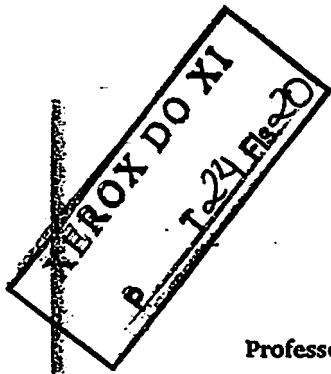


fernando 5.

Texto Original (1)



Eduardo C. B. Bittar

Organizador

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Professor de Mestrado em Direitos Humanos do UNIFIEO
Pesquisador N-2 do CNPq



História do Direito Brasileiro

Leituras da Ordem Jurídica Nacional

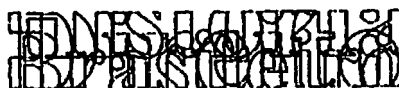
AIRTON L. CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER
AJAËR CAFFÉ ALVES
ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA
ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ
ANTONIO AUGUSTO MACHADO DE CAMPOS NETO
ANTÔNIO SÉRGIO CARVALHO ROCHA
ANTÔNIO SILVEIRA RIBEIRO DOS SANTOS
CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT
DALMO DE ABREU DALLARI
EDUARDO C. B. BITTAR
ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD
GILBERTO BERCOVICI
GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA
IGNACIO MARIA VELASCO POVEDA
JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

LUCIANA MARIA NAPOLEONE
LUIZ CARLOS DE AZEVEDO
MARIA CRISTINA CARMIGNANI
MARIA HELENA DINIZ
MARIA LUCIA BEFFA
ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO
PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA
PAULO AMADOR THOMAZ ALVES DA CUNHA BUENO
RICARDO MARCELO FONSECA
ROBERTO DA SILVA FRAGALE FILHO
ROBERTO SENISE LISBOA
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA
SANDRO ALEX DE SOUZA SIMÕES
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
TERESA MARIA MALATIAN

3ª Edição

Revista, modificada e ampliada

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2012



Tradição luso-brasileira dos *assentos* da Casa da Suplicação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Sumário: 1. Precedentes judiciais à época da reconquista; 1.1. *Façanhas e fazañas*; 1.2. Sentenças da Cúria Régia; 2. Recepção do direito comum; 2.1. Direito espanhol; 2.2. Direito lusitano; 3. Interpretação e *fazañas* do rei nas fontes espanholas; 4. O problema das lacunas da lei no direito lusitano; 5. Interpretação autêntica das leis e *assentos* dos tribunais; 6. Estilos da Casa da Suplicação; 7. Direito subsidiário na reforma pombalina; 8. *Assentos* e estilos na Lei da Boa Razão; 9. Coibição da prática abusiva de editar *assentos*; 10. Classificação dos *assentos*; 11. *Assentos* do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro.

1 Precedentes judiciais à época da reconquista

1.1 *Façanhas e fazañas*

Examinando as vicissitudes históricas da Península Ibérica, cumpre esclarecer, antes de mais nada, que, a exemplo do que ocorrera no restante da Europa, também ali não haveria produção jurídico-literária entre o século VIII e o limiar do século XI, chegando-se até mesmo a denominá-los *siglos mudos* da história do direito.¹

¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 129, referindo-se à expressão utilizada por FERNANDEZ, Enrique Gacto. *Temas de historia del derecho: derecho medieval*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977. p. 10.

Nesse longo período, a unidade jurídica deixada pelos romanos é fragmentada pelos visigodos sob a égide do *Liber Judiciorum*. Entre as comunidades dispersas pelo campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um ordenamento de direito costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.²

É então em tal ambiente, no qual princípios e práticas senhoriais e municipais se entrecruzam, mesclados geograficamente e alternados no tempo, transmitindo às novas gerações a tradição da localidade, que ocorrerá acentuada e inafastável prevalência do costume sobre quaisquer outras fontes jurídicas.

Esse *usus terrae*, na verdade, traduzia-se em regras consuetudinárias gerais ou locais, muitas vezes no formato de *posturas* ou *estatutos* e, ainda, em *precedentes* judiciais, chamados de *façanhas*. Julgar por *façanha* “seria o mesmo que julgar por exemplo, isto é, julgar de acordo com a solução adotada num caso exemplar, que é tomado como paradigma”.³

As *façanhas* eram sentenças, casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorria da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Ficavam assim servindo como aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez ocorresse.⁴

A decisão judicial, no contexto do direito espanhol pré-compilado, também recebia o nome de *facienda* ou *fazaña*, que se origina de *hazaña*, significando fato memorável, e, portanto, “decisão judicial com valor de precedente”. Estas *fazañas* eram transmitidas por memória oral ou, também, mediante anotações pessoais feitas pelos juízes que proferiam os julgamentos.⁵

Era comum, portanto, nessa época, a circulação de coleções de preceitos costumeiros e de *precedentes judiciais*. Denominados *fueros*, em Espanha, e *forais* ou *costumes municipais*, nas fontes portuguesas – apesar da dificuldade (comum, aliás, a quase todas as instituições medievais) de estabelecer o seu preciso significado –, eram um documento escrito, outorgado pelo monarca, contendo as regras jurídicas próprias de uma determinada comunidade, com âmbito de vigência restrito a um especificado território.

ROBO DA COSTA. A revogação da sentença na Península Ibérica. São Paulo, s/ed., 1979, p. 32; Idem. Revogação da sentença. São Paulo: Edusp/Ícone, 1995. p. 99-100.

SEVA, Nuno Espinosa Gomes da. História do direito português. Fontes de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 115 e nt. 4. V., ainda, FIGUEIREDO, José Anastácio de. Sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra “façanhas”. Memórias de litteratura portugueza, t. 1, Lisboa: Academia Real de Sciencias, 1792. t. 1, p. 61 ss.

TOMÁS, Helena Cristina Costa. Em torno do regime dos assentos em processo civil. Lisboa: AAFDL, 1990. p. 21.

DE GARCIA-GALLO, Alfonso. Manual de historia del derecho español. 6. ed. Madrid, s/ed., 1, 1975. pp. 194-195. V., nesse sentido, ABADIA, Jesús Lalinde. Derecho histórico español. Barcelona: Ariel, 1974. p. 76.

1.2 Sentenças da Cúria Régia

À medida em que os territórios vinham sendo reconquistados ao povo invasor, o poder real ia firmando o seu governo.

No exercício de variadas atribuições, o rei era assistido por um conselho, para tratar de assuntos da administração, da legislação e da justiça. A atividade judicante desse órgão, que passou a ser chamado de Cúria Régia, é considerada importante fonte de produção do direito no período da reconquista.⁶

A Cúria Régia tinha competência originária para julgar algumas causas mais relevantes e, ainda, funcionava como tribunal de apelação. Era o órgão jurisdicional mais preeminente do reino e, por essa razão, não admira que, no início da monarquia lusitana, delimitasse uma orientação jurisprudencial, "impondo-se à observância dos tribunais municipais e senhoriais".⁷

Na verdade, as sentenças da Cúria Régia, sem embargo do valor que possuíam na determinação de correntes jurisprudenciais e "de se revestirem – pelo menos, de fato – de força vinculativa para a decisão de casos similares", eram, em muitas ocasiões, a confirmação formal da vigência de costumes.⁸

Dada a incipiência e precariedade dos direitos populares vigentes em inúmeras comunas, ao lado das tendências hegemônicas de Castela sobre os demais reinos ibéricos, resultava de todo natural a adoção de princípios e regras provenientes do direito romano-canônico, uma vez que os seus respectivos fundamentos alargariam, por certo, as prerrogativas dos monarcas.

2 Recepção do direito comum

2.1 Direito espanhol

É de ressaltar-se que o fenômeno da recepção do direito comum na Península Ibérica não se deu de forma simultânea e uniforme, dada a oposição que lhe foi encetada por diferentes suseranos apegados à tradição jurídica consuetudinária.⁹

Além desse empecilho, também se alvitava alguma resistência de natureza política à recepção, visto que o direito romano representava inicialmente o orde-

⁶ BRAGA DA CRUZ. *História do direito português*. Coimbra, s/ed., 1955. p. 292.

⁷ Cf. BRAGA DA CRUZ. *História do direito português*. Op. cit. p. 292.

⁸ BRAGA DA CRUZ. *O direito subsidiário na história do direito português*. Separata da *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, 14(1975):181.

⁹ RIUS, José Maria Font. *La recepción del derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Recueil de mémoires et travaux. Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpellier, 1967. p. 92.

namento do *Sacrum Imperium* que, *de iure*, proclamava a sua supremacia sobre todo o mundo cristão.

As causas primordiais para o ingresso da nova cultura jurídica no reino castelhano-leonês foram a influência do direito canônico desde os fins do século XII, e, em momento posterior, sob a coroa de Afonso X, a assimilação das fontes do direito comum no ensino universitário e na prática negocial e judiciária.

Com efeito, o progressivo intercâmbio de juristas e professores, entre a Península e famosos centros de estudo jurídico, já na aurora do século XIII, contribuiu em muito para a renovação do pensamento jurídico iniciado há quase um século na Universidade de Bolonha.¹⁰

A via legislativa pela qual se produz em Castela a incorporação do *utrumque*, além de eliminar os inconvenientes que a pluralidade de *fueros* acarretava à unidade das fontes do direito, propicia também a adoção do princípio justinianeu que privava de todo valor normativo as sentenças judiciais. Em consequência, a estrutura formal da ordem jurídica tende a centrar-se na vontade do monarca, único detentor do monopólio legislativo.¹¹

A primeira iniciativa em tal sentido foi providenciada por D. Fernando III (1230-1252), após a fusão dos reinos de Leão e Castela (1230), ao ser outorgado o *Fuero Juzgo* como texto normativo a vigorar nos territórios que iam logrando a liberdade.

A aspiração de atingir a unidade legislativa do reino é seguida por seu filho, Afonso X (1252-1284), que determinou a elaboração de um *fuero* extenso, subsidiário dos *fueros* breves, destinado a harmonizar as regras de aplicação local.

Em 1254 era promulgado o *Fuero del Libro*, mais tarde conhecido pelo nome de *Fuero Real*. E, nos anos que se seguiram, o monarca, auxiliado pelos seus conselheiros, compila o *Libro del Fuero*, esclarecendo, no *Prólogo*, que a obra deveria ser considerada como “*espejo del derecho por que se judquen todos los de nuestros regnos e de nuestro señorío*”. Recebeu, assim, a denominação posterior de *Especulo*.

Anos depois, o Rei Sábio orientou juristas de notável cultura e de indubitável formação filosófica a escreverem uma obra com a precípua finalidade de unificar o direito de seu reino e, ao mesmo tempo, servir de subsídio para colmatar as lacunas então existentes.

Esse amplo trabalho, que representa o epílogo de um ciclo legislativo, inspirou-se nas fontes do direito comum e é considerado “*el monumento central del romanismo*”

¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*, op. cit., p. 139.

¹¹ PARÍCIO, Javier; BARREIRO, A. Fernandez. *História del derecho romano y su recepción europea*. 3. ed. Madrid: Paideia, 2000, p. 230.

español".¹² Concluído em 1263, chamado de *Siete Partidas* e que contou com a inestimável contribuição do Mestre Jacob de las Leys, passou a ter força de lei somente em 1348, com a promulgação do ordenamento das Cortes de Alcalá de Henares, no reinado de D. Afonso XI (1312-1350), pelo qual se outorgou preeminência ao direito oficial frente ao local.

Esse conjunto de fatores iria, por certo, ser o veículo de introdução do direito comum na vizinha nação lusitana.

2.2 Direito lusitano

A despeito de algum atraso na recepção da nova metodologia científica, devido, em particular, à sua singular posição geográfica, Portugal passa a incrementar a legislação reinol em decorrência do fortalecimento do poder real, transmitido pelos postulados preconizados pela legislação de Justiniano.

Viu-se então existir ambiente propício à aceitação do *ius commune*: "queria-a a Igreja, queria-a o Rei".¹³

Apesar de já serem constatados traços da influência do direito romano em algumas leis de D. Afonso II (1211-1223) –, os quais possivelmente teriam derivado da legislação visigótica – foi apenas no reinado de D. Dinis (1279-1325) que o direito comum adquiriu grande autoridade, principalmente por ter ele importado e mandado traduzir as obras *Flores de las leyes*, do Mestre Jacob, e *Siete partidas* e, ainda, fundado, em 1º de março de 1290, o *Studium generale* dionisiano, no qual "o ensino do direito romano e do direito canônico e a outorga de graus num e noutro direito ocupavam justamente a finalidade mais destacada".¹⁴

Era natural que as fontes de direito subsidiário no reino português, a exemplo do que sucedera em quase toda a Europa Ocidental, proviessem do *ius commune*, passando a constituir, via direito espanhol, inesgotável manancial de soluções concretas das questões jurídicas às quais os tribunais recorriam, com o intuito declarado de suprir as lacunas de um regramento consuetudinário cada vez mais ultrapassado e de uma legislação ainda em fase de formação.

Com o decorrer do tempo, os juristas e operadores do direito lusitano dirigiram à coroa veemente protesto contra a primazia atribuída em solo português às fontes jurídicas castelhanas como direito subsidiário, fato esse que comprova o altíssimo grau de aprovação que alcançaram, cuja autoridade resultava da "expressão consagrada do novo credo jurídico romano-canônico, com a vantagem de serem – como

¹² GIBERT, Rafael. *El "nuevo Savigny" en España. Estado de las investigaciones sobre derecho romano en la Hispania medieval*. Colloquio internazionale su "cultura iberica e diritto romano", texto inédito, Sassari, 1980, p. 19.

¹³ GOMES DA SILVA, *História do direito português*, op. cit., p. 158.

¹⁴ Cf. CRUZ, Braga da. *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 190-191.

trabalho de síntese e redigidos em vulgar – de muito mais fácil acesso do que os textos das compilações originais em que se tinham inspirado”.¹⁵

Assim, às fontes castelhanas se sobrepõem o “direito e as opiniões dos doutores”, sendo certo que as leis régias promulgadas a partir de D. Afonso III (1248-1278) e a atividade judicial são informadas diretamente pelas regras e princípios do *Digesto*, da *Glosa*, do *Decreto* e das *Decretais*.

Na verdade, ao espírito da época incomodava cada vez mais admitir que os tribunais, para preencher as lacunas da lei em uma hipótese concreta, recorressem à legislação de D. Afonso X, ao invés de extraírem a solução do original dos textos de direito comum, que foram inclusive traduzidos do latim para o vernáculo em meados do século XIV.¹⁶

3 Interpretação e *fazañas* do rei nas fontes espanholas

Recebendo influência direta da legislação de Justiniano, as primeiras compilações castelhanas reservavam ao rei o poder exclusivo de proceder à *interpretatio iuris*.

Conquanto de forma ainda não muito evidente, o *Especulo* continha interessante regra que disciplinava a aplicação do direito em caso de lacuna no ordenamento.

Com efeito, prescrevia o texto legal que, se porventura, a causa não pudesse ser julgada com base nas leis do reino, “o juiz deveria enviar o pleito ao rei. Primeiramente, deveria explicar ao rei como a demanda se iniciou, qual o seu objeto, a defesa apresentada, e, depois, apontar a dúvida ou a lacuna da lei [la mingua en las leyes], que o impediu de julgar; a carta a ser enviada ao rei deveria ser redigida diante das partes, de modo que lhes fosse possível verificar se foram escritas todas as razões. E se o rei entender que a lacuna ou dúvida realmente existe a ponto de exigir a elaboração de lei, a lei deve ser editada e inserida neste livro”.¹⁷

É curioso notar que, nessa espécie de *consultatio*, o rei, em princípio, não decidia propriamente a questão que lhe era submetida. Segundo se extrai da transcrita disposição, reputando procedente a solicitação provinda do magistrado, o rei não julgava a questão, mas, na verdade, baixava uma lei com o escopo de dirimir a dúvida ou suprir a lacuna verificada, e, com isso, possibilitava ao juiz decidir a causa.

Com redação bem mais apurada, o problema da interpretação do ordenamento jurídico aparece resolvido de modo diferente sob a égide das *Siete partidas*.

Ocorrendo aquela mesma situação de dúvida ou de lacuna na lei, a mais importante compilação de D. Afonso X determinava que o próprio monarca, “sabida toda a verdade”, isto é, tomando conhecimento dos pormenores que envolviam o

¹⁵ CRUZ, Braga da. *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 204.

¹⁶ CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*, op. cit., p. 149.

¹⁷ *Especulo*, 2.16.

litígio, julgasse a causa ou, então, se preferisse, orientasse o juiz sobre como deveria proceder. A norma legal ainda previa severa sanção ao juiz que, diante daquele problema, deixasse de levar a questão à autoridade do soberano.¹⁸

Continuando a regulamentar a atividade judicante, no mesmo título *De los juizios*, as *Siete partidas* proibem expressamente os juízes de recorrer a *precedentes judiciais* ["... non deue valer ningu juyzio que fuesse dado por fazañas de outro"]. Considera-se, como se observa, inválido o julgamento que fosse proferido com base em *precedente*!

Não obstante, a mesma lei excetuava da regra a *fazaña real*, ou seja, a decisão proferida pelo monarca, porque esse *precedente* "*del Rey ha fuerça, e deue valer como ley en aquel pleyto sobre que es dado, e en los otros que fueren semejantes*".¹⁹

Compreende-se que, pela sua equiparação à própria lei, as sentenças do rei revestiam-se de eficácia vinculante, *ad futurum*, em casos análogos.

4 O problema das lacunas da lei no direito lusitano

A problemática que envolve a integração da norma jurídica sempre preocupou o legislador, assim como a questão que com esta é conexa, ou seja, a da plenitude do ordenamento jurídico.

Ora, como o intérprete sempre encontrará lacunas, autênticas e não autênticas, no sistema de normas, torna-se necessário estabelecer um critério seguro de fontes subsidiárias para a solução de um determinado caso.

O movimento de renovação cultural do direito em Portugal – que já não concebia a aplicação de outras fontes a título subsidiário que não aquelas estampadas nos textos originais (ou traduzidos) do *utrumque ius*, iluminados pelas autorizadas interpretações dos juristas bolonheses e que buscava estabelecer segurança e certeza na aplicação do direito – iria culminar com a Carta Régia de 18 de abril de 1426, que outorgou primazia absoluta à *Glosa de Acúrsio* e aos *Comentários de Bártolo* sobre as opiniões de quaisquer outros doutores: "*Bem sabees o tralado que nos tomamos per que os feitos de nossos Reignos fossem desembargados por huu termo sôo. O qual foy autorizado pella força das leix do código, declaradas e autorizadas pellas entenções finaas das grossas de sua final entençom dacursio que sobrello escrepveo, ora fosse per hua grossa ou per duas ou per três ou mais segundo he escripto, nos livros. E esto quissemos que as conclusões de bartallo, que de sobellas leix do codigo ffez, que estas sejam autenticadas ...*"²⁰

¹⁸ *Especulo*, 3.22.11.

¹⁹ *Especulo*, 3.22.14.

²⁰ A respeito desse importante documento, v. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e bartolismo no direito português*, *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 36(1960):30, nota 10; SILVA, Gomes da. *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas (1446) em Portugal*, *Colloquio internazionale su "cultura iberica e diritto romano"*, texto inédito, Sassari, 1980, p. 10.

Com essa ordenação de D. João I (1387-1433) sanavam-se, em parte, as inúmeras dúvidas acerca da autoridade do direito estrangeiro nas cortes do reino, mas importava, ainda, determinar o exato âmbito de aplicação do direito romano-canônico, bem como sua interação com as normas jurídicas pátrias.

Esse importante passo foi então dado, em 1446, com a vigência das Ordenações Afonsinas, que unificaram o direito da nação lusitana e delimitaram, na hipótese de lacuna nas leis ou nos costumes do reino e nos estilos da Corte, as fronteiras de incidência do direito comum. Nota-se, pois, que, já na primeira compilação lusitana, é possível observar, de logo, a preocupação do legislador quanto ao problema das lacunas da lei, o que evidentemente revela o seu elevado descortínio científico.

Em tais situações dever-se-ia recorrer às fontes do direito. Lançava-se mão das "Leis Imperiais" e dos "Santos Cânones"; havendo discórdia entre os dois ordenamentos acerca do assunto examinado, o direito laico teria preferência, a não ser que a causa fosse de natureza espiritual ou se de sua aplicação resultasse pecado.²¹

Quando o caso *sub iudice* mesmo assim não pudesse ser dirimido, recorrer-se-ia à *magna glosa* e, a seguir, à opinião de Bártolo, "não embargando que os outros doutores digam o contrário".²²

Acrescente-se, outrossim, que na ausência absoluta de fontes, ou se a matéria não envolvesse pecado e estivesse revestida de flagrante divergência entre os cânones e as glosas e comentários, submetia-se então uma consulta ao monarca, "cuja sentença valeria, de aí por diante, em todo os feitos idênticos".²³

Cumpre esclarecer, nesse particular, que as disposições afonsinas sobre o direito subsidiário passaram com diminutas modificações às Ordenações Manuelinas, e destas às Ordenações Filipinas.²⁴ No tocante ao direito subsidiário, a única modificação de fundo introduzida pelo texto manuelino cingia-se a condicionar a utilização da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo* à hipótese de não serem contestadas pelas *communes opiniones* dos demais doutores.²⁵

²¹ Ord. Af., 2.9: "Quando a Ley contradiz aa Degratal qual dellas se deve guardar". Acolhia-se, nesse passo, o ensinamento de Bártolo ("critério do pecado"). V., sobre esse instigante assunto, TUCCI, Cruz, *Jurisdição e poder*, op. cit., p. 150-151.

²² Cf., ainda, Ord. Af., 2.9.2.

²³ Cf. COSTA, Almeida. *Romanismo e bartolismo*, op. cit., p. 33; CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*, op. cit., p. 151. Ord. Af., 2.9.2: "E acontecendo caso, ao qual per nenhuu dos ditos modos nom fosse previsto, mandamos que o notefiquem a Nos pera o determinarmos; porque nom tamsomente taes determinações nom desembargo daquele feito, que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante [...]."

²⁴ Ord. Man., 2.5; Ord. Fil., 3.64.

²⁵ V., a respeito, a ampla e minudente pesquisa de BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 247-249.

A sentença do rei continuava a ser considerada *precedente judicial* com eficácia vinculante para casos análogos.

Aduza-se que, para ter presente a exata importância atribuída, em Portugal, às fontes subsidiárias, será necessário considerar que o direito compilado, por certo, não constituía um sistema jurídico completo, malgrado as suas sucessivas reformas. Por essa razão é que se tornava imprescindível o recurso ao *ius commune* como instrumento de unificação do direito, “atraído a preencher lacunas e a ajudar o entendimento de inúmeros preceitos das leis pátrias”.²⁶

5 Interpretação autêntica das leis e assentos dos tribunais

Prevalecia, igualmente, no ordenamento jurídico português, já no início da monarquia, o princípio de que a *interpretação autêntica das leis* constituía prerrogativa exclusiva do monarca, que a exercia mediante a publicação de *leis interpretativas* ou “em Relação”, ou seja, quando proferia julgamento presidindo as sessões da Casa da Suplicação ou, eventualmente, da Casa do Cível.

No que se refere às *leis interpretativas*, procurando fortalecer o poder real, inclusive sob o ponto de vista patrimonial, D. João I institui a chamada Lei Mental, jamais escrita, mas sempre observada pelo monarca em casos concretos, como se fosse um *estilo* ou *costume* da corte. Aliás, “há um diploma de 1429 em que o próprio D. João I manda dizer: ‘posto que nós tenhamos feita e ordenada uma lei em nossa vontade [...]’”.²⁷

No reinado de D. Duarte (1433-1438), em 30 de junho de 1434, a Lei Mental é confirmada, com a sistematização dos preceitos praticados pelo seu antecessor, resolvendo uma série de dúvidas que subsistiam acerca da sua aplicação.²⁸

Registre-se que, sob a perspectiva histórica, para configurar a interpretação autêntica das leis, jamais se exigiu identidade entre quem a realiza e o autor da norma legal interpretada. A história realmente mostra “que o poder legislativo de interpretação não é expressão necessária do poder legislativo enquanto tal, mas apenas a consequência implicada numa certa concepção deste poder. O legislador só chamou a si o *ius* de interpretar as leis quando concebeu os seus poderes jurídicos de modo a ter-se pelo titular absoluto e exclusivo do direito. Só então, recusando a quaisquer outras instâncias ou

²⁶ ALMEIDA COSTA. *Romanismo e bartolismo*, op. cit., p. 34.

²⁷ Cf. CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Lisboa: Verbo, 1981, v. 1 – Fontes-direito público, p. 513.

²⁸ V., ainda, CAETANO, Marcello. *História do direito português*, op. cit., p. 514-515. A lei de D. Duarte, de 30 de junho de 1434, foi recolhida nas Ordenações Manuelinas, 2.17.7 a 25 e, em seguida, reproduzida nas Ordenações Filipinas, 2.35.9 a 17.

instituições sociais a possibilidade de criar direito, se arrogou também a única instância interpretativa, e para excluir assim o modo indireto de criação normativo-jurídica que a interpretação, especialmente a interpretação judicial, sempre se tinha revelado ser. Por isso foi só com os últimos imperadores, e sobretudo com Justiniano, que em Roma o legislador se proclamou a instância exclusiva de interpretação das leis, proibindo a mesma interpretação pelos próprios tribunais. A vocação exclusiva e proibição estas que se viriam a repetir por diversas vezes ao longo da história, como é sabido, e que sempre se inseriram na disputa histórica, entre os tribunais e o legislador, pelo poder de constituir e proclamar o direito [...].²⁹

Ao que tudo indica, com as múltiplas atribuições administrativas com as quais se ocupavam, os reis portugueses foram declinando do exercício de tais privilégios.

Desse modo, para resolver a questão da *interpretação autêntica*, visto que o seu natural destinatário encontrava-se impedido de assumir tal importante tarefa, D. Manuel (1495-1521) teve a iniciativa de outorgá-la ao próprio tribunal superior do reino, "mantendo o monarca, apenas, como da sua competência reservada, a interpretação daquelas dúvidas sobre cujo esclarecimento a Casa da Suplicação se mantivesse hesitante e que o respectivo regedor, por isso mesmo, entendesse deverem ser levadas à apreciação régia".³⁰

Assim sendo, no início do século XVI, o problema da interpretação da lei com eficácia vinculante *ex post* veio disciplinado pelo Alvará de 10 de dezembro de 1518, mais tarde, ampliado e recolhido nas Ordenações Manuelinas, que determinava o seguinte: "E assi Auemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d'alguu feito, todos, ou alguu delles tiverem alguma duuida em alguma Nossa Ordenaçam do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, para a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em alguu feito, tendo alguu deles duuida no entendimento da dita ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Mercê. E a determinaçam

²⁹ NEVES, António Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 336-337.

³⁰ BRAGA DA CRUZ. *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 283, nota 109.

que sobre o entendimento da dita Ordenaçam se tomar, mandará o Regedor escreuer no liurinho pera depois nom viir em duuida.”³¹

Ora, diante dessa original disposição, irrompem claras quatro regras, quais sejam:

- a) em caso de dúvida objetiva quanto à aplicação de determinada lei, a questão deveria ser levada ao regedor da Corte que, por sua vez, deveria submetê-la a alguns desembargadores perante a “mesa grande”;
- b) se, porventura, a dúvida ainda subsistisse diante daquele órgão, o regedor deveria submeter o problema à interpretação e resolução do rei;
- c) em ambas as hipóteses, a decisão era inserida em um “livrinho” para evitar futuras dúvidas; e, por fim,
- d) se algum juiz procedesse em desobediência a tal determinação, decidindo em estado de dúvida, sem recorrer ao regedor, seria suspenso até quando fosse remido pela graça real.

Os julgamentos que então eram efetivados à luz dessa lei e devidamente registrados no “livrinho” logo “tomaram o nome de ‘assentos’; e tinham um valor normativo em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas”, e, portanto, “projetavam eficácia vinculativa para casos futuros semelhantes”.³²

Era clara a intenção da lei em regular esses assentos, ou seja, com a uniformidade da jurisprudência pretendia-se satisfazer a segurança jurídica e garantir a unívoca aplicação do direito.

O “livrinho” passou a ser chamado de *Livro dos assentos* ou *Livro verde*, e, mais tarde, *Livro dos assentos da relação*.

Como bem se observou, as Ordenações Filipinas reiteraram os termos da supra transcrita lei, mantida a redação com insignificantes alterações, sob a rubrica *Dos Desembargadores da Casa da Suplicação*.³³

³¹ Ord. Manuel., 5.58.1.

³² Cf. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 284, nota 109; GOMES DA SILVA, *História do direito português*, op. cit., p. 228. V., atribuindo igualmente “valor vinculativo aos assentos da Casa da Suplicação sempre que aí se procedesse à interpretação de passos duvidosos das Ordenações do Reino”, HESPANHA, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 515.

³³ Ord. Fil., 1.5.5: “E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a duvida ao Regedor; o qual na Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ahí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor screver no livro da Relação, para depois não vir em duvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para nos logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum

Observe-se que essa prática, de emitir assentos normativos, iria perdurar na experiência jurídica lusitana até 1993, ocasião em que o Tribunal Constitucional, exercendo controle concreto de constitucionalidade, declarou "inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil, na parte em que delega aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115 da Constituição".³⁴

6 Estilos da Casa da Suplicação

As Ordenações Afonsinas e Manuelinas arrolavam, entre as fontes do direito pátrio, os *estilos da Corte*.³⁵ Embora os juristas medievais tivessem travado longa discussão acerca da diferença entre o costume e o *stylus curiae*, o certo é que ambos não eram escritos e, à evidência, tinham reconhecida eficácia pelo uso reiterado.

O *estilo* era a prática introduzida pelos juízes nos tribunais. E, por essa razão, por *estilo* se entendia a *jurisprudência constante e uniforme dos tribunais superiores*, ou seja, da Casa da Suplicação, em particular, e da Casa do Cível, mais tarde, das Relações.³⁶

A própria praxe forense estabeleceu três importantes requisitos para que determinada orientação pretoriana pudesse ser alçada à categoria de *estilo*, a saber:

- a) posicionamento não contrário à lei;
- b) fosse suficientemente antiga: 10 anos ou mais (constância);
- c) confirmada em pelo menos duas ou três decisões (uniformidade).³⁷

Aduza-se que, já sob a regência das Ordenações Filipinas, D. Filipe II (1578-1621), de Portugal, aprovou, em 7 de junho de 1605, o *Regimento da Casa da Suplicação*, mediante uma *Carta Régia* dirigida a D. Diogo de Castro, então Regedor.

delles duvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao regedor, será suspenso até nossa mercê." V., a respeito, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 284, nota 109; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 296.

³⁴ O art. 2º do CC português, de 1966, ainda em vigor, tem a seguinte redação: "Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral." V., a propósito do julgamento de 7 de dezembro de 1993, CASTANHEIRA NEVES. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Almedina, 1994. Hoje os assentos não são considerados fonte de direito como se infere do disposto no art. 115, nº 5, da Constituição portuguesa, cuja regra representa um corolário do princípio da separação de poderes estabelecido no art. 114, e que, obviamente, inibe os tribunais de se imiscuirem no campo do poder legislativo, e vice-versa. Todavia, persistem ainda três hipóteses nas quais a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal tem eficácia *erga omnes ad futurum*.

³⁵ Ord. Af., 2.9; Ord. Man., 2.5.

³⁶ Cf. GOMES DA SILVA. *História do direito português*, op. cit., p. 232.

³⁷ V., nesse sentido, ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, op. cit., p. 301.

Regulamentando a imperatividade dos antigos estilos, dispõe o *Regimento*: “VIII – E porque convém e importa muito, que os estilos antigos da Casa da Supplicação se guardem, sem se permittir introduzirem-se outros de novo, nem praticas particulares, assim no despacho dos feitos, como no fazer das audiências, encomendo e encargo muito ao Regedor, e Chanceller della, que procurem saber, e averiguar bem, quaes são os ditos estilos antigos, informando-se para isso dos Officiaes de mais pratica e experiência; e que os façam inviolavelmente guardar e conservar; e que movendo se sobre elles alguma duvida, ou alteração, ouvidos os Ministros antigos da dita Casa, e ainda os que servirem fora della, que delles tenham conhecimento, se tome na Mesa 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.”

Observa-se, assim, que, na hipótese de dúvida ou alteração quanto a determinado *usus fori*, recorria-se ao tribunal pleno para a fixação, por meio de assento, do estilo antigo da Casa da Supplicação.³⁸

E, nessa hipótese, como ressaltado, o assento também ostentava força vinculante. Podem ser citados, à guisa de exemplo, os seguintes estilos:

1. O pagamento do dote pode provar-se por testemunhas, posto que o sogro o promettesse por escriptura.
2. Dada a sentença se assignão ao vencedor cinco dias para a tirar, e trez para a Chancellaria, aonde a parte a pode embargar; e passado este tempo, se dá vista nos autos originaes.
3. Inventário dos bens do Clérigo morto se faz no secular, e o mesmo de Prelados.
4. Alimentos *ad litem*, he interlocutoria; porém tem força de definitiva, e de appellação; porque em final não pode ter remédio, porquanto estes não se dão com fiança.³⁹

7 Direito subsidiário na reforma pombalina

A introdução do ideário iluminista em Portugal é devida, em especial, à influência da doutrina de Luiz Antônio Verney, que, então, afinada à corrente de pensamento

³⁸ V., a respeito, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 285, nota 109.

³⁹ O significativo rol de estilos de vários tribunais portugueses, ALMEIDA, Candido Mendes de. *Auxiliar jurídico*, 14. ed. Rio de Janeiro: TIE, 1869, p. 47 ss.

...voga anos antes em outras nações europeias, proclamava a necessidade de uma ampla reforma da legislação e do ensino jurídico.⁴⁰

Desse modo, na legislação de D. José (1750-1777) nota-se de forma muito nítida o eco daquele movimento, levado a efeito, sobretudo, pelo Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello, Marquês de Pombal, a quem foi confiada a direção das reformas que estavam por vir.⁴¹

Com efeito, a primeira intervenção legislativa eficaz, visando a limitar a subservidade ao direito subsidiário e, com isso, fortalecer o direito nacional, foi efetivada por uma lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como a *Lei da Boa Razão*.

A intenção do legislador era então a de afeiçoar a nova ideologia a um sistema de fontes subsidiárias do direito, especialmente na seara do direito privado, na qual se apresentavam extremamente deficientes e lacunosas as leis portuguesas.

A *Lei da Boa Razão* cuidou do problema do direito subsidiário, proibindo de modo terminante a remissão a quaisquer outras "*Allegações e Decisões de Textos ou de autoridades de alguns Escritores*", inclusive da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo*, enquanto, no ordenamento pátrio, houver ordenações, leis ou precedentes do reino.⁴²

Foram então expressamente refugadas "as Leis Romanas, que em *Boa Razão* não forem fundadas", precavendo-se, "com sábias providências, as interpretações abusivas, que ofendem a majestade das Leis, desautorizam a reputação dos Magistrados e tem perplexa a justiça dos litigantes, de sorte que no direito, e domínio dos bens dos vassallos não possa haver aquela provável certeza, que só pode conservar entre eles o público sossego"; procurando evitar-se através da ação uniformizadora e corretiva dos assentos as injustas demandas "a que muitas vezes são animadas por frívolos pretextos tirados das extravagantes sutilezas, com que aqueles, que as aconselham, e promovem, querem temerariamente entender as Leis mais claras, e menos suscetíveis de inteligências, que ordinariamente são opostas ao espírito

Em apertada síntese, como já tivemos oportunidade de destacar, infere-se da obra intitulada, *Verney e o método de estudar*, que Verney se baseia nos conceitos de direito natural e das gentes; na concepção filosófica e racionalista do direito em si mesmo considerado; na hostilidade ao direito histórico, que deveria ser limitado pelos princípios e pelo *usus modernus pandectarum*; e no respeito ao direito nacional e à preservação de sua história (cf. CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*, op. cit., p. 178, com arrimo em CABRAL DE MONCADA, O "século XVIII" na legislação de Pombal, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 19(1925-1926):180 ss.).

Sobre de todos os aspectos que propiciaram esse movimento de renovação cultural em Portugal, assiste com a análise da contribuição de Verney, v. LOBO DA COSTA, A revogação da sentença no direito lusitano (perfil histórico), *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 76(1981):194 ss; A revogação da sentença, op. cit., p. 184-185. Consulte-se, também, TELLES, Inocêncio Galvão. Verney e o iluminismo português, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Lisboa, 7(1950):196 ss.

BRAGA DA CRUZ, *História do direito português*, op. cit., p. 442.

cf. § 9º.

delas, e que nelas se acha literalmente significado por palavras exclusivas de tão sediciosas, e prejudiciais cavilações".⁴³

Ademais, elevou-se como critério hermenêutico da praxe de julgar subsidiária a *boa razão*. Nesse ponto, na verdade, centrava-se todo o caráter inovador e revolucionário da reforma pombalina, uma vez que, indo além do que as próprias leis anteriores ditavam, "vai o legislador permitir-se explicar o que as Ordenações não chegaram a explicar, ou seja, o que deve entender-se, para aquele efeito, pelo termo *boa razão*; e é então que aproveita o ensejo para, como soe dizer-se, 'encher de vinho novo os odres velhos', injetando nas escanecidas estruturas do direito português todo o pensamento nacionalista e iluminista da *escola do direito natural* e do *usus modernus pandectarum*. Aquela *boa razão* de que as Ordenações tinham acidentalmente falado no sentido corrente da expressão – como equivalente de *razão natural* ou *justa razão* – passa agora a ser, em toda a sua pujança e arrogância, a *recta ratio* dos jusnaturalistas, arvorada em supremo padrão da justiça e da felicidade dos povos".⁴⁴

Era, como se observa, a própria lei que fornecia a chave para a correta compreensão da locução *recta ratio*.

Partindo, pois, desse pressuposto, a *Lei da Boa Razão* determinava que não mais se aceitasse a "autoridade extrínseca" das leis romanas, e, portanto, repudiava a aplicação generalizada do *Corpus Iuris Civilis* e dos *Santos Cânones*, que tanto prestígio haviam granjeado durante séculos como fontes subsidiárias.

Assim sendo, pelas novas premissas, as eventuais lacunas da legislação nacional deveriam agora ser supridas pela *recta ratio*, devendo-se, pois, recorrer às fontes do direito romano que não a afrontassem e ao direito das gentes aceito pelas nações civilizadas e, outrossim, às "leis das nações cristãs iluminadas e polidas", quando a questão versasse sobre matéria política, econômica, mercantil ou marítima.⁴⁵

8 Assentos e estilos na Lei da Boa Razão

No longo e mais importante texto normativo da reforma efetivada sob a coroa de D. José, vem expressamente reiterada a função da Casa da Suplicação de proceder à interpretação autêntica da lei e de proferir assentos na hipótese de dúvida dos desembargadores: "[...] pela authority de seu Regedor e pela maior experiencia dos seus doutos e provectos Ministros; não só mereceo a justa confiança, que della fizerão sempre os ditos Senhores Reys Meus Predecessores para a interpretação das

⁴³ CORRÊA TELLES, *Comentário crítico à Lei da Boa Razão*, Auxiliar Jurídico, apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1985. v. p. 445.

⁴⁴ BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 293.

⁴⁵ Cf., ainda, § 9º.

Leis; mas também constitue ao mesmo tempo nos Assentos, que nella se tomão sobre esta importante matéria toda quanta certeza pôde caber na providencia humana para tranquillizar a Minha Real Consciencia e a justiça dos Litigantes sobre os seus legítimos direitos".⁴⁶

Nesse mesmo sentido, vale dizer, procurando, a um só tempo, concentrar a interpretação das leis na Casa da Suplicação e valorizar a praxe dos tribunais do reino, a *Lei da Boa Razão* referenda uma lei de D. João III (1521-1557), de 10 de outubro de 1534, que instituía o *Regimento do Chanceler-mór*, recolhida no "Código Sebastião",⁴⁷ compilado pelo licenciado Duarte Nunes do Lião, e, mais tarde, inserta nas Ordenações Filipinas.⁴⁸ Esse texto legal havia criado os assentos por efeito de glosas do chanceler.

Tais assentos eram editados na situação em que o Chanceler da Casa da Suplicação, no momento em que devia selar os julgamentos da corte, levantava dúvida acerca da legalidade intrínseca destes, "por lhe parecerem proferidos contra texto expresso das Ordenações ou do direito subsidiário". Aposta a glosa pelo chanceler, os autos eram levados aos desembargadores que haviam participado do julgamento e, caso não fosse sanada a dúvida, o regedor deveria providenciar novo julgamento a ser proferido por novos juízes.

O assento, nesse caso, abstraindo-se da hipótese concreta, era extraído da interpretação fixada na decisão ("inteligência geral e perpétua da lei").⁴⁹

Vieram também instituídos pela reforma pombalina os assentos derivados da divergência entre os advogados dos litigantes a respeito da lei aplicável ao caso concreto.⁵⁰

Disponha, a respeito, o § 6º: "Mando, que não só quando alguns dos Juízes da causa entrar em dúvida sobre a intelligencia das Leis, ou dos Estylos, a deva propor ao Regedor para se proceder a decisão della por Assento na forma das sobreditas Ordenações; mas que também se observe igualmente o mesmo quando entre os Advogados dos Litigantes se agitar a mesma dúvida; pretendendo o do Author, que a Lei se deva entender de hum modo; e pretendendo o do Réo, que se deva entender de outro modo. E nestes casos terá o Juiz Relator a obrigação de levar os autos à Relação, e de propor ao Regedor a sobredita controvérsia dos Advogados, para sobre ella se proceder na forma das Ordenações, a Assento, que firme a genuína intelligencia da Lei antes que se julgue o direito das partes."

⁴⁶ CE, § 8º.

⁴⁷ 1.2.

⁴⁸ 1.4.

⁴⁹ *Lei da Boa Razão*, § 2º. V., a respeito, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, op. cit., p. 284, nota 109.

⁵⁰ *Lei da Boa Razão*, § 6º.