravos vindos das Ilhas (*dos Açores e Madeira*) não são seguidos precisamente no prazo dos trinta dias; mas naquella que se assignar. A. n. 32. Cabedo—*Ar.* 92.

287. A appellação sobre alimentos preteritos se recebe no effeito suspensivo; sobre os futuros (*os que se vão vencendo*) sómente no devolutivo. A. n. 48. Cabedo—*Dec.* n. 66.

288. Posto que a interposição do agravo ordinario, antes de se conceder, e de se justificar a abonação, não suspenda a execução da sentença conforme a Ord.; contudo se o vencedor embarga ou impede a concessão do agravo, se manda logo sobreestear na mesma execução; declarada assim a Ord. liv. 3.º tit. 84 § 14. n. 71. A. n. 11.

289. Tirando-se agravo para a Relação sobre recebimento de appellação, e julgando-se que se receba, não podem depois os Juizes a quem for distribuida duvidar sobre se deva receber-se. A. n. 47. Cabedo—*Dec.* 46.

**2.º — De que sentenças se appella ou agrave.**

290. Quando o Juiz, ou seja officiosamente ou a requerimento de parte, determina finalmente alguma coisa sem fazer citar nem ouvir a parte nos casos em que o devia fazer, se pôde agravar de seu despacho; se a outro compete sómente appellação. S. n. 5. J. n. 5. A. n. 12.; porém no primeiro caso não fica excluido o meio de appellação, por ser a determinação definitiva. J. n. 5 e 40.

291. A excepção de esbuiho ou attenção do que se oppoz para suspender a causa, ainda que nella se peço fructos, he dilatoria conforme a Ord. liv. 3.º tit. 90 § 9.; e consequentemente do que sobre ella se julgar só compete agravo no auto do processo; sem embargo da opinião de Valasco que se crevia segundo a Ord. Manuelina. n. 60. E. n. 26.

292. Do despacho que recebe embargos ou parte delles sómente compete agravo no auto do processo; salvo sendo sobre incompetencia de Juiz. Do despacho que o rejeita compete appellação, se a materia delles he definitiva; se o não he, compete o mesmo recurso que compete do despacho a que se oppuzerão. E. n. 18. Se o despacho que rejeita os embargos contém nullidade notoria contra alguma Ord., se permite agravar delle, ainda que a causa cahia na alçada do Juiz inferior; porém neste caso (*de caber na alçada*) se faz petição ao Regedor conforme a Ord. liv. 1.º tit. 5 § 6. A. n. 9.

293. Se se agravar para a Relação de não se receberem alguns embargos, e havendo provimento no agravo, o Juiz a final julgar os embargos não provados, desta sentença não compete appellação, mas agravo, que foi o meio, de que primeiro se usou. Neste caso os Juizes que mandarão receber, não ficam certos. J. n. 32.

294. No despacho que determina embargo ou sequestro, compete appellação, se toda a questião versa ácerca disso; se porém ella se mover incidentalmente em alguma causa, não cabe senão agravo no auto do processo. A. n. 54.

295. De não se receber appellação pôde agravar-se por instrumento ou no auto do processo. Cabedo—*Ar.* 44. Ord. liv. 1.º tit. 70 § 8. A. n. 27.

296. Da sentença que habilita alguém por herdeiro sómente compete agravo no auto do processo: da que o Juiz não habilitado pôde agravar-se por petição ou instrumento ou appellar-se. A. n. 53.

297. De o Juiz não condemnar nas custas pôde o vencedor appellar, se a causa excede a sua alçada; pois as custas seguem a natureza do principal. A. n. 37.

298. Contra o que se manda nas audiencias dos Agravos não se admittie embargos, senão agravo para a meza delles. E. n. 27.

299. Do despacho que manda remetter río algum a outro Reino, pôde a parte agravar, e se não o fizer deve o Juiz appellar officiosamente. J. n. 31. Cabedo—*Dec.* 156.

300. He permitido agravar dos erros de conta no Juizo da Chancelaria, e conhece-se das petições ainda sendo tempo de férias. E. n. 2.

301. Se o caso que era de appellação vem a Relação por agravo e consequentemente se não toma conhecimento della, he permitido á parte appellar na audiencia da Relação dentro de dez dias contados daquelle em que se publicou o despacho, que declara ser o caso de appellação, e ir habita-la no Juizo inferior. Se pelo contrario se appellou em caso que o era de agravo, por se evitarem molestias ás partes, se manda distribuir a appellação em agravo. n. 54. A. n. 4.

O estylo do Porto accrescenta que alguns (*Dezembargadores*) mandão logo desarringar o feito na distribuição das (*appellações*). n. 53.

**3.º — Regulação da alçada.**

302. Os Senhores de terras não tem alçadas; porém se em conformidade de suas doações conhecerem de algumas causas, terão a mesma alçada que os Juizes desse districto. n. 73.

303. Se a causa cabe na alçada do Juiz, não se toma no Juizo superior conhecimento dos agravos de instrumento ou petição; constando aquella circumstancia por notoriedade, ou por avaliação da causa, á qual o Juiz inferior pôde nandar proceder, posto que não se costume fazer. n. 67.

304. Nas causas que vem á Relação do Porto por agravo de petição ou instrumento e nos interlocutorios de que compete agravo, tem a mesma Relação toda a jurisdicção e alçada (*de qualquer valor que sejão*); e consequentemente não se pôde della appellar ou agravar; bem como se não pôde no Crime. n. 28.

305. Na causa em que alguém he julgado infame, não ha alçada. A. n. 39.

306. Sobre bens reguengos não ha alçada, posto que a haja nas causas sobre jurisdicção, ou direitos Reaes. A. n. 26. Cabedo—*Ar.* 87.

307. Se a causa notoriamente excede a alçada do Juiz, he bom estylo receber logo appellação para principialem a correr os seis mezes, devendo fazer-se depois a avaliação. n. 60.

308. Na avaliação da causa em que haja acção e reconvenção, para se ver se cabe na alçada do Juizo inferior, se somma o valor de huma e outra; sendo huma del-las sobre bens de raiz, ou outra sobre moveis, ou sendo huma só acção sobre hums e outros, se avalia os bens de maior valor sejão moveis ou de raiz. A. n. 3.

309. Se a importância das custas em trez-dobro em que algum for condemnado pela sua malicia, excedem a alçada do Julgador, pôde o condemnado appellar da condemnacão, posto que a causa calha na alçada. C. n. 16.

310. \* Posto que as custas não se attendão na avaliação da causa para se regular a alçada; contudo se ellas se demandarem por razão de contrato, ou se a causa exceder a alçada do Juiz, poderá appellar-se por respeito dellas, como se appella por respeito de qualquer outra dependência da causa. n. 72.

4.º — De quem e para quem se interponhão as appellações e agravos.

311. Posto que os agravos devão interpor-se perante o Juiz Interior, com tudo os Presos os podem interpor em qualquer Juizo; não bastando porém que se faça perante Escrivão sómente. A. n. 43.

312. Quando alguém agrava do Juiz portellão, e se embarga o despacho que concede o agravo e o Juiz dá vista as Partes, depois de ouvidas não decide; mas remette o conhecimento a Relação. J. n. 37.

313. \* Ao Juiz interior que concedeo a appellação compete decidir a questão que se mover contra essa concessão. n. 61.

314. Não he permitido interpor agravo d'Instrumento da Casa do Porto para a Supplicação, posto que a causa exceda a sua alçada; porém se agrava sómente no auto do processo, e subindo algum dia os autos por agravo ordinario, se defere conforme a Ord. liv. 3. tit. 20 § final. A. n. 15.

315. \* Se a appellação (interposta para a Relação do Porto) pertencer à Supplicação ou a outro Tribunal, não volta o Feito ao Juizo inferior, mas se atempra na Audiencia dos Agravos; ainda que venha de dentro das 3 leguas no qual caso o Escrivão do dito Juizo tirará o traslado que deve remeter-se ao Tribunal competente. n. 56.

316. \* Se o appellante por erro levar ao Ouvidor a appellação que pertencia à Relação, ou à Relação a que pertencia a algum Tribunal de Lisboa, ou a levar por agravo ao Corregedor, este erro não lhe prejudicará, e todavia o legitimo Superior tomara conhecimento della. n. 57.

317. Os agravos de petição se entregão ao Regedor, o qual os dá ao Desembargador que bem lhe parece; ou aos Juizes da Corça ou do Crime, se a estes pertencem. A. n. 1.

5.º — As mesmas no Juizo superior, Descreção, e Dia de apparecer.

318. \* Nos agravos de Instrumento permittese, ainda que já haja tentões, mandado abrir a conclusão para se dar vista à Parte que a pedir, se a Parte contraria já foi ouvida ou juntou documentos nesta Instancia: nos de Petição a nenhuma das Partes se concede vista. n. 66.

319. A sentença do Dia de apparecer não se pôde em execução, mas outra que della se extrahia. Cabedo—p. 1. 47. 42. S. n. 21.

320. \* A appellação ou agravo ordinario podem julgar-se desertos nos autos originas sem dependencia de Dia de apparecer, quando por elles constar ser passado o prazo da Ordenação. n. 64. D. n. 11. Cabedo e Gama — ibidem.

321. Nos agravos ordinarios não tem lugar Dia de apparecer. Nos crimes em que não se appella officiosamente pode tel-o. D. n. 37. Cabedo—Dec. 40.

322. \* A sentença que julga a appellação deserta se junta na terra ao processo original, e se insere na sentença principal que delle se extraher. n. 65.

6.º — As mesmas no Crime.

323. Ao que está solto não se permite agravar da injusta pronuncia; mas sempre que esteja preso ou seguro: não assim se a pronuncia he em caso civil. A. n. 61.

324. Nos casos (crimes) em que o Juiz não he obrigado appellar officiosamente, pode todavia appellar a Parte interessada. Cabedo—Estat. 4. A. n. 33.

325. Nas devassas que se fião por Commissão pôde appellar-se pela Justiça, posto que fosse tirada a requerimento de Parte. A. n. 28.

XVI.

Revistas.

326. Em grão de Revista não ha lugar habilitação dos herdeiros do litigante que fallece. R. n. 2.

327. A concessão de Revista não impede a execução da sentença. Nella se entende haver contestação da lide ao tempo em que se apresenta a petição a El-Rey; e consequentemente os frutos que nesse tempo estiverem por colher, pertencem ao que ficar vencedor. R. n. 17. Cabedo—p. 2. Dec. 67 e 144.

328. Posto que na Revista não se ajuntam documentos novos; podem ajuntarse as inquirições vindas de fóra, que não

chegarão a tempo de se ajuntarem no Juizo aonde se profereio a sentença. R. n. 15.

XVII.

Recursos do Juizo da Corça.

329. \* Ao Juizo da Corça pertence conhecer dos Recursos, que interpem pessoas seculares por não se lhes guardar (do Juizo Ecclesiastico) alguma Ordenação, ou se he fazer outro semelhante agravo. n. 101.

330. \* Isto mesmo tem lugar quando o agravo ou força notoria e offensa de Direito natural se commette por algum mero Executor Ecclesiastico; e se elle tem procedido com censuras, se compelle pela sentença a levantá-las ou fazer levantá-las, ainda que o seu Delegado ou Commettente não lhe desse autoridade para o fazer; e se passou cartas para que sem ser ouvido desista (de seus procedimentos), e bem assim para as Justias Seculares. n. 102.

331. \* Aos que interpõem recurso de serem condemnados em alguma pena por mancebia antes das trez admoestações Canonicas, não costuma dar-se provimento. ... n. 116.

332. \* Pelo contrario se toma conhecimento dos recursos que se interpe de os Juizes Ecclesiasticos haverem por provadas as qualidades, e se pronunciamem por Juizes; pois pôde haver nisso usurpação da Jurisdição Real: comtudo a este respeito se tem julgado variamente no Desembargo do Paço. A. n. 34.

Isto mesmo tem lugar ainda que já haja trez sentenças conformes do Juizo da Legacia, ou se tenham dado escritos. n. 118.

333. Quando o caso não era de recurso, não costuma dizer se que não tomão conhecimento, por evitar confessar que o caso não pertence ao Juizo da Corça (1); mas se diz: não he agravação de agravo notorio a que o dito Senhor tenha obrigação de acudir; ou simplesmente: não he agravação. — n. 109, 110 e 111.

334. O Juiz da Corça pôde pedir os autos Ecclesiasticos, se assim fór necessario para a decisão do recurso. S. n. 7.

335. \* Primariamente se dá vista da petição do Recorrente ao Juiz Ecclesiastico, e depois da sua resposta se manda passar Carta para subirem os autos: se elle não os remette, se ha a petição por justificada e se dá ao Recorrente provimento no Recurso. A. n. 17.

336. \* Se o Juiz Ecclesiastico ou Prelado está dentro das cinco leguas, a referida determinação se dá por simples despacho do Juiz da Corça, sem dependencia de Accordão da Relação. n. 99.

337. Se a força e agravo feito pelo Juiz Ecclesiastico he notoria, não se he restituem mais os autos, posto que elle ou a Parte o requerão. S. n. 44.

338. \* Se o Juiz Ecclesiastico ou a Parte vem com embargos a primeira Carta (rogatória), e se rejação, passa-se logo segunda, como se houvera segundo agravo. n. 117.

339. \* Quando o Juiz da Corça dá provimento ao recorrente ou a sentença he em favor delle, se escusa a vista e presença do Procurador da Corça. n. 103.

340. \* Se o Juiz Ecclesiastico tem procedido com censuras e se demora a expedição do recurso, o Juiz da Corça manda absolver dellas ad remittentiam. n. 100. A. n. 18.

341. \* Semelhantemente se tem procedido com prisão contra leigo, e he notoria a injustiça e incompetencia della, se tem praticado mandar solta-o sem esperar que se passe segunda Carta ou Certidão; ou mandar vir empzaçado o Merrinho e Carcereiro até se verificar a soltura. n. 113, 114, e 115.

342. \* Profereio a sentença do Juizo da Corça, he notificada ao Juiz Ecclesiastico, e se elle não obedece, se dá conta à Meza do Desembargo do Paço, onde se toma assento; e, residindo elle fóra da Corça, se lhe expede Carta para vir empzaçado, para responder e ser ouvido na Meza juntamente com o Juiz e Procurador da Corça em certo dia que se assigna. Se tambem não cumprir este nlimo Assento, o Juiz da Corça por si, sem a questão voltar ao dito Tribunal, manda ir sequestrando-lhe as rendas, e prender-lhe os escravos, até o ponto de se proceder a desnaturalisalo—se persiste na sua desobediencia: não se he entra porém em casa. n. 112. A. n. 19.

Se o recorrente está preso em Cada ecclesiastica se manda soltar quebrando-se as portas della, e prender, se necessario fór, o Carcereiro e Merrinho, e que restitua o salario e custas. n. 112.

XVIII.

Assignaturas, esporulas e outros vencimentos.

343. Da acção e reconvenção, quando se tratão em processos distinctos, se pagão duas assignaturas. A. n. 51.

344. Quando não se toma conhecimento de alguma appellação ou agravo por não ser caso della; por não se pagar a caução em tempo; ou por outra tal razão; se leva todavia a assignatura. A. n. 23.

345. O Desembargador que se dá por suspenso em alguma causa, vence nella assignatura; e bem assim em todas as causas daquelle pessoa a quem he suspenso, que

(1) Tal era a boa fé do Poder Civil.

para o futuro the forem distribuidas. D. n. 8.

346. A assignatura pertence ao Juiz que chegou a pôr no feito ou nos autos de vis-toria alguma interlocutoria ou simples cota, posto que a tenção final venha a ser posta por seu successor. O contrario se usa a respeito das esportulas. n. 39.

347. Por parte de El-Rey não se pagão esportulas. S. n. 9.

348. Quando não se concedem esportulas por não ser caso dellas, não se pôe no feito despacho algum sobre isso; e assim se ha por deferido. S. n. 29.

349. Nos feitos que correm perante Arbitros compromissarios confirmados por Provisão, he permitido o uso de esportulas. F. n. 10. Cabedo—Ar. 38.

350. O Escrivão da Chancellaria não vence busca da des carga dos depositos dos 900 réis, nem de buscar o assento e pe-nhores. n. 93. E. n. 1.

351. Quando a Supplicação se mnda de Lisboa para outro lugar, he permitido aos Escrivães levar busca dos feitos, que se mandão ajuntar, mas não podem haver a despeza de os mandarem buscar. B. n. 2.

352. Se algum Desembargador estando em diligencia fora da Casa adeoer, não deixa de ser contado como presente mandando certidão jurada do Medico assistente. D. n. 14.

XIX.

Assumpções varios.

353. Os Escrivães do Juizo da Corôa fazem gratuitamente as diligencias e papéis que se expdem por parte da Corôa. E. n. 4.

354. O Juizo sobre a commum estimação da cousa vendida para se julgar da lesão do contracto, não depende precisamente da deposição das testemunhas; porém deverá o Juiz, estando a prova perplexa, perguntal-as, e proceder a vistoria na cousa vendida. n. 80.

355. O encargo de Capella de hum Missa quotidiana se estimava em 15\$; hoje em 18\$. M. n. 5.

356. Aos filhos naturaes se mandão dar alimentos com qualquer prova (da filiação); porém alimentos ad litem não se lhe dão sendo depois de haverem obtido a primeira sentença. O contrario com os legitimos; pois tem por si a presumpção. Gama—Dec. 152 e 153. Ar. n. 40.

(inoficioso), pois tem por si a presumpção de ser tudo herança. C. n. 46.

359. Nas collações havendo muitos dola-dos, se o primeiro dentre elles se levanta com o dote e este absorve a sua legitima e a terra do dotador, o remanescente he todo legitimas, e não podem consequentemente os outros dotados pretender mais cousa alguma a título de dote, salvo havendo bens adquiridos depois que se fez o dito primeiro dote, pois destes se podera ainda deduzir legira para os segundos dotes. Se porém neste mesmo caso o primeiro dotado escolheo para calcular o seu dote não o tempo do dote mas o da morte do dotador, então a terra desses adquiridos, se toma tambem para integrar o primeiro dote. C. n. 47.

360. Como o filho illegitimo he admitido à herança de seu pai sendo peão, assim o neto à do avô. N. n. 4. Cabedo—Dec. 88. n. 1.

361. A deducção da Falcidia ou Trebellanica entre os Romanos se verificava quando a legitima do filho era somente a quarta parte da herança: consequentemente não tem lugar neste Reyno onde a legitima consiste nas duas partes della. F. n. 11.

362. Mulher que he fadora juntamente com seu marido não deixa de gozar do benéfico Velleiano. M. n. 9. Gama—Dec. 31.

363. Em testamento nuncupativo devem as testemunhas ser varões, e não mulheres. T. n. 8. Gama—Dec. 44.

364. Nas casas se induz reconducção factivamente por costume do Reyno. R. n. 9. Gama—Dec. 17.

365. O Carreiro etc. posto que use de palavrãs que mostrem obrigar-se a si, obriga comtudo ao senhor que o encarregou da sua loja, etc. C. n. 23.

366. O Clerigo que fór nomeado ao prazo do Armazem, se ha de tirar delle dentro do anno. C. n. 21. Cabedo—p. 2. Ar. 56.

367. Os Religiosos que tem bens em commum não se reputão pessoas miseraveis; salvo sendo Convento de Peirras. M. n. 1.

368. Para os Cavalheiros das Ordens gozarem dos privilegios da Ordenação, basta que a sua tenção seja de 13\$000 rs. T. n. 4.

369. Aquelle que fór eleito para Almotacel, se escusa, provando que naquella terra não costumão servir as pessoas da sua qualidade. A. n. 29. Cabedo—Ar. 89.

370. Toda a ob ou subrepeção que movent ou embarçou o Soberano para a concessão da Provisão, a torna nulla, sem embargo da opinião de Valasco em contrario. S. n. 8.

371. As Camaras não podem pôr taxa no sabão, por ser Direito Real. T. n. 12. Cabedo—Ar. 8.

372. Do pão que o Clerigo faz conduzir de humna para outra parte a vender, paga sisa; pois ha nisto negociação. S. n. 14.

373. Da compra de juros não se paga sisa; nem do pão que se vende da primeira mão

por conta do mercador, posto que em outro lugar do Reyno proximo ao prto donde sa-hio. S. n. 15. Cabedo—Ar. 44.

374. Os Conservadores Apostolicos, por mui exhuberantes que sejam as clausulas de seus Breves, são sempre considerados como Delegados. C. n. 39.

375. Se aquelle que apresentou alguém em Beneficio em boa fé for vencido sobre o direito de apresentar, não se tira o apresentado do Beneficio, mas o aceita da mão do Padreiro vencedor, segundo está disposto no cap. Consultationibus de Jur. Patr.

Esta doutrina comtudo não tem lugar nos Beneficios de Padroado Real; pois dando-se a sentença contra o possuidor do Beneficio em razão de força, he tirado do

Beneficio, e conferido este ao apresentado por El-Rey. P. n. 24.

376. A palavra Corte se entende tambem a respeito da Casa do Porto; salvo quando a disposiçõ da lei se referir ao lugar da residencia d'El-Rey, ou quando do contexto se inferir o contrario. n. 30.

377. Se o Juiz Ecclesiastico a requerimento de parte passa prohibitoria para algum Juiz Secular não conhecer algumas culpas, mas has remetter, e o Juiz Secular não he deler, logo no mesmo despacho e sem mais prova condemna o supplicante na pena da Ordenação. Isto mesmo se pratica na Relação, quando se procede com prohibitoria contra algum Desembargador. J. n. 39. Pag. da Ord. 10. 4 nos lugares citados no principio destes Estylos nota 2.

ESTYLOS DA CASA DA SUPPLICACÃO

COMPILADOS PELO DR. JORGE DE CABEDO.

1. No livro da Esphera o segundo fol. 58 está hum accorrido, porque se determinou, que nos precatórios que passassem os Corregedores do Crime e Civel da cidade de Lisboa para os Vereadores da mesma Cidade comessem primeiro pelos vereadores.

2. Os precatórios que passão de hum Desembargador da Casa da Supplicação para o Chancelier-mór, ou para os Desembargadores do Paço, sempre foi estylo passarem nomeando-se primeiro o Desembargador da Casa da Supplicação, v. g. O Dr. N. Desembargador da Casa da Supplicação: Fago saber ao senhor Dr. N. do Conselho de El-Rey nosso senhor e seu Chancelier-mór, ou seu Desembargador do Paço. Isto achei em hum processo no Juizo da Corôa. E posto que assim se use pareceu-me pô-lo aqui, porque o tempo varia os estylos, e os faz esquecer.

3. O Chancelier da Casa da Supplicação commette os feitos em que julga por sus-peitos aos Desembargadores, e Officiaes da dita Casa, conforme a Extravagante 1.ª p. tit. 2. 1. 1. g. 4 e manda fazer as commissões, as quaes se fazião antigamente nesta forma.

« O Dr. N. Chancelier da Casa da Supplicação, fago saber a vós Doutores N. N. do Desembargo do dito Senhor, que o dito Senhor vos commette e manda, quiz em

logo dous Doutores P. e G. combeças dos embargos com que veio, A. a humna, sentença que contra elle houve N. e os despachars como vos parecer de justiça, e como o dito Senhor de vós conta, porquanto o dito A. veio com suspeições aos ditos Doutores, N. N. e os julquei por suspetos e a requerimento do dito N. mandei as ditas partes que fizessem roles (roles) dos juizes que erão suspetos, os quaes roles se fizerto e vistos por mim vos dei por juizes nos ditos feitos. P. escrivão da Chancellaria a fez, anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo, etc. »

Isto dous roles já não ha lugar pela Ley novissima, das suspeições do anno de 1590 no §. 2.

Hoje se não guarda esta solemnidade, sómente o Chancelier no feito por sua mão faz estas commissões: o que ainda que seja mas brevidade parars partes, não he tão conforme a mente da ley, nem a authoridade do Officio. E foi-se perdendo este bom estylo como muitos.

A Ley de reformação no §. 2.ª que dispõe que não vão as appellações a cada humna das Casas, naquelles casos em que falla, se entende, que não appellem os Juizadores por parte da Justiça nelles, mas se a parte condemnada quizer appellar

teresse o pôde fazer; assim se entendeo, e praiou na Relação esta Ley. Posto que não carecesse de divida.

3. Está por muitas sentenças determinado na Relação que os Rendeiros do Verde/1 não são Officiaes de Justiça, para se delles de-vassar nas devassas geraes que se tirão cada anno pelos Corregedores, e Juizes, e annulladas muitas devassas por este fun-damento: mas que os Almoçateis podem delles inquirir, conforme a Ord. no liv. 1 tit. 49 § 5. *Quod notandum est:* porque se dá multa vexação as partes.

6. Sobre a Ley que defende as sedas ha huma carta missiva d'El-Rey para o Governador da Casa do Cível, cito traslado está no livro 3 da *Esfera* fol. 149 que basta para conular a seda ver o Melrinho ou Alcaide a seda que as mulheres trazem com huma testemunha legal, o Escrivão dante si, sem se chegarem as mulheres, nem outra diligençia em suas pessoas, o que se deve guardar.

7. Determinou-se que a Ley das sedas delezas que condemna e que a traz em per-dimento da mesma cousa, tem nünze cru-sados a metade para quem accusar, e outra amedeada para os Captyvos, que a estimação da amedeada da seda que se perde he tam-bem dos Captyvos, avaliando-se primeiro: Assim foi julgado no Juizo dos Captyvos muitas vezes: e se deve guardar, posto que haja em contrario sentenças.

8. No livro 2 da *Esphera*, fol. 256, esta hum accorido: que o Juiz da India e Mina não pôde passar cartas para virem citados do Brazil ou partes de Guiné; mas que só-mente poderá combeer quando as pessoas forem achadas no Reino, como esta declarado no Regimento do Ouvidor da Alfindega.

9. O Licenciado N. do Desembargo d'El-Rey nosso Senhor, e Juiz dos Feitos, em esta sua Carta, e Casa da Supplicação faço saber a vos F. fidalgo, da Casa do dito Senhor, Escrivão de sua Fazenda, e das confirmações, que neste Juizo se trata hum feito, de M. contra o Procurador do Jizo Senhor sobre certas rendas, para o qual feito o Procurador do dito Senhor, diz que tem necessidade de hum Alvará d'El-Rey D. Manoel, que sancia gloria haja, con-firmado por El-Rey nosso Senhor, das ter-ras *(de tal parte)*, concedido a M. para elle, e seu filho maior, qual he nas confirmações, e assim traslado da doação destas mesmas terras, feita a M. pai de N., e para elle mandei passar o presente para vossa mercê, por que lhe requireto da parte do dito Se-nhor e da minha peço por mercê que dê ao Procurador do dito Senhor, o traslado do dito Alvará, e doação, em modo que faça-se, para ser junto ao dito feito, e se fa-zer o que for Justiça. Luiz de Neiva o fez em Lisboa a 12 de Maio de 1557 annos.

F. fidalgo da Casa d'El-Rey nosso Se-nhor, Escrivão de sua Fazenda, e das con-firmações, etc. Faço saber que no livro das ditas condemnações as fol. 411 e 412, delles estão dous assentos de cartas, que M. ap-resentou nas ditas confirmações, de que o traslado he o seguinte.

*Item:* outra carta do dito Senhor, por que lhe faz mercê das terras *(de tal parte)*, com todas suas rendas, direitos, foros, tributos, perçanças, entradas e sahidas, e com toda sua jurisdição civil, e crime, metro, e mixto imperio, resalvando correição, e al-cada, como-as tinha N. seu tio por cujo fallecimento vagarão. Dada em Almeirim a 18 de Setembro de 1510.

*Item:* outro Alvará do dito Senhor, por-que houve por bem fazer mercê a N. por fallecimento de seu pai das terras *(de tal parte)*, com todas suas rendas, foros, tri-butos, perçanças, e jurisdição, pela maneira que as tem o dito M. em sua vida: e mais lhe prouve, que por fallecimento do dito N. as houvesse hum seu filho mais velho que ficar, assim como as dava ao dito N. e quiz que o dito Alvará vallesse, como carta passada pela Chancelaria, e sellado do sello, sem embargo da Ordenação, em contrario. Feito em Lisboa a 12 de Out-ubro de 1511.

E assim está ao pé de cada hum dos ditos Assentos huma regra escrita da letra de D. meu pai, que diz. Praza El-Rey nos-so Senhor de o confirmar, e as ditas regras estão assinadas ao pé, com o *passo*, d'El-Rey, que Sancta gloria haja, e de tudo o sobredito dei esta certidão por mim assi-nada, por virtude do requisitorio atraz es-crito do Senhor N. E vai tudo concer-tado com os proprios assentos do livro, e na verdade: feita em Lisboa, a 28 de Out-ubro de 1557.

10. Depois da impressão da primeira parte das nossas *Decisões*, vi duvidar a hum Juiz do Crime desta cidade, se havia de cum-prir hum mandado que passara para elle hum Corregedor da Corte: e que os Es-crivães do mesmo Juizo lhe dividiarão do cumprimento delle. E por não vir em du-vida, me pareceu bem pôr aqui a forma dos ditos mandados, que achei em muitos feitos, para os Julgadores dentro nas cinco leguas.

O Doutor F. Corregedor dos Feitos Civis com alçada nesta Corte, e Casa da Suppli-cação. Faço saber a vos N. Juiz do Cível desta cidade de Lisboa, etc. E em conclusão: Pelo que vos mando tal cousa, etc. E con-forne a isto se mandou no Desembargo do Paço, a hum Juiz do Crime desta cidade, cumprisse hum mandado do Corregedor da Corte, tendo elle divida a isso, em Março de 1603, posto que hoje se não agrave delles por petição para os ditos Correga-dores, senão para a Relação distretamente. Conforne a Lei da Reformaço § 13.

11. A Ley da Reformaço § 17 *que nunc est inserta in nova Recopil.* liv. 5 tit. 124 § 11, manda, que quando por hum mesmo delicto se ha de livrar mais de hum cul-pado, ainda que haja dous Juizes compe-ntes no mesmo caso, se não distribua os feitos por ambos, mas que todos os culpados se livrem diante de hum só Juiz, e hum só Escrivão escreva em todos os feitos, posto que se faça feitos apartados, por o requererem as partes conforme a Ordenação.

Foi entendida na Relação da Casa do Porto, que havia lugar na primeira ins-tancia, de que se fez hum accordo, que está no livro terceiro da *Esfera* fol. 104 *in fine*. E assim se usa na dita Casa, e na Casa da Supplicação.

12. Na 1ª parte das *Decisões*, no fim dos Acessos fizemos menção de huma carta escripta ao Governador da Casa do Cível, que está no livro 3 da *Esfera* fol. 139, a

### ESTYLO SOBRE OS RECURSOS Á COROA

COMPILADO POR JOÃO MARTINS DA COSTA NA SUA OBRA — STYL.

11. A Ley da Reformaço § 17 *que nunc est inserta in nova Recopil.* liv. 5 tit. 124 § 11, manda, que quando por hum mesmo delicto se ha de livrar mais de hum cul-pado, ainda que haja dous Juizes compe-ntes no mesmo caso, se não distribua os feitos por ambos, mas que todos os culpados se livrem diante de hum só Juiz, e hum só Escrivão escreva em todos os feitos, posto que se faça feitos apartados, por o requererem as partes conforme a Ordenação.

Appellando-se da sentença de Ecclesias-tico *ad Sanciam Sedem Apostolicam, seu eius Nuncium*, e não recebendo a appellação, o estylo he fazer-se petição de agravo ao Juiz dos feitos da Coroa na Relação, *in forma sequente:*

Senhor.—Agrava-se a Vossa Magestade. Raõ morador em tal parte, do Dr. Fuão, Conservador das Ordens, v. g. a razão he, que Fuão, como privilegiado, que disse ser *de tal Igreja*, montó (1) a elle supplicante, dizendo-lhe fazia força em lhe tomar de alhuel humas cassas, e apparecendo elle supplicante ante o dito Conservador, em-hargou o dito monitorio, dizendo, que não fazia força, nem o dito Fuão era privile-giado, pelo que ao Juizo secular pertencia a dita causa, sendo como era entre leigos,

e o dito Conservador lhe não recebeu os ditos embargos, e appellando *ad Sanc-tam Sedem Apostolicam vel eius Nuntium*, lhe não recebeu a appellação, e mandou proceder, e os tem censurados, e decla-rados por excommungados, no que lhe faz notorio agravo, e força, e usurpa a jurisdição de Vossa Magestade.

(1) *Went*, termo do Italo Ecclesiastico, admoestar, como fazem os Juizes Ecclesiasticos, commando, pena, ou censura á quem não cumprir á sua monitoria, ou monitorio.

*Monitoria*, i. e., a admoestação Ecclesiastica, feita á Missa conventual dos Parochianos.

## Desembargo.

Acordão em Relação, se passe carta para o Conservador mandar à este Juizo os autos tocantes a esta materia. Lisboa tantos de tal mez, etc.

O escripto he fazer-se auto apartado da primeira carta, que se passa em nome de Sua Magestade, para o Ecclesiastico mandar os autos ao Juizo da Corôa.

Dando-se os autos, se appenso, e nos primeiros do agravo se põe desembargo na fôrma seguinte :

Acordão em Relação, etc. vistos estes autos de agravo, que se tirou do Conservador do Mosteiro de Santos, v. g. eomo se mostra Aggravantes serem leigos, e da jurisdiction secular, e no caso, de que se trata, não tarem commetido forã alguma, de que possa conhecer o dito Conservador, nem o foreiro mostra ser privilegiado, conforma a Ord. nem se lhe faz força em lhe tomarem as casas de aluguel, visto tẽ-las expostas a isso, pelo que em proceder com censuras neste caso vexa aos Supplicantes notoriamente, o que visto, e o mais dos autos-mandão se passe carta para o dito Conservador, porque o dito Senhor lhe roga, e encomenda não proceda com censuras, e levante as que tem postas, e não o fazendo assi, o que delle se não espera, mandão as Justicias seculares lhe não guardem nesta parte suas sentenças, mandados, nem procedimentos, nem evitem aos Supplicantes, nem lhe levem penas de excommungados. Lisboa, tantos de tal mez. — *Assigna-se o Juiz dos Feitos da Corôa com os Adjuntos.*

Passa-se a primeira carta pela Chancellaria, a qual se leva ao Ecclesiastico, que nas costas põe por despacho, que o Escrivão de seu Juizo vá com ella, etc. com os autos ante elle.

## Outro despacho do Ecclesiastico.

Tenho feito Justicia, pelo que em consciencia não posso cumprir a sentença da Relação de Sua Magestade, a tantos de tal mez. — *Assigna-se.*

Atuado pelo Escrivão do Juizo da Corôa, se faz conclusa à Relação, aonde se põe o Acordão seguinte.

Conservador não cumprio a primeira carta, nem dá razão bastante para a deixar de cumprir, mandão se passe segunda na fôrma costumada. Lisboa, tantos de tal mez. — *Assigna o Juiz dos Feitos d'ElRey com os dous Adjuntos.*

Passa-se segunda carta em fôrma de sentença, tirada do processo, a qual ao passar pela Chancellaria, se pôde embargar pela parte, e nos embargos se prooeede como nos

mais, que se oppõem a passar as sentenças pela Chancellaria, impugnando-se, e sustentando-se.

E não se recebedão, se manda por ultima sentença passar pela Chancellaria, e entregar à parte, e condemnão ao embargante nas custas na fôrma da Ord.

Esta segunda parte se autia em auto apartado, e se leva ao Ecclesiastico para a cumprir, se torna.

Acordão em Relação, etc. visto como o Conservador, ou o Vigario Geral não cumprio as cartas, que deste Juizo lhe forão passadas, nem dá resposta bastante, para as deixar de cumprir, mandão se passe certidão as partes, para com ella requererem ao dito Senhor. Lisboa, etc. — *Assigna-se o Juiz, e Adjuntos.*

Leva o Escrivão os autos à Mesa do Paço, aonde se põe em Mesa despacho, que se passe carta, porque o Ecclesiastico sera chamado, estando fora da Corte, e estando nella, por recado na fôrma da Ord. lib. 1 tit. 12 § 6 para dar razão como toma a jurisdiction Real.

E sendo nella ouvido o Ecclesiastico com o Juiz, e Procurador dos feitos da Corôa, se toma Assento, que se escreve nos autos na fôrma seguinte.

Forão ouvidos nesta Mesa o Procurador da Corôa, e Juiz dos feitos della com o Conservador das Ordens, ou com o Vigario geral, ou Auditor da Legacia, sobre a materia deste agravo, e assentou-se que as cartas estãvão bem passadas, e se devião cumprir. Em Lisboa a tantos de tal mez, etc. — *Assignado-se os Desembargadores do Paço.*

E o Escrivão do Juizo da Corôa passa sua certidão, como foi notificar o Assento da Mesa do Paço ao Ecclesiastico, e do que lhe respondeo, v. g. como elle obedecia às cartas de Sua Magestade, e que logo absoluta os agravantes, mas que protestava não lhe prejudicar a ordem, que viesse de novo de Sua Magestade.

E se comtudo o Ecclesiastico não quer desistir dos procedimentos, e absolver os agravantes, ao Procurador da Corôa per-lence procurar, e defender a jurisdiction de Sua Magestade, na fôrma da Ord. do lib. 12 § ult. Cabedo — 2 parte Dec. 119: *elegantèr Aviles ad capitula Prætorum*, cap. 3º verbo *Jurisdiction*, etc. in cap. 20 glossa *usurpam cum seqq.*

E o escripto he mandar-se tomar as cavalgaduras ao Ecclesiastico, defender-lhe que seus criados o não sirvão, e as padeiras lhe não vendão pão, e os fornos que lhe não cozão, nem os mais Officiaes o sirvão em seus ministerios, e se notifica a seus rendeiros, e caseiros, lhe não acudão com as rendas; e se procede, lhe mandão seguir suas rendas, e o desnaturalisão, e

mandão se saia do Reyno (1), *que lamentèr expulso non sit apud nos, nisi consulto Principe*: notat Emmanuel Mendes à Castro in sua *Practica Lusitana* lib. 1 cap. 2 § 2 n. 8.

E querendo o Ecclesiastico obedecer, faz o agravante petição ao mesmo Ecclesiastico, ajuntando à certidão, que o Escrivão lhe passa, como o Ecclesiastico queira obedecer às cartas de Sua Magestade.

E na petição propõe que, pois consta da certidão que quer obedecer, lhe manda passar sua absolvição, levantando as censuras.—E. R. M.

E o Ecclesiastico põe por despacho, que o ha por absoluto, e qualquer Cura, ou Confessor dos approvados, o possa absolver.

(1) Tães erão os procedimentos de governos que se dizão Catholicos.

COLLECCÃO CHRONOLOGICA

DA

# LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA

COMPILADA E ANNOTADA

POR

*José Justino de Andrade e Silva*

BACHAREL FORMADO EM DIREITO.

---

1603—1612



LISBOA

IMPRESA DE J. J. A. SILVA

Rua dos Calafates N.º 30.

1854

vidos até aquelle tempo; e o mesmo se entenderá nos que tiverem renunciações; porque estes com mais fundamento serão obrigados a renunciar, no tempo que lhes couber entrar, para effeito de se servir o dito cargo pelas pessoas, em quem se fizer a renunciação, por tudo isto ser conforme a Direito.

E mando ao meu Viso-Rei, ou Governador do Estado da India, que ora é, e ao diante fôr, e ao Vedor de minha Fazenda, nelles Juizes das entrancias, e mais Justicas, Officiaes, e pessoas, a que este meu Alvará fôr mostrado, e o conhecimento delle pertencer, que o cumpram, e guardem, como Lei, e façam inteiramente cumprir, e guardar, como se nelle contém, sem duvida, nem embargo algum; o qual quero que valha como Carta, pôsto que o effeito delle haja de durar mais de um anno, sem embargo da Ordenação do liv. 2.º tit. 40, que o contrario dispõe: e será registado nos livros do meu Conselho da India, e Casa della, e nos da Secretaria do Estado da India, e Relação de Goa. E mando ao meu Viso-Rei, ou Governador delle, que, da chegada delle á India a oito dias, o faça publicar pela Cidade de Gôa, para que venha á noticia de todos; de que o Secretario do Estado será obrigado a mandar certidão, que será entregue ao meu Secretario Antonio Campello. E este se passou por tres vias, uma das quaes se porá, em boa guarda, na Torre do Tombo, e outra ficará na Secretaria, e outra na Relação de Gôa, para a todo o tempo se saber como assim o houve por bem. Bento Zuzarte o fez, em Lisboa, a 27 de Março de 1612. E eu o Secretario Antonio Campello o fiz escrever. = REL.

### ESTILOS

*Da Relação do Porto, que nella deixou o Governador Henrique de Sousa.*

1.º Na Relação não ha precedencia nos assentos, nem Desembargador algum tem assento proprio, tirando o Chanceller, que se assenta á mão direita do Governador, no primeiro logar, e á mesa dos aggravos, onde cada um se assenta segundo sua antiguidade.

2.º Os Desembargadores se não podem mudar de uma mesa para outra, sem licença de quem preside; e quando se mudarem, não pôdem falar aos mais que estão nas mesas por onde passarem, salvo de barrete, ou outra cortesia.

3.º Não pôdem falar de uma mesa para outra, ainda que seja em casos licitos; e quando lhe seja necessario falar, haverão licença de quem preside, para se juntarem.

4.º Depois dos feitos julgados, e vencidos, pelos mais votos, não se disputa na sentença, porque é gastar o tempo, necessario para o despacho das

causas, em porfias desnecessarias, além de outros inconvenientes que dellas se pôdem seguir.

5.º Quando se despacharem feitos na mesa grande, os Juizes delles, ao começar de os pôr, e ao lêr das sentenças, pedirão licença a quem presidir: — nas outras mesas, o Juiz do feito pedirá licença aos companheiros, para que o ouçam.

6.º Nos votos pôdem votar por suas antiguidades, salvo quando ao Presidente parecer que votem assim como estão sentados, sem precedencia.

7.º Quando o Juiz do feito o começar a pôr com alguns Desembargadores, com elles o acabará de despachar, na mesma Relação, ou na outra, faltando o tempo, porque já o tal feito fica de certos; e assim se usou sempre, e parece conforme á Lei nova das suspeições; e Sua Magestade manda perguntar pelos Desembargadores que o contrario fazem, havendo-o por erro digno de castigo. — *Arg. da Ord. liv. 3.º tit. 21 § 6.º*

8.º Nos dias que não são de aggravos, virão sempre dous Desembargadores delles, para despacharem as petições de aggravo, e ajudarem aos mais, *scilicet*: os dous mais antigos á segunda feira, os outros dous á quarta, e os tres mais modernos á sexta feira.

9.º O Governador passa Cartas em nome de Sua Magestade, e por elle assignadas, que passam pela Chancellaria, para se fazerem caminhos, e contarias de lobos, conforme as minutas que para isso há; e é cousa muito necessaria.

10.º O Governador manda soltar os presos, que se livram pela Misericordia, que são condemnados em degredo para Africa, para soltos o irem cumprir; para o que tem Provisão — e o despacho se poem ao pé da certidão do Provedor e Officiaes da Confraria — e a fórma está no Livro da carceragem, que serve ao Governador.

11.º Aos degradados para Africa até seis annos, passa o Governador Alvará de soltura, na fórma da Ordenação; e sendo por mais annos, não de requerer a Sua Magestade.

12.º Quando se faz petição ao Governador, que mande soltar algum preso que está sentenciado finalmente, pondo penhor primeiro para custas e Chancellaria, por a não haver ao tal dia, ou se metterem Dias Santos, o concede o Governador, quando o preso está por culpas leves; e isto não tendo parte; porque, havendo-a, ou sendo condemnado para fóra do Reino, sendo caso que seu feito se despachasse por El-Rei, ainda que sabbisse absoluto, o Governador o não manda soltar.

13.º Nos aggravos que se tiram do Almotacé-mór, e Aposentador-mór, os mandará vir á Relação, por petição de aggravo; e não se depositarão os novecentos réis — que é a duvida que foi perguntada ao Governador — os quaes aggravos se tiram, para elle despachar em Relação, com dous adjunctos, ouvindo o Almotacé-mór, e Aposentador-mór; e o Governador porá a senten-

ca, e só elle assigna. — *Orden. Livro 1.º tit. 18 § fin.*

14.º As glosas que o Chanceller põe, quando é a Cartas de um só Juiz, sem adjunctos no despacho, julgam-nas tres Desembargadores dos agrávos; e quando a sentença é posta por tres, julgam-nas cinco; e sendo posta por mais de tres, se ajuntam mais, havendo-os abi na Relação: — o que o estilo determina na sentença de tres, se pratica na de dous.

15.º Quando o Chanceller põe as glosas, não nomea Juizes, antes os pede ao Governador, ou Presidente, e poz elle, o qual os nomeará, como atraz fica dito.

16.º Quando se mandam dar tratos, ou por Juiz inferior, ou em Relação, se verá um Assento no Livro da Esfera, onde se vê a fórma, sem a qual será difficiloso acertar com as sentenças, e estilos dellas. Este Assento se tomou no Livro da Esfera, a fol. 234, no anno de 1591 (\*) que trata dos feitos appellados, sobre o tormento, em que casos torna ao Juiz, ou se despacha na Relação, e toma por lembrança — e tomou-se por todo o Senado, e assim pertence aos Assentos.

17.º Quando se revalidam alguns autos, que vieram por appellação, na fórma da Ordenação, sempre se guardará a fórma da sentença, que anda em um Assento do Livro da Esfera, fol. 259. — Passou-se Provisão para revalidar os autos nullos, em caso crime, no anno de 1582; de que se fez a Ordenação liv. 1.º tit. 5.º § 12.º — mas não se poderá tirar devassa aonde não fór caso della, ou por Juiz incompetente.

18.º O Regedor, ou Governador, quando El-Rei vai a cada uma das Relações, se assenta á sua mão direita, e assiste coberto, como Grande.

19.º Todas as vezes que entra, ou sae o Go-

(\*) Pelo Assento de 3 de Dezembro de 1591, foram decididos os tres casos seguintes, com relação aos feitos que viessem por appellação ás Ouvidorias da Relação.

I. Se o Julgador pronunciar que o réo seja mettido a tormento, e os Juizes da appellação confirmarem a sentença, será esta confirmada, em fórma ordinaria, com clausula que, feita a diligencia dos tratos, o Julgador dê a sentença definitiva, e o Escrivão dos autos passe Carta para se dar á execução.

II. Não pronunciando o Julgador que o réo seja atormentado, mas condemnando-o a soal, e acordando-se em Relação que seja atormentado, ponha-se, antes de final sentença, despacho para o réo ser mettido a tormento, com clausula que o Julgador, feita a diligencia dos tratos, envie á Relação os autos della, sem sentença, para se ajuntar ao feito, e se proferir sentença final: a qual se dará, conforme uma lembrança, que se terá tomado no livro, sobre a pena que o réo ha de haver, no caso de confessar, ou não confessar, o crime de que fór arguido.

III. Pronunciando o Julgador que o réo seja mettido a tormento, e parecendo aos Juizes da appellação que não o seja, darão no feito sentença final, absolvendo, ou condemnando.

Este Assento encontra-se em *Pegas á Ordenação*, tom. 4.º pag. 32, n.º 43.

vernador, é estilo levantarem-se os Desembargadores, e encostarem-se ás paredes, e o mesmo ao Chanceller, servindo em seu logar, aliás não.

20.º Tratando-se alguma causa, em que o Governador seja pejado, ou recusado, é Juiz da suspeição o Chanceller, e preside ao votar na causa — e se tem este respeito: que se proponha e julgue, na occasião que o Governador não venha á Relação; aliás tem obrigação de não estar presente ao votar.

21.º É estilo o Governador alargar a homenagem aos que estão presos sobre ella, e dando-lhe a Cidade por prisão, ou dias, ou outra fórma.

#### *Estilo na ordem á cortesia de assignar.*

22.º Quando um só Desembargador assigna carta, ou sentença, põe o seu signal no meio; e sendo a carta, ou sentença, para fóra, põe todo o nome; e sendo mandado para o termo nos despachos do processo, e portarias, de que saem os mandados, ou sentenças, põe o signal, ou rubrica costumada, o que será sómente um dos sobrenomes, e não ambos, porque é estilo sómente onde se põe nome de pia, pôr-se o nome e cognome juntamente; e o contrario se tem por arrogancia.

23.º Havendo de assignar muitos, o primeiro logar em regra se tem por melhor, e o derradeiro della é sempre o Juiz que escreve o despacho; mas tem-se por estilo, que os que assignam primeiro, ainda que precedam em officio, e antiguidade, assignam por cortesia no fim em regra, deixando o seu primeiro logar ao que assigna derradeiro.

24.º Havendo de assignar o Governador, Presidente, ou Chanceller, se lhes guarda este respeito: que em o Juiz do feito assignando no fim, ou o que põe o assento, vae ao Governador, ou Presidente, ou Chanceller, que sempre assignam nos seus logares primeiro, e depois os mais.

25.º É estilo, quando estão presentes os Juizes que deram tenção no feito, pôr a sentença o derradeiro que poz tenção, com que se vence, e assignar só, declarando, no logar em que o Juiz ausente houvera de assignar, que tem tenção sua; mas sendo mesa, se dá ao outro, que por elle assigne, e confira, posto que a *Ord. liv. 5.º tit. 124, § 6.º* se contente com se fazer declaração que assignou no livro das lembranças.

26.º Os despachos se poem todos na Relação, e quando se poem cota, ou despacho que ha de sahir a publicação, e se nomea o Desembargador, não se lhe põe senhor; mas sendo cota dirigida ao despacho que fica em Relação, se põe nome, v. g. passa ap senhor fulano.

#### *Estilos da Casa em commum.*

27.º As cousas que passam da alçada desta Casa, foi sempre estilo vencerem-se, e pôr-se

sentença por dous conformes, ou seja em confirmar, ou em revogar não sendo de Corregedor, ou Desembargador, em que são necessarios tres em revogar pelo Assento XVI (de 19 de Janeiro de 1610.)

28.º Nas causas que vem por agravo de petição, ou instrumento, e nas interlocutorias, de que cabia agravo, tem a Casa toda a jurisdicção e alçada, e assim se não appella, nem agrava; como se faz no crime, e suas dependencias.

29.º É estilo tomar-se conhecimento dos agravos que se tiram dos Desembargadores, delegados por Provisões, que andam tirando devassas, ou em diligencias.

30.º Côte, e disposição da Lei para a Côte, se intende tambem nos casos succedidos nesta Casa, salvo quando respeitar á Côte, em respeito da Casa, e pessoa do Principe, ou outra conjectura.

31.º No vencer dos feitos de petição por dous, e nos da Casa, discrepa esta Relação da de Lisboa.

*A'cerca das preeminencias dos Desembargadores.*

32.º O Desembargador que serve o officio de outro goza sómente das prerogativas do dito officio, no que respeita ao exercicio d'elle: mas nos mais actos de assento, votar, assignar, e mais precedencias, fóra do tal officio, o precedem os proprietarios, que tem mais antiguidade, ou melhor officio; e assim o substituto do Chanceller se não prefere aos mais na prerogativa de proprietario, se é precedido dos outros, em lugar, officio, ou antiguidade.

33.º Recusando-se algum Desembargador, é estilo sobestar, e não dar outro em seu lugar, em quanto se não julgá por suspeito.

34.º Ainda que um Julgador Desembargador se julgá por não suspeito, se com tudo parece que ficará mal affecto, é estilo mandar o Governador ou Regedor, que as testemunhas se perguntem em Relação, ou em presença de outro Desembargador, e isto sem despacho. — *Phoeb. p. 1.ª Ar. 95.*

35.º Quando se vem com embargos a alguma devassa tirada por Desembargador, ou sentença em que é certo, ou se fundam em peitas, ou cousa que toca na opinião d'elle, por onde não póde ser Juiz, é estilo pôr-se despacho, que recuse em fórmula diante do Chanceller, mas não deferem por embargos com que a parte venha a elle a ser Juiz dos embargos que lhe tocam; e não procedendo, ou não se provando a suspeição, não lhe fica remedio.

*Da competencia entre si, e ordem das tenções, quando são certos.*

36.º Os embargos recebidos, e as mais inter-

locutorias, não fazem certos aos que aliás o não eram, em razão da sentença, officio, ou logar; mas, se se impugna a tal interlocutoria, ficam certos nesse incidente os que foram nella, posto que o não hajam de ser a final; e o Juiz vencido no feito, ou na interlocutoria, não póde ser Juiz no feito, ou incidente, em que foi vencido, onde se despacha por tenções.

37.º Annullando-se alguma sentença, por ser morto, ausente, ou privado, algum dos Desembargadores proprietarios, que poz tenção nelle, não torna o feito a seu substituto, se o tem, nem o Governador póde dar outro em seu logar, mas vai directamente ao seguinte, depois do que tinha posta a derradeira tenção, e escripta a sentença.

38.º É estilo poderem os Desembargadores emendar, e revogar suas tenções, ainda que não reservem conferencia, em todo o tempo, antes de se dar a sentença, e sahir da Relação.

39.º Assignatura, ainda que em rigor se não deve; senão da sentença, ou tenção assignada, conforme a allusão do vocabulo, com tudo é estilo que, tanto que o Juiz põe qualquer cóta interlocutoria, a fica vencendo, ainda que o successor ponha a tenção — o mesmo é na vistoria, mas não nas esportulas.

*Sobre o vencer dos feitos.*

40.º Havendo tenções nos votos differentes se não intende vencer-se o feito na menor summa, porque é estilo ter isso só logar no crime; e assim se intendia a Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 8.º; mas é necessario concordarem em quantia certa.

41.º Vindo o feito sobre muitos artigos de embargos, ou contrariedade, e tendo o petitorio, ou sentença, muitos capitulos, e discrepando nos votos, se vão vencendo, conforme os artigos, e capitulos, em que são conformes, no numero bastante para se vencerem, recebendo elles concordia.

42.º É estilo nas suspeições, assim no procedimento, como na sentença, vencer-se por tres conformes; e se no procedimento, por discreparem sobre os artigos, intervierem cinco, ou seis, são certos nos embargos, com que se vem ao dito procedimento (*Ord. liv. 3.º tit. 21 § 24*); mas a sentença final da causa principal se porá por tres.

43.º Os feitos que se poem com tres, como petição de agravo no Juizo das acções novas, e se vencem por dous conformes muitas vezes, os despacham os dous, e mandam assignar pelo terceiro, mas nullamente, porque devem estar todos presentes ao votar, e sentenciar, aliás tudo é nullo. (*Ordenação liv. 1.º tit. 5.º § 13*) Note-se porém que a Ordenação não poem neste caso decreto irritante; e assim parece que se pode fazer nos feitos de commissões, e nos que se despacham pelos Juizes da Fazenda, não sendo o Procurador da Fazenda parte. — *Ordenação liv. 1.º tit. 10.º in principio.*

44.º E' estilo desta Casa os feitos de petição de agravo põem-se com tres, e vencerem-se por dous, ainda que se agrave do Corregedor da Casa, ou outro Desembargador.

*Da Mesa dos Aggravos.*

45.º Os Desembargadores dos Aggravos em seu officio, preferem a todos os mais, no lugar, votar, e assignar, e em todas as mais prerogativas, dentro e fóra da Relação — e ainda que sejam promovidos a outros officios da Casa, sempre conservam a dita prerogativa, para servirem de Governador, e Chanceller, em ausencia, e aonde são suspeitos.

46.º E' estilo, e fórma da mesa dos agravos, despacharem os feitos por tenções, e começarem por « Accordam os do Desembargo » aonde põem tenção — e nos outros casos por « Accordam em Relação » como nas mais mezas.

47.º A Ordenação, que manda que se não condemne Juiz Ordinario nas custas, sem parecer do Governador, se não intende na mesa dos agravos, aonde se despacha por tenções, como também não é estilo despachar em mesa grande feitos de tenções. — *Ord. liv. 1.º tit. 65 § 9.º in fine.*

48.º E' estilo, se o Corregedor, ou Desembargador, de quem se agrava, se não acha na Relação, despachar-se sem se ouvir, ainda que aliás deixe de responder por escripto, pela clausula do despacho, que diz que em Relação será ouvido.

*Em respeito das primeiras interlocutorias.*

49.º E' estilo geral não se fazer caso da nullidade vaga, e simples, e conforme a isso não se deferir no Senado a embargos, appellação, ou outra allegação de nullidade simples, se não argue remedio, e justiça na causa principal, antes se suppre, ouvindo a parte.

50.º E' estilo, ainda em caso que se annulle a sentença, por ser dada por Juiz incompetente totalmente, em razão de jurisdicção limitada, privativa, ou improrogavel, não se annullarem os autos, mas remettel-os ao Juiz, a que competem, o qual suppre as nullidades, se a parte não allega, nem prova, interesse consideravel da annullação delles, que se não possa supprir com ser ouvido.

51.º Ainda que a Ordenação liv. 3.º tit. 75, diga que da sentença nulla não é necessario appellar, e que a todo o tempo se pôde oppôr da dita nullidade, no que parece se repugna a Ordenação liv. 3.º tit. 87, que não admite embargos de nullidade, passados os seis dias; com tudo se tem conciliado por estilo, que a Ordenação, no dito tit. 87, se intende provavel por via de embargos, e a Ordenação no tit. 75, por via de ac-

ção, e libello, tornando a pedir, ou repetir a causa julgada (*licentia à Principe petita.*) *Ord. liv. 3.º tit. 95 in principio.*

52.º E' estilo nas razões finaes admittir-se o author, e réo a allegar, que, na escriptura de venda falta certidão da sisa, ainda que não seja deduzido no libello, ou contrariedade, e annullar-se o contracto.

53.º Ainda que a Ordenação, liv. 1.º tit. 79 § 14, annulle o contracto de compra, e venda, em que se não acha incorporada certidão da sisa, com tudo é estilo dar vista á parte, para articular, que nos contractos feitos antes da Ordenação n'aquelle ramo não estava em uso, nem se recebeu aquelle artigo do encabeçamento, nem se guardou esta sollemnidade, antes se pagou a tabo-la, que assim pagou o réo. — *Phæb. Arest. 33.*

*Appellação e Agravo.*

54.º Quando o feito vem por appellação, e não é caso della, senão de agravo, é estilo não conhecer, e mandar que se distribua em agravo, por escusar a oppressão das partes; e muitos acrescentam, que se descarregue o feito da destribuição.

55.º Não se tomando conhecimento por agravo, por ser caso de appellação, é estilo, que possa ir appellar, dentro nos dez dias, que correm da publicação do desembargo, sem lhe prejudicar o tempo gastado no seguimento do agravo, e o Juizo incompetente do Corregedor, ouvindo, *omisso medio*, costumam appellar logo e ir ratificar á terra, dentro do tempo que racionavelmente possa ir, do lugar, donde appellar, ao lugar, aonde a sentença foi dada, contando a seis legoas por dia.

56.º Quando a appellação se não conhece della, por não ser appellado em audiencia, na fórma da Lei, ou no tempo della, havendo Provisão para seguir a causa, comtudo se suppre somente o tempo, mas não a fórma — e assim ha de ir appellar na audiencia do Juiz, dentro nos dez dias, depois de chegado, aliás se não conhece.

57.º Quando se não toma conhecimento da appellação, por pertencer á Casa da Supplicação, ou Fazenda, ou Consciencia, ou outro Tribunal, é estilo não tornar á terra, mas na audiencia dos agravos se atempa, citada a parte; e isto posto que seja appellação dentro das cinco legoas, e venham os autos proprios, e a Lisboa haja de ir o traslado; mas trasladal-a pertence ao Escrivão da terra, e não ao da Relação.

58.º E' estilo que, ainda que por erro vá o appellante ao Ouvidor com appellação, que pertence á Relação, ou venha a esta, pertencendo a Lisboa, e acima o inferior, não lhe prejudica, para o superior deixar de conhecer; o mesmo, se por erro foi por agravo ao Corregedor.

59.º E' estilo não se tomar conhecimento

da appellação, ainda que a parte o não peça, quando se não guardou alguma das solemnidades e fórma da appellação na audiência.

60.º Quando dos autos não consta da appellação, ou do tempo, ou lugar, concede-se licença ao appellante, para o provar por testemunhas, ou certidões.

61.º Quando a causa notoriamente excede a alçada, é bom estilo receber logo appellação, para começarem logo a correr os seis mezés, e depois no decurso delles se faz a avaliação.

62.º Tanto que o Juiz recebe a appellação, não innova mais nada, mas se se embarga esse recebimento, é estilo tomar conhecimento delles, porque vacilla ainda o recebimento.

63.º Pela mesma maneira, pendendo a dilatação, se não innova nada (*Ordenação liv. 3.º tit. 54 § 5.º*) mas vindo com embargos a se pôr com dilatação, conhece, e revoga sua interlocutoria o Juiz.

64.º Depois que as partes vierem com uns embargos, posto que digam que tem embargos ao despacho que se deu sobre elle, não serão ouvidos. — *Ord. liv. 3.º tit. 88.*

65.º A appellação se pode haver por deserta, e não seguida, pelos autos proprios, constando por elles ser passado o tempo da Ordenação, ainda que se não tirasse dia de apparecer; o mesmo é no agravo ordinario. — *Cabed. p. 1.ª c. 42 n.º 5.º — Sed videtur obstaré Ord. liv. 3.º tit. 68 § 6.º e 7.º*

66.º A sentença de deserção não é a que se executa, senão a do Juiz, porque não confirma, senão remove o impedimento, e suspensão, que causava a appellação; e por isso se ajunta ao processo na terra, e vai inserta na sentença do Juiz, que se tira do processo, e não faz certos mais que no que respeita á deserção.

#### Dos Aggravos.

67.º E' estilo por simples petição mandar abrir a conclusão nos agravos de instrumento, ainda que tenham já tenções, se a outra parte tem dito, ou ajuntado papeis nesta instancia; mas nos agravos de petição, a nenhuma das partes se dá vista. — *Ord. liv. 5.º tit. 24 § 6.º*

68.º Nos agravos de instrumento, e petição, não é estilo avaliar-se a causa; mas se notoriamente cabe na alçada do Juiz aggravado, não se toma conhecimento; e querendo-a o Juiz mandar avaliar, para ver se cabe em sua alçada, o poderá fazer.

69.º Quando o agravo não vem plenariamente instructo, ou vem sem resposta da parte, a que o Juiz a mandou dar, ou sem dar a sua, no tempo da Lei, ou sem os papeis, que nomeou, e importam para a decisão delles, é estilo não se tomar conhecimento, e pôr despacho, conforme a alguma das fórmas. (*cap. 5.º*)

70.º A sentença dada sobre excepção de attendo, e esbulho, offerecida a suspender a causa, é interlocutoria, e caso de agravo no processo sómente. — *Valasc. cons. 156 num. 31.*

71.º Nos agravos não é estilo condemnar em custas, salvo quando interveio malicia, ou desobediencia notavel; e nos agravos de petição, tornando ao Juiz, elle condemna.

72.º E' estilo, que, ainda que o agravo ordinario não suspende a execução da sentença (*Ord. liv. 3.º tit. 84 § 14, e tit. 73 § 1.º e tit. 74 § 4.º*) antes de se conceder; com tudo, se antes, ou depois de tirada, o vencedor embarga, ou impede o concedimento do agravo, ainda que tenha razão no requerimento, com tudo logo se manda sobestar na execução da sentença; e assim se averiguou que era estilo, em 18 de Junho de 1613. — *Mar. 4.ª parte tit. de deliberat. num. 18.*

73.º Em custas não ha alçada, porque se computa o valor da cousa pedida, sem fazer caso dellas para a alçada; mas pedindo-se em razão de contracto, ou excedendo a causa principal a alçada do Juiz, então se poderá appellar em razão das custas, assim como de qualquer outro accessorio, e dependencia da causa.

74.º Os Ouvidores de Senhores não tem nenhuma alçada neste Reino; mas conhecendo por avocação, ou por acção nova, por bem de suas doações, nas sentenças que assim derem, tem a mesma alçada dos Juizes, em cujo lugar conhecem.

#### Sobre citação, e processo.

75.º Ainda que os Titulos, e Grandes, que, conforme ao estilo do Reino, se citam por carta de Camara, estando fóra da Côte, não tem necessidade de nova carta para os incidentes, e appellação, ou estando a causa circumducta, antes se possam citar sem a dita carta; com tudo declarou o estilo que se não de citar em sua pessoa, e não na de seu procurador. — *Ita constit. em 19 de Maio de 1612, na causa do Duque de Aveiro.*

76.º O que dispoem a *Ord. liv. 3.º tit. 1.º § 13*, no contumaz verdadeiro, que nunca, por si, nem por outrem, appareceu em Juizo, que não é necessario cital-o em pessoa para ver jurar testemunhas, interpretou o estilo que tivesse logar no revel ficto, que mandou procuração bastante, ou que tenha força della, e nunca veio pessoalmente a Juizo, nem fez procuração, *apud acta*, para effeito de se citar o dito seu procurador bastante, ainda que o constituinte esteja na terra.

77.º As pessoas ecclesiasticas, que usam mal da jurisdicção que tem d'El-Rei, e os seculares, que em razão della podem ser citados para a Côte, pela *Ord. liv. 3.º tit. 6.º § 5.º e ult.* pôdem por estilo ser citados por despacho do Juiz sómente do feito; e a *Ord. liv. 2.º tit. 9.º § 8.º* que manda que se ponha em Relação, se intende

no caso extraordinario, e pessoas que não podiam aliás ser citadas para ella.—*Cabed. 2.ª part. Arest. 83.*

78.º As viúvas, menores, e pessoas miseráveis, que tem eleição de Juiz, sendo authoras, não podem escolher o seu Juiz, senão os superiores, *scilicet*, Corregedor, Juiz das acções, ou o Juiz do réo, ou o do contracto.

79.º É estilo, que em quanto a Ord. liv. 3.º tit. 58 § 1.º diz que se venha com contraditas, diante do Juiz deprecado, que tira a inquirição, se não intenda, quando passa mandado dentro das cinco legoas; porque então se pôde vir com ellas perante o Corregedor, Juiz do feito; e assim se averiguou, por Advogados, e Tabelliães, em 2 de Maio de 1612.

80.º Quando se annullam as inquirições em razão da incompetencia, suspeição, ou outra causa, é estilo reformar-se o tempo, ainda que se annullassem por culpa da parte, que as tirou, e quomam-se. — *Placito 67.*

81.º As testemunhas dadas sobre a lesão, nos termos da Lei 2.ª C. de rescind. não dependo distinctamente da commua estimação ao tempo da venda, pode-as, e deve-as o Juiz repurgar, ou indo ver a propriedade, ou avocando-as, quando a prova estiver perplexa, e intender que foi falta dos Officiaes, ou malicia delles, e é estilo.

82.º Os Procuradores falam por esta ordem, o d'El-Rei, o dos Captivos, entre os mais que se acharem á publicação, com a prerogativa de antiguidade no auditorio, e grão entre os iguaes; e em respeito dos que o não tem, e dos que vierem depois da publicação, pela ordem que entram aquelle dia na audiencia; e havendo Clerigo, o deixam fallar primeiro por sua pessoa, ou Fidalgo. — *Vide Phoeb. Arest. 59.*

83.º É estilo que, ainda que o réo seja obrigado regularmente a exhibir seus instrumentos; com tudo quando o author replica, pôde pedir ao réo que mostre os que tem, porque na replica é o author como réo, e se defende; e não os dando, se declara que se não poderá mais ajudar delles.

#### *Sentença, e execução.*

84.º É estilo, se o vencedor se deixa estar sem tirar a sentença, e o vencido a quer embargar na Chancellaria, fazer assignar tres dias ao vencedor, para a tirar dentro delles, aliás embarga nos autos; e para este effeito-se cita a parte, se está presente, aliás o procurador, ou se apregoa.

85.º Quando o réo é vencedor, e tira a sentença, e se deixa estar sem a executar, as custas, ou parte, em que é vencedor, por lh'a não embargarem na execução, não tem o author remedio para lh'a fazer exhibir, salvo havendo

nullidade improrogavel, que pôde o author usar da cautella, tornando a citar o réo por libello; e vindo o réo com excepção *rei judicatae*, replicará o author da nullidade, quando o dito réo apresentar a sentença com a execução.

86.º Ainda que o Juiz não possa julgar *ultra, vel praeter petita*, no libello, com tudo, se a materia vem plenariamente discutida pelas partes, val a sentença fundada nella, se nenhuma das partes protestou nos autos, como no possessorio.

87.º É estilo a sentença de suspeição poder-se embargar na Chancellaria, passados os quarenta e cinco dias da Ord. liv. 3.º tit. 20 § 21 — o contrario se guarda (*Estyl. Domus Supplicat. tit. 5.º n.º 47.* — *Reformação da Casa da Supplicação Annot. 3.ª n. 24.* — *Vide Cabed. p. 1.ª Aresto 21.*

88.º Quando se vem com embargos á Provisão d'El-Rei, de graça, ou justiça, e o Juiz remette, necessariamente ha de ser ao Tribunal donde emanou; mas se o Juiz conhece, vai a appellação á Relação do districto do Juiz que deu a sentença. — *Cabed. part. 1.ª decis. 44 e 49.* — *Vide decis. 83:* contra, que deve conhecer, Ord. liv. 2.º tit. 43, ibi: e a pronunciará. Ord. liv. 3.º tit. 76 § 3.º ibi: deve conhecer.

#### *Custas.*

89.º É estilo, por simples petição sem mais vista da parte, reformar, e supprir a sentença quanto ás custas, e declaral-a quando se pede, e nos fructos, ou ponto que faltou, e sendo de substancia, com vista á parte.

90.º Nas causas entre o Rei e seu vassallo, ainda que não há custas, havendo comtudo assistente, ou oppoente, é estilo pronunciar nellas.

91.º Quando se concede ajuda de braço secular, é estilo condemnar o réo contra quem se concede, nas custas pessoas, no mesmo despacho, ex *Cabed. p. 1.ª decis. 9, ubi n. 9 de estilo factur.*

92.º A vistoria, quando alguma das partes a requer, ella deposita; e ainda que vença, é estilo regularmente não se lhe contar esta despesa extraordinaria; mas fazendo-se a vistoria *ex officio, parte non petente*, é estilo depositarem ambos, e entrar a despesa na condemnação das custas.

93.º É estilo, quando vem os autos proprios por appellação, pagar o appellante ametade das custas dos autos, e o terço da raza, e o appellado a outra ametade das custas dos autos, o mesmo *in partibus.* — *Ord. liv. 5.º tit. 72.*

94.º É estilo não se pagar busca dos assentos dos 900 réis de Chancellaria.

#### *Circa res et modum.*

95.º É estilo que, depositando o vencedor o preço das bemfeitorias, que o vencido jura, em

dinheiro, ou penhores, seja obrigado despejar, mas não se entregam ao que jura, até se liquidarem, nem com fiança.

96.º Restituição não se concede, senão pedida, por estilo, e de jure.

97.º E' estilo que ao menor se possam assignar todas as tres dilacões, ainda que elle não as queira, nem peça juntamente.

98.º E' estilo, quando a parte citada para reconhecer o seu conhecimento é contumaz em não querer apparecer, ou dolosamente se esconde, por não ser citado para o tal reconhecimento, havendo o Juiz por reconhecido, em odio de sua contumacia, e proceder por assignação de dez dias.

99.º E' estilo, ainda que os termos que assigna o Juiz, e as dilacões, se intendam peremptorias (Ord. liv. 3.º tit. 20 § 44; comtudo se satisfaz com dar o feito, ou inqueriçoes, até outro dia ás oito oras, porque tendo todo o dia limitado, era inconveniente ser obrigado entregar os autos de noite, e basta que os dê pela manhã, e sendo Dia Santo, se intende ao dia feriado seguinte ás oito oras.

#### *Estilos do Juizo dos Feitos da Corôa.*

100.º É estilo, no Juizo dos Feitos d'El-Rei, ou da Corôa, desta Relação, nos agravos que se tiram dos Juizes Ecclesiasticos, dentro das cinco legoas, mandar vir os autos, e responder ao Juiz Ecclesiastico, ou Prelado, por simples petição, despacho do Juiz da Corôa sómente, sem Accordam: *secus* na Casa da Supplicação, aonde se mandam vir, e respondem por Accordam.

101.º E' mais estilo desta Relação, quando no despacho de agravo, tirado do Juizo Ecclesiastico, ha de haver dilacão, mandar absolver *ad reincidentiam*.

102.º E' mais estilo della provêr ao leigo aggravante, a quem se não guarda a Ordenação, ou faz outro semelhante agravo.

103.º E' estilo aggravar o leigo de mero Exactor Ecclesiastico, na força notoria e denegação de Direito Natural, e pela sentença obrigar o Ministro a que levante as censuras, ou as faça levantar, ainda que não tenha poder, e o delegante lh'o negasse — e assim de passar Cartas para delegante, sem ser ouvido, para que desista, e para as mais Justiças Ecclesiasticos e Seculares, para que se pedem as ditas Cartas.

104.º E' estilo, em caso que o Juiz dos Feitos da Corôa proveja nos agravos, em favor do leigo, escusar vista e presença do Procurador d'El-Rei — o mesmo nas sentenças, quando vem em as dar em seu favor. — *L. non quominus. C. de probat.*

105.º A Ordenação, livro 1.º titulo 12.º § 2.º e titulo 13.º § 2.º que não concede que o Procurador d'El-Rei seja citado, nem author, nem réo, nem assistente, nem oppoente, sem Pro-

visão d'El-Rei, ou mandado da Relação, se tem interpretado, por estilo, que se não intende nos Procuradores d'El-Rei *in partib.* que citam, esão citados, sem Provisão.

106.º Outro estilo é que o Procurador d'El-Rei não deposita caução aonde vem com suspeiçoes.

107.º E' estilo, e privilegio induzido por elle, que embarga nos autos, ou seja author, ou réo, ou oppoente, ou assistente, ou peça vista de novo, *dix. fol.*

108.º Outro é que não jura de calumnia o Procurador d'El-Rei.

109.º O Juiz da Corôa manda citar pessoas ecclesiasticas, que usam mal da jurisdicção que tem d'El-Rei — e assim os seculares, que por essa causa podem ser citados, e trazidos á Côrte, por seu despacho sómente, e sua Carta, sem Accordam: — e a Ordenação livro 1.º titulo 9.º § 8.º que manda citar neste Juizo, por Accordam, se intende, por estilo, nas pessoas que aliás não podiam ser trazidas á Côrte.

110.º As appellações sobre remissões ás Ordens, ainda que se não trate de direito, senão de feito, *vg.* se foi o appellante achado com habito e tonsura, se tem Ordens, etc. está em estilo remetterem-se ao Juizo da Corôa, como nos em que se tracta de direito, e se despacha por seis, nos casos de morte. — *Orden. liv. 1.º tit. 1.º § 6.º — Vid. Gabriel Per. de Man. Reg. part. 2.ª cap. 43 n.º 2.*

111.º Neste Juizo é muito ordinario, ainda que o agravo, que se tira do Ecclesiastico, não pertença ao Juizo Secular, por se não mostrar força notoria, ou outra causa, não dizerem que não tomam conhecimento, senão que não é agravo, por evitar confessar que não pertence ao Juizo, e usam desta fórma:

112.º « Não é aggravado o aggravante, pelo Vigario Geral, de agravo notorio, a que o dito Senhor tenha obrigação de acudir — por tanto lhe não dão neste Juizo provisão, etc. »

113.º « Não é aggravado o aggravante, pelo Vigario Geral, vistos os autos — por tanto, lhe não dão neste Juizo provisão. »

114.º Quando o Juiz Ecclesiastico não quer cumprir as cartas, nem obedecer aos assentos, que se tomam no Paço; se procede pelos modos declarados fol. 364, e isto pelo Juiz dos Feitos d'El-Rei, sem tornar ao Paço, e sendo preso o aggravante, se manda soltar; estando em cadeia ecclesiastica, que se quebrem as portas do carcere, e se ponha na rua, e se prenda, se é necessario, o carcereiro, e meirinho, e lhes fazem tornar o salario, e custas; e acho que no caso, em que se prende leigo, sem esperar que se passe segunda carta, ou certidão, se mandam soltar aonde ha notoriedade, por prenderem por seus Ministros, ou notoria malicia, e desprezo das cartas, ou se mandam vir emprazados o meirinho, e carcereiro,

até soltarem o leigo mal preso, e destes modos de coacção e constrangimento vi usar.

115. Em Miranda, Antonio de Chaves foi mandado soltar: tem os autos Gaspar Vaz, Tabela. Em Braga Diogo Barbosa de Vianna. O Licenciado Pedro de Barros, que foi advogado na causa, dirá quem tem a sentença.

116. A Pedro Ferreira da Silva, pelas custas, sendo Vigario, e prenderam ao meirinho.

117. Não é estilo praticado provêr aos aggravantes amancebados, por qualquer pena que se lhes dê com admoestação, antes das tres canonicas admoestações, sem embargo da declaração dos Cardenas, que é directamente contra o sentido, em que a manda guardar a Ordenação.

118. E' estilo, quando os Ecclesiasticos vem com embargos á primeira carta, que se passou do Juizo da Corôa, ou pelo Ecclesiastico, e se não recebem, ou hão por não provados, mandar passar segunda carta, como se fôra segundo aggravado; assim o acho em muitas sentenças antigas, e modernas (*in lib. Arestor.*) ainda que em outras não; mas é bom estilo, principalmente quando se offereceram diante do Juiz Ecclesiastico, de que se agrava, e elle os remette, ou lhe foi apresentada a carta; porque, se embargou nos autos, cessa o estilo, pois não foi a carta ao Vigario; o mesmo se faz, quando outro Visitador torna a fazer semelhante aggravado.

119. E' estilo, ainda que o Juiz Ecclesiastico haja as qualidades por provadas, e condemne ao réo leigo, havendo-se por Juiz, poder-se aggravar, e tomar-se conhecimento *de meritis*, se julgou bem, ou não, e isto ainda que haja tres conformes, e da Legacia, ou rescripto, *sed tu vide*.

120. Quando vem alguma cousa, em que ha duas Provisões d'El-Rei, que dá officio, ou cousa semelhante, pertence o feito ao Juizo da Corôa, e não ao dos agravos, nem Chancellaria, e o mesmo ainda que se embargue de subreção a Provisão da data, ou mercê.

121. O Juiz dos Feitos da Corôa dos casos de força notoria, em que para elle se agrava, constando della, não tornam mais os autos ao Juizo Ecclesiastico, posto que se peça pelo mesmo Juiz, ou pela parte: deve-se fundar este estilo na Ord. liv. 3.º tit. 68 e 69 § 8.º

*Juizes certos, que diz o Doutor Nuno da Fonseca.*

122. Os Juizes certos nos embargos são os que deram a sentença, Ord. liv. 1.º tit. 10 e liv. 3.º tit. 87 § 7.º 12 e 14, e tit. 86 § 3.º e liv. 2.º tit. 63 § 4.º — *quod procedit*, ainda que o Juiz Desembargador o fosse de serventia, Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 24, salvo não estando na Casa, Ord. liv. 3.º tit. 65 § 6.º *in fin. et idem dicitur in executione*, Ord. liv. 3.º tit. 87 § 12 e 14, *quando gravatur*.

123. Os Juizes que recebem contraditas,

são certos, Ord. liv. 5.º tit. 124 § 25: não são certos os adjunctos dos Ouvidores e Corregedor, posto que tenham assignado em alguma diligencia. Assento feito no anno de 1586; que está no Livro da Esfera do Porto a fol. 214.

124. Quando os Desembargadores do Paço vão á Relação despachar com El-Rei, se ao depois se vem com embargos, o Regedor dá outros da Casa em seu logar. Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 11.

125. Certos são os que mandam fazer diligencia em petição de aggravado.

126. Certo é no procedimento das opposições o Juiz, que mandou ajuntar algum feito para o procedimento.

127. Certo é o Juiz, que recebe alguma parte dos embargos.

128. Os Juizes do aggravado, em que se manda receber appellação, não são certos, quando ella vem.

129. Não são certos os Juizes, que foram no aggravado, em que se mandaram receber embargos, se depois o Juiz, de que se aggravou, os julga por não provados.

130. Vindo a appellação, que pertença a certos, se algum por causa nova se dá por suspeito, se dá outro em seu logar, e a distribuição não corre.

131. O Juiz vencido não diz nos embargos, ou artigos, em que foi vencido.

132. Não são Juizes certos os que deram o degado, se ao depois o degradado é achado fóra delle, por ser novo crime.

133. O Juiz dado por commissão para despacho de alguns feitos particulares, por ausencia de algum proprietario, a que tocava o feito por distribuição, não cessa a commissão, posto que o proprietario venha, *licet aliud sit*, quando geralmente se provêr por serventia o officio do Desembargador impedido, ou ausente, na fórma da Ord. liv. 4.º tit. 1.º § 24, e assim se assentou no anno de 1586: consta do Assento, que anda no Livro da Esfera do Porto, fol. 214.

134. Certos são os Juizes, que julgaram uma pessoa não podia ser eleito para o officio da Camara, quando nos autos seguintes foi reeleito e se torna a aggravar da reeleição.

135. Não são certos os Juizes, que julgaram o dia de apparecer, para conhecerem dos embargos na execução, ou appellação della (Caped. 1.ª parte *Arest. 64*) *aliud est*, se se tira dia de apparecer da sentença, na execução da sentença dada na Relação; porque então são certos os Juizes, que deram a que se excuta. Caped. *supra ad finem Arest. 64*.

*Fórma dos tratos.*

136. Aos tantos de tal mez, nos Paços da Relação, aonde vieram os DD. F. e F. Juizes do feito de F. ahí elles Desembargadores o manda-

ram vir perante si, e lhe fizeram as perguntas seguintes, perante mim Escrivão, e o Escrivão F. e por elle negar, na conformidade do Accordam, o mandaram metter a tormento, para effeito de se lhe darem tantos tratos, se primeiro não confessasse, para o que mandaram vir perante si o Medico F. e o Cirurgião F.

*Primeiro trato.*

137. Mandaram que o réo dissesse a verdade do que lhe perguntavam, a saber, se fizera o homicidio, em que fórma, e quem fôra seu companheiro nelle; e por negar, lhe deram segundo trato.

*Segundo trato.*

138. Disseram-lhe que fallasse verdade, na fórma sobredita, e por negar, lhe mandaram dar terceiro trato.

*Terceiro trato.*

139. E por estar executado o Accordam do Senado, e o Réo, a todos os tratos que lhe deram, negar, o mandaram elles Desembargadores tirar do potro, e recolher na cadeia, donde foi tirado; de que tudo mandaram fazer este auto, que assignaram, e o Escrivão F. para com tudo o mais processado se fazer concluso.

*Lembrança sobre tratos, tomada no Livro.*

140. Assentou-se no feito de F. em que é réo F. de tal parte, que confessando o crime, no tormento, que se lhe manda dar, vista sua confissão, e o mais dos autos, de que se mostra matar sua mulher, etc. que morra morte natural na força para sempre, etc. e que negando o crime, vistos os autos, e indícios, confissão extrajudicial, e fama, e fugir antes de se tirar devassa, e ser-lhe visto o cordão, com que se achou afogada, vá degradado para sempre para o Brazil; e que não se lhe dando tratos por qualquer impedimento, ou privilegio, vistos os autos, e os sobreditos indícios, vá degradado para sempre para Angola. *Ord. liv. 5.º tit. 124, § 25, e liv. 1.º tit. 6.º § 18. Gam. decis. 281, e 279. Cabed. decis. 10 n. 9.*

*Repetição de tratos.*

141. Acordam, etc. vistos os autos, e prova, que resulta dos vehementes indícios contra o réo, e os que de novo sobrevieram, e não querer ratificar sua confissão, mandam lhe seja repetido o tormento, e se lhe deem tantos tratos de polé, etc.

*Casos de agravo por petição, ou instrumento, posto que as sentenças sejam definitivas.*

142. A sentença, ou é definitiva, ou in-

terlocutoria; definitiva é aquella, que põe fim á causa principal; interlocutoria, é a que se dá em qualquer feito antes da sentença definitiva. *Ord. liv. 3.º tit. 65.*

143. A sentença interlocutoria ou é simples, ou tem força de definitiva; a que tem força de definitiva é aquella, que põe fim ao processo, de maneira, que o Juiz, que a deu, não podia por aquella citação proceder mais no feito; simples é a que não põe fim ao processo. *Ord. liv. 3.º tit. 69.*

144. Da sentença definitiva interlocutoria, que tem força definitiva, por via de regra, ou se appella, ou se agrava ordinariamente; limita-se porém esta regra nas mais definitivas, nos casos seguintes, em que se agrava por petição.

145. Primeiro, quando o Julgador suspende algum Official, por não fazer a penhora dentro dos cinco dias. *Ord. liv. 3.º tit. 86 § 20.*

146. Segundo, quando o Juiz absolve o Advogado, a que tinha condemnado nas penas da Ordenação, por não dar o feito, no termo que lhe foi assignado. *Ord. liv. 3.º tit. 2.º § 45.*

147. Terceiro, quando a sentença contém notoria nullidade, porque tambem se pôde agravar por petição. *Ord. liv. 1.º tit. 58 § 25.*

148. Quarto, quando o Corregedor do Crime da Côrte conhecer das penas de sangue, e armas, e excommungados, e dos outros, que podem conhecer por si só. *Ord. liv. 1.º tit. 7.º § 18.*

149. Quinto, nas sentenças do Juiz da Chancellaria, sobre erros de contas, ou outras, que der, nos casos em que pôde julgar por si só. *Ord. liv. 1.º tit. 14 § 4.º*

150. Sexto, quando se não recebem embargos sobre jurisdicções, ou Direitos Reaes. *Ord. liv. 1.º tit. 9.º § 2.º*

151. Setimo, quando o Juiz das partilhas mandou, ou não mandou fazer sequestro. *Ord. liv. 4.º tit. 96 § 13.*

152. Oitavo, quando o Juiz, ou Juizes das suspeições, em que as partes se louvaram, julgam algum Juiz por suspeito. *Ord. liv. 3.º tit. 21. § 8.º*

152. Nono, quando o Juiz recebe appellação, ou não recebe; e no caso que se recebe, tambem se pode agravar no processo. *Ord. liv. 1.º tit. 6.º § 4.º*

153. Decimo, quando o réo foi absoluto da instancia, ou porque se não offereceu escriptura, no caso que se requeria, ou porque o author não appareceu em Juizo; e se a absolvição da instancia fôr por o author não dar fiança ás custas, sendo de outra jurisdicção, é caso de appellação, ou agravo ordinario; e o mesmo será nos outros casos, em que ha absolvição da instancia, tirados os dous primeiros. — *Ord. liv. 1.º tit. 20. § 18 e 22 e tit. 14 in principio — Ord. liv. 3.º tit. 67 § 6.º e tit. 69 in principio.*

154. Undécimo, quando se pronuncia alguma pessoa por habilitada, ou não. — *Phoeb.* 1.<sup>a</sup> parte, *Arest.* 9.<sup>o</sup> — *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 46 e 31.

155. Duodécimo, quando se exclue a opposição. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 31.

156. Decimo terceiro, quando o Juiz se julga por incompetente, e o mesmo em excepção *litis pendentis*, e se julga por não Juiz, por a causa pender em outro Juizo. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 9.<sup>o</sup>

157. Decimo quarto, de taxaço do salario do Contador, quando a causa não cabe na alçada do Juiz, que mandou fazer a conta. *Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 90 § 1.<sup>o</sup>

158. Decimo quinto, denegando-se alimentos ao preso. *Phoeb.* 1.<sup>a</sup> part. *Arest.* 2.<sup>o</sup>

159. Quando os Juizes seguintes concedem suas licenças para artigos, o primeiro Juiz, que disse antes *de meritis*, torna a dizer sobre a prova dos autos, e o Juiz que poz o Accordam para se concederem as licenças, fica certo, se depois de ambos dizerem, vai o feito aos seguintes: assim se assentou em 4 de Março de 1655.

160. De não recebimento de embargos de subreção a alguma Provisão, ha agravo de petição, quando envolve incompetencia de Juizo. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 33.

161. Quando o Corregedor do Cível, ou Crime, dá despacho por Accordam em Relação, que só por si havia de dar, se annulla o despacho (*Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 1.<sup>o</sup> §) e nesta propria sentença se não defere ao merecimento dos autos, mas mandam deferir ao Corregedor só; e assim se assentou por todos os Desembargadores: consta do Assento feito no Livro da Esfera do Porto.

162. Em embargos de obreção a alguma Provisão, por que se manda devassar de algum delicto, ha agravo de petição, ou ordinario, que pertence aos agravos, porque nelle se inclue incompetencia de Juiz, e procede a *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 9. — *Cabed.* 1.<sup>a</sup> part. *decis.* 38, num. 2.<sup>o</sup> e *Arest.* 65, e 2.<sup>a</sup> part. *decis.* 118 num. 7 *in fine*.

*Casos de agravo, por petição ou instrumento, de sentenças interlocutorias.*

163. Das sentenças interlocutorias simples se agrava no processo regularmente; porém limita-se esta regra nos casos seguintes. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 46.

164. Primeiro, quando o Julgador não guarda a Ordenação acerca do ordenar do processo. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 46.

165. Segundo, dos termos e modos, que os Desembargadores por si mandarem nas audiencias, ou fóra dellas, em feitos que se hão de despachar finalmente em Relação. *Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 6.<sup>o</sup> § 8.<sup>o</sup>

166. Terceiro, quando o Juiz se julga por competente. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 9.<sup>o</sup>

167. Quarto, quando se julga a excepção *litis pendentis* por não provada. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 9.<sup>o</sup> — *Phoeb.* 1.<sup>a</sup> parte, *Arest.* 3.<sup>o</sup>

168. Quinto, em lançamento de contrariedade, por Corregedor da Côte, ou Desembargador, ou seja de todo, ou de parte, *secus* nos outros Julgadores. *Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 6.<sup>o</sup> § 9.<sup>o</sup> e *liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 23.

169. Sexto, quando se nega de todo dilação para fazer prova, no Reino, ou fóra delle. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 5.<sup>o</sup>

170. Setimo, quando se concede dilação grande, ou pequena, para fóra do Reino, ou para logar afastado do logar, aonde o feito corre, com legoas, ou mais. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 54 § 12 e tit. 20 § 5.<sup>o</sup>

171. Oitavo, quando sendo o réo demandado por acção de dez dias, veio com embargos, e sendo recebidos, foi juntamente condemnado, ou não foi condemnado, porque em cada um destes casos se agrava por petição. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 25 § 2.<sup>o</sup>

172. Nono, quando a interlocutoria simples é tal, que, se se executar, se não poderá depois reparar, pela sentença diffinitiva, o damno, que pela execução se tiver recebido. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 69 § 1.<sup>o</sup> e *liv.* 5.<sup>o</sup> tit. 122 § 3.<sup>o</sup>

173. Decimo, em sentença de reformação de autos perdidos. *Phoeb.* 1.<sup>a</sup> parte, *Arest.* 70.

174. Undécimo, em attentado, julgando-se que se substensa, porque neste caso pára o processo, e tambem porque traz damno irreparavel. Razão segunda: tambem se poderá dizer que se poderá della appellar. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 69 § 1.<sup>o</sup> *licet aliter.* *Valasc. cons.* 156. n.<sup>o</sup> 32.

175. Da sentença que dá o Corregedor do Crime sobre condemnação de armas, ha agravo de petição. *Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 7.<sup>o</sup> § 18 e tit. 9.<sup>o</sup> § 14.

*Casos em que se procede summariamente.*

176. Em delictos graves. *Ord. liv.* 1.<sup>o</sup> tit. 1.<sup>o</sup> § 16.

177. Sendo a causa sobre colhimento de alguns fructos, em tempo, que se poder perder, se a demanda durasse muito. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 18 § 4.<sup>o</sup>

178. Embargos á execução da sentença. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 87 *in princip.*

179. Quando algum se obrigou a tornar o dinheiro, que se fez da execução, sendo o condemnado provido nos embargos. *Ord. liv.* 3.<sup>o</sup> tit. 86 § 3.<sup>o</sup>

180. Vindo algum Thesoureiro embargando a entrega de alguma cousa movel, que foi emprestada, alugada, ou arrendada. *Ord. liv.* 4.<sup>o</sup> tit. 52 § *fn.*

181. Em resistencia feita a algum Official de Justiça, indo fazer alguma execução, ou penhora. *Ord. liv.* 5.<sup>o</sup> tit. 49 § 4.<sup>o</sup>

182. Em injuria feita a Julgadores, ou seus Officiaes. *Ord. liv. 5.º tit. 50 in princ. e § 4.º*
183. Em escravos fugidos no tormento de açoutes, para que digam de quem são. *Ord. liv. 5.º tit. 62 § 1.º*
184. Nos vadios, e ociosos. *Ord. liv. 5.º tit. 68. § 1.º*
185. Sendo achados gados, ou bestas, nos pães, vinhas, oliveas, pomares, em tempos defesos, tres vezes em um mez. *Ord. liv. 5.º tit. 87 § 1.º*
186. Não assistindo os Escrivães da Camara nas casas da Camara, ou em suas pousadas, nos dias, e mezes de Abril, Maio, e Junho, nos logares, que estiverem dentro das dez legoas da raia de Castella, com o livro para escreverem o gado, que cada um tiver. *Ord. liv. 1.º tit. 115. § 6.º*
187. Em forças novas. *Ord. liv. 3.º tit. 48: et a fortiori, no attentado, Phœb. 2.ª part. Arest. 58: em injurias verbaes, Ord. liv. 1.º tit. 30 § fin.*
188. Quando a demanda é de bens moveis, de quantidade até mil réis, *Ord. liv. 1.º tit. 65 § 7.º*, ou até dous mil réis, tratando-se a causa diante do Corregedor, Ouvidor, Provedor, ou Juiz de Fóra, posto por El-Rei. *Ord. liv. 3.º tit. 30 § fin.*
189. Em escriptura publica. *Ord. liv. 3.º tit. 15.*
190. Em artigos de nova razão. *Ord. liv. 3.º tit. 83.*
191. Em força, roubo, guarda, deposito, ou soldadas. *Ord. liv. 3.º tit. 30 § 2.º*
192. Em expensas *litis*. *Phœb. 2.ª p. Arest. 56.*
- Casos em que se dá conta a El-Rei.*
193. Em caso que se faz *summario*. *Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 16.*
194. Em feitiçarias, e omagios. *Ord. liv. 5.º tit. 3.º § 1.º*
195. Em furto feito em Igreja, que chega a marco de prata.
196. Estando El-Rei presente, e no lugar onde alguém se sentença á morte. *Ord. liv. 5.º tit. 69 § 4.º*
197. Em fidalgo que casa duas vezes, ou sem certeza da primeira mulher ser morta. *Ord. liv. 5.º tit. 19 § 1.º*
198. Do que dorme com parenta, ou criada da pessoa, com quem vive. *Ord. liv. 5.º tit. 24 in principio.*
199. No fidalgo que commetteu rapto. *Ord. liv. 5.º tit. 2.º § 3.º*
200. No fidalgo que dormio forçosamente com a mulher que ganha dinheiro por seu corpo. *Ord. liv. 5.º tit. 18 in principio.*
201. Dos que são tomados nos mares da Índia, e Guiné. *Ord. liv. 5.º tit. 97 § 1.º*
202. Quando se apresenta perdão condicional. *Cabed. 2.ª part. Arest. 69.*
203. Dos que falsificam mercadorias antes de as ter contratado. *Ord. liv. 5.º tit. 57.*
204. Havendo culpas para serem presos alguns fidalgos-de grande estado, e solar. *Ord. liv. 5.º tit. 119 § 3.º*
205. Em resistencia feita, em que algum Desembargador da Casa da Supplicação, ou do Porto, ou Corregedores da Côrte, ou da Casa do Porto, ou da Cidade de Lisboa, ou Meirinho da Côrte, ou da Casa do Porto, ou Alcaides da Cidade de Lisboa, fôr ferido. *Ord. liv. 5.º tit. 49 in princ.*
- Casos em que os Desembargadores ficam suspensos ipso jure.*
206. Primeiro, quando tendo duvida na interpretação de alguma Ordenação, julgarem sem se interpretar, na fórmula da Ordenação *liv. 1.º tit. 5.º § 5.º*
207. Segundo, quando não guardarem as ordens, sendo-lhe allegadas. *Ord. liv. 1.º tit. 5.º § 4.º*
208. Terceiro, quando sendo suspeito, se não lançar dentro de tres dias. *Ord. liv. 3.º tit. 21 § 18.*
209. Quarto, se descobrir os votos, ou o que passar na Relação, que, descobrindo-se, seria prejuizo. *Ord. liv. 5.º tit. 9.º § ult.*
210. Quinto, se receberem peitas. *Ord. liv. 5.º tit. 71.*
211. Sexto, se dormir com mulher, que requer perante elle. *Ord. liv. 5.º tit. 20.*
212. Setimo, se espassarem as licenças, que se lhes derem para se ausentarem, ou, passadas as ferias, não se recolherem logo a continuar a obrigação de seu officio.
213. Alvará de 9 de Novembro de 1617 no livro novo das Extravagantes, fol. 68 vers.
- Auto da Fé.*
214. No auto da Fé, quando se ajuntam em Relação para se sentenciarem os judeus, que sahem a queimar, pergunta-lhe o Presidente, tendo a sentença na mão: Como vos chamam, e de que terra sois? para certificar ser elle o mesmo, que é relaxado: ao que o judeu diz: Fulano de tal parte; e logo lhe pergunta mais: Credes na Santissima Trindade, Padre, Filho, Espirito Santo, tres Pessoas, e um só Deus verdadeiro? e se elle diz: assim o creio, repetindo as mesmas palavras, ou outras semelhantes, diz-lhe mais: Credes em Christo Jesus, segunda Pessoa da Santissima Trindade, que nasceu da Virgem Maria Senhora Nossa, e padeceu morte na Cruz, para redempção do Mundo? elle diz que sim, repetindo o mesmo: Credes que Christo Senhor nosso é o verdadeiro Messias promettido na Lei, que padeceu por nós morte af-

frontosa? responde que sim, repetindo-o; pergunta-lhe mais: Em que lei quereis morrer? elle diz na de Christo crucificado, e Redemptor de todo o Mundo; então o manda levantar, por estar de joelhos, e que o levem para dentro. Nas sentenças que os Inquesidores entregam ao Corregedor do Crime mais antigo, elle as dá logo ao seu Escrivão, o qual as autua, e diz nellas: Aos tantos dias de tal mez, em tal Cidade, nas casas de tal, estando ahí em Relação, na fórma costumada, o Regedor da Justiça da Casa da Supplicação, e sendo em outra parte o Presidente F. e os Desembargadores della, ou adjunctos della F. F. e F. pelo Corregedor do Crime da Côte F. me foi dada a sentença dos Inquesidores, Ordinario, e Deputados do Santo Officio, dada contra F. nella conteudo, mandando-me a autuasse, a qual é a seguinte. F. que o escrevi.

#### Conclusão.

Accordam em Relação, etc. vista a sentença junta dos Inquesidores, Ordinario, e Deputados da Santa Inquisição, e como por ella se mostra o réo preso Fulano ser hereje apostata de Nossa Santa Fé Catholica, e dogmatista no crime de judaismo, e por tal ser relaxado á Justiça Secular; e visto a disposição de Direito, em tal caso, o condemnam a que, com baraço e pregão, pelas ruas publicas, e costumadas desta Cidade, seja levado á tal parte, aonde afogado morra morte natural, e depois de morto será queimado, e feito por fogo em pó, de maneira, que nunca de seu corpo, e sepultura, possa haver memoria; e o condemnam outrosim em perdimento de seus bens, posto que ascendentes ou descendentes tenha, aos quaes declaram por incapazes, e inhabeis, e infames, na fórma de Direito, e Ordenação; e pague as custas destes autos. Dada em tal parte. F. F. e F.

#### Estatua.

Accordam em Relação etc. vista a sentença junta dos Inquesidores, Ordinario, e Deputados da Santa Inquisição; e como por ella se mostra o réo F. que morreu no carcere, ser hereje apostata de nossa Santa Fé Catholica, e por tal relaxado á Justiça Secular, e disposição de Direito, e Ordenação, em tal caso, o condemnam que seus ossos, e em seu nome a sua estatua vão pelas ruas publicas, e costumadas, desta Cidade, e sejam levados a tal parte, aonde serão queimados, e feitos por fogo em pó, de maneira, que nunca delles, e sua sepultura, possa haver memoria, etc.; e sendo relapso, accrescenta: e convencido no crime de judaismo, e nelle relapso, e por tal declarado, etc:

#### Queimado vivo.

Accordam, etc. e por tal relaxado á Justiça Secular, e persistir em seu erro, e assim o decla-

rar neste Senado, declarando, sendo perguntado, que não cria na nossa Santa Fé Catholica, senão na de Moysés; o que assim visto, e a disposição de Direito, em tal caso, condemnam ao réo F. que com baraço e pregão, pelas ruas publicas, e costumadas, seja levado a tal parte, e ahí seja levantado em um posto alto, e queimado vivo, e feito por fogo em pó, etc.

#### Ausentes.

Accordam, etc. que suas estatuas em seu nome etc. e os julgam por banidos, na fórma de Direito, e os dão por taes, etc.

#### Sodomitas.

Accordam em Relação, etc. vista a sentença dos Inquesidores Apostolicos, Ordinario, e Deputados do Santo Officio, Provisão do dito Sentor, por que ha por bem e manda que pelo caso abaixo declarado se julgue e determine pelas sentenças dos ditos Inquesidores; e como se mostra, e declara o réo preso, haver commettido o peccado nefando de sodomia, e como tal ser relaxado á Justiça Secular, vista a disposição de Direito, em tal caso, condemnam ao réo, que pelas ruas publicas, e costumadas, desta Cidade, seja levado a tal parte, aonde morrerá morte natural, afogado, e será seu corpo feito por fogo em pó, para que delle não haja memoria; e seus bens sejam confiscados para a Corôa, e Camara Real; e seus descendentes fiquem infames, na fórma de Direito, e pague as custas dos autos.

#### Nota.

Que parece que os mesmos processos se haviam de remetter á Relação, para se ver se os Inquesidores Apostolicos, como Ecclesiasticos, procediam na fórma de Direito e Ordenação — assim é opinião de Bart. in *L. Magistratus de juridic. omn. jud.*; porém não é necessario mostrarem-se os processos, por se não descobrir o segredo do Santo Officio, para o que ha Breves, e Provisões Reaes. Vide Oliva. de Foro Ecclesiastico, p. 2.<sup>a</sup> *quaest.* 12 n.º 14.

E porque se não mostram os processos, se fazem aos réos as perguntas primeiras: donde sois, como vos chamaes, para se verificar ser elle o mesmo, que pela sentença dos Inquesidores vem remettido ás Justiças Seculares; e as mesmas perguntas se fazem tambem aos relaxados pelo peccado nefando; e as mais perguntas tocantes aos mysterios de nossa Santa Fé, para se verificar se o réo está pertinax em seu erro, para se lhe dar sentença, que seja queimado vivo, ou morto.

A Ord. liv. 5.º tit. 6.º § 13. diz que os que commettem crime de lesa Magestade, seus filhos e netos ficam infames, e incapazes por tal

maldade commettida, e sendo mulheres, seus filhos sómente, o que se intende tambem, e a fortiori, no crime de lesa Magestade Divina. O que se julgou, no auto que se fez dos relaxados no anno de 1645, para o que se deve ver o *Cap. Statum 15 de haereticis in 6, et. quae ibi Barb.*

Note-se, que sendo condemnado um judeu a que o queimeim vivo, por profitente, em caso que se reduza na fogueira, em tempo que a Relação está já desfeita, e os Ministros fóra della, deve ser queimado vivo, por a redução ser já feita fóra de tempo. *Clar. in § haeresis — Covar. liv. 2.º ep. 10 n. fin.*

Nas occasiões em que há relaxados, se deve ordenar ao algoz, que não tire aos padecentes facto, nem outra cousa alguma, em vida, nem depois de mortos, pela maldade que se segue de os judeus lh'os comprarem para reliquias.

#### Juiz do Fisco.

Nota que o Juiz do Fisco, nas sentenças que dá, em que são partes os Familiares, appellam para o Conselho Geral da sua sentença, e a fórmula é a seguinte: Foram vistos na Mesa do Conselho Geral, aonde vieram por appellação do Juizo do Fisco de tal parte, estes autos de F. A. e R. F. e assentou-se que é bem julgada pelo Juiz tal e tal cousa, mas em tal cousa foi por elle menos bem julgado: cumpra-se o confirmado, por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e tal, e tal, absolvem, ou revogam, etc.

A fol. 272 verso está uma Provisão de Sua Magestade, pela qual se manda que nas causas crimes dos Officiaes do Santo Officio, quer nellas sejam AA. quer RR., os Inquesidores tenham jurisdicção sobre elles, e sejam seus Juizes; e nas causas civeis, sendo os ditos Officiaes RR. sómente, e nas causas crimes dos Familiares, ou sejam AA. ou RR, serão outrosim os Inquesidores seus Juizes, excepto no crime de lesa Magestade humana, nefando contra natura, levantamento, ou motim de Provincia, ou povo, de quebramento de carta d'El-Rei, ou seguros, rebellião, ou desobediencia aos mandados Reaes, em caso de aleive, força de mulher, ou roubo della, roubador publico, quebrantamento de casa, Igreja, ou Mosteiro, queima de casa, ou campo, coin dolo, e resistencia, ou desacato qualificado contra as Justças, e quando tiverem officios d'El-Rei, ou dos povos, e Republicas, e delinquirem nelles, e em cousas tocantes aos ditos seus officios, e encargos— nestes casos conhecerão as Justças Seculares contra os Familiares, e não em outros, por graves que sejam; e nas causas crimes dos criados dos Deputados do Conselho Geral dos Inquesidores, Deputados, e Secretarios, serão os ditos Inquesidores Juizes, sendo os ditos criados seus sómente; e appellando algumas das partes da sentença, que se dér nas sobreditas causas pelos Inquesidores, será, para o Conselho Geral, aonde a causa fene-

cerá, sem mais appellação nem aggrovo; e acontecendo haver differença entre os Inquesidores, e o Juiz dos feitos d'El-Rei, e quaesquer outros Officiaes de Justiça, sobre a quem compete o conhecimento da causa, se enviará informação della, com os autos, que forem feitos pelo Inquesidor, ou Julgador outro qualquer, ao Conselho Geral, aonde dous do dito Conselho, com dous Desembargadores do Paço, determinarão a quem pertence; e o que se determinar por esta maneira, isso se guardará; e sendo votos iguaes, se dará conta a Sua Magestade, para mandar o que lhe parecer no caso; e entretanto que isto se trata, se sobstará na dita causa, em que houver alguma duvida; e havendo preso, estará na prisão do Juiz que o mandar prender, e primeiro conhecer do caso; e será bem tratado, com a segurança necessaria. E manda a todas as Justças, cumpram a dita Provisão, na dita fórmula, com comminação de lh'o es-estranhar, e ser nullo o que fizerem em contrario. Em Almeirim, a 20 de Janeiro de 1580.

Em 29 de Março de 1612. (\*)

Costa — Estilos, pag. 219.

## ESTILOS

Mais praticados na Casa da Supplicação. (\*)

### A

Aggravos de petição se dão na mão do Regedor, e elle os dá aos Desembargadores, e se ven-

(\*) Os Estilos das Relações da Casa da Supplicação e do Porto fazem, incontestavelmente, parte da nossa Legislação Patria, por isso que diversos Diplomas legislativos os mandaram observar, taes são, vg. o Regimento de 7 de Junho de 1605 § 8.º, as Cartas Regias de 16 de Junho de 1609 e de 9 de Agosto de 1649, e ultimamente a Lei de 18 de Agosto de 1769, salvas as restricções alli estabelecidas. E qualquer que seja a força de obrigar que hoje tenham, é certo que deviam ser incorporados nesta Collecção. Occorrendo-nos, porém, duvida sobre a data que deviamos attribuir á compilação destes Estilos, resolvemos adoptar o arbitrio de Pegas á Ordenação tom. 4.º pag. 16, seguido por João Pedro Ribeiro no Indice Chronologico de Leis tom. 1.º pag. 30, Borges Carneiro no Resumo Chronologico tom. 2.º pag. 7, e Fernandes Thomaz no Repertorio de Legislação, os quaes todos deram aos Estilos da Casa do Porto a data de 29 de Março de 1612.

Talvez seria esta a data, em que foram escriptos, no Livrinho das Posses da Casa do Cível, citado por J. P. Ribeiro, os Estilos observados até alli; mas é certo que, quando Pegas os compilou, tinham já accrescido alguns de datas posteriores, como delles se vê, e muitos mais accrescentou ainda Costa, que escreveu depois de Pegas, no seu Tratado dos Estilos, do qual os compilamos, por isso que, sendo mais moderno, e tratando especialmente deste assumpto, intendemos ser preferivel a Pegas.

Nem um nem outro destes Escriutores attribue data de compilação aos Estilos da Casa da Supplicação; e mesmo aos do Porto só Pegas a attribue. Mas como era forçoso collocar-os em algum anno, com ou sem data, achámos melhor collocar-os todos em 1612, qualquer que fosse a data em que teve logar a sua compilação, visto ser ignorada a do estabelecimento de cada um delles.

cem por tres votos conformes, salvo em alguma interlocutoria, ou diligencia, que toca ao mesmo agravo, porque nesta bastam dous para vencer; porém no agravo crime de petição, que vai nos Corregedores, se vence por dous sómente.

Aggravo de Capitão-mór, que obriga alguém a servir na milicia, ou o condemna, não se conhece d'elle na Relação, mas vai a Sua Magestade, por um Alvará, que está no livro quinto da Relação, fol. 260.

Avaliação da acção e reconvenção, se ajunta, para se ver se a causa excede a alçada do Juiz, ou da Casa donde se appellou, ou aggravou; e sendo uma dellas de bens de raiz, e outra de moveis, ou havendo na mesma causa raiz, e movel, se olha qual é mais, e pela maior somma se julga tudo por raiz e movel.

Acção de força, intentada summariamente. Dúvidou-se se podia o author ao tempo de replicar dizer que queria que corresse ordinariamente, e que renunciava ao summario. Julgou-se que não podia, porque era formalidade, por ser Lei ordinativa; e assim se julgou em um agravo do Conde da Vidigueira contra D. Antonio da Silva, e em outros. Parece que não bem, porque isto não é fóрма; e posto que o fóra, é fóрма, e em favor da parte, a podia renunciar, pela Ord. liv. 3.º tit. 3.º e tit. 33.º § 4.º, e ainda tacitamente consentido que o réo fale á propriedade. — *Cap. 1.º de restit. § fin.* e assim diz *Cabed. decis. 71 in fin.*

Aggravo que vem á Relação, se acham que o caso era de appellação e se despacha, não tomando d'elle conhecimento por esse respeito na mesma audiencia da Casa, póde a parte ir appellar, e depois vai ratificar a appellação, ao Juizo que pertence.

Aggravos de petição se despacham com resposta do Juiz, de que se agrava; e sendo Desembargador da Casa, se ouve na Relação, e não estando nella, se despacha sem ser ouvido; porém, sendo materia grave, é estilo esperar-se para ser ouvido. Porém, se o Julgador tem algum officio que não é Desembargador, então responde por escripto.

Aggravo que o Official denega contra seu Regimento, ou carta testemunhavel, se não é fóra das cinco legoas, se faz petição ao Regedor de queixa, e elle commette o caso a um Desembargador, que proscede contra elles, feito summario.

Appellação, se não consta quando foi recebida, para se contarem os seis mezes, se intende ser recebida do dia da attempação della, e pode-se admitir a parte a proval-o com testemunhas, e assim a parte contraria, a provar que é passado o tempo.

Aggravo em que uma das partes tem arrezoadado, abre-se a conclusão para a outra haver vista, e não de outra maneira.

Aggravos se admittem de não recebimento

de embargos, quando nisso ha notoria nullidade contra a Ordenação, posto que a causa caiba na alçada do Juiz; porém, nos casos que cabe na alçada, se faz petição ao Regedor.

Aggravos de petição e instrumento, regularmente, não ha nelles condemnação de custas, salvo havendo malicia.

Aggravo ordinario do Corregedor para a Relação, depois de estar preparado, e pagos os 900 réis do agravo, constando que é abonado, pára a execução, e assim o declara a Ord. liv. 3.º tit. 84 § 14.

Aggravar se pode do Juiz, que condemna a final, quando procede, sem citar as partes, no caso em que as devia ouvir, como de notoria nullidade. — Arg. da Ord. liv. 1.º tit. 58 § 25.

A parte que ha de arrezoar em segundo logar, não póde obrigar a outra parte que arrezoe logo com os papeis, que elle lhe offerece, e que tem para depois ajuntar no seu arrezoadado, porque quando os ajuntar ha de haver nova vista delles, e de suas razões, e ha de arrezoar com ellas no seu logar.

Aggravos que se tiram da Misericordia de Lisboa, e das mais que tem o seu privilegio, não se conhece nas Relações, por privilegio, que para isso ha, senão na Mesa do Paço.

Aggravo de instrumento não vem da Casa do Porto para a da Supplicação, posto que o rigor mostrava poder havel-o nos casos que não cabem em sua alçada, mas é estilo aggravar-se no processo, na fóрма da Ordenação.

Aggravos de execuções de sentenças se conhece delles nas sérias, porque a Ordenação livro 3.º titulo 18 § final parece que diz outra cousa.

Aggravos no Juizo da Corôa, é estilo dar-se vista da petição ao Juiz Ecclesiastico, e vista sua resposta, se manda passar carta para virem os autos; e se os não manda, ha-se a petição da parte por justificada, e sendo vista, se lhe dá provimento no agravo.

Absolver *ad reincidentiam*, manda o Juiz da Corôa das censuras, de que está para elle aggravado, quando a causa se dilata; porém neste caso não póde pôr clausula, que, não as levantando, se não guardem, porque isto faz sómente depois que conhece, e não de antes.

Aggravo da Corôa em materia de jurisdicção, ou semelhante, dada sentença, se notifica ao Juiz, com primeira e segunda carta, e se não obedece, se dá conta no Paço, e se passa carta emprazatoria, morando fóra da Côte, e se assigna dia certo para o Juiz dos Feitos, e Procurador da Corôa, serem ouvidos com o Juiz; e se ainda não quer cumprir este ultimo assento, se lhe manda notificar, por Accordam dos mesmos Juizes: o Juiz da Corôa por si só vai procedendo na execução, mandando-lhe notificar os criados o não sirvam, e sequestrar as rendas, e escravos, e ultimamente, não obedecendo, se procede contra

elle a desnaturalisamento, e não se lhe entra em casa, salvo se é Bispo, porque este se não chega a desnaturalisar, sem especial ordem de Sua Magestade.

Aggravo que se tira do Juiz da Corôa, do que elle manda em audiencia, pertence á mesa dos aggravos, e não á mesa da Corôa.

Aggravo sobre incompetencia do Juizo, posto que em materias de jurisdicção, pertence aos aggravos, como tambem da incompetencia em casos crimes, vai aos aggravos, e não ao Corregedor da Côrte.

Aggravo de petição, indo á mesa, dá-se provimento em qualquer aggravo do processo, se a parte o requér — porém, se para este effeito aggrava frivolamente, não se defere ao aggravo do processo, porque se intende que só para este effeito aggravou.

Assignatura se leva do aggravo, de que se não toma conhecimento, por se não pagar a caução em tempo, ou da appellação, de que se não toma conhecimento, por não ser caso della, ou outro semelhante, excepto quando o feito fica na mesma Casa, por não pertencer áquelles Juizes.

Avocar se podem os presós das terras dos Senhores, posto que nellas tenham toda a jurisdicção, sendo porém os casos graves.

Admittir se póde o filho a litigar, na causa que se trata com seu pai, se della lhe póde vir prejuizo.

Alçada não ha nas causas de Direitos Reaes, nem em jurisdicção, porém nos reguengos sim.

Aggravar se póde de appellação não recebida, ou no processo, ou por instrumento.

Appellar se póde, por parte da Justiça, na devassa, que se tira por commissão, posto que fosse tirada a requerimento de parte, posto que a Ord. liv. 5.º tit. 122 § 4.º o não declara.

Almotacé se póde escusar de servir, quando prove que na terra não servem pessoas da sua qualidade, e assim se intende a Ord. liv. 1.º

Aggravar, ou appellar, quando se deve do Juiz, que priva da posse—vide verb. Juiz.

Author que é chamado para a causa, não póde ser testemunha nella, posto que elle não quizesse ser author.

Aggravos que vem das Ilhas, não é obrigação segui-los em trinta dias, mas seguem-se no tempo que se lhes assigna.

Appellar, quando não é obrigado o Juiz por parte da Justiça, não tira que a parte condemnada possa appellar por seu interesse.

Aggravos que os leigos tiram de no Juizo Ecclesiastico se haverem por provadas as qualidades, é estilo conhecer-se delles no Juizo da Corôa, para ver se julgaram, e se usurparam a jurisdicção Real: porém nisso se tem julgado na Mesa do Paço variamente.

Aggravo em que não houve condemnação de custas, póde o Juiz, de quem se aggravou, conde-

nuar nas do retardamento, quando se ajuntou petição aos autos, e a causa esteve queda; e disto se póde tornar a aggravar, não cabendo na alçada; e não póde remetter á Relação, para que lá condemnem, porque ha de deferir como lho parecer.

Ausente que se cita como herdeiro do defuncto, ha de ser citado pessoalmente, tendo logar certo.

Appellar se póde do Juiz não condemnar nas custas, quando o principal não cabia em sua alçada, e porque, posto que a parte se aciete no principal, póde appellar do que falta, que tem a mesma natureza.

Aggravo que se ha de seguir em trinta dias, conhece-se delle, posto sejam passados tres e quatro dias.

Alçada não ha na causa, em que se julga alguém por infame.

Alimentos é estilo darem-se aos filhos naturaes, com qualquer proya, mas não é estilo darem-se-lhes *ad litem*, senão depois da primeira sentença dada em seu favor; o que não é assim nos legitimos, porque tem por si a presumpção.

Alimentos que se dão ao filho que casa, durante o matrimonio, não se conferem.

Accusador que tem Provisão para accusar por procurador, communica o mesmo privilegio ao réo.

Aggravar se deve perante o Juiz, de quem se aggrava; porém no aggravo especial, que se possa ir aggravar em qualquer Juizo, mas não basta que seja perante o Escrivão sómente.

Assignado de maior quantia, se a parte o reconhece, assignam-se-lhe dez dias, como a escriptura publica.

Assignado do que nelle se nomêa por tal pessoa, que valerá o assignado como escriptura, isso basta para valer como tal, e se lhe assignarão dez dias.

Autos não se annullam por incompetencia do Juizo; só se annulla a sentença, e os autos se remettam a quem pertencem; e se é na Relação, se dá nelles sentença, supprindo as nullidades, e mandam dizer as partes n'aquelle Juizo.

Appellação que uma vez se mandou receber por despacho da Relação, no instrumento de aggravo, que sobre isso se tirou, não podem depois os Juizes, a que a appellação foi destruida, duvidar sobre se é de receber, ou não.

Appellação é estilo receber-se com effeito suspensivo, sobre alimentos preteritos, e não futuros.

Assignados de Clerigos não tem por esta qualidade força de escripturas publicas.

Aggravo em que foram assignados cinco dias para o levarem á Relação, quando se aggravou do Corregedor della, se póde conhecer delle, posto que sejam passados, se ainda duram os dous mezes da Ordenação.

Acção, e reconvenção, que vem em processos apartados, paga-se delles duas assignaturas.

Aggravo que se tira do Desembargador dos aggravos, que faz audiencia, se aquelle mesmo feito lhe foi distribuido, pela qual razão o aggravo houvera de ir a elle, e aos seguintes, este vai ao seu seguinte por primeiro.

Aggravar se não pôde, senão no processo, de haver alguém por inhabilitado; porém de o julgarem por não habilitado, se aggrava por petição, ou por instrumento.

Appellar se pôde de se mandar fazer embargo, ou sequestro, se sómente sobre isso pende a causa; porém fazendo-se incidentalmente na causa que pende, é aggravo do processo.

Aggravo sobre a sentença, com os primeiros tres, os mais dizem *de more*, e o ultimo põem a sentença.

Aggravar se não pôde do Corregedor, que despachou com El-Rei, para a Relação, senão para quem El-Rei commette.

Aggravo que se tira da execução da sentença da revista, vem aos Juizes d'aquella revista, quando revogaram a primeira sentença, conforme a Ord. liv. 3.º tit. 57 § 12, que se estende a este caso; mas se a confirmam, parece que é dos Juizes da primeira sentença, que essa se executa, e não a da revista.

Aggravo que se tira da execução, que o Corregedor faz na parte, e na fórma da Ord. liv. 3.º tit. 84, por não possuir bens, pertence aos Juizes, a quem o aggravo foi distribuido.

Aggravo que se tira do Corregedor, que executa sua sentença, por a parte não ter bens, na fórma da Ord. liv. 3.º tit. 84 § 14, se da execução se aggrava por petição, vai aos Juizes, a quem se distribuio o aggravo.

Appellação sobre resistencias d'ante os Almojarifes, e Contadores, pertence aos Ouvidores do Crime.

Aggravar por petição da injusta pronunciação, não pôde o que está solto, nem se lhe admite petição, antes de se habilitar com carta de seguro, ou indo á cadeia; porém da pronunciação em casos civeis, se admite petição, e se dão despachos nellas.

Aggravo de petição, em que o Regedor por esquecimento não poz dia, se se duvida do tempo em que foi apresentada na Relação, se computa o tempo do dia do despacho da Relação, se nelle tem o Regedor assignado, posto que, na fórma da Ordenação, se haja de computar do dia que o Regedor assignou no rosto da dita petição.

Aggravo que se tira do Corregedor do Crime, que recebeu querella de testemunhas falsas, se na Relação se revoga, e se julga que não é caso de receber querella, não se pronuncia em custas, antes o Corregedor o deve fazer, requerendo-lh'o a parte.

Aggravo como se concede do Porto para a

Casa da Supplicação nos casos que excedem a alçada. *Vid. verb. Sentença.*

Aggravo que se tira do Juiz da Alfândega, ou Contador, que conhece da causa por a pessoa ser privilegiada, por ser rendeiro o author, vai aos aggravos, e não á Fazenda de Sua Magestade, sendo entre partes, posto que parecia o contrario; e assim é estilo.

Appellação nos casos de Ordens, quando se trata de remetter a ellas alguém, vem aos Ouvidores do Crime, e não ao da Corôa, e assim procede a Ord. liv. 2.º tit. 1.º § 29.

Aggravo que se tira para a Corôa, se o Colleitor, ou outro Ecclesiastico, não dá os autos, q' estilo recebeu que se havia a petição da parte por justificada, esse depoimento, e assim se faz cada dia. Porém este estilo não tem fundamento, e começou na era de 1598, em um aggravo, que foi ao Paço, em que um Juiz não deu os autos; e assentou-se que, pois os não dava, se procedesse á revelia; e com este fundamento, o despacho, se tornaram a passar novas ordens, e cartas, que os desse, senão que se procederia á revelia; e com esta occasião se foi introduzido, que se houvesse por justificada a petição, não havendo tal ordem, senão proceda á revelia, que é muito differente; porque neste caso ha a parte aggravante de justificar seu aggravo, ou com testemunhas, ou com papeis, e mostrar o gravame, que se lhe faz, e que é notorio; e não provando, não se pôde provêr, havendo por justificada a queixa, como se faz sem ordem de Sua Magestade, nem estilo, em tanto que ha uma Provisão (liv. 16 fol.) que manda que não se possam pedir os autos aos Ecclesiasticos, senão os traslados de certas cousas, pelo que se deve nisto pôr outra ordem.

Aggravo ou appellação que está já no Senado, se aconteceu que na primeira instancia se deu dilação para fóra do Reino, na forma da Ord. liv. 3.º tit. 54 § 16; estando no aggravo, a inquerição veio, torna-se o feito ao Juiz da primeira instancia, para que de novo o sentencieie; e esta sentença não extingue aquella distribuição, antes fica interlocutoria, e torna aos mesmos Juizes; e são as razões disto porque se aggrava muito a parte na sentença, por ter o primeiro Juiz voto; e se é appellação, pôde pela sentença dever-se dizima; e assim o julgámos, mandando tornar ao Juiz da India e Mina um aggravo, aonde a parte requeria que se abrissem as inquerições, e dissesse com ellas, e a outra parte dizia que ou não havia de usar dellas, ou se usasse, havia de tornar a causá ao primeiro Juiz; e assim se mandou.

Assignam os Juizes vencidos em todas as cousas, que se escrevem por Accordam em Relação; porém, nas que se escrevem por Accordam os do Desembargo, assignam só os que foram n'aquella sentença.

Appellação que vem ao Senado, por aquelle que se julga na primeira instancia, que não podia

ser ouvido, se o Juiz o tem já condemnado, e elle appella da sentença, nem cá pôde ser ouvido na appellação, sem depositar; porém os Juizes da appellação conhecem do merecimento da causa; porque bem podia o Juiz condemnal-o mal, sem embargo de não ser ouvido, pelo author não provar sua acção, *justa L. fin. revend.*; e ha-se de advertir, que o Juiz neste caso pôde não receber a appellação; porque, o que não pôde ser ouvido, nem appellado o pôde ser; porém, se de effeito a recebe, vai na appellação á revelia, como na primeira instancia tinha ido.

Appellação, em que se julgou que não tomavam conhecimento, por não ser aggravado em tempo, ou não ter pago os 900 réis, se a parte tem provisão para conhecer, vai aos mesmos; porém não é assim, quando não appellou na fórma da Lei, porque então se appella de novo.

Alimentos, *ad litem*, é interlocutoria, *L. Si quis a liberis agnoscere*; porém tem força de definitiva, e de appellação; porque em final não pôde ter remedio, por quanto estes não se dão com fiança.

Aggravado que se tira do Desembargador, que foi com alçada pronunciar á prisão, posto que pertença ao Desembargo do Paço na fórma da Ordenação livro 1.º titulo 6.º § 4.º e 80, com tudo sendo recolhido á Casa, e a alçada acabada, e estando já commettida nella, ou a elle, ou a outro Juiz, pode-se aggravar para a mesa dos agravos, se o caso lá pertence, e tomar-se delle conhecimento; porque se a quem tem trato successivo, o mandar prender, e aggravando-se agora, basta, posto que fosse pronunciado em alçada. Assim se julgou em um caso das Ilhas, aonde foi tirar devassa o Desembargador Gonçalo de Sousa, e pronunciou um culpado á prisão, e cá se lhe commetteu que fosse Juiz das devassas, e aggravou-se delle para a Relação, e se julgou que se devia tomar conhecimento nos agravos; e assim do que foi provido em alçada, se agrava para a mesa; porque quando o Juiz executa, elle é o que agrava a parte. *Bart. in L. á Divo Pio, § sententiam Romae, ff. rei judic.*

Aggravos de petição, em que se duvida, se ha a petição de ajuntar, vota por terceiro o Regedor, na forma da Ordenação livro 1.º titulo 1.º § 19, e não conformando, mettem-se mais votos, e neste caso vence-se por dous, haver-se de ajuntar como interlocutoria, posto que parece que ha de ser por tres.

Avocação que se faz de fóra das cinco legoas pelo Corregedor do Crime, na fórma da Ordenação, e com parecer do Regedor, é estilo não se começar o despacho do Regedor, senão ordinariamente, que avocação é na fórma da Ordenação, e o Regedor assigna.

Audiencia dos agravos no principio do anno começa a fazer o mais antigo, posto que no fim do anno tivesse acabado nelle o turno.

Appellação do Desembargador, que vai com

alçada, não vem ao Senado, senão á Mesa do Paço, pela Ord. liv. 1.º tit. 6.º § 4.º porém de Desembargador que vai tirar a devassa se se appella, vem a appellação e agravado á Relação, posto que pareça que é delegado, e que pertencia ao delegante; e assim se conhece cada dia; donde airamnos que vão com alçada, se acabada ella, executam a sentença, e de algum excesso se agrava, nestes casos vem o agravado ao Senado, e não ao Principe, porque o que executa, é o que agrava.

Appellação que não foi á Relação do Porto, não se conhece della agravado para a Relação da Casa da Supplicação, por quanto do Porto não ha agravado de instrumento.

Aggravado que se tira do Corregedor do Crime não guardar carta de seguro, que passou o Conservador de Malta, que pretende ter poder para as passar em casos de morte, não pertence aos Agravos, senão á Corôa; e assim se assentou em uma carta, que passou João de Lucena, Conservador de Malta.

Assignado de fidalgo, feito, e assignado por elle, assignam-se-lhe dez dias, posto que não seja por elle reconhecido, nem se requerer que elle o reconheça, ainda posto que o negue; e se pretende que é falso, dentro dos dez dias o deve allegar, e provar, na fórma da Ordenação liv. 3.º tit. 25. Porém os assignados dos plebeus, na quantia em que os podem fazer, não se põe em dez dias, senão sendo primeiro reconhecidos; assim se declara na Ord. d. tit. 25 in principio, que manda assignar logo os dez dias, sem tractar de preceder reconhecimento, e o § 9.º do mesmo titulo, que nos outros manda que preceda; assim o julgámos no feito de Francisco Caldeirão com Luiz Martins de Vasconcellos.

Aggravado que se tira do Advogado mais antigo, que em alguma causa fez audiencia, por ser suspeito o Desembargador, que a fazia, duvida-se quando se manda ajuntar petição, se havia de dizer, que seria com resposta do Advogado, que fez audiencia, como se faz nas petições de agravado, que se tiram dos mais Juizes inferiores da Cidade; e assentou-se que se havia de pôr o despacho ordinario; e porque o Advogado não pôde ser ouvido pessoalmente, nem dar resposta, que representava o Corregedor, como quando ella estava ausente; e assim o testificaram os velhos da Casa, presente o Senhor Regedor Manuel de Vasconcellos. Porém o contrario diz o Doutor Luiz da Gama que se fez sempre, e que se ha de dizer que responda o Advogado, que fez a audiencia; e isto é mais conforme á mente da Ordenação.

Alheação de bens de raiz, se duvidou se era o olival, que a parte vende para se arrancar, e parecia que era movel, pela razão da *L. fin. ff. — Gutier. de Gabel. quaest. 111*; comtudo *respectu venditionis*, se houve que eram bens de raiz, por ser olival *pars fundi*; e assim o julgámos no feito de Diogo Rodrigues, contra Luiz Affonso.

**Aggravo do Juiz Ecclesiastico sobre qualidade não provada.** *Vide verbo* Qualidade.

Aggravo, se acontece que a parte faz primeiro petição á Relação, não tendo ainda aggravado, e depois agrava, não se toma conhecimento da petição, e assim se pratica.

Aggravo se tira nos casos, que cabem na alçada do Juiz, por não guardar a Ordenação, vão ao Senhor Regedor, Ord. liv. 1.º tit. 5.º § 6.º Isto se intende nos despachos, que o Juiz dá por si só, e não nos que dá por Accordam, porque nestes não ha aggravo para ninguem.

Arrematação feita, se o Juiz não mandar entregar o ramo, na fórma que o dispõe a Ord. liv. 3.º tit. 86 § 27, e consulat Vallasc. consul. 347, num. 5.º com tudo, se depois o Juiz assignou a arrematação, e approvou o feito, sustenta-se; e assim o julgámos no feito de Francisco Botelho contra Gonçalo Caldeira de Portalgre, Escrivão Gracez.

Aggravo de petição quando se tira do Juiz, que executa sentença da Relação, pertence aos Juizes, que deram a sentença; e sendo Ouvidores do Crime, leva-se ao Juiz, e elle a manda ajuntar aos autos, e não aos Desembargadores dos aggravos.

Aggravando uma das partes, e seguindo seu aggravo, no qual esteja dado despacho da Relação, se a outra parte houve provisão para agravar, e seguir pela sua parte no que fazia contra elle: duvida-se, se este segundo aggravo vai aos mesmos Juizes, ou se ha de haver nova distribuição. Votou-se perante o Senhor Regedor, que se havia de distribuir de novo; e posto que pareceu o contrario, porque a mesma causa, e parte, de que se sentenceou, é connexa, que basta para se duvidar, posto que já seja sentenciada, porque ainda dura a razão da *L. Nulli, Cod. de judic.*

Apellação, ou se julgue por deserta, ou se confirme a sentença do Juiz, sempre se ha de levar da sentença assignatura, conforme a quantia do feito principal.

## B

**Bannido**, posto que seja passado o tempo da Ord. pôde ser ouvido, allegando nullidade, ou incompetencia summariamente.

Buscas levam os Escrivães dos feitos, que se lhe mandam ajuntar, quando a causa se muda para outra parte, mas não pôde levar o gasto de os mandar buscar.

Beneficio havido depois do delicto, não escusa de apparecer pessoalmente, e aliagar o delinquente seu novo privilegio, para ser remettido, na fórma da Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 21.

Bannido não pôde ser condemnado á morte, durando o anno em que se pôde vir appresentar, posto que n'isto o vi julgar de outro modo.

Bannido que se apresenta. *Vide verbo* Condemnado.

**Bens de raiz**, se é olival que se vende. — *Vide verbo* Alheação.

Benefiteiros se liquidam, dando-se á parte juramento do que as estima, e aquella quantia se deposita no depositario publico, e trata-se da liquidação, e a parte não recebe o deposito: e se jura com dolo demasiadamente, tomada informação, ou por vestoria, ou testemunhas, os Juizes taxam a quantia que se ha de depositar.

## C

Chancellor, que julgou o Desembargador suspeito, elle dá Juiz n'aquella causa; porém nas mais causas, que tocam ao mesmo Juiz entre as mesmas partes, dá Juiz o Senhor Regedor.

Carta de guia para os degradados, a passa o Corregedor, em nome de Sua Magestade, e a faz o Escrivão dos degradados.

Causas de que Sua Magestade manda tirar devassa, ficam affectas ao dito Senhor, para as commetter n'esta Relação, posto que as causas sejam do districto da Casa do Porto.

Chancellor da Casa não pôde tomar adjunctos para as suspeições das causas, em que o Senhor Regedor é suspeito, e lh'os não pôde dar, antes neste caso os ha de pedir ao Desembargador dos aggravos mais antigo; porém o Chancellor-mór toma adjunctos, que elle quer, e despacha em sua casa, porque tem para tudo Provisão de Sua Magestade.

Corregedor do Crime da Côte manda vir os presos de todo o districto com parecer do Senhor Regedor, e avoca as culpas.

Condemnar em custas em aggravo não é estito, quando não ha malicia; e isto nos de petição e instrumento.

Condemnação de custas e frutos, se esqueceu, se pôde supprir por simples petição.

Carta de Camara se não requer, na execução, nem liquidação, para citar os Grandes, senão só na primeira citação, para fallar ao feito, passados seis mezes.

Corregedor ha de pôr com seis os feitos de morte, nas contrariedades, e cartas do seguro; e depois, se não houver provas, sem embargo disso, os pôde pôr em final com tres.

Causas de que se conhece na Casa, não é estito commetter-as Sua Magestade, fóra della, a outros Juizes.

Caução nas suspeições não deposita o Procurador da Corôa.

Caução nas suspeições se não pôde tirar de toda, senão diminuir-se, conforme a qualidade da prova da pobreza, ficando sempre em quantia consideravel.

Caução se deposita nas suspeições postas a algum Vereador, quando é Desembargador, posto que a Ordenação o não diga; porque retém a dignidade e preeminencia, posto que em outro logar.

Chancellor-mór passa as cartas e sentenças, que dá o Corregedor da Córte, estando a Córte fóra do lugar, aonde reside a Relação.

Cartas de seguro em casos de morte, póde passar o Ouvidor de Braga.

Corregedor do Cível póde executar sentenças dadas entre pessoas, que não tem privilegio para trazer seus contendores á Córte.

Custas em tresdobro por malicia, póde-se appellar da condemnação dellas, posto que a quantia caiba na alçada, se ellas excedem; e assim da não condemnação.

Captivos tem a metade dos vestidos, que se julgam por perdidos.

Caução se não deposita nos feitos dos presos da Misericordia.

Condemnado que dá bens á penhora, em que ninguem lança, se póde ser preso. *Vide verbo* Executado.

Clausula depositaria estende-se ao herdeiro, para não ser ouvido sem depositar.

Contumaz ficto, que só apparece por seu procurador, é estilo citar-se seu procurador, para ver jurar testemunhas, posto que a Ordenação parece que só falla com o contumaz verdadeiro.

Clerigo póde ser nomeado para o prazo, mas é obrigado tirar-se delle dentro de um anno.

Compromisso não podem fazer as partes em materia de Direitos Reaes, porque o Juizo da Corôa é privativo.

Caixeiro que em nome alheio se obriga com palavras, que mostram obrigar sua pessoa, com tudo sempre obriga seu constituinte.

Caso de devassa não é juramento com parentes, e affins, sem palavras de casamento.

Causas diversas que nascem de um mesmo delicto, sempre é o mesmo Juiz e Escrivão nellas, na primeira instancia; mas na de appellação póde ir a diversos Juizes; porém é estilo que na appellação o Regedor os faça despachar, juntos ao mesmo delicto, quando ha muitos culpados.

Corregedor póde levar consigo as culpas dos culpados, quando tira devassa por correição, sem embargo da Ordenação liv. 1.º tit. 58 § 24.

Custas não se vencem em ferias, salvo quando o feito correr nellas por provisão.

Custas contam-se ao preso contra a pessoa, que o fez prender, posto que trouxesse demanda com mais pessoas.

Carta de seguro que passa algum Conservador com o de Malta. *Vide verbo* Aggravo.

Condemnando-se Juiz em custas, poem-se clausula, que tendo embargos, os virá allegar dentro de trinta dias; e não se poem esta clausula, quando se condemna em pena de não receber appellação; e sendo Juiz ultramarino, se assigna o tempo que pareça.

Citar se póde na Córte o chamado a ella por El-Rei, se o que mandou citar, é pessoa que podia mandar citar para a Córte.

Cadêa no pé se não poem ao degradado para o Brazil, não sendo para sempre.

Condemnação em casos crimes dos que se livram soltos, se é de quantia de tres mil réis, se poem clausula, que sejam primeiro presos, e paguem de cadêa; e se ao Juiz lhe esquecer, o Escrivão o póde pôr no relatório da sentença.

Clausula depositaria não obriga, em quanto se trata das sentenças de incompetencia do Juizo, e ha-se de pôr dilatoria, que se ha de oppôr antes da lide contestada, nem obriga o que allega ter pago.

Condemnação em caso crime, que chega a tres mil réis, logo leva dias de pessoa, e se paga a condemnação da cadêa.

Corregedores do Crime, quando despacham feitos, que lhes não pertenciam, por serem distribuidos ao companheiro, os despachos valem; e nos de commissão feita a algum delles ainda valem os interlocutorios, e não os finaes; porque esses hão de ser dados necessariamente pelo Juiz, a quem se commetteram.

Crime commettido por natural do Reino contra outro natural, fóra delle, se póde castigar no Reino.

Citação nova se não faz para correr com a execução, por serem passados seis mezes.

Cita-se a mulher sobre padroados, e jurisdicção, como sobre os bens de raiz.

Conservadores Apostolicos se hão sempre por delegados, posto que nas suas Bullas haja causas exuberantes.

Carta de seguro se não passa ao preso por outro crime.

Citação que se faz para a causa, por serem passados seis mezes, não é necessario fazer-se á mulher.

Caução a divida, por ser suspeito de fuga o devedor, póde pedir em qualquer Juizo Ordinario, em que haja jurisdicção ordinaria, e prorogavel, posto que originalmente pertença a causa a Juiz certo, e privativo, como é o da India e Mina, e a causa era aonde pertencia.

Citado para a alma, é melhor estilo, sendo contra causa, esperal-o até a primeira audiencia.

Citar-se por editos não póde para a alma, nem para reconhecer assignado.

Clausula depositaria não obriga, quando no arrendamento se promete a terça parte dos fructos, porque não fica sendo liquida; para logo se depositar: assim o julgamos no feito de Luiz de Miranda com Jeronimo Trancoso, Escrivão Guerra.

Citar não póde o pai em nome do filho captivo, que era filho familias: se era já casado, e emancipado, então sim.

Collação quando se faz, o filho que levou maior dote, é o que ha de provar que lhe cabe, em legitima e terça, o que tem, e não os co-herdeirs, que o dote é excessivo; porque elles tem por si a presumpção de tudo ser herança.

Collação quando se faz entre muitos dotados, se o primeiro se levanta com seu dote, em que esgotou legitima, e terça do dotador, o segundo dotado não pôde fazer o mesmo, nem tratar de tirar terça, para refazer o seu dote, porque não pôde haver duas terças; e assim, passado o primeiro dote, que levou a terça, tudo o mais fica em legítimas, salvo se depois do primeiro dote houvesse adquiridos, porque destes se poderá ainda tirar terça; e se com tudo depois do primeiro dote houve adquiridos, o primeiro dotado, para refazimento do seu dote, escolhe para tirar a terça ao tempo da morte do dotador, então se tira terça dos adquiridos para o primeiro dote, e o segundo dote não tira delles terça, como acima se disse; porque procede no caso, em que o dotado se levanta com seu dote, ou escolhe a terça ao tempo do seu dote, e assim se praticam estes casos, que são duvidosos de acertar.

Carta de seguro, ou alvará de fiança, não obriga residir nas audiencias, em quanto se trata sobre a excepção de incompetencia, ou outra qualquer, que não pertença a bem da causa.

Custas de autos paga a parte, a cuja instancia se levam os autos a outro Juizo por Provisão de Sua Magestade, e não cobra da parte contraria a sua parte delles antes de final.

Clausula depositaria, posto que obrigue a não ser ouvido sem fazer deposito; com tudo, dada sentença, pôde o réo, que não depositou, appellar, e a isto se admite; porém se não deposita, não se ouve, nem se lhe dá vista no grão de appellação.

Condemnado em pena de crime, que se apresenta dentro do anno, que diminua a condemnação, posto que não tire de todo a pena, e outrosim, posto que se lhe não receba a contrariedade por contraditas, e allegações de Direito, pôde ser aliviado da pena, em que foi condemnado; e assim o vi julgar no caso de Francisco Ferrão, que accusava Manoel Cirne, posto que a Ordenação mostre que a defesa ha de ser tal, que tire totalmente a pena, e que ha de ser recebida.

Condemnado que pede compensação de divida não liquida, dão-se-lhe nove dias pela Ordenação liv. 4.º tit. 78 § 4.º, e assim o julgámos: funda-se em Alex. cons. 83 n. 8 liv. 5.º, e cons. 35 in fin. liv. 1.º Rebuf. 8.º tom. *incipit sententiae exequutio non redatur.*

Corregedor da Córte de serventia, quando deu sentença, servindo pelo proprietario, posto que mande soltar um preso, se depois entra o proprietario, e elle assigna o mandado, e dá á execução o que o da serventia mandou, sem elle mais intervir nisso.

Condemnado em um feito em pena crime para Angola, e em outro para galés, sem embargo de estar dada a primeira sentença, e publicada na segunda, que se dá contra a mesma pessoa, se pôde haver respeito á primeira sentença, e a condemnação de Angola mudal-a em annos de galés, e então

se diz, que lhe dão tantos annos mais pelos em que estava condemnado para Angola, que com os sete, que por esta culpa dão, são dez, os quaes comprirá, etc. Isto se faz, posto que a primeira sentença fosse dada por diversos Juizes; mas eu cuido que não pôde ter logar, senão quando a primeira e segunda sentença é dada pelos mesmos.

Conservador dado a alguma Religião, ou pessoa isenta, posto que traga clausulas muito amplas, e que o Juiz seja ordinario, nem por isso deixará a tal pessoa de poder ser citada perante o Corregedor da Córte, na fórma da Ordenação liv. 2.º tit. 1.º que assim se deve declarar, e se julgou muitas vezes, porque estes ordinarios são improprios, e por modo extraordinario, de que a Lei não fala.

Commissão dada a um Desembargador de agravos em um feito, não passa ao que serve em seu logar, mas é necessaria nova commissão, sendo elle ausente.

Casos de morte, posto que o Juiz os possa pôr com tres, quando vem em condemnação de menos de cinco annos, conforme a Ord. liv. 1.º tit. 1.º, com tudo não tem logar, quando vem ja sentenciado em morte, porque então se ha de pôr com seis necessariamente.

Citação para a alma, é necessario que logo nella se exprima, que é citado para a deixar em sua alma, aliás não se dá juramento.

Confissão feita no depoimento, não se cre com a qualidade posta nelle, e ha nisso differença do juramento decisorio, e assim se intende a Ord. liv. 4.º tit. 52, e o julgámos no caso.

Conservador de algum estanque, posto que seja algum Corregedor da Córte, não pôde passar mandado para o Escrivão do outro Juizo lhe trazer os autos avocados, como cada dia se faz; mas ha de deprecar ao Corregedor, ou Juiz, que conhece da causa, para que lh'a remetta; e porque elle ha de ver se é a jurisdicção sua, e podem as partes aggravar de elle remetter; e assim julgámos, reprovando o estilo, que os Corregedores da Córte, nos Estanques de que são Conservadores, iam introduzindo. Porém embargou-se, e apresentou-se um Assento do Paço, em que determinou, que, visto o costume de passar mandado avocatorio, que havia nos Corregedores da Córte, podiam neste caso fazer o mesmo, porque conheciam como Corregedores da Córte.

Chancellor não pôde passar pela Chancellaria a sentença dos autos, em que foi Juiz adjunto, quer se vença pelo seu voto, ou fosse vencido.

Cortamento de membro hade-se pôr com seis Juizes, posto que a Ord. liv. 1.º tit. 1.º § 6.º (*vide Phoeb. 1.ª p. Arest. 153*) fale só nos casos de morte natural; e assim se praticou, duvidando-se perante o Senhor Viso-Rei em uma cutilada pelo rosto á traição, nos termos da Ord. liv. 5.º tit. 35 § 7.º

Crime commettido na India não se castiga, nem accusa neste Reino.

Custas que se pagam da cadêa. Vide Cab. 1.<sup>a</sup> p. Arest. 101.

Crime commettido na India não se castiga, nem accusa neste Reino, sem preceder ordem expressa de Sua Magestade para isso; e assim os que vão para a India com delictos, não se mandam de cá prender lá, posto que a India não seja couto; e assim se assentou na Mesa do Paço, presidindo Martim Gonçalves da Camara, tratando-se de mandar prender um homem, que foi nas náos homiziado; e assim se fez no feito de D. Garcia com D. João de Morim, contra quem vieram culpas da India, e não se procedeu por ellas; e indo ella com queixa a Sua Magestade, não trouxe melhora-mento.

Citado na Córte, na fórma da Ordenação liv. 3.<sup>o</sup> tit. 11, não póde ninguem ser para responder perante outro Julgador, que não seja Corregedor; e assim se intende aquella Ordenação.

Citar o ausente na India por contracto se póde, dando-se-lhe curador aos bens no Reino, quando se não sabe logar certo; porém citado como herdeiro de outrem, então se ha de citar pessoalmente; esta differença faz Cabedo, mas não tem muito fundamento; porém é recebido, que o natural que se ausenta para fóra do Reino, o podem citar para a causa, e juntamente para a execução, e não tem necessidade de nova citação; e este é o estilo, e não parece conforme á Ordenação, que requer que na execução seja a parte requerida.

Chancellor conhece das duvidas, que ha sobre se deve Chancellaria dos papeis, que se passam, posto que respeite a duvida ao salario, que elle leva; e assim se intende á Ord. liv. 1.<sup>o</sup> tit. 20, in principio, e tit. 40 § 7.<sup>o</sup> posto que seja, ou pareça que é causa sua; e assim se assentou em mesa grande por todos os dos aggravos, a 3 de Março de 1618.

Corregedor da Córte é obrigado não despachar com adjunctos os casos, de que se póde aggravar delle, na fórma da Ord. liv. 3.<sup>o</sup> tit. 20 § 47; porém é estilo recebido, que as devassas, que elle tira, as pronuncie por si só, posto que desta pronunciação se póde aggravar, salvo quando é devassa, que se lhe commette do Paço, para que se despache em Relação, porque então pronuncia com adjunctos.

Corregedor da Córte mais antigo quando vai fóra della com El-Rei, tanto que passa das cinco legoas, serve de Desembargador do Paço nos perdões com El-Rei, e nas cadêas conhece dos crimes, e os despacha por Accordam, tomando por adjuncto o Juiz da terra, e sendo o feito de mais outro; e não diz Accordam em Relação, senão Accordam; sentença juxta Ord. liv. 1.<sup>o</sup> tit. 7.<sup>o</sup> § 34, porém dos crimes graves não conhece, nem os despacha, senão d'aquelles que são de audiencia geral.

Custas, quando delles se appella, não ha alçada.

## D

Declinatoria de Juiz não tem logar na execução da sentença, ou quando a parte se requer para dar segurança á divida, porque em qualquer Juizo lh'a pódem fazer dar.

Degradado para galés sempre se tem por servo da pena.

Degradado para Africa, que não cumpre seu degredo, se lhe commuta para o Brazil; e posto que seja em menos de cinco annos, sem embargo da Ordenação dizer que para o Brazil não haja degredo menos dos ditos cinco annos.

Degradado para Castromarim, dobrando-se-lhe o degredo, primeira e segunda vez, pela terceira póde ser degradado para o Brazil, pelo tempo que parecer.

Degradado que foge do caminho antes de chegar ao logar do degredo, dobra-se lhe o tempo, como se já fugira delle.

Delinquente portuguez, que se acolheu a este Reino, do de Castella, pelo delicto que lá fez, não se póde remetter ao Alcaide de Castella, ou da Córte, quando a Córte assistir neste Reino.

Delinquente que se acolhe á Igreja pelo crime, que lhe val, antes que se remetta pelo crime, que lhe val, se castiga pelo que lhe não val.

Depositando o vencedor as bemsfeitorias que o vencido jura ter feito, o obriga que lhe largue a propriedade; porém não póde receber o deposito, ainda que dê fiança.

Desembargador que entra na Relação, póde-lhe levar diante um pagem os feitos, e cada um dos que tem officios se assenta na mesa, que lhes toca, e os Extravagantes se assentam na sua, até que lhe ordena o Regedor para onde devem ir; levantando-se da mesa, em que estava, tira a gorra aos companheiros, e o mesmo é obrigado fazer quando chega á outra para onde vai.

Desembargadores não fallam de umas mesas para outras, nem se fallam por vós entre si publicamente, ou em actos de votar, porque todos se hão de tratar com toda a compostura.

Desembargador que começa a pôr o feito com adjunctos, tira a gorra, e começa a ler, e tendo-o acabado de relatar, ha de fazer reverencia ao Regedor, para que o mande votar.

Desembargador que relata o feito, vota primeiro, e depois o mais moderno, e por esta ordem vão votando os mais.

Desembargador que se dá por suspeito na causa póde levar assignatura do feito, e assim a póde levar dos mais feitos d'aquella pessoa, a que é suspeito, e que dalli em diante lhe forem distribuidos.

Desembargador dos aggravos é mais antigo por ter esse officio, que os mais Desembargadores, que o são no tempo; e posto que tenham ou-

tros officios, se não tem sido dos aggravos; e assim, posto que não sirva actualmente, precede, sendo mais antigo, ao que é mais antigo actualmente, para servir de Chancellor, quando vaga, na fórma da Ordenação.

Desembargador dos aggravos póde emendar a sua tenção até se pôr a sentença no feito; porque o direito, que se adquirio á parte pela sentença, é revogavel até ella se escrever.

Desembargador que vai fóra com licença, se adoecer, se conta, mandando certidão de Medico jurada.

Desembargador dos aggravos mais antigo, que é adjuncto com Chancellor nas suspeições, se depois na mesma causa se recusa, o Chancellor póde ser Juiz desta suspeição segunda, sem embargo de ser adjuncto no feito principal.

Desembargadores não podem fallar uns aos outros nos feitos das partes, porque é tamanho crime, como levar peitas, salvo sendo das pessoas, por quem podem fallar, e nessas devem fazel-o com toda a temperança, encommendando só a justiça da causa.

Desembargadores do Paço, nos feitos que lhes commettem, despacham todos os que a esse acontecem, que no feito foram cinco, e ao tempo dos embargos são quatro, estes presentes conhecem e determinam tudo.

No feito do Conde da Sortelha tinham sido tres Desembargadores na sentença, foram depois quatro nos embargos, conheceram todos; e nas esportulas, que se arbitraram, se dividiram entre os dous ultimos, que tinham entrado de novo, e ambos levaram um só quinhão.

Desembargadores seguintes, achando que o que fica acima, não disse em alguma parte, podem pôr Accordam que o que diz em primeiro lugar, diga tal, ou tal, ou tambem se poem em mesa grande, e se manda pôr: Assentou-se que diga, etc.

Desembargadores que tomam querellas de falsidades, na fórma da Ordenação liv. 5.º tit. 117 § 15, é estilo tomarem-nas com os Escrivães, que tem os livros das querellas, e remettel-as ao Juiz da terra, que *ex officio* póde proceder contra o que fez a falsidade, posto que já o feito viesse ao aggravo.

Desembargadores que despacham por Accordam, não se comprehendem na Ord. liv. 1.º tit. 8.º, que dá pena aos Julgadores, que não guardam as Ordenações.

Desembargadores que foram, nas contradictas dos crimes, tomados em lembrança, ficam certos a final; e quando se não toma em lembrança, como é os que tem parte que accusa, não ficam certos.

Desembargador que foi recusado, posto que se não julgou, póde-se pedir que se lhe metta um adjuncto, nas testemunhas, que ha de perguntar.

Desembargador que faz audiencia, é estilo não revogar a interlocutoria, que seu antecessor

deu, e tudo o que sobre isso se requerer, vai ao que faz a audiencia.

Desembargador que vota em nullidade dos autos, satisfaz, como se dissera dos merecimentos; porém quando se vota em nullidade, que se manda supprir em Relação, supprida ella, torna a dizer dos merecimentos da causa.

Desembargadores em Relação, em presença d'El-Rei, se fallam um ao outro; fallam por vós, o que não é assim perante o Viso-Rei.

Desembargador que serve em logar alheio, não póde revogar a tenção d'aquelle, em cujo logar serve; póde porém, se cresceu cousa de novo. Ord. liv. 1.º tit. 3.º § 9.º

Desembargador dos aggravos se réputa mais antigo que os mais, posto que sejam mais antigos na Casa, e em outros officios.

Desembargador que poz o feito com outros, posto que n'aquelle dia se não despache, não póde já pol-o com outros Desembargadores differentes, senão com os mesmos.

Desembargador de aggravos, nem outro que não despacha só, não póde acceitar, nem mandar petição a outros elle só, porque as partes devem embargar; porém nas custas, se faltaram por escrever, é estilo deferir-se por petição da parte.

Desembargador, sendo melhorado a outro officio, durante a vacação do logar, em quanto se não provê outro nelle, o provê o Regedor de quem sirva; porém tanto que se provê outrem, fica aquelle logar extincto, e os feitos passam todos ao seguinte, como tambem quando morre, logo fica extincto.

Desembargador suspeito no logar dos aggravos, se é seu substituto. *Vide verbo* Juiz.

Desembargador a que se faz injuria, andando fóra, faz auto, na fórma da Ord. liv. 5.º tit. 58, e conhece, e dá sentença; e da condemnação que faz, póde condemnar para si pela sua injuria; e delle ha appellação para os Ouvidores do Crime; e havendo aggravo, não hão de ir ao Corregedor, que não é seu superior, senão á mesa dos aggravos, porém se fizer auto, estando na Cidade, aonde está a Relação, ha de remettel-o ao Regedor, ou ao Governador, o qual o commette a quem lhe parece; e posto que ha uma Carta de Sua Magestade, que diz que o ha de remetter ao Corregedor do Crime, se deve intender, porque o Regedor costuma sempre commetter isto a um dos Corregedores do Crime.

Desembargador que é mudado a outro cargo, dá-se outro, que sirva em seu logar, em quanto se não provê aquelle distribuição, porque a Ord. liv. 1.º tit. 6.º § 6.º se intende só ter logar no que é fallecido, e não é mudado.

Devedor que empetra precatorio do Contador-mór, para não ser executado, o modo em que se provê na Relação. *Vide verbo* Precatorio.

Dez dias, que se assignam ao assignado, não

correm senão do dia, que se dá vista á parte, para vir com os embargos.

Dez dias assignados correm, posto que a parte opponha de incompetencia; e se sabe vencido nella, não se lhe assignam outros.

Deserção de appellação se póde fazer pelos mesmos autos sem dia de apparecer.

Devassa se póde tirar da que entra por força em casa particular, posto que a Ordenação o não declara.

Despachar sem tenções em Relação se costuma os dias de apparecer, concedimento de braço secular, e remissão de autos a outro Juiz.

Despacho em que ha de assignar o Regedor, assigna o Juiz que o pôz, e antes dos mais assignarem lh'o dá a assignar a elle, salvo nas petições de agravo, que assignam ambos os que a mandam ajuntar, e depois o Regedor.

Devassa tirada em Dia Santo, não se annullam as testemunhas, por serem tiradas em dia ferrial, porque a parte, se as faz judiciais, as approva, ou se reperguntam, se não as faz judiciais: é estilo.

Dia de apparecer se não dá nos agravos ordinarios; e dos crimes, em que se não appella por parte da justiça, póde haver-o.

Dia de apparecer. *Vide verb.* Sentença.

Dilação se reforma a todas as partes, quando se annullam as provas, posto que alguma das partes desse causa ás ditas nullidades.

Diligencia que se manda fazer *ex officio*, não se dá vista della á parte; porém se a parte pede vista, não se lhe póde negar, para dizer sobre ella o que lhe parecer.

Dizima, passados os seis mezes, faz-se execução por ella, como pela mais condemnação da sentença; porém se o condemnado tirar sentença, paga a dizima.

Dizima, se paga na Casa do Porto, da sentença condemnatoria, que nella se deu, posto que a causa venha por agravo á Casa da Supplicação, e se confirme; ainda que Cabed. 2.<sup>a</sup> p. diz que neste caso se ha de pagar a dizima na Casa da Supplicação, tem contra elle *Vaz allegation*. Porém quando no Porto a sentença foi absolutoria, e cá se condemnou, se paga dizima; e porque ella se deve da sentença condemnatoria, quando a primeira sentença a paga, depois cobra isto com as custas dos autos.

Duvidas sobre materia de posturas da Camara, se sentenciam na Mesa do Paço; e posto que seja ante Officiaes da Fazenda, é estilo fazer petição ao Senhor Viso-Rei, e elle o commette ao Paço, aonde por modo de agravo se dá determinação. Consta deste estilo do livro terceiro do Paço, fol. 137 vers. e fol. 138.

## E

Editalmente se citam os parentes do mor-

to, para accusar aquelle, contra quem outrosim se procede por edito.

Editos em tempo de dous mezes, que a Lei assigna, para elles não se podem abbreviar, posto que se possam prorogar.

Embargos com que o terceiro vem á execução, ha replica, e triplica, e o mesmo nos que vem á Chancellaria; e nestes não se póde dar licença para se acrescentarem depois de autuados, porque já não fica acrescentamento, sendo á Chancellaria, salvo se foi por restituição; e assim o julgamos.

Embargos que se allegam ás sentenças de suspeições, conhece-se delles, posto que sejam passados os quarenta e cinco dias.

Embargos com que se vem á execução nos casos crimes, não conhece delles o Juiz, que executa a sentença, mas ha de remettel-os ao Juiz, que deu a sentença; e assim se declara a Ord. liv. 3.<sup>o</sup> tit. 87 § 2.<sup>o</sup>

Embargos recebidos, não agrava delles, se não no processo, salvo sendo de incompetencia; e o mesmo é quando se recebe parte, e parte se repudia, porque desta só se agrava no processo; e não recebendo de todo, é de appellação, se é definitiva a materia delles; porém se respeitam á interlocutoria, na qual se veio com embargos, ficam tendo a mesma natureza della, para, ou serem de agravo de petição, ou do processo.

Embargos, se o Juiz vem com elles á sentença, em que foi condemnado em custas, na fórmula da Ord. tit. 70 § 7.<sup>o</sup> que não levou clausula, conforme a Cabed. *decis.* 39 *in fin.* não póde executar, nem conhecer delles, antes os deve remetter á Relação.

Embargos com que se vem á execução dentro dos seis dias, não se póde dar licença para o acrescentar, passados elles; porque já não são offerecidos no termo, e assim é nos da Chancellaria, salvo por restituição.

Embargos da Chancellaria hão de ser reformados cada seis mezes.

Embargos com que se vem, que o Juiz é suspeito, não se admittem, senão ajuntando-se certidão de como está vindo com suspeição no termo da Lei; e este é o melhor estilo.

Embargos com que se vem no feito, se o primeiro Juiz está em recebimento delles, ha de pol-o em mesa, com os seguintes dous, ou tres, segundo a causa é, se os regeita todos, é de tenção, porque é definitiva, então o mesmo, recebe parte, e regeita parte, porque tambem é de tenção, e receber todos não faz certos, como se disse *verbo* Juiz certo.

Embargos da Chancellaria, se não se recebem, se despacham por tenções, e assim de qualquer outra sentença definitiva, porque tomam os embargos natureza da sentença, de que pendem, para se despacharem: porém recebendo-se, é de conferencia, e a assim os do dia de apparecer são

de conferencia, posto que sejam na Chancellaria.

Embargos ao que se manda em audiencia dos aggravos, não se dá vista para elles; porque do que alli se manda, sómente se agrava para a Relação, por estilo antigo, e não embargado.

Embargos de terceiro possuidor para sobstar a execução, é necessario que *saltem semiplene* se prove a posse, Mend. *in praxi*, liv. 3.º cap. 21 n. 37 e seq. Menoch. *de arbitr.* liv. 2.º sect. 1.ª caso 18 n. 5.º — e assim declara a Ord. in lib. 3.º tit 86 § 19; e é estilo para esta justificação, quando o Juiz vê que se podem com causa dar á parte tres dias para fazer esta justificação, que se ha de fazer *in continenti*.

Embargos á Chancellaria tem replica, e treplica, salvo quando a causa principal fossa de força, em que a não houve, porque então nem nos embargos á haverá.

Embargos se pode o terceiro vir com elles á Chancellaria á divida; e se tendo a parte principal vindo com elles, se se póde o terceiro admitir com outros, e se devem haver por segundos embargos, que prohibe a Ord. liv. 3.º tit. 88, e não ha duvida, que se não devem haver por segundos. Porém se póde vir com elles, é maior duvida; e assentou-se que se podia, assim como appellar, e como embargar na execução, titulo 86 § 17, e succede a Ord. tit. 87 § 4.º. Porém também dizem que é estilo o contrario, porque na Chancellaria só se embarga quem é parte nos autos, e o terceiro póde embargar a execução, e lá tem seu remedio ordinario, porém mais difficultoso; e assim parece que deve poder embargar, e assim se assentou em mesa.

Escravo, ou peça liberdade, ou o senhor que lh'o julgarem, sempre a causa é de maior quantia.

Escravos pódem litigar soltos com seus amos sobre suas liberdades, dando fiança segura de não fugir; e ha uma Provisão, que se appresentou em um feito dos mordomos de Nossa Senhora do Rosario de Lagos contra Catharina Jaques, Escrivão Francisco de Gouvêa.

Escrivão da Chancellaria não póde levar busca da descarga do deposito 900 réis de buscar o assento, e penhores.

Escrivães, quando vão correndo com a causa, se pedem dinheiro dos carretos. *Vide verbo* Busca.

Escrivão da Corôa não leva dinheiro das diligencias, e papeis, que faz escrever pela Corôa.

Escrivão secular faz o auto da posse do beneficio, que o Corregedor dá, na fórma da Ord. liv. 2.º

Escrivão da almotaceria, posto que suspeito, escreve nas coimas com duas testemunhas.

Escrivão que serve de serventia officio, cujo proprietario tem carta delle passada pela Chancellaria-mór, se este, que serve, commettê erro, pertence o conhecimento ao Juiz da Chancellaria, e se não tem carta, não vem a appellação ao dito Juizo.

Escrivão da Camara, servindo de Tabellião,

88

se commetter erro neste officio, e commettendo erros nelle, pertence ao Juizo da Chancellaria, e não aos Ouvidores do crime, conforme ao Aresto de Cabed. 1.ª p. 89.

Escrivão a que se manda pela Camara fazer o encabeçamento, estava em estilo dar-se-lhe por aquelle trabalho algum dinheiro: vindo á Relação estes aggravos, se manda, sendo aquella a primeira vez, que não torne o que tiver levado; porem que d'alli em diante se não leve, sem Provisão de Sua Magestade, nem os Vereadores o possam dar.

Esripto de mercador sobre mercadorias tem força de escriptura publica, e se procede nelles por dez dias, e assim se intende a Ordenação.

Esportular se podem os feitos, que pendem diante de arbitros compromissarios confirmados por provisão, e assim é estilo.

Erros de contas no Juizo da Chancellaria, póde-se agravar dellas, e conhece-se das petições, posto que seja em ferias.

Erros de contas, se o Juiz da Chancellaria mandar ajuntar a petição dos erros, logo se sobsta na execução; porem póde a parte declarar que quer correr com o liquido, e com o principal, sobstando no que toca ao erro, que se aponta, assim se manda.

Erros de contas quando se allegam, não sendo a causa clara, não se ouve a parte, sem depositar primeiro.

Execução não se impede com precatorios, nem executorias.

Execução quando se faz, tem o condemnado, sendo requerido, seis dias, para vir com embargos, Ord. liv. 3.º tit. 87 *in principio*; estes se intende que hão de correr, feita penhora, e desapossado o réo dos penhores, pela Ord. liv. 3.º tit. 86 § 1.º

Execução não pára depois de dada sentença sobre a liquidação, e posto que a parte appelle, ou aggrave, corre a execução: assim se declara a Ord. liv. 3.º 86 § 2.º

Executado, se nomea bens, posto que se não ache quem lance nelles, não se póde prender; porque póde lançar o accusador o que lhe parecer, e pelo resto póde ser preso, se não nomear mais bens; e assim o julgámos, posto que dizem que é obrigado dar lançador, aliás sempre dá.

Excepção de nullidade do processo não se admite, senão quando a parte mostra que tem interesse de se annullar.

Excepção de attentado, posto que se peça restituição de fructos, é dilatoria, pela Ord. liv. 3.º tit. 20 § 9.º, e só se agrava no processo do não recebimento, e do mais que se julgar; e Valasc. consult. 156 n. 32 falava, *juxta* Ord. liv. 3.º tit. 69, da antiga: assim o julgámos.

## F

Falcidia, ou Trebelianica neste Reino se não tirou por estilo; e a razão é ou porque os testa-

dores nos testamentos usam de palavras geraes, porque são vistos excluí-los *in auth. sed cum testator, Cod. ad L. falc.* ou porque a detracção da falcidia tinha sómente logar, quando a legitima do filho era só a quarta parte da herança; e como neste Reino a legitima seja as duas partes della, não era justo que levasse, alem da legitima, a falcidia; porque levando as duas partes, e alem a terça, ficava levando tudo, e corrobora-se com a L. 1.<sup>a</sup> § *interdict. L. si cui plus pro parte*, sala sonda o patrono não tirava falcidia dos bens do libertado; e a razão era, porque no tempo do legislador a legitima do patrono era ametade da herança. L. 2.<sup>a</sup>

Falsidade se não reputa'o que se escreve no protocolo. Ord. liv. 3.<sup>o</sup> tit. 1.<sup>o</sup> § 25, e tit. 83 § 28.

Feitos, em que se duvida a que Juizes pertencem, se propoem em mesa grande, e do que alli se resolve, se faz assento por cinco Desembargadores, e se poem despacho: E assentou-se, etc.

Feitos da Fazenda, posto que entre partes, pertencem ao Juiz da Fazenda, ou civeis, ou crimes, e só nos de morte conhece a Relação.

Feito que por ausencia se mandou correr a distribuição, não torna mais ao proprietario, posto que torne áquelle logar.

Feitos que se commettem, sendo ausente o proprietario do officio, tornando elle, os recolhe todos, na fórma da Ordenação; e o mesmo faz qualquer que é dado para servir por elle em commissão geral; porque logo faz cessar todas as commissões.

Feitos de partilhas correm em feria, por estilo da Casa, posto que a Ordenação o não declara.

Feito de caso, que, provado merecia morte, pôde o Juiz pô-lo com dous, quando elle vem em pena, que não passa de cinco annos de degredo *juxta* Ord. liv. 1.<sup>o</sup> tit. 1.<sup>o</sup> § 5.<sup>o</sup> Porem se visto o feito, um delles vota em mais que em cinco annos, não se fica vencendo, nem se faz a redução da Ordenação *codem* tit. § 8.<sup>o</sup> *in fine*, mas logo se poem com cinco, e assim se declara a Ordenação.

Fiançado se se ha de prender antes da sentença. Cabed. 1.<sup>a</sup> parte Arest. 84.

Filho de escrava propria fica livre, não o deixando seu pai na morte captivo pela L. *fn. Cod. commun. manumiss.* Porem o da alhêa é necessario que o deixe forro; e assim se intende a Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 92 *in fn. principii*, em quanto diz (deixando-o seu pai forro) que se refira ao proximo, que em escrava alhêa, e não no mais acima, que falava na propria.

Filho a que é feita mercê para succeder nos bens da Corôa depois da morte de seu pai, não tem necessidade de tirar confirmação.

Ferias não se contam nos dous mezes, que ha para seguir o agravo, e o metter na Relação, nem para pagar a caução dos 900 réis.

Força que El-Rei deu de um Bispo appre-

sentar beneficio de Padroado da Corôa, dando-se sentença em favor d'El-Rei, ha-se de botar fóra o appresentado pelo Bispo, sem embargo do cap. *consolationibus detur patr.* porque procede no que appresentou com boa fé; e por isso fez seus usos fructos, e não quando faz força, porque presupoem má fé, e violencia, sonda se restituem todos, e os que se podiam colher, conforme ao cap. *gravis de restitutione*; e assim se julgou em mais duro caso, porque, tendo-se julgado em revista, que o Bispo fizera força, no qual caso o vencedor pela primeira sentença não restitue fructo, posto que seja vencido na revista; com tudo isto se entendeu que não tinha logar neste caso, porque eram fructos os da appresentação, que tinham tracto successivo, e se o appresentado ficasse, os ficava o Bispo colhendo, ainda depois de dada sentença, se appresentada ficasse, e que não ficava plenaria a restituição, se El-Rei não appresentasse de novo.

Fretes dos gasalhados vendidos se pagam pelo meio, quando as náos arribam sem fazer viagem; e assim se julgou por Pedro Alvares da Silveira, Juiz de India e Mina, Francisco Nogueira, e Lopo de Barros adjunctos, a quem Sua Magestade commetteu, que conhecessem do caso summariamente; e julgámos em o feito de João Velho, e Luiz Ferreira Furtado, e Christovão Quintal, aonde estoutro se appensou.

Furtos não entram na parte, que o irmão nega ao inventario.

Furto feito na praça se accusa crimemente, e vem a appellação aos Ouvidores.

## G

Glosa não se pôde pôr de merecimento de autos, senão de nullidade patente na mesma sentença; ou defeitos da fórma ordinaria, e contra estilo.

Glosa que poem o Chancellor, se determina em mesa com cinco Desembargadores, por estilo, e se um só dos Juizes não conhece a glosa, isso basta para se haver de julgar, e vence-se pela maior parte dos cinco Juizes.

## H

Homem que commetteu crime, por que foi degradado, e não cumprio o degredo, Cabed. 1.<sup>a</sup> p. Arest. 77, se depois commetteu outro, por que foi preso, e se chamou ás Ordens, não será remettido, sem primeiro cumprir o dito degredo, para onde será levado, e constringido.

Homenagem não se ha por quebrada; senão buscando-se a parte nella, e não sendo achado; porque posto que se prove que se andou fóra, se buscando-o, o acham nella, não se ha por quebrada; e é tirado de uma doutrina de Barthol. *in L. Non Barsatorem Cod. de fidejuss.*

Immuniidade val ao preso, que foi tirado da Igreja, pela culpa por que lhe não valia, se depois lhe foi formada culpa, pelo crime que já tinha d'antes committido, pelo qual a Igreja lhe valerá.

Impetrar beneficio de homem vivo se não pôde, pela Ordenação liv. 2.º tit. 13, a qual procede igualmente, ou impetrando o beneficio, ou citando para Roma; e este estilo no Porto está julgado por sentença do Doutor Gonçalo de Faria, em um feito de André de Barros com o Prior de Cedofeita; porém não tem logar no que impetra subrogação em beneficio, sobre que corre litigio, para proseguir a causa, por um Alvará de Sua Magestade; porém se foi impetração, ainda que se lhe ajunte subrogação, se já houver possuidor, não deixará de ser verdadeira a impetração.

Incompetencia de Juizo não se defere no caso de appellação, salvo se o Juiz, de que se agrava, tiver voto, porque então se costumam annullar, porque fica sendo interesse consideravel.

Inhibitoria se a passa o Juiz Ecclesiastico, para se lhe remetterem culpas, quando o Juiz Secular lhe não defere, tendo parte, que o peça, pôde logo sem mais prova condemnar a parte, em cujo favor se publicou a inhibitoria, na pena da Ordenação; e assim se faz no Senado, quando algum Desembargador se manda inhibir, porque na mesma sentença se condemna a parte.

Injuria que se faz a um dos Corregedores da Côrte, ou Desembargador na Côrte, ou cinco legoas ao redor, faz elle auto, na fórma da Ordenação; e porque ha de remettel-o ao superior, que é a Relação, neste caso se intende que é o Regedor, o qual commette aquelle auto, e testemunhas, a um dos Corregedores, nomeando-lhe adjunctos, os quaes, como Relação, ficam superiores do Desembargador offendido; e neste modo se intende a Ordenação, liv. 1.º tit. 50, no caso de injuria, que fez um Foão Monteiro ao Doutor João Gomes Leitão, Corregedor da Côrte, e ao mesmo Regedor, a quem fallou em ausencia descortesia, indo preso; e neste caso, por o Regedor ser suspeito, remetteu o auto ao Chanceller, que nomeou a outro Corregedor por Juiz, com os adjunctos, que lhe pareceu, e votou nisto toda a mesa dos agravos. Porém se a injuria se fez fóra da Côrte, o Desembargador faz auto, e pronuncia, e appella só para os Ouvidores do Crime, que são superiores, porque despacham em Relação, e só a elles tocam as appellações crimes.

Instancia não acaba, estando o feito na mão do Advogado, posto que passe de seis mezes, e assim se intende a Ordenação liv. 1.º tit. 68 § 26.

Interlocutorias da mesa, que um Desembargador pôde pôr com outro, esse ha de ser sempre o seguinte; e se tiverem respeito a revogar, poem-se com tres, se o caso é de tres Juizes, porém sempre é de dous.

Interlocutoria de não recebimento de embargos, de que se aggravou para a Relação por petição, mandando-se receber os embargos, se depois de o Juiz os ter recebidos, os julga por não provados, não se pôde appellar disso, mas ha de ser por agravo, como o primeiro, e não ficam certos os que os mandaram receber.

Inventario dos bens do Clerigo morto se faz no secular, e o mesmo de Prelados,

Judeu, ou homem de nação não pôde ser eleito para officios das Villas, e Cidades, nem para outro publico, por uma Provisão, que ha; e assim se amplia a Ordenação; e isto está por contracto, porque indo Martim Gonçalves da Camara a Castella, deu a Sua Magestade 800 U. cruzados, que o Reino pagou, porque revogasse a mercê, que lhe tinba feito, de os admittir a officios publicos; e não se pôde revogar.

Juizes que foram no agravo de petição, e mandaram fazer diligencia, ficam certos n'aquelle agravo.

Juiz que recebe parte de embargos, fica certo nelles, ou quando ha dous embargos, e o Desembargador recebe um delles, por a estes ficar certo; porém quando não ha mais que uns embargos, receber todos, não faz certo, mas não receber parte, ou todos, faz certo.

Juizes que foram na sentença principal, ficam certos nas dependencias, e agravos todos; e assim é no crime, que os Juizes, que foram na appellação, e adjunctos, ficam sendo Juizes na falsidade, que indiciou na causa.

Juizes se condemnam em custas na mesa dos agravos, sem pedir licença ao Regedor, posto que os mais Julgadores o não possam fazer sem licença.

Juiz que procede *ex abrupto*, sem citar as partes, agrava-se delle por instrumento; se citou, e ouviu, appella-se.

Juizes que por tenções repudiam algum artigo, não votam mais em final sobre a materia delle.

Juiz da Corôa pôde mandar pedir os autos ao Juizo Ecclesiastico, de que tiver necessidade, para decisão da causa, de que conhece.

Juiz da Corôa conhece dos presos depois do sino, condemnados em perdimento de armas, por appellação.

Juiz dos feitos cita por si só aquelles, que aliás podiam ser citados para a Côrte, e os que cita por Accordam, na fórma da Ord. liv. 1.º tit. 9.º § 8.º são os que não podiam ser citados para ella.

Juizes que foram no feito principal, são nos agravos, que vem sobre elle; e posto que se vença com os primeiros tres, os mais dizem de *more*.

Juiz que foi eleito depois de ter começado a accensação, não pára, e cita-se para o seguimento della.

Juiz da Chancellaria conhece' dos feitos dos Provedores, que servem sem carta.

Juiz Ordinario conhece das forças das serventias urbanaes, e não o Almotacé, e as rusticas do termo não pertencem ao Juiz das propriedades, senão ao Ordinario.

Juiz que faz acto da injuriã, o não pôde remetter ao Ouvidor do Senhor da terra, salvo tendo elle doação-para este caso.

Nos Juizes certos pôdem acontecer os casos seguintes.

Deu-se sentença no agravo por tres, aggravou-se depois do que executava esta sentença, por instrumento, vem aos mesmos Juizes; e sendo agravo, que é sempre de dous, este agravo é de tres, e não se vence por menos.

Na appellação, que se venceu por tres, vai-se executar perante o Corregedor da Casa, de que cabe o agravo; e sendo de dous em confirmar, neste caso fica de tres, ainda em confirmando.

No agravo que se venceu por dous, em Relação, confirmando a sentença do Corregedor, vai-se executar diante do Juiz, ou outro, de que ha appellação; e sendo a causa de maior quantia, para que eram necessarios tres, aqui se vence por dous, revogando e confirmando.

Juizes certos vai o feito a elles, e acontecendo que se não venceu pelos certos, vai ao que se segue a elle; mas porém, se este ultimo já neste tempo está em outro officio dentro na Casa, vai a elle, e delle não vai outra vez á mesa; mas vai por fóra, por commissão do Regedor, porque já este não tem seguinte, por estar extincta sua distribuição; e o seguinte que era antigamente, já o não é hoje; e o mesmo é, se o primeiro Juiz disse, e logo se extinguiu a sua distribuição, não vai por segundo ao que se lhe seguia, mette-se por fóra, porque a distribuição extincta não tem seguinte.

Juiz, a que o feito foi distribuido, é certo nelle, e logo os seus seguintes. Porém nos agravos de petição, se os que despacham, e são certos, faltam, dá o Regedor outros, porque nestes não ha seguintes, nem distribuição.

Nos assentos, que se tomaram em mesa grande, se não guarda ordem em votar, mas segue-se a que o Regedor dá.

Juizes quando são seis na causa, devem ser os mesmos em mandar vir as testemunhas á Corte.

Juiz que se dá por suspeito, torna áquelle logar, e acha nelle pessoa não suspeita, é duvidoso se pode dizer nelle, e parece que tem logar o que a Ordenação dispõe nos Juizes.

Juiz por Accordamta elle vão conclusos os autos, para os despachar interlocutorias; sendo porém taes que se hajam de despachar por tenções fazem-se conclusos ao primeiro Juiz; e assim quando se pede que se tome querella de falsidade, se faz concluso ao Juiz, que poz a sentença.

Juiz do agravo, que se tirou de não receber a appellação, que a recebe, e manda passar carta em fórma, não fica certo, antes vindo a appellação recebida, se ha de distribuir.

Juiz que remette culpados a outro Reino, pôde a parte aggravar, e se a parte não agrava, ha o Juiz de appellar.

Juiz vencido na sentença, não diz nos embargos com que se vem a ella, nem o que é vencido no recebimento de alguns artigos pôde dizer sobre ella a final.

Juiz da execução, que podia remetter os embargos, se depois de se vir com elles, deu nelles alguns despachos, já os não pôde remetter, nem recebê-los, e depois remetter a decisão, nem receber parte, e remetter parte.

Juizes certos não ficam sendo nas petições de agravo os que receberam embargos, porque a final pôde-se pôr com outros.

Juizes dados por Provisão de Sua Magestade, se algum delles falta, em seu logar pôde a Mesa do Paço dar outros.

Juiz de quem se aggravou por petição, se á execução deste despacho perante elle se vem com embargos, depois de as partes haverem vista, parecendo-lhe dal-a, remette o conhecimento á Relação, e não conhece.

Juiz primeiro do feito de agravo nas ferias, porque não ha audiencia, se o feito corre nellas, ouve as partes, e defere a seus requerimentos, no que toca a preparar o feito; e este é o estilo.

Juiz que lançou fóra da posse alguém, ou faz com partes ouvidas, ou sem ouvir a parte; no primeiro caso deve appellar-se delle; no segundo não se appella, senão agrava-se, e se dá provimento; e assim é por estilo recebido. Porém neste ultimo caso dizem alguns que se pôde appellar, por ser definitivo.

Juiz dos feitos da Corda nos casos de força notoria, em que para elle se agrava, constando della, não tornam mais os autos ao Juizo Ecclesiastico, posto que se peça pelo mesmo Juiz, ou pela parte.

Juiz que é suspeito na causa, sendo proprietario dos agravos, se outrem serve por elle, não pôde pôr tenção no feito, em que aquelle, em cujo logar é subrogado, se tem dado por suspeito, ou em que elle não podia dizer; porque é subrogado n'aquelle logar, com as mesmas qualidades do proprietario; assim se assentou no feito de Meia de Mello com Manuel de Araujo, no anno de 1617 em 19 de Dezembro. Porém que mal que o logar não é suspeito, senão a pessoa, e estando alli servindo por habil, pôde votar no feito. Porém o acima terá logar, quando já o proprietario se desse de suspeito, e o feito passasse ao seguinte; porque então não poderá tornar a traz; como tambem, se o que servia é suspeito, se mandou correr a distribuição, vindo o proprietario, não é

suspeito, não pôde cobrar o feito da mão do seguinte, ainda que não tenha escripto nada.

Juiz certo se duvida se é o originario, que deu a sentença, ou o que foi dado, por elle ser ausente, para julgar os embargos, com que se veio a esta sentença, e qualquer ha de ir ao agravo, ou appellação, que agora vem, estando elles, ambos na Casa; e é estilo que este feito pertence ao Juiz, que foi nos embargos, de que a sentença recebeu a ultima força, porque essa se executa.

Juiz das partilhas, recusando-o, pôde tomar adjuncto, em quanto pendem, e proceder, na forma da Ord. liv. 4.º tit. 96 § 25; porém tanto que foi julgado de suspeito, não pôde mais proceder com adjuncto, e o mesmo será se já foi julgado de suspeito; e assim se assentou em um feito, em o qual o Juiz se tinha dado por suspeito, e depois tornou a conhecer com adjuncto, por assim lh'o mandar fazer a Mesa do Paço: e aggravando-se para a Relação, se assentou que não podia já conhecer com adjuncto, sendo dado, ou julgado por suspeito, e porque já ficava inhabil, porque a Ordenação só procedia em quanto a suspeição pende.

Juiz nomeado para uma revista pelo Regedor, ou em qualquer outro feito, que pende, se em seu lugar se dá outro, ou muitos, tanto que elle torna á Casa, cessam todas as commissões, e elle despacha o feito.

Juiz commissario, posto que elle seja parente no quarto grão, não se pôde lançar do feito, quando as partes querem consentir nelle; e assim se declarou a Ord. liv. 5.º tit. 24, que procede só em Juizes Ordinarios.

Juizes que despacham um agravo de petição, se depois foi achado, que algum delles era suspeito, e não o podia ser, e se annulla o despacho, os companheiros não ficam certos, e pode-se despachar com outros; mas parece que se deve fazer distincção entre o Relator do feito, e adjunctos, que sendo o Relator, a quem se deu para o despachar, suspeito, se pôde pôr com outros; porém se fosse suspeito um dos adjunctos, nem por isso o Juiz, e os mais, deixariam de ser Juizes, dando-se outro em lugar do suspeito.

Juiz dado em uma revista, se depois acontece dar-se-lhe officio, por que não pôde ser Juiz, como se fór eleito a Procurador da Corôa, que n'aquelle feito é parte, não se ha de dar commissão a outro, senão elle ha de ser Juiz, como era antes de ter officio novo; e para ser Procurador ha-se de nomear outra pessoa, posto que elle hoje é proprietaria della.

Juiz certo, duvidou-se se tendo na mesa dos agravos recebido parte de uns embargos, sendo provido um Desembargador de novo, que ficava no meio, começando o feito a correr pelos primeiros, e chegando a elle, se havia de saltar pelo seu lugar, ou se havia elle de dar voto; e resolveu-se, que se o despacho dado fazia certos os que

o deram, como é receber parte de embargos, que havia de saltar; o que não seria, se não ficaram certos; porque então havia elle de dizer no feito em seu lugar.

Juiz que declara que é suspeito ás partes ambas, e se ellas consentem que elle julgue na causa, e fazem termo assignado, podem-no obrigar que conheça, porque aquella inhabilidade é induzida em favor, e o mesmo no arbitro commissario, que declara que é parente no quarto grão.

Juiz certo é no feito crime, que entra nelle, se acontece que o feito se começa a ver, e não acaba de ser visto, ou só manda fazer diligencia em ordem ao despacho interlocutorio; porém para final não ha certo, mais que os que foram no recebimento das contraditas, e nem ainda os que foram no recebimento das contraditas. Ord. liv. 5.º tit. 124 § 25, *ibi*, os mesmos, donde dando o Regedor um Desembargador em lugar de outro, que tinha commissão no feito, este segundo fica sempre dalli em diante, salvo quando fosse dado para aquelle incidente sómente; porém, posto que della se opponha que foi dado para as contraditas, e foi nellas, sem embargo de ser para aquelle incidente, fica para final, que tudo aquillo é o mesmo incidente, e não pôde a commissão tirar o efeito da Lei; e assim se assentou em mesa.

Juiz dos agravos, que deu alguma sentença no feito, com seus seguintes, se depois se embargar, e elle morrer, acabou-se aquelle lugar: então para os embargos, que são de certos, dá o Regedor outro em seu lugar, que com os mesmos seguintes os despacha, e acabado esta incidente, distribue-se o feito de novo.

Juizes certos não são os que deram sentença, se depois a parte por occasião della pede subnegados por acção ordinaria.

Juiz de India e Mina, emquanto o seu titulo diz que é privativo para aquellas causas, se intende na Côrte, e nas cinco legoas, porque fóra dellas não pôde citar, nem chamar a seu Juiz.

Juizes quando sendo seis, ou em outro numero, votam no feito, e discrepam, se entra por quarto, quinto, ou setimo, outro Juiz, e acontece votar-se no feito mais vezes, sempre o que votos, chamada fóra do numero ordinario do feito, voto n'aquelle lugar de quinto, ou setimo, posto que seja mais moderno que os que são no feito, e houvessem de votar primeiro; e o mesmo é, quando em algum feito foram alguns Desembargadores do Paço, e depois dos originarios do feito; com tudo estes aggregados entre si guardam a ordem, votando os mais modernos diante; e assim se assentou perante o Regedor.

Juiz de India e Mina não conhece dos seguros, que se fazem sobre mercadorias, ou navios para estas partes.

Juiz do feito a que vai primeiro, se concede licença para artigos de nova razão; e se aos

dous seguintes lhes não parece, torna ao primeiro, para pôr sua tenção, e dizer *de munitis* na causa principal.

Juiz quando se condemna nas custas, é mais curial dizer que, tendo embargos, os venha allegar em certo termo.

Julgar se não pôde pelo que se discutio nos autos, se não está articulado; porém estendo discussão, e mostrando que tem a parte razão, se manda que articule: e assim se intende a Ordenação liv. 3.º tit. 63: e enganou-se Valasc. *de jure emphyt. part. 3.ª quaest. 7.ª* em quanto diz que se pôde julgar pelo provado no processo, posto que neste Reino o prohiba a Lei.

Juramento não se dá ao author, senão quando o réo foi especialmente citado para o vêr jurar, porque não vindo, se lhe dá, pela contumacia que teve em não vir a Juizo.

Juramento suppletorio, se o Juiz o manda dar, é sómente agravo do processo; porém ha nisto duas fórmas, uma mandando dar juramento á parte, e que torne para se sentenciar, e neste caso é agravo do processo; outra condemnando no que a parte jura, e neste caso é de appellação.

Juramento de alma, posto que se crê a qualidade pela Ord. liv. 4.º tit. 51, comtudo, sendo ella tal, em que o que jura não pôde ter plenaria noticia, como nos exemplos, que poem Cabedo 1.ª part. decis. 34, 11 e 14, não se crê, e tira-se da mesma Ordenação, porque conclua não ser obrigado.

Juramento suppletorio não se dá nas recusações, e suspeições.

Jurar falso não se diz o que nega o costume.

## L

Legatario a que foi deixado um moio de renda em sua vida por seu avô em uma herdade, elle ha de pagar o dizimo, e não o herdeiro: a razão é porque o dizimo deve-o quem é senhor dos fructos.

Lembrança se não toma nos feitos, que tem parte, que accusa, posto que a Ordenação o não distingue — e parece erro não se pôr uma lembrança, porque se pôde duvidar se ficam certos os Juizes, quando se não poz, sendo assim que a Lei quiz que assim fosse, e assim é melhor estilo lançar-se.

Lembrança faz certos os Juizes, que foram nella a final.

Licença do senhorio não é necessario provar-se por escriptura, porque bastam testemunhas.

Liquidação de expensas se faz pelo que a parte jura, e o vencedor deposita em Juizo em dinheiro, e não recebe o deposito, e despesa, e então corre a liquidação.

Livro de razão quando se exhibe, não se dá vista delle todo á parte, senão só d'aquella addição, que pertence á causa.

## M

Marido pôde perdoar aos adulteros, com condição, que um vá para tal Ilha, e outro para tal: e El-Rei costuma aprovar este perdão.

Marido que litigou sem procuração da mulher, se depois na appellação quer annullar os autos até alli, na fórma da Ord. liv. 3.º tit. 63, que não permite que se revalidem, não se admite o fazel-o, sem para aquillo trazer procuração da mulher, porque se aconfezer que se julgue contra ella, não venha de novo allegando o mesmo: assim se julgou na mesa grande.

Matrimonio quando delle se duvida para effeito das partilhas, ha de conhecer delle o Juiz Ecclesiastico, a quem se ha de remetter a causa, e então, depois de averiguado, se é, ou não é, se ha de proceder a partilha.

Mercadores, a seus escriptos se lhes dá fé, como a escripturas publicas, sendo sobre contratos de mercadorias: e assim se intende a Ord. liv. 3.º tit. 59.

Miseraveis se não reputam os Religiosos, que tem bens em commum, salvo os Conventos de Freiras: e pedindo este privilegio os Frades de Santa Cruz, respondeu Sua Magestade que lh'o não concedia.

Missa quotidiana de obrigação de Capella por estilo se estimava em 15 U. réis.

Mulher que fica em posse, e cabeça de casal, o mais moderno estilo é, que não pôde citar, nem pôde ser citada, senão pela sua parte da herança, posto que se praticava poder ella citar os acredores, e ser ella citada só.

Mulher condemnada á morte por adultera, se o marido lhe perdôa com que vá para Angola para sempre, é estilo dar-se conta a El-Rei, e elle perdoar.

Mulher condemnada á morte por adulterio, se não põe clausula, que a possi matar qualquer do povo, porque o marido lhe pode perdoar, e assim cessará a pena.

Mulher que é fiadora juntamente com o marido, pôde usar do remedio do Veleano, e assim se interpreta a Ordenação.

Mulher morta que foi adultera, pôde, depois de morta, querellar o marido do adultero, e accusal-o.

Mulher que no feito crime pôde accusar por procurador, dando fiança ás custas, na fórma da Ordenação liv. 5.º tit. 124 § 16, comtudo é obrigada a apparecer no principio, para requerer que lhe tomem fiança, e lhe deem licença para se poder ir: e assim o julgámos; mas parece dura cousa, que só para isso venha, podendo admittir-se-lhe fiança, pois o Juiz lhe não dá licença, senão a Lei.

Mulher a quem Sua Magestade fez mercê de officio, á pessoa que com ella casasse, succedendo que, casando, e o primeiro marido não usou de officio, enviuvando, não se pôde pedir o officio por vago.

Mordomo das cadéas quando entra na Relação, falla ao Regedor em pé, cuberto, o qual lhe falla assentado: e na Relação ninguem tem assento, nem os Condes, que o tem diante d'El-Rei; e se chega a fallar a algum Desembargador a alguma mesa, não se levanta.

Morte civil, duvidou-se se se punha com seis Juizes, e se praticou no caso da cutillada pelo rosto com faca, que tem degredo; porém parece que, vista a Ord. liv. 3.º tit. 6.º, que falla só em morte natural, aquillo foi porque havia alli cortamento de membro; e tirado aquelle caso, nos mais de morte civil se ha de guardar a Ordenação. Na Ordenação antiga não havia a palavra *civil*, e agora na nova se poz *morte natural*, porque havia um Assento, que dizia que o mesmo fosse na morte natural e civil; e assim, pois aquella palavra se poz, se deve entender, para não ter duvida, e que só se intende na morte natural.

## N

Neto de avô peão, é estilo admittil-o á herança do avô, como a do filho á de seu pai.

Nomeações de prazos se podem provar por testemunhas, posto que a Ordenação esteja defeituosa, e não declare quantos hão de ser.

Nullidades vagas é estilo não se admittirem, nem annullar por ellas os autos, senão quando a parte mostra justiça na sua causa, e pertende disso algum interesse.

Nullidade de partilhas não basta para as desfazer, antes se mandam supprir os erros; porém quando se mostra nullidade, reforma-se então qualquer erro, posto que não seja na sexta parte, na fórma da Ordenação.

## P

Pai que cita em nome do filho. *Vide verbo Citar.*

Parentes do morto, que estão em Ilhas, e Brazil, não se citam para a execução do morto.

Partilha quando se faz, e se encabeça o prazo em um dos herdeiros, posto que fique devendo dinheiro, em que não ha fructos, que responde á parte de cada um dos herdeiros; e assim se intende a Ordenação liv. 4.º tit. 96 § 23, e é pela razão da Ordenação liv. 4.º tit. 67 § 3.º; e o mesmo é, se logo na partilha se declara que se havia de pagar, ou se depois se pedio por acção: porque se intende que é por condição facita, ainda que se não exprima: assim o julgamos.

Partilha uma vez feita, posto que se annulla, e se mande fazer outra, todavia nesta segunda não entram os fructos, que os coherdeiros comeram depois da partilha, assim pelo titulo, e boa fé, com que os comeram, como pela desigualdade, que se seguiria entre elles, tendo levado um todo o seu quinhão em dinheiro, que não rende nada,

e outre propriedades, que rendessem muito, e neste caso a nova partilha se intende só ser feita para refazimento dos quinhões em que houve erro; e assim o julgamos.

Pena se pôde applicar á parte, posto que não seguisse a appellação; e assim se declara a Ordenação liv. 5.º tit. 137 § 2.º

Pena da Lei não incorre o que promette casar com criada do amo, com quem vive, senão o que casa.

Perdão, e conformidade delle, é estilo pôr-se com dous Desembargadores, posto que o feito fosse de seis; e julgar-se por conforme, posto que a parte não appareça.

No Pôrto se fez nisto Assento, que nos casos graves sempre a parte appareça, ou quando aos Juizes lhes parecesse, o mandassem assim; e é bom estilo.

Posse que o Corregedor dá do beneficio, na fórma da Ordenação, pôde o seu Escrivão fazer o auto della.

Posturas da Cidade, quando ha differenças nellas, ou com a Relação, ou outras pessoas, dada sentença na Camara, se faz petição a Sua Magestade, que manda remetter á Mesa do Paço, aonde se torna a sentenciar como agravo: consta do livro terceiro da Mesa do Paço, fol. 137, e alli está um Alvará d'El-Rei Dom Sebastião, na era de 1576, por que simplesmente nestas duvidas commette o conhecimento á Mesa do Paço, e que deem conta a Sua Magestade, e o mesmo se confirmou por outro Alvará de 1578; e ha outra Carta de 21 de Janeiro de 1614, no livro terceiro fol. 188, que manda que nisso se guarde o estilo praticado, que era fazer a petição a Sua Magestade, como acima disse.

Perguntas no principio da causa não se fazem com juramento.

Precatorios, ou requisitorias, não se pôde com ellas impedir a execução.

Precatorios que passa o Corregedor da Córte aos Vedores, começa primeiro por elles.

Precatorios do Contador-mór sobre devedores d'El-Rei não serem executados por outrem, é estilo da Relação provêr, mandando correr a execução, ficando o dinheiro da divida, ou depositado, até se acabar a conta d'El-Rei, para segurança da parte, e d'El-Rei.

Privilegio de Desembargador retém o Presidente, que é mudado a outro legar.

Privilegio de Desembargador escusa de pagar para as procissões, mas não escusa de ir nellas.

Privilegio de Desembargador, que isenta de jugada, ha de ser registado.

Privilegio de Desembargador dado aos mordomos, e criados, não se estende ao fóro, senão ao escusar dos tributos, de que fala a Ord. liv. 2.º tit. 56.

Prende-se em abertas, e publicadas, o que se

livra segura, e não é assim no que se livra sobre fiança.

Preso da Misericórdia se solta para ir cumprir seu degredo, posto que passa de seis meses.

Presos que se livram, da-se-lhes vista, com a devassa, e inquerição aberta.

Preso se pode tirar da Igreja, e pôr-se em parte segura, em quanto se faz o summario da immuniidade.

Procurador d'El-Rei não deposita caução nas suspeições que intenta.

Procurador da contumaz ficto, que só appareceu em Juizo por procurador, e não pessoalmente, é estilo citar-se para ver jurar testemunhas, posto que a Ordenação pareça que fala só com o contumaz verdadeiro.

Procurador da Corôa pôde dizer por elle, uma e muitas vezes; mas em quanto se vota, não pôde dizer nada.

Provas da paga do dote se admittem por testemunhas, posto que o sogro contractasse por escritura.

Provisão d'El-Rei não é necessária para citar o seu Procurador, no caso de opposição.

### Q

Qualidade de juramento se crê ao que jura, quando por ella se conclue não dever o que se lhe pede; porém se a qualidade é tal, que, ainda supposta ella, pôde ficar devedor, ou é tal, que elle não pôde declarar ao certo a qualidade que jura, em tal caso se não crê o que jura, sem que o prove; e assim se declara a Ordenação liv. 4.º tit. 52, *ibi*: « porque conclua não ser obrigado.»

Qualidade de força posta na acção basta para o leigo ser levado ao Fóro Ecclesiastico, até se averiguar a qualidade; e se não provou, ha de ser remittido a seu Juiz Secular, na fórma da Ordenação liv. 2.º tit. 1.º § 5.º e 6.º. Porém se o Juiz Ecclesiastico julgou por provadas as qualidades da força, e se julgou por competente, não se pode tirar o agravo para a Corôa sobre estarem provadas, ou não, porque neste caso só cabe a appellação para o Arcebispo, se o ha, e não para El-Rei, que naquelle caso não tem jurisdicção para emendar o que se fez mal no Juizo Ecclesiastico; e assim se tem julgado muitas vezes no Paço.

Querela de falsidade, que tomam os Desembargadores. *Vide verbo* Desembargadores.

Querela não se pôde tomar do condemnado para sempre.

Querela não obriga a livramento, passado o anno, salvo se estiver pronunciada.

Querela de falsidade diz a Ord. liv. 5.º tit. 117 § 15, que a tomarão os mesmos Juizes, salvo sendo Clerigos. Declarou-se que, quando fosse um leigo, e os mais Clerigos, que se devia remetter o tomar da querela ao Corregedor do Crime, e que vindo o agravo do Corregedor a não tomar,

que, posto que nos mais agravos crimes podiam dizer os Clerigos, neste agravo não podia ser porque já no principal não podiam ser, e que juntamente esta agravo não era de Juizes certos; antes se podia despachar por quaesquer outros. Determinou-se que pendendo a causa na primeira instancia, se não podia querelar da falsidade, senão depois da sentença dada no Senado, contra a decisão 23 de Cabedo.

Querelar se pôde de toda a pessoa que dê alcouce, posto que a Ordenação o não exprima.

Questão judicial se remette ao Juizo, a que pertence, e que, decidida, torne, para determinar, á Casa.

### R

Reconducção se faz nas casas tacitamente por estilo do Reino, posto que de Direito seja o contrario.

Reconhecimento em Juizo não requer termo assignado, como os mais termos primeiros judiciaes.

Reconvenção pôde-se vir com ella no tempo da replica; porem então ha de vir em auto apartado, por se não fazerem mais artigos nos autos.

Recusação em quanto pende indecisa, não se commette o feito a outrem.

Recusação posta ao Desembargador, se neste tempo a parte recusa o Chanceller, e se passa o tempo da primeira suspeição, sem culpa da parte, reforma-se-lhe o tempo na Relação, sem recorrer a El-Rei, que lh'o costumava reformar, por um Assento da Relação, em que assim se dispoz.

Recusação feita ao Colletor, se elle a repelle por frivola, como dizem alguns no cap. *Legitima de appellationibus*, e no cap. *Cum appellatio*, e a Ordenação, e não quer louvar, parece que o ha de cumprir o Ordinario, pelo Concilio sess. 7.ª cap. 14 e pelo cap. 5.º de *privil. in 6.º*. Porém parece que pôde El-Rei mandar-lhe que se louve com a parte, ou aggravando-se delle para a Corôa, se não ha de negar a defensão, ou mandando-lh'o, como se faz cada dia, nos termos do Conc. sess. 14 de *reform. cap. 5.º*

Reformação de tempo se dá a todas as partes, quando se annullam as inquerições, ainda ás partes, que tiverem culpa na nullidade.

Regatão de vinho para revender se castiga com a mesma pena do mosto, posto que alguns dizem que se não comprehende debaixo do nome vinho.

Regedor manda os presos aos Coutos, quando de lá se lhe pedem para alguma diligencia.

Regedor pôde applicar as condemnações, que lhe parecer, da Relação, para a Confraria do Espirito Santo.

Regedor elige a um dos Corregedores do Crime para Guarda-mór da Cidade, no tempo da peste, aonde a Casa assiste.

Relação conhece das differenças que teve o

Alcaide com o Almotacé, e não a Camara — e assim se julgou muitas vezes.

Remissão de Reino a Reino não se faz por provas conjecturaes.

Remissão ás Ordens sempre se pôe com seis, e assim se intende a Ordenação liv. 1.º tit. 1.º, posto que os casos não sejam de morte; porém parece mal entendida a Ordenação, que só lulla nos casos de morte.

Rendeiros do verde não se reputam por Officiaes de Justiça, para se tirar devassa delles.

Restituições todas se assignam juntas por estilo, e posto que se não peçam, salvo nos dez dias de appellar; porque deste modo se não exclue o menor, que poderá appellar por restituição, e assim o julgamos.

Revalidar se não podem autos que já estão sentenciados.

Revista concedida sobre causa de força, posto que nas mais revistas se não vençam fructos pela sentença da revista; com tudo, se a força era sobre apresentação de Padroado, de que o Padroeiro deu força do Bispo, se em revista se julgou que lhe pertencia appresentar, remove-se o appresentado pelo Prelado; porque, posto que a appresentação seja fructos do Padroado, e por essa via pareça que os faz seus o que appresentou, e houve sentença por si; com tudo, isso se intende nos fructos, que estão colhidos, e não neste, que tem trato successivo, e que elle ficava colhendo de novo depois da sentença ter seu collado, se não removese estes, tem principio em tempo, que não havia boa fé, que era quando a causa começou: e assim se julgou.

Revista não requer que nella se habilitem as partes, posto que, pendendo ella, algum dos litigantes morra.

Revistas ajuntam-se nellas as inquerições, que vieram de fóra do Reino, e não chegaram antes de se dar a primeira sentença, posto que nellas se não possam ajuntar papeis de novo, ampliada assim a Ordenação liv. 3.º tit. 56.

Revista concedida de sentença, a que se tinha vindo com embargos, não se intende concedida, senão sobre embargos repudiados.

Revista concedida não impede a execução da sentença, nem nella se condemna em fructos da lide contestada; na revista se não dá posse tomada, se a litis contestação na revista se faz pela petição offercida ao Principe; porém os fructos da causa, que estiverem por colher n'aquelle tempo, serão de que veio na revista.

## S

Sedas se coutam com o Meirinho as ver com uma testemunha legal, e Escrivão, sem ser necessario chegar á mulher, que as traz vestidas.

Seguro que tem Provisão para se livrar por

procurador, não se admite a isso, sem appresentar pessoalmente Provisão.

Senhor da terra não pôde conhecer da appellação, em quanto tem Ouvidor, nem tendo um Ouvidor, dar outro nas causas, em que fór suspeito, porque se hão de louvar as partes.

Sentença dada por dia de apparecer, se aconteceu que já neste tempo a appellação tinha vindo ao Senado, na audiencia se manda passar carta, para substar na execução do dia de apparecer, sem ser necessario recorrer aos Juizes, que foram na sentença; e nesta carta vai que se notifique a parte para falar á causa; porém se a parte insiste que foi bem despachado o dia de apparecer, e que a appellação veio fóra do tempo, faz-se concluso aos Juizes, que foram nelle, e que o despacharam.

Sentença se duvidou se podia o Desembargador que tinha posta tenção, e estava doente de maneira, que a não podia escrever, nem vir á Relação; determinou-se que um dos que deram tenção, ou o primeiro, a escrevesse: e no caso que podia vir á Relação, e não vinha por estar enojado, ou impedido, que a podia escrever, e mandal-a á Relação, e a assignar, quando não fosse interlocutoria, em que se havia de dar despacho por « Accordam em Relação », porque neste era necessario vir dal-a nella, e não na sentença, que dão por « Accordam os do Desembargo ».

Sentença se pôde tirar do despacho dado na petição de agravo, posto que seja interlocutoria; porém ha de tirar a parte sentença á sua custa, e não tem effeito de embargar na Chancellaria, nem os mais das outras sentenças de custas dobradas.

Sentença confirmatoria tem tres differenças: se confirma a sentença de outro Julgador semelhante ao Corregedor de fóra da Córte, diz: Confirmam sua sentença por alguns de seus fundamentos; se é dos Corregedores da Cidade de Lisboa, diz: Confirmam sua sentença por seus fundamentos; e do Corregedor, ou dos que se chamam do Desembargo—se é dos Corregedores da Córte, ou da Relação do Porto, diz: Cumpra-se sua sentença por seus fundamentos.

Sentença dada, se assignam á parte cinco dias para a tirar, e tres para a Chancellaria, donde a parte pôde ir pôr embargos, e passado esse termo, se dá vista do processo.

Sentença dada em Juizo incompetente se annulla sómente, e não o processo, o qual se remette aonde pertence, salvo quando a parte mostre proveito consideravel da nullidade.

Sentença dada em final na Relação que haja tratos, se manda passar carta para o Juiz fazer diligencia, e remetter, para se dar despacho na causa.

Sentença definitiva, em que a parte foi ouvida, deve-se appellar della; se não foi ouvida, pôde-se aggravar.

Sentença da Corôa dada em favor de Sua Magestade, não se annulla, por não ter estado o Procurador da Corôa presente.

Sentença dada em agravo de petição, se embarga no processo, e não na Chancellaria.

Sentenças desta Relação não condemnam nas custas de todas as instancias, senão nas custas destes autos sómente, e nesta condemnação se concluem todas.

Sentença que condemna que dê a parte consentimento de sua mulher para a venda, não se paga della dizima.

Sentença que vai á Chancellaria, passados seis mezes, mandam-se citar as partes de novo, salvo se a Justiça é sómente parte.

Sentença de dia de apparecer não se executa, mas por ella se tira outra na terra, e esta se executa.

Sentença de deserção, se na execução della se vem com embargos, não ficam certos os Juizes, que a deram, porque se não executa esta ultima, senão a do Juiz, salvo se se embargar a mesma deserção, e se appella; porque se neste caso se tira dia de apparecer, vem aos mesmos Juizes com os mais embargos da execução.

Sentença que se perde ao preso, com fé do Escrivão, que a vio, dando fé do teor della, se pôde mandar soltar, e deve-se a assignatura, como de sentença reformada.

Sentença que se dá contra a fórma, e estilo, por não haver duas sentenças encontradas, manda-se, antes de deferir á petição da parte, que se ajunte aos autos, para ao tempo de se dar a segunda, se romper a primeira.

Sentenças da Casa da Supplicação fazem exemplo para os casos semelhantes.

Sentença em que ha parte bem julgada, e parte mal, começa-se sempre pela parte, que se confirma, e depois se passa ao que se revoga, e quando vem de sentença de Juiz.

Sentença do Juiz, e Ouvidor, encontradas, e se confirma uma, e revoga outra, se começa pela que se confirma; salvo nas revistas, porque se começa pela sentença do agravo, posto que se revogue, porque a revista se concede d'aquella sentença *in specie*, e a appellação devolve ambas.

Sentença que se excede a alçada da Casa do Porto, por estilo d'aquella Casa, se confirma, ou revoga, por dous votos, posto que a Ordenação o não diga, e se conceda o agravo para os superiores.

Sentença da Casa do Porto, que se annulla, por alli se não poder conhecer, delibera-se por tentções.

Sentença do Porto, de que lá pende o agravo, e se executa aqui, por serem passados seis mezes, os agravos que sahem desta execução, vão ao Porto, na fórma da Ord. liv. 3.º tit. 86 § 12.

Sentença se pôde dar, sendo o réo já morto,

quando fór necessario, para se saber se teve culpa.

Sisa se não paga da compra dos juros, nem do pão que se vende na primeira mão por conta do mercador, posto que seja em outro lugar do Reino, proximo ao porto d'onde sahio.

Sisa paga o Clerigo do pão que manda vender de uma parte a outra, porque se ha por negociação.

Sisa não se paga das compras e vendas do Brazil, nem Ilhas, parece que são terras da Ordem, e assim se limita a Ord. liv. 1.º tit. 87 § 14, nem das transacções, e assim é estilo.

Sogro prova as pagas do dote por autos, posto que o dote fosse por escriptura.

Sportulas se não pagam da parte de Sua Magestade.

Sportulas quando se não hão de dar, por não parecer caso dellas, não se pôe Accordam que se não dão por esta razão, ou aquella, e não se dá despacho no feito, e assim se ha por deferido.

Subreção que facilita, ou difficulta, annulla o Rescripto, posto que Valasco diga o contrario.

Subscrição á pena do Talião não tem logar nos escriptos particulares.

Summario se faz sempre com seis Juizes, posto que a Ordenação o não declare, e assim se pratica, e nelle não ha contraditos, nem outras cousas semelhantes, porque tudo se suppre com dizer de direito, e feito.

Suspeição se determina por tres votos conformes; porém, posto que no procedimento fossem cinco, no final despacho bastam tres.

Suspeição posta, se no meio della morre o recusado, não se perde a caução.

Suspeição não se dá nella mais tempo que o da Ordenação, posto que haja impedimento, por que se deva recorrer a El-Rei. Isto se declarou por um Assento da Relação, em que se ordenou que, havendo impedimento, como era ser reusado o Chanceller, que era Juiz, não corria o tempo da primeira suspeição, porque a Ordenação, no § 22 tit. 21, se intendia quando havia Juiz, o que não havia em quanto o Chanceller era recusado.

Suspeição quando se intenta, se a parte pôe suspeição ao Chanceller, em quanto aquelles quarenta e cinco dias duram, não correm os primeiros; assim se assentou na Relação.

Suspeição posta, se a parte embarga o procedimento, e se lhe recebe, e ultimamente se julga que não procede, não se condemna o recusante em perdimento da caução, porque por esta sentença tornou a dita caução, como se não fóra posta a suspeição; assim se assentou na suspeição do Provedor da Alfandega.

## T

Tabelliães de notas, não se syndica delles nas

residencias, mas são obrigados mostrar suas notas.

Tabellião que serve sómente das notas não tem obrigação de dar residencia, quando se toma ao Juiz de fóra, e sómente ha de mostrar os livros ao syndicante, para se ver se estão assignados pelo Juiz, conforme está obrigado.

Taxa não pôde pôr a Camara no sabão, porque é Direito Real.

Tenção do Desembargador privado não é valiosa, mas a do suspeito a tempo, sim.

Termo assignado pela parte se não requer de reconhecimento feito em Juizo.

Testamenteiros universaes se regulam por herdeiros, ainda que não seja em causas pias.

Testamento, em que o Tabellião ommittio escrever a approvação logo na volta, na fórma em que o manda a Ordenação liv. 4.º tit. 80 §, não se annulla por isso, porque a Lei põe pena ao Tabellião; e assim se julga no caso de Manuel Ferreira de Assumar, Escrivão Basto.

Testemunhas fóra das cinco legos não se mandam vir á Córte, senão por Accordam.

Testemunha não pôde ser o chamado por author, posto que o não fosse actualmente.

Testemunhas em testamentos nuncupativos se requerem varões, e não fêmeas; e assim se declara a Ordenação.

Tutor não accusa por procurador, senão pessoalmente.

Tutor se dá ao Clerigo menor no Juizo Secular.

## V

Vencedor da propriedade pôde obrigar ao vencido, que estime por seu juramento as benfeitorias, e que depositando, despeje a propriedade; neste caso não pôde a parte receber o deposito, posto que dê fiança.

Vereadores não podem condemnar ninguem a dias de cadêa, nas injurias verbaes, em Camara. *Lib. Sphaerae, cap. 42.*

Vista não se concede para seguir embargos nos casos de morte: diz Cabedo que ainda se dá, mas não parece bom estilo.

Vista para embargos ao que se mandou em audiencia dos aggravos não se dá, porque se ha de aggravar, e não embargar.

Vistoria paga a parte que a pede, e faz o deposito para ella; porém na sentença se carrega á parte vencida, como parte de custas. Na Casa do Porto não se pratica assim.

Vistoria, não se dá della vista ás partes, e sem isso se ajunta.

Viuva que está em posse, e cabeça de casal, se pôde citar. *Vide verbo Mulher.*

Viuva citada perante o Corregedor da Cidade, pôde declinar para ante o Juiz do Cível.

Viuva que fica em posse, e cabeça de casal, se intende sómente a respeito das cousas, que mehorou.

Viuva, na escolha de Juizes, não pôde escolher o Juiz Ordinario de seu fóro, quando a authora mora em differente logar, senão o Juiz do réo, ou o Corregedor da Córte.

Viuva que é citada perante o Juiz do Cível não pode declinar para o Corregedor do Cível da Cidade, posto que o possa fazer para o da Córte: e assim se declarou a Ord. liv. 3.º tit. 5.º § 3.º *in fine*; é porem o caso *é converso*, que possa declinar do Corregedor do Cível para o Juiz do Cível.

Usura no facto ha-se por questão secular.

Costa — Estilos, pag. 178 e seg.

**EU** El-Rei Faço saber aos que este Alvará virem, que, havendo respeito á boa informação que tenho de Gaspar Alvres Lousada, e por confiar delle que nas materias de meu serviço, procederá com satisfação, hei por bem e me praz de o encarregar da reformação dos Padrosados de minha Corôa, e que nesta materia faça todas as diligencias necessarias para ella se apurar, para eu ser bem servido — com declaração que, conforme a importancia do serviço que nella fizer, mandarei ter lembrança della, para lhe fazer mercê. E este Alvará mando que se cumpra e guarde inteiramente, como nelle se contem, posto que o effeito delle haja de durar mais de um anno, sem embargo da Ordenação do livro 2.º titulo 40 em contrario.

Francisco Ferreira o fez, em Lisboa, a 30 de Março de 1612. E eu João Pereira de Castello Branco o sobscrevi. — REI.

No principio da Obra do mesmo Lousada, na Torre do Tombo.

**EU** EL-REI Faço saber a vós Doutor Sebastião de Torres de Almeida, que ora estaes aprovado na Mesa do Desembargo do Paço para meu serviço, que, havendo respeito ao que me enviou dizer, por sua petição, Dom Luiz da Silveira, Senhor da Casa da Sortelha, e das Villas de Goos, e Celavisa, Oliveira do Conde e Correllos, Comarcas de Coimbra e Vizeu — e visto as causas que allega, e pela confiança que de vós tenho que nas cousas de que vos encarregar me servireis bem, e fielmente, e administrareis inteira justiça ás partes, como a ella e a meu serviço cumpre — hei por bem que, para o tombo e demarcação, que haveis de fazer, dos bens e propriedades que são das ditas Villas e seus termos, e pertencem ao dito D. Luiz, tenhaes a ordem e maneira ao diante declarada.

I. Primeiramente mandateis pôr assignados de editos etc.

*Segue todo o contexto do Alvará de 31 de Agosto de 1606, que se encontra a pag. 174 e*