

Moacyr Lobo da Costa
Luiz Carlos de Azevedo

ESTUDOS DE HISTÓRIA DO PROCESSO RECURSOS

CO-EDIÇÃO

FIEO - FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ENSINO PARA OSASCO

JOEN EDITORA LTDA.

SÃO PAULO - 1996

Ficha catalográfica elaborada
pela Biblioteca da FIEO

A987 Azevedo, Luiz Carlos de
Estudos de história do processo: recursos /
Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa. --
Osasco : FIEO, 1996.
p.
Costa, Moacyr Lobo da

CDU 347.995 (091)
CDD 347.08

O AGRAVO NO DIREITO LUSITANO

Moacyr Lobo da Costa

O AGRAVO NO DIREITO LUSITANO

Com a finalidade precípua de documentar a atividade de pesquisa na regência da disciplina *História do Processo Romano, Canônico e Lusitano*, no curso de Pós-Graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dou à publicidade estas despretensiosas notas históricas a propósito da origem de um recurso específico contra as decisões interlocutórias no Direito Lusitano, que peço vênua para dedicar aos eminentes professores que integram o Departamento de Direito Processual desta Faculdade, de cujo exemplo e ensinamentos esforço-me por não desmerecer.

Ao submeter à apreciação dos doutos este trabalho, antecipo como justificativa à possível objeção de falta de originalidade, por ter escolhido um assunto já superiormente examinado pelo professor Alfredo Buzaid em seu livro *Do Agravo de Petição*, que meu intuito foi precisamente de testar a possibilidade de realizar uma pesquisa histórica, sem repisar o que fora escrito sobre o tema, guardando autonomia na investigação das fontes.

O inevitável paralelismo no desenvolvimento e tratamento do assunto não reduz este trabalho - como pretendo ter demonstrado - à condição de simples eco daquela notável dissertação, e a divergência nas conclusões revela o empenho do pesquisador em ser mais amigo daquela que lhe pareceu ser a verdade histórica.

Direito Romano

1. A distinção entre sentença definitiva (isto é, aquela que resolve a questão deduzida em juízo) e a *interlocutio*, a decisão pronunciada no curso do juízo, com a qual o juiz resolve questões preliminares ou prejudiciais, somente é possível na idade pós-clássica, no período da *cognitio extra-ordinem*. (Biondo Biondi, *Appunti Intorno alla Sentenza nel Processo Civile Romano*, em *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, Milão, 1930, vol. IV, p. 50).

A estrutura do procedimento formulário, na idade clássica, é tal que impede uma verdadeira decisão interlocutória do *iudex* anteriormente à *sententia*.

Segundo Orestano, tendo presente a estrutura da fórmula e os poderes do *iudex privatus*, é difícil senão absolutamente impossível hipotizar o caso de uma verdadeira e própria decisão interlocutória (*L'Appello Civile in Diritto Romano*, Turim, 2ª ed., s.d., p. 266).

É sabido que o processo, no período formulário, se resolvia com a interrogação posta ao juiz: "si paret condemnato, si non paret absolvo", e, como escreveu Luigi Raggi, nos rígidos termos desta alternativa se exauria a decisão do juiz (*Studi Sulle Impugnazioni Civili nel Processo Romano*, Milão, 1961, I, p. 153).

2. A partir da distinção entre sentença definitiva e *interlocutio*, que se tem por assentada no período da *extraordinaria cognitio*, põe-se a questão de saber se ambas eram impugnáveis pelo recurso da apelação.

Na República certamente e nos primórdios do principado a sentença pronunciada pelo *iudex* é inapelável (Wenger, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. Orestano, Milão, 1938, p. 305).

Introduzida a apelação, no Império, como recurso ordinário contra a sentença do magistrado (que não era mais um *iudex privatus*, mas um funcionário do Estado), parece que o recurso contra as *interlocutiones* teria sido admitido no tempo dos *Severos*, tendo em vista dois fragmentos, que se referem a essa questão, um de *Scévola*, pouco anterior àquele período, e outro de *Macer* próprio daquele período:

Scévola, Dig. 49, 5, 2: "Ante sententiam appellari potest si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit; vel in criminali, si contra leges hoc faciat".

Macer, Dig. 49, 5, 4: "Eius, qui ideo causam agere frustratur, quod dicit se libellum Principi dedisse, et sacrum Rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur: et si ob eam causam provocaverit, appellatio eius recipi Sacris Constitutionibus vetatur".

Conquanto restritos à singularidade dos casos contemplados, não ensejando o entendimento de um critério geral, Orestano é de opinião que esses dois fragmentos parecem revelar a possibilidade de apelar contra as *interlocutiones*, no tempo dos *Severos* (*L'Appello cit.*, p. 267).

No baixo império, a proibição de apelar contra as *interlocutiones* é estabelecida, de maneira precisa, em sucessivas Constituições dos imperadores Valentiniano e Valente do ano 364, e de Valente e Graciano do ano 378 (Cod. Theodosiano, 11. 36. 15 e 16; 11. 36. 18; 11. 36. 23).

Finalmente, com Justiniano a proibição de apelar antes da sentença definitiva é erigida em regra absoluta - Cod. 7. 62. 36:

"Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi: neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi denegat ius competens, id est, vel testium productionem, aut relectionem instrumenti, potest enim in appellatione omnia denudare, seu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem, data appellatione, mora iniciatur dilationibus, saepius in eadem causa data appellatione, et examinata, iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra etiam ipsum porrecta appellatione. Si vero diaeteta est is, qui in media interlocutione ius aliquod ipsis denegavit, iubet scripto istud insinuent, ut ita in appellatione servent sibi suam de hoc allegationem impraeiudicatam, si vero contra haec fiat, neque recipiat appellationem iudex, et ipse, qui appellavit, pro transgressione quinquaginta libras argenti praestet" (tradução latina do texto restituído do original grego das *Basílicas* - 9.1.126).

O texto dessa Constituição está redigido de forma redundante, com o emprego de circunlóquios inadequados ao estilo jurídico, que induzem a suspeita de interpolação. (cf. E. Albertario, *Introd. Storica allo studio del Diritto Romano Giustiniano*, Parte Prima, Milão, 1935, p. 50-51).

Aliás, a dificuldade de traduzir adequadamente certos termos gregos para o latim, obrigando a longas perfrases, foi apontada pelo gramático Aulus Gellius no precioso repositório de questões de filologia e de informações sobre a vida e costumes dos romanos de sua época, que são as *Noctes Atticae*. (cf. Livro XI, nº XVI, p. 259, do vol. II da Ed. bilingüe "Classiques Garnier").

E. P. Krueger, referindo-se à tradução latina das *Novellas* gregas de Justiniano, do "Liber Authenticorum", disse que "le traducteur latin n'a pas trop bien compris le text grec" (*Histoire des Sources du Droit Romain*, P. Krueger, trad. de Brissaud, Paris, 1894, p. 476).

Para facilitar seu entendimento e, ao mesmo tempo, demonstrar a dificuldade de traduzi-lo convenientemente, transcrevemos de duas obras respeitáveis as respectivas traduções para o italiano e espanhol, as quais, entretanto, não primam pela fidelidade.

"Fa d'uopo ricorrere all'appello dopo del tutto finita la lite, poichè niuno deve esser leso, se frattanto, gli fu fatta una interlocuzione la quale gli nega il diritto competente, cioè l'allegare testimoni, o la rilettura di strumento. Perchè nell'appello può tutto svelare od esercitare, onde contra la interlocutoria del tempo intermedio, dandosi l'appello, non si faccia indugio colle dilazioni dandosi l'appello più volte nella causa medesima, e dopo esaminata e discusso di nuovo un altro articolo e contro di questo ancora producendosi un altro appello. Se poi sia un inquisitore colui, che nel mezzo della interlocutoria negò ad essi qualche diritto, ordinò di mettere questo in iscritto onde le parti conservino illeso il loro diritto per avvalersene nel finale appello. Se poi a tali prescrizioni si contravverrà ed il giudice non accetterà l'appello, sarà soggetto alla ammenda di cinquanta libbre d'oro". (*Corpo del Diritto*, Giovanni Vignali, Napoli, 1861, tomo IX, p. 522).

Justiniene
"Convienne no acudir á la apelacion hasta terminado definitivamente el pleito: porque no puede experimentarse gran perjuicio por una sentencia interlocutoria en que se deniegue algun derecho como seria la produccion de testigos ó presentacion de documentos, pues al tiempo de apelar podrá dar las razones en que funde su pretension; lo que disponemos, para que no se prolonguen indefinidamente los pleitos admitiéndose apelaciones de sentencias interlocutorias; porque resultaria que, decidida una cuestion, se volveria á apelar sobre lo mismo, y despues ventilandose otra, se recurriria tambien á la apelacion. El juez que niega algun derecho por sentencia interlocutoria, mandará se haga constar por escrito la apelacion para que la parte no se perjudique y pueda utilizar su recurso al apelar definitivamente. El juez que contraviniese á estas prescripciones y no admita apelacion, pagará una multa de cincuenta libras de oro". (*Cuerpo del Derecho Civil*, Alejandro de Bacardi, Barcelona, 1874, tomo II, p. 406).

A disposição do C. 7.62.36, como disse Ugo Zilletti, é flagmento de uma Constituição mais vasta, de profundo significado no âmbito da reforma processual empreendida por Justiniano (cf. Ugo Zilletti, *Studi sul Processo Civile Giustiniano*, Milão, 1965, p. 228-233).

Em face desse texto, a inapeliabilidade das decisões interlocutorias, no direito justiniano, é ponto pacífico entre os autores (cf. Emilio Costa, *Perfil Storico del Processo Civile Romano*, Roma, 1918, p. 178, nota 1; Scialoja, *Procedura Civile Romana*, Roma, 1936, p. 277-8 e 305; Wenger, *Istituzioni* cit., p. 305, nota 23; Orestano, *L'Appello* cit., p. 269; L. Raggi, *Studi Sulle Impugnazioni* cit., p. 153).

Direito canônico

3. No processo canônico primitivo, do período anterior ao Editto de Milão (313 d.C.), as normas estabelecidas pelos Concílios particulares para disciplinar a jurisdição e o funcionamento da "episcopalis audientia", bem como os atos e formas do procedimento das causas da competência dos tribunais eclesásticos, já previam e regulavam o recurso da apelação contra a sentença injusta, estando reconhecida em todos os casos a possibilidade de apelar para a Sé Apostólica (cf. José V. Salazar Arias, *Dogmas y Cánones de la Iglesia en el Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1954, p. 317).

Uma grande parte dessas normas encontra-se na coleção *Breviatum canonum*, de Fulgêncio Ferrando, sendo que as referentes à apelação constam dos cânones 59 e 61, segundo informa Salazar Arias (op. cit., p. 315 e 317).

Ante a mole imensa de disposições canônicas promulgadas pelos inúmeros Concílios gerais e particulares, pelos Papas e Bispos, no decorrer dos oito séculos após o reconhecimento do cristianismo e da Igreja Católica como religião oficial, o monge camaldulense João Graciano, professor de direito canônico em Bolonha, tomou a si a tarefa hercúlea de promover a reunião dos milhares de textos diferentes, constantes das várias coleções anteriores, numa coleção única, com o objetivo de estabelecer a concórdia dos cânones discordantes.

Concluída em 1140 a coleção, seu título original parece ter sido mesmo *Concordia discordantium canonum*, como ensina o professor Raoul Naz (*Traité de Droit Canonique*, Paris, 1948, tomo I, p. 40). O nome com que se tornou universalmente conhecida, porém, foi *Decreto*, como a chamavam os discípulos de Graciano, e título que lhe foi atribuído na edição romana de 1582, figurando como subtítulo *Concordia discordantium canonum*.

Não obstante ser justamente considerado o fundador do ensino do direito canônico - "Pater sciencie canonice", no dizer de Ivo Zeiger (*Historia juris canonici*, Roma, 1947, p. 62) - e de ser o *Decreto*, verdadeiramente, o ponto de partida para o caminho que depois a elaboração científica do direito canônico haveria de percorrer, o certo é que são bem poucos os institutos processuais nele examinados (cf. Fernando Della Rocca, "Il processo in Graziano", em *Saggi di Diritto Processuale Canonico*, Pádua, 1961, p. 205).

Segundo o magistério desse autorizado canonista, na sua qualidade de fonte do direito processual canônico, o *Decreto* se apresenta sob dois aspectos: é de um lado uma reprodução dos princípios que, na época de Graciano, governavam o processo; de outro, é o documento que consagra a existência, até

aquele época, de todos os elementos, constitutivos dos ditos princípios, que sobreviveram no tempo até se tornarem parte integrante da moderna disciplina legislativa.

No tocante aos meios de impugnação das sentenças, o *Decreto* considerava a *restitutio in integrum* e a apelação como os únicos admitidos.

A apelação é conceituada como um remédio instituído para obviar à causa viciada. O elemento da *injustiça* da sentença, que servia de fundamento para a apelação no direito romano imperial e no primitivo direito canônico, é abrangido no conceito diverso e mais amplo de *vício*, referido, entretanto, não à sentença mas à causa em geral. Assim, o vencido que antes apelava contra a injustiça da sentença, segundo Graciano pode apelar, quando do vício da causa, qualquer que seja, ele (o vencido) julga deduzir o vício da sentença, entendido em sentido lato, como compreensivo da injustiça (cf. Della Rocca, op. cit., p. 223).

Por essa forma Graciano ampliou a função da apelação, para ensinar o reexame de toda a causa pelo juiz superior, que não mais deveria se ater à simples reparação da injustiça das sentenças.

No Livro Segundo do *Decreto*, destinado ao exame dos casos jurídicos denominados "causae", em número de 36, em cada um dos quais Graciano estuda um certo número de questões relativas ao assunto da "causa", encontra-se uma norma, a propósito de questão relativa à causa da apelação, na qual se estabelece ser lícito apelar antes da sentença definitiva: Causa II. Quæstio VI. - C - XXI, "Ante datam sententiam licet alicui appellare". "Si quis iudicem adversum sibi senserit, vocem appellationibus exhibeat" (*Corpus Iuris Canonici*, emendatum, editio Magna Augustae Taurinorum, 1745, Tomus Primus, p. 410).

Do que se deduz que, naquela época, o direito canônico admitia o recurso da apelação contra as decisões judiciais proferidas no curso do juízo, antes da sentença definitiva, em contraposição ao direito romano justiniano que o proibia terminantemente.

Por incumbência do Papa Gregório IX, que era um destacado canonista, o dominicano Raymond de Pennafort elaborou uma nova coleção, a que foram incorporados os cânones promulgados pelos Concílios e Papas, que continuaram a legislar após o *Decreto*, e que, por se encontrarem fora do *Decreto* eram conhecidos por *extravagantes*, "quæ vagabuntur extra Decretum".

O objetivo de Gregório IX foi de ordenar a legislação canônica num corpo sistemático.

A nova coleção, preparada por Raymond de Pennafort, está dividida em 5 livros. No Livro II são fixadas as regras gerais do processo judiciário.

A coleção recebeu a denominação de *Decretales*. Gregório IX aprovou-a pela Constituição "Rex Pacificus", de 5 de setembro de 1234, endereçada aos doutores e aos estudantes das Universidades de Bolonha e de Paris. Era sua determinação que essa coleção fosse a única a ser empregada no ensino e na prática judiciária, ficando vedado a quem quer que seja fazer uma outra sem autorização especial da Santa Sé.

Confirmando a orientação do direito canônico de admitir a apelação, no curso do juízo, antes da sentença definitiva, em manifesto desacordo com as leis seculares do direito imperial, que não a permitiam, as *Decretales* estabeleceram, de maneira explícita, a regra, no Livro II, Tit. XXVIII, cap. XII: "Secundum canones appellatur etiam ante sententiam; secundum leges non, nisi in quibusdam casibus". "Super eo: Sacri canones ante, & post litem contestationem & in prolatione sententiarum, & post singulis facultatem tribuunt appellandi, leges autem seculares appellationem (nisi in casibus) ante sententiam non admittunt" (*Corpus Iuris Canonici*, emendatum, edição citada, Tomus Secundus, p. 327).

No famoso livro de Instituições que escreveu para o ensino do direito canônico e que foi, durante anos, o mais autorizado guia para o entendimento doutrinário do *Corpus Iuris Canonici*, a ponto de ser incluído na edição magna como parte integrante da grande obra, Paulo Lancelotto ensinou que a apelação judicial se divide em duas espécies, antes ou depois da sentença: "Rursus in iudicio appellatur, aut ante diffinitivam sententiam, aut postea. Antea appellatur, ut cum ab interlocutoria vel alio gravamine provocatur. Postea, ut cum ab ipsa definitiva sententia appellatur" (*Institutionum Iuris Canonici*, Livro III, Tit. XVII, 3º, na edição magna do *Corpus Iuris Canonici* cit., Tomus Secundus, p. 127).

Como observou Schioppa, "L'impugnabilità della sentenza interlocutoria costituisce uno dei cardini rispetto ai quali la disciplina civilistica dell'appello e quella canonistica rimasero per secoli su posizioni diverse, anzi opposte, con conseguenze di grande rilievo sulla fisionomia dei due rispettivi ordinamenti processuali" (Antonio Padoa Schioppa, *Ricerche sull'Appello nel Diritto Intermedio*, Milão, 1970, vol. II, p. 56).

4. Essa orientação perdurou até o Concílio de Trento.

Por ocasião do memorável conclave do XIX Concílio Ecumênico, cele-

brado em Trento entre os anos de 1545 a 1563, na XIII sessão realizada em setembro-outubro de 1551, o ilustre juriconsulto e teólogo Giovanni Groppero levantou o problema da apelação contra as interlocutórias, demonstrando o inconveniente que representava para a pronta decisão da causa e os males causados à justiça e às partes pelas delongas e despesas que acarretava (cf. Fra Paolo Sarpi, *Storia del Concilio Tridentino*, Bari, 1935, vol. 2º, p. 107 e sgs.). O tema voltou a ser discutido na XXIV sessão.

Vitória a tese de Groppero, o Concílio votou o princípio, que foi incluído no *Decretum de Reformatione* proclamado naquela ocasião, por força do qual o direito canônico se harmonizou com o direito secular, das leis imperiais, no sentido de proibir a apelação antes da sentença definitiva:

"Ante definitivam sententiam, ab interlocutoria, vel alio quocumque gravamine, non appelletur" (*Canones et Decreta Sacrosancti Oecumenici Concilii Tridentini*, Lipsiae, 1857, p. 66; *O Sacrossanto e Ecumênico Concílio de Trento*, edição em latim e português, da Livraria Antonio Gonçalves Guimarães & Cia., Rio de Janeiro, 1864, tomo I, p. 278).

Ao expor a doutrina do direito canônico reformado pelo Concílio Tridentino, o insigne canonista Van Espen evoca a atuação de Groppero e acentua ter sido sob sua influência que o Direito canônico foi reconduzido ao Direito Civil, no proibir a apelação contra as interlocutórias antes da sentença definitiva: "Indubitatum est, hoc Decreto restrictam esse libertatem, quam Jus Canonicum tribuebat, appellandi ab omnia sententia interlocutoria, omnique judiciali gravamine: notante Doctores, hac in parte Jus Canonicum esse reductum ad Jus Civile, quod a sententia interlocutoria, quae per definitivam reparari potest, appellationem non admittit; ut videri potest apud Fagnanum ad C. Super EO, de Appellatione" (*Zegeri Bernardi Van Espen, Opera Canonica*, Pars Tertia, *Juris Ecclesiastici Universi*, Titulus Decimus, nº XVI, p. 172, Lovanii, 1749).

O Papa Pio IV, pela Bula *Benedictus Deus*, de 26 de janeiro de 1564, aprovou as resoluções do Concílio e proibiu a publicação de quaisquer comentários sobre o *Decretum de Reformatione*.

A partir dessa data, no direito canônico, a decisão interlocutória, proferida no curso do juízo, não podia mais ser impugnada por apelação, salvo no caso de ter força de sentença definitiva, pois somente contra esta ficou permitido apelar.

A distinção entre sentença interlocutória e sentença interlocutória com

E APÓS ISSO? É DIFERENÇA? É INTERLOCUTÓRIAS?

força de definitiva, para o efeito de proibir a apelação contra as do primeiro tipo, consideradas como interlocutórias simples, e permiti-la contra as do segundo, é uma criação da doutrina do direito romano medieval, decorrente da interpretação de textos do Código Teodosiano e das *Decretales*, numa tentativa de conciliá-los, como resulta da exposição feita por Boehmer, Voet, Strykio, Struvio e outros (cf. Lobão, *Segundas Linhas*, Lisboa, 1817, tomo II, p. 58).

Direito Lusitano

5. Antigos documentos dos séculos XI e XII revelam que, em Portugal, o Código Visigótico era invocado como fonte de direito, com autoridade para disciplinar os negócios civis e para a decisão dos litígios perante os tribunais. Viterbo, no verbete Juzgo (Fuero) do *Elucidário*, indica vários desses documentos.

Numa escritura de doação feita no ano 1110, entre outros signatários lê-se "Petrus abba, iudex qui tenet lex Godorum". "Desse documento se vê", escreve Alexandre Herculano, "que sob o governo do Conde Henrique, houve juízes que julgavam segundo leis escritas, e que nisto se diferenciavam dos que apenas sentenciavam à maneira de árbitros, dos que dirimiam litígios ao abrigo dos costumes e usos de cada província, território ou lugar" (Prefácio ao volume "*Leges et Consuetudines*" dos *Portugalliae Monumenta Historica*, Lisboa, 1856, vol. I, p. V).

Como observa o professor Marcello Caetano, "o fato de um juiz possuir o Código era tão invulgar que merecia ser mencionado para identificar a pessoa".

Numa época em que o antigo era venerável, a invocação das normas do Código, porém, deveria ser importante razão de decidir, sempre que não estivesse a vigorar no local costume que se impusesse por si (*Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, p. 101).

A autoridade do Código Visigótico manteve-se em Portugal, durante o século XII, tomando-se nítida sua decadência no final do século, até não mais ser citado como fonte de direito, nos documentos do século XIII (cf. Paulo Menêz, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1933, p. 63; Guilherme Braga da Cruz, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1955, p. 369).

O Código Visigótico, ou "Liber Iudicum", que os espanhóis chamam de "Fuero Juzgo", foi promulgado pelo rei Rescervindo, depois do Concílio

VIII de Toledo (653), tendo colaborado em sua feitura o Bispo de Saragoça, S. Bráulio, o que explica, de certo modo, a forte influência eclesiástica que nele se reflete.

Com a finalidade de reparar as injustiças e corrigir os agravos (tuertos) feitos pelos juízes às partes que perante eles demandam, encontram-se no *Código* duas leis outorgando aos Bispos o poder de emendar as decisões proferidas por juízes ou alcaides, sem qualquer menção, todavia, ao meio pelo qual o injustificado provoca o exercício desse poder.

São a lei de D. Flávio Rescindo, compilada no Livro II, Título I, nº XXVIII, e a lei de D. Recaredo, compilada no Livro XII, Título I, nº III, do teor seguinte:

() "Del poder que an los obispos sobre los iuezes que iudgan tuerto

Nos amonestamos á los obispos de Dios, que deven aver guarda sobre los pobres, é sobre los coyados por mandado de Dios, que ellos amonesten los iuezes que iudgan tuerto contra los pueblos, que meiores, é que fagan buena via, é que desfagan lo que iudgáron mal. E si ellos non lo quisieren fazer por su amonestamiento, é quisieren iudgar tuerto, el obispo en cuya tierra es, deve llamar al iuez que dizien que iudgó tuerto, é otros obispos, é otros omnes buenos, y emendar el pleyto el obispo eum el iuez, segun cuerno es derecho. E si el iuez es tan porfiado, que non quiere emendar el iuyzio con él, estonze el obispo lo puede iudgar por si, y el iuyzio que fuere emendado, faga ende un escripto de cuerno lo emendo, y envíe el escripto con aquel que era agraviado antel rey, que el rey confirme lo quel semeiare que es derecho. E si el iuez tollier al obispo aquel omne que ante era agraviado por el iuez con tuerto, que non venga antel obispo, peche el iuez dos libras doro al rey".

() "Del poder que an los obispos de mandar, é de amonestar á los alcaides quando iudgan algun tuerto

Los obispos que puso Dios por pastores, é les dió poder de aver piedat de los mezuquinos, é de los malcaidos, coniuéramoslos por Dios el padre sancto que ellos amonesten á los alcaides, é los anuncien que non fagan tuerto, nin demas á ningun omne del pueblo con sus iuicios torcieres: é que los castiguen, é los conseien que desfagan los iucios que iudgaren con tuerto, é que los tornem al derecho, é á la verdat. Et si algun alcalde, ó algun defensor, ó otro de qual dignidat quier, que aya poder de iudgar, diere algun iuicio tuerto en alguna cosa, estonze el obispo daquela provincia deve llamar al alcalde de la tierra, do acaesció aquel tuerto, é que es acusado daquel tuerto, con los sacerdotes, é

con los buenos omnes legos, é iudgar antel alcalde torciero, é ante los otros todos aquella demanda segunt el derecho. Et si el alcalde se defendiere por alguna razon torciera, é non quisiere desfacer el iuicio que iudgó, amonestandolo el obispo de se convertir dello, é non lo quisiere meiorar segunt el derecho, é porfiare, é fuere rebelle que su iuicio vala; estonze el obispo puede iudgar el pleyto daquel que recibió el tuerto, como toviere por derecho: é faga ende un escripto, en que trate, en qué iudgó el alcalde tuerto, é qué emendó el obispo, é qué fizo, é envíe al rey el escripto, ó el traslado del iuicio que iudgó, con el que recibiera el tuerto que emendó. E el rey depues que lo entendiere, que mande que sea firme el iuicio, é estable, é que entienda á qual dambas las partes iudgó derecho. Et si el alcalde torciero defendiere al que recibiera el tuerto, que non vayan al rey, é lo porlongare, porque lo non sepa el rey, é fuere probado el tuerto contral alcalde, peche al rey una libra doro". (*Fuero Juzgo*, ed. bilingüe da Real Academia Española, Madrid, 1815, trad. castelhana, p. 22 e 175).

Embora não indicada expressamente, a fonte remota dessas leis é a célebre *Novela 86*, de Justiniano, do ano 539, na qual o Imperador estabeleceu que se o juiz tiver cometido injúria, a parte agravada pode recorrer ao Bispo, o qual, reexaminando a causa, determina ao juiz que se atenha ao seu superior julgamento, reservando-se o Imperador a última decisão e eventual castigo do juiz culpado, que se recusou a observar a determinação episcopal.

A Constituição de Justiniano foi redigida em grego. Seu texto original, recolhido na coleção das *Novellae*, é acompanhado da seguinte tradução latina:

Caput IV:

"Si tamen contigerit quendam nostrorum subiectionum ab ipso clarissimo provinciae iudice laedi, iubemus eum adire sanctissimum illius civitatis episcopum, et ipsum iudicare inter clarissimum provinciae iudicem et eum qui putatur laedi ab eo. Et si quidem contigerit iudicem legitime aut iuste adiudicari a sanctissimo episcopo, satisfacere eum omnibus modis ei qui interpellavit adversus eum. Si vero refutaverit iudex hoc agere, et pervenerit ad nos ipsa lis, si quidem invenerimus quia iuste et secundum leges addictus a sanctissimo episcopo ea quae condemnatus est non fecit, novissimis supplicii subdi praecipimus, quoniam qui debet vindicare oppressum ipse opprimere reperitur" (*Corpus Iuris Civilis*, edição de Mommsen e Krueger; vol. III - "*Novellae*", a cargo de Schoell e Kroll - editio Stereotypa Tertia, de Berolini, MCMIV, p. 421).

Na tradução de Bacardi:

"Si aconteciere que el clarísimo Juez de la provincia perjudicase á alguno de nuestros súbditos, mandamos que el agraviado acuda al santísimo obispo de la ciudad (3) y que éste juzgue entre el clarísimo juez de la provincia y el que se considera perjudicado. Si resulta que el juez fuese justo y legitimamente condenado por el santísimo obispo, aquel dará plena satisfacción al que reclamó contra él; en la inteligencia que si el juez rehusa hacerlo, el pleito llega á Nos, y hallamos que el juez ha sido debidamente citado, conforme á las leyes, y ello no obstante no cumplió la sentencia del santísimo obispo, se le impondrá el último (4) suplicio, toda vez que el encargado de defender á los oprimidos, ha sido el opresor" (*Cuerpo del Derecho Civil*, Alejandro Bacardi, Barcelona, 1874, tomo II, p. 743).

Com essa *Novela* o Imperador como que submeteu a administração da justiça ao controle do episcopado, como é assinalado por Biondo Biondi (*Il Diritto Romano Cristiano*, Milão, 1954, vol. III, p. 382).

De igual modo, a multa cominada ao juiz, que pretende tolher o recurso ao Bispo da parte agravada, é de inspiração romana, deitando raízes na Constituição de Justiniano (Cód. 7.62.36).

Em Portugal, a partir do reinado de D. Afonso II (1211 a 1223) a autoridade do Código Visigótico deixa de ser invocada nos documentos, segundo João da Cunha Neves e Carvalho, "ou fosse porque as Leis feitas por este Monarca nas cortes de Coimbra, em o primeiro ano do seu Reinado, fizessem grande sensação, ou porque os conhecimentos, e costumes já em seu tempo alterados, e modificados com outras idéias de Direito Civil, acabassem então de aniquilar as antigas memórias de veneração para com as Leis dos Godos" (Memória sobre "Que auctoridade teve entre nós o Código dos Visigodos desde o principio da Monarchia? Quando cessou esta auctoridade? E por que causas?" - em *Memórias da Academia Real das Sciencias de Lisboa*, Lisboa, 1820, tomo VI, parte II, p. 24).

6. É a partir do reinado de D. Afonso III (1248 a 1279) que a legislação geral do reino tende a se desenvolver, em perfeita harmonia com a nova fase em que entrava a organização política do país, no sentido da supremacia do poder real.

São principalmente notáveis as leis em que se estabeleceram regras de processo, "sobre a ordem do juízo", que, em conjunto, constituem como que o primeiro código de processo português, no dizer do professor Paulo Merêa (*Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1933, p. 121).

Assinala Alexandre Herculano ter sido na época desse monarca que a legislação propriamente nacional toma um avultado incremento, e essa legislação não só tende a regular um grande número de relações da vida civil, mas também e principalmente a estabelecer a ordem judicial, que das providências daquela época se deduz ter sido imperfeitíssima (Prefácio ao volume "*Leges et Consuetudines*" cit., 3^o).

Dentre as leis de natureza processual promulgadas nesse reinado destaca-se, como das mais importantes, a que dispôs sobre a apelação das sentenças definitivas, preservando a regra desse recurso ser dirigido diretamente a rei e sua corte (Essa lei encontra-se reproduzida no Livro III, Tit. 73, das Ordenações Afonsinas).

Como já tivemos oportunidade de acentuar em outro trabalho (*Origem dos Embargos no Direito Lusitano*, ed. Barcoi, Rio de Janeiro, 1973, p. 10), da mesma época e inspirada na mesma política legislativa de centralizar na corte a competência para julgar os recursos interpostos das decisões proferidas em todo o reino pelas diferentes autoridades judicantes, é a lei que autorizou apelação de todas as sentenças, quer sejam definitivas quer interlocutórias.

"Estabelecemos que se alguém quysser appellar da sentença que seia contra el dada definitiva que intralocutorya qualquer que seia apelle logo ca tal quero que seia custume de meu Reyno e ata IX dyas peça ao Jujz ou aos Jujzes as Razoes e o Juizo e o Agravo em escrito e den lho pelo tabellyon non poderem e sellado do seello do concelho ou doutro seello se o concelho seello non poder ouver" etc ... (*Livro das Leis e Posturas*, ed. da Universidade de Lisboa, 1971, p. 95; na p. 124 a mesma lei com modificações de ortografia).

A lei de D. Afonso III estabelecendo o direito de apelar de todas as sentenças, definitivas ou interlocutórias, harmonizava-se com os postulados do direito canônico, firmado no Decreto de Graciano e nas *Decretales* de Gregório IX, que, nessa época, eram observados em Portugal e influíram decisivamente na formação das leis gerais (cf. a Memória de João Paulo Ribeiro "Qual seja a época da introdução do Direito das "Decretales" em Portugal, e o influxo que o mesmo teve na Legislação Portuguesa" em *Memórias de Literatura Portuguesa*, Lisboa, 1796, Tomo VI, p. 5 e sgs.).

A D. Afonso III sucedeu seu filho D. Diniz (1279 a 1325), justamente considerado como o rei mais culto e esclarecido dos primeiros séculos da monarquia. Em seu reinado a legislação geral se desenvolveu amplamente, abrangendo os mais diferentes campos da atividade jurídica.

No tocante ao reconhecimento do direito de apelar de todas as sentenças, definitivas ou interlocutórias, D. Diniz confirmou o sistema estabelecido por seu pai, mediante duas leis especiais:

"E achey que poyz fora husado em tempo de meu padre e de seus antecessores que os que apellavam apellavam pera eles que eu assy faça e huse. E porem mando que todos os meus Reynos que apellarem de Juzes ou dalvazis ou dalcaldes ou de Justicias ou doutros que julgarem que apelem primeiro pera mim e pera minha corte e non apelem pera outrem nenhua. E os Juzes e alvazis e alcaldes e Justicias que non dem apellações pera outrem senon pera mim" (*Livro das Leis e Posturas*, p. 50).

"Don denis com Conçelhos de ssa Corte fez tal ley e manda que se aguarde pera sempre que quando apellarem da sentença Interlocutória ou de quem quer Juiz mande ante a sentença definitiva nos feytos civijs que o Juiz vaa contar as apellações a corte logo no presente se puder quando: E os ouijdores ouçam no e determinem no logo quando lhis forem contar as apellações ao mais tardar em outro dia asy como dicto he" etc. (*Livro das Leis e Posturas*, p. 175-6).

O texto dessa última lei, de que se serviu o organizador do *Livro das Leis e Posturas* (João Mendes, segundo Herculano) para transcrevê-la, estava visivelmente mutilado.

Os compiladores das *Ordenações Afonsinas*, ao recolhê-las, deram-lhe a seguinte redação melhorada:

"El Rey Dom Diniz com Conselho de sua Corte fez tal Ley, e manda que se guarde pera sempre, que quando apellarem da Sentença Interlocutória, ou de qualquer que o Juiz mande ante da Sentença Definitiva nos Feitos Civéis, que o Juiz vá recontar as apellações à Corte logo no presente, se poder, quando der a Sentença, ou em outro dia a mais tardar: e os Ouvidores da Corte ouçam-no, e determinem-no logo, quando lhe forem contar a apellaçam, ou em outro dia a mais tardar, como dito he" etc. (*Livro III, Título 72*).

A regra que reconhecia ao vencido o direito de apelar de todas as sentenças, para desfazer injustiças ou reparar os agravamentos, encontrava suporte doutrinário no célebre livro de Mestre Jácome Ruiz, considerado como o primeiro compêndio de direito processual civil que se publicou na Península Ibérica.

Segundo as documentadas informações do professor Paulo Merêa, o livro *Flores de las Leyes*, que é um compêndio de direito processual e, sem dúvida, uma das obras mais importantes da literatura jurídica medieval, repre-

senta uma das manifestações mais nítidas e diretas do renascimento do direito romano na Península, podendo dizer-se que é o primeiro livro em que se revela já florescente a cultura do direito justinianeu (Paulo Merêa, *A Versão Portuguesa das "Flores de las Leyes"* de Jácome Ruiz, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1918, p. 2). Foi escrito por Jácome ou Jacobo Ruiz, também conhecido por Mestre Jacob das Leis, em virtude da sua profissão e conhecimentos, e dedicado ao príncipe herdeiro Afonso, de quem era aio, com a finalidade de lhe proporcionar os indispensáveis conhecimentos jurídicos para o correto desempenho das funções majestáticas de distribuir justiça, quando se tornasse rei.

Não se conhece a data certa de sua publicação, mas, como foi dedicado ao infante Afonso, que subiu ao trono de Castela e Leão em 1252, com o título de Afonso X (o Sábio), parece certo ter sido publicado antes dessa data.

D. Diniz era neto de Afonso X, pelo lado materno e nutria grande respeito e admiração pelo avô. Tendo tornado obrigatório o emprego da língua portuguesa nas leis e documentos públicos e seu uso no foro, em substituição ao latim (cf. Mello Freire, *Historiae Juris Civitis Lusitani*, Conimbricæ, 1815, § LVII, p. 52), mandou vender para o português o compêndio de Mestre Jácome, bem como as leis mais importantes do reino de Castela e Leão, promulgadas por seu avô, entre elas a *Lei das Sete Partidas*, em cuja compilação Mestre Jácome teria sido o juriconsulto que teve a maior ingerência.

Ao tratar dos meios de corrigir as sentenças, no "Título das alçadas que son ditas en latim appellationis e cómo se devê formar", Jácome Ruiz ensinou nas *Flores de las Leyes*: "Senhur el alçada foy fallada por razón que la malicia e a cubiça e a torpidade dos juizes meores se podese enmendar pollos mayores assy como quando algua das partes se tem por agravada dalgna sentença que deu algua juiz meor cõtra el e se alça ao mayor por rason que possa desfazer aquel agravamento. Todo ome se pode alçar de sentença definitiva e de outros agravamentos que lhy faça iuyz que inlga aquel ioyz seu pleyto quer por sy quer per seu persoeiro se nõ for sentença de rey ou de quem ten sas vezes en todo Reyno ca de sentença que estes dan non se podem nengun alçar". (*A Versão Portuguesa das Flores de las Leyes*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1918, p. 41).

Introduzido em Portugal em época anterior, é, entretanto, a partir do reinado de D. Diniz, que o direito romano adquire autoridade, como fonte superior na formação do direito lusitano, particularmente em virtude da fundação da Universidade de Lisboa (1º de março de 1290), onde o direito de Justiniano passou a ser ensinado ao lado do direito canônico.

A legislação geral do país sofre, então, preponderante influência do direito romano justiniano, que se manifesta nas leis e demais documentos de natureza jurídica, como escrituras, contratos, etc., que passam a ter forma acen- tuadamente romana.

Na Memória que dedicou à investigação "Sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo da sua introdução, e os graus de autoridade, que entre nós adquiriu". José Anastácio de Figueiredo ressaltou ter sido no reinado do Senhor D. Diniz, "que faz nos tempos antigos huma das Épocas mais vantajosas ao Direito de Justiniano", que este firmou sua autoridade (em *Memórias de Literatura Portuguesa*, Lisboa, 1792, tomo I, p. 280).

A influência do direito justiniano sobre o recurso da apelação contra as sentenças, contudo, somente vai se fazer sentir no reinado seguinte, de seu filho, D. Afonso IV (1325-1357).

Com a finalidade precípua de pôr paradeiro à malícia das partes em prolongar as demandas, apelando de todas as sentenças, posto que não sejam definitivas, D. Afonso IV promulgou lei, modificando a lei anterior de seu pai, no sentido de permitir apelação das sentenças interlocutórias somente nos casos em que valessem como sentenças terminativas do feito, quando, depois delas serem proferidas, o juiz não poderia mais proferir a sentença definitiva; ou, então, quando ocasionassem dano que não pudesse ser reparado pela sentença definitiva ("assy como se o Juiz julga que metam algum a tormento", o exemplo é de procedência romana, Scaevola, Dig. 49. 5. 2).

"Mandamos que seja recebida a appellaçam da Sentença Interlocutoria, se a parte appellar quizer, porque o dano que a parte por ella recebesse, non se poderia cobrar pola Definitiva; ou que o Feito he de tal natura, que depois da dita Interlocutoria non pode vir a Definitiva, ou se vir pode, non se poderia ja mais recobrar o dano que jaa fosse feito por a execuçam da Interlocutoria feita ante da Definitiva, assy como parece polos exemplos suso ditos, e a elles semelhantes; que nam podem todos llos Feitos em que esto acontecer ser contheudos em esta Nossa Ley, mas os Juizes devem proceder de semelhavel a semelhavel.

"E pera ser guardado o direito de cada huuma das partes, o que sempre Nossa Vontade foy, e he, Mandamos, que os Juizes, que devem conhecer das appellações, que saem das Sentenças Definitivas conheçam dos agravos, que as partes dizem que recebem das Sentenças Interlocutorias, que forem dadas contra elles, em aquelles casos, que segundo esta Nossa Ley podem appellar; e

lhes correguam todo, segundo de direito deve ser corregido. E isto se entenda em todollos Feitos assy civeis como crimes" (Ordensções Afonsinas, Liv. III, Tit. 72, ns. 6 e 7).

Com esta lei introduzia-se no direito lusitano a distinção, que os escri- tos dos praxistas iriam consagrar, entre sentença interlocutória simples e com força de definitiva, cuja origem Lobão situou na doutrina dos expositores do direito medieval romano-canônico.

A apelação contra as sentenças interlocutórias ficou, então, expressa- mente proibida, salvo naqueles casos em que, por serem terminativas do feito tinham força de definitivas, ou quando acarretassem dano irreparável (Liv. III, Tit. 72, nº 5).

E o agravo feito às partes pela sentença interlocutória simples devia ser reparado por ocasião do julgamento da apelação, que fosse interposita contra a sentença definitiva, se o juiz, antes, não a tivesse revogado a pedido da parte agravada, de acordo com a sistemática, que, então, se estabeleceu nas Ordena- ções Afonsinas.

7. De par com a proibição de apelar contra a sentença interlocutória simples, foi erigida a regra de que todo juiz pode revogar sua sentença interlocutória antes de proferir a sentença definitiva (Livro III, Tit. 67).

A revogação podia ocorrer a requerimento da parte agravada, até dez dias após a prolação da sentença, ou *ex-offício*, a todo tempo antes de ser dada a sentença definitiva, se o juiz "achar per Direito que nam foi justamente dada" e a quizer revogar de seu próprio juízo sem requerimento da parte (Tit. 67, nº 2).

A possibilidade da sentença interlocutória simples ser revogada de offi- cio ou a requerimento da parte, pelo próprio juiz que a proferiu, seria como que o meio encontrado pelo legislador, para suprir os efeitos da falta da apela- ção, de modo a poderem ser reparados os agravos feitos pelas interlocutórias, que se tornaram irreversíveis.

A revogabilidade, porém, era meio aleatório sujeito que estava à dis- creção do juiz: "e o Juiz que a deu, acha per direito que a deve revogar..." (Tit. 67, nº 2).

E quando o Juiz não a quisesse revogar?

A hipótese foi prevista: "E dizemos que se a parte agravada da Sentença Interlocutória requerer ao Juiz que a revogue, e elle a nam quizer revogar, se a Sentença for tal, que segundo Direito Civil possa ser apelado, poderá a parte apelar, e deve-lhe ser recebida apelação, e os Juizes, que dela conhecerem, a revogarão ou confirmarão, segundo acharem per Direito; e se for tal, que segundo Direito Civil nom possa ser apelado, poderá a parte, contra que foi dada, requerer ao Juiz que a revogue; e se ha revogar non quizer, deve loguo filhar dello Estormento, ou Carta testemunhavel, segundo a qualidade do Juiz, pera Nós e Nós lhe mandaremos que ha emmende e revogue e corregua, como achamos per Direito" (Tit. 67, nº 5). ORD. AFONSO IV.

Esse texto é de importância capital para o estudo de origem do recurso específico do agravo no direito lusitano.

Por ele se verifica que, se o juiz não quisesse revogar sua sentença interlocutória, a pedido da parte que se sentiu agravada, o remédio então previsto era de ir *queixar-se a el Rei*.

SIGNO DA INFORMALIDADE

Trata-se da sobrevivência de uma prática, de largo uso nos primórdios da monarquia, quando o soberano percorria o país, com sua corte deambulatória, e administrava justiça pessoalmente aos vassallos, conhecendo das queixas que lhe apresentavam mediante as "querimas" ou "querimônias". Estas eram expostas oralmente ao Rei na presença de sua corte (cf. José Veríssimo Álvares da Silva, "*Memória sobre a forma dos Juízos nos primeiros séculos da Monarquia Portuguesa*" em *Memórias de Literatura Portuguesa*, Lisboa, 1796, tomo VI, p. 65-66).

Aliás, até o reinado de D. Diniz era normal serem os atos do processo judicial praticados oralmente. Foi esse monarca que, sob a influência do sistema processual do direito canônico, estabeleceu a obrigatoriedade das demandas, sentenças e apelações serem escritas (cf. *Livro das Leis e Posturas*, p. 55-56 e 139). Por determinação do cânone "Quoniam contra" de Inocêncio III, inserto nas *Decretales* de Gregório IX (Liv. II, Tit. 19) que foram promulgadas em 1234, todos os atos e termos do processo deviam necessariamente ser reduzidos a escrito.

Nessa resolução tomada em 1216, comumente citada e cujo texto é pouco conhecido, Inocêncio III, com o propósito de obstar condenações infundadas decorrentes de falsas asserções não documentadas no processo, estabeleceu a obrigatoriedade de todos os atos e termos do processo serem redigidos e autenticados por um público notário:

"Judex debet habere Notarium, vel duos viros idoneos, qui scribant acta judicii, alias si quid difficultatis emerit, per superiorem punietur, nec credetur ei super processu, nisi in quantum per acta, vel alias per legitima documenta constabit".

Idem in Concilio generali. u (an. 1216. Romae)

"Quoniam contra falsam assertionem iniqui Judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati. Statuimus, ut tam in ordinario judicio, quam extraordinario, Judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, repositiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciaciones, conclusiones, & caetera, quae occurrerint competenti ordine conscribenda, loca designando, & tempora, & personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant: ut si super processu judicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari: quatenus hoc adhibito moderamine, sic honestis & discretis deferatur Judicibus, quod per improvidos & iniquos innocentium justitia non laedatur: Judex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emerit, per superiorem Judicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis".

(*Corpus Juris Canonici*, emendatum, editio Magna Augustae, Taurinorum, 1745, toms secundus, p. 252).

Tendo em vista esse cânone, os glosadores das *Decretales* lançaram a máxima "quod non est in actis non est in mundo".

8. Quando, na lei de D. Afonso IV, se autorizou a parte agravada por interlocutória inapelável, a "filhar dello Estormento ou Carta testemunhável, segundo a qualidade do juiz, pera Nós" (L. III, Tit. 67, n. 5), essas duas expressões têm significado próprio, designando, na época, o instrumento escrito da *querima* ou *querimônia*, feito por Tabelião ou Escrivão.

Por não ser mais permitido à parte prejudicada comparecer perante a Corte para apresentar sua queixa verbalmente a el Rei, o meio de fazê-lo era mediante o instrumento redigido por Tabelião ou Escrivão, no qual se especificava o gravame feito pela sentença interlocutória, e contra o qual era dirigida a queixa (querima) ao soberano.

Querima / 7 Pac Estormento / 151
Carta testemunhavel / 151

Denominava-se Estormento quando redigido por Tabelião e Carta Testemunhável quando por Escrivão. "E porém considerando Nos como algumas vezes acontece, que assy o Autor, como o Reo apelam das Sentenças Interlocutórias, de que se sentem agravados, e porque os Juizes nom lhes recebem as appellações, nem agravos, pedem assy dello Estormento de fora aos Tabaliaens ou Cartas testemunháveis aos Escrivães, que os feitos escrevem", etc. (Liv. III, Tit. 77, nº 1).

No tempo de D. Afonso IV os Estormentos e Cartas Testemunháveis eram apresentados directamente a el Rei, no lugar onde se encontrasse a Corte, para serem desembargados, corrigindo-se os agravos a que se referiam.

D. João I (1385 a 1433), o Mesire de Aviz, fundador da nova dinastia, e que por aclamação succedeu no trono a el Rei D. Fernando, ao lado da Casa da Justiça da Corte, que acompanhava o Monarca nas viagens pelo país, e a que pertenciam os Desembargadores do Paço, os Ouvidores, o Corregedor e o Regedor da Corte que a presidia, criou um outro Tribunal de segunda instância, com sede permanente em Lisboa, denominado Casa do Civil. O primeiro regimento da Casa do Civil é desconhecido, uma vez que os compiladores das Ordenações Afonsinas, inexplicavelmente, não o reproduziram no Livro Primeiro.

Os magistrados da Casa do Civil chamavam-se Sobre-Juizes, e o seu presidente Regedor do Civil.

A competência para o julgamento das apelações dos feitos civis foi distribuída entre os dois Tribunais, segundo o critério consagrado mais tarde por Lei Geral de D. Duarte (1433 a 1438), pai de D. Afonso V, o monarca que promulgou as Ordenações Afonsinas:

"El Rey Meu Senhor e Padre de gloriosa memoria em cōmeço de seu Real Estado fez Cortes Gerais, em que estabeleceo, e ordenou per Lei Geral, que todas as apelações dos feitos civeis, que saíssem de qualquer parte de seus Regnos, viessem aos seus Sobre-Juizes da sua Casa do Civil, que está assentada na Cidade de Lisboa, e elles as desembargassem segundo o Regimento, que lhes pera ello era dado: salvo as que saíssem do Lugar donde elle, ou sua Corte estivesse, ou a cinco legoas de redor; porque essas fossem desembargadas per os Ouvidores que andassem na sua Corte". (Ordenações Afonsinas, Liv. III, Tit. 90).

Idêntica determinação se encontra na Ordenação do Livro I, Tit. 7, nº 1, que trata dos Ouvidores:

"Mandamos, que tres Ouvidores, que em a Nossa Corte andarem, tomem conhecimento: ... outro sy das appellações dos feitos civis, que vierem do lugar, donde estiver a Nossa Corte, e dardor cinco legoas; e daalem das ditas cinco legoas nom tomaram conhecimento, salvo por Nosso especial mândado, por quanto havemos ordenado as ditas appellações de feitos civeis daalem das ditas cinco legoas da Corte, hirem todas aa dita Casa do Civil".

É o critério geográfico que, posteriormente, irá ser adoptado nas Ordenações Manoelinas para differença o agravo de petição do agravo de instrumento (Ordenações Manoelinas, Livro III, Tit. 48, nº 8 e Tit. 50, nº 6, *in fine*; Livro I, Tit. 6, nº 10 e Tit. 7, nº 1).

A competência para conhecer dos Estormentos e Cartas Testemunháveis e desembargar os agravos neles referidos, que inicialmente pertencia a el Rei como atributo majestático, foi delegada a dois Desembargadores do Paço. Não podendo mais o soberano decidir pessoalmente todas as querimas ou querimônias, em razão da sua quantidade, o julgamento permaneceu como atribuição da Corte, mas foi delegado a dois Desembargadores que na Corte andarem, como membros da Casa da Justiça.

No Regimento dos Desembargadores do Paço el Rey manda "que dous Desembargadores deste officio, que em a Nossa Corte andarem livres ... etc. Estes dous veerão os Estormentos d'aggravos, que das Comarcas a elles vierem, que a feitos civis pertencerem, e as petições, que forem da Justiça, e non tenham em si graça e mercee". (Liv. I, Tit. 4, item I).

9. O Estormento d'agravo era então o instrumento escrito da antiga querima verbal, um meio para se pedir a correção do gravame produzido por sentença interlocutória simples contra a qual não era permitido apelar. É, assim, incontestavelmente o embrião do recurso de agravo; mas no regime das Ordenações Afonsinas ainda não tem as características de um recurso próprio.

É o instrumento do agravo (gravame), mas, ainda não é o agravo de instrumento.

Parece infundada a conclusão de que na expressão "deve filhar dello Estormento ou Carta testemunhável, segundo a qualidade do Juiz, pera Nós", da Lei de D. Afonso IV, já se configura o agravo de instrumento, como entende o professor Alfredo Buzaid (*Do Agravo de Petição*, 2ª ed., São Paulo, 1956, p. 37).

Escrevendo já ao tempo das Ordenações Filipinas, o grande Mello Freire advertia: "Distinguenda inter se haec vocabula, si ex arte loqui velimus: aggravo de instrumento, instrumento de aggravo, carta testimonhavel" (*Institutiones Juris Civilis Lusitani*, Liv. IV, Tit. XXIII, XXIV, Nota).

Na linguagem das Ordenações Afonsinas não há confundir "Estormento" e "Carta testimonhavel" com "Agravado", vocábulo que é sempre empregado no sentido gramatical para designar o gravame produzido por decisão judicial, muito menos, ainda, com "Agravado de instrumento" como denominação de um recurso próprio, desconhecido na época.

Além da apelação só se conhecia nesse período a "sopricação", que era permitida contra as sentenças definitivas proferidas pelo Corregedor da Corte, Ouvidores e Sobre-Juizes, que eram inapeláveis em razão da elevada hierarquia de seus prolores. Na lei de Dom Fernando acerca das "sopricações" se estabeleceu:

"Manda el Rey, que qualesquer que quizerem agravar pera elle das Sentenças que os seus Sobre-Juizes derem, que esses Sobre-Juizes lhes dem os aggravos, e que esses aggravos venham a elle pera os livrar como direito for" etc. (*Ord. Af.*, Livro III, Tit. 109, nº 1).

Posteriormente, a "sopricação", em decorrência dos termos dessa lei, passou a se denominar "agravo ordinário", como recurso específico contra as sentenças definitivas inapeláveis dos Sobre-Juizes (Mello Freire, *Institutiones*, Liv. IV, Tit. XXIII, XXIII) conservando, não obstante, as características da "supplicatio" romana (*Cod. Lib. VII, Tit. 42 e Tit. 62, lei 35*).

Estormento é o escrito feito por Tabelião para documentar o gravame e, por isso, era utilizado para as apelações: "os quaes devem tomar Estormento publico da dita apelação, e apresentalo aos Sobre-Juizes, que geralmente tem carrego e conhecimento das apelações" (*Liv. III, Tit. 80, nº 2*).

O vocábulo agravo, porém, tem sempre o significado de lesão, de gravame produzido por decisão judicial. São inúmeros os textos que o comprovam, dos quais podem ser apontados como mais significativos os seguintes, todos do Livro Terceiro:

"Per que o Appellante vay ao juiz d'appellaçam per necessidade, emtendendo que he aggravado da Sentença contra elle dada" (*Tit. 29, nº 8*).

"Que per Direito he estabelecido aos appellantes, pera poderem apellar das Sentenças, de que se aggravados sentem" (*Tit. 36, nº 12*).

"E dizemos, que se a parte agravada da Sentença Interlucutoria requer ao Juiz que a revogue" (*Tit. 67, nº 5*).

"E non embarguante que seja apelado da Sentença Interlucutoria pola parte, que se della sentio agravada" (*Tit. 67, nº 4*).

"Mandamos, que os Juizes que devem conhecer das appellações, que saem das Sentenças Definitivas, conheçam dos aggravos, que as partes dizem que recebem das Sentenças Interlucutorias, que forem dadas contra elles" (*Tit. 72, nº 7*).

"He achado pelos Juizes da Alçada, que não he aggravado per essa Sentença, e acham esses Juizes, que he feito aggravo pela Sentença ao appellado: e dizem alguns, que pois elle da dita Sentença nom appellou, não lhe pode ser corrigido tal aggravo, que por tal Sentença recebo" (*Tit. 75, proêmio*).

"E porem considerando Nos como algumas vezes acontece, que assy o Autor, como o Reo apelam das Sentenças Interlucutorias, de que se sentem aggravados" (*Tit. 77, nº 1*).

"E per que esse Julgador possa rezoadamente mostrar, que nam aggravou a dita parte" (*Tit. 77, nº 3*).

"E assy darem desembarguo no dito aggravo, como acharem per Direito" (*Tit. 77, nº 3, in fine*).

"E faça o dito Tabaliam, ou Escripvam, que assi fez o dito Estormento, ou Carta, em tal guisa, que o Estormento que assy der, seja verdadeiro e conformado com os autos do processo, de que sair o dito aggravo" (*Tit. 77, nº 4*).

"Mandamos ao Tabaliam, ou Escripvão do feito, que dee Estormento, ou Carta testimonhavel à parte apelante do dito aggravo" (*Tit. 77, nº 5*).

"E se a parte contra que assy for feita a dita declaraçam, ou interpretaçom sentir que he aggravada, poderá della apelar, e ser-lhe-a recebida a apelação" (*Tit. 79, nº 4*).

"A menos que nam trouvessem Cartas testimonháveis ou Estormentos publicos dante os Corregedores das Comarcas, ou Juizes da terra, honde dissessem averem recebidos esses aggravos, de que se querelevão" (*Tit. 115, nº 1*).

"E destes podem lícitamente apelar pera El Rey, ou pera seus Sobre-

Juizes todos aquelles, que se sentirem agravados dos autos por elles feitos, salvo se os autos forem taes, que por Privilegios d'El Rey em elles façam determinação final: ca entam ainda que nam possam delles apelar, poder-se-iam agravar a el Rey per simples querella, fazendo primeiramente requerimento aos officiaes da Universidade, de que se algum sente agravado, reconhecendo a rezam do agravo que lhe foi feito, requerendo que lhe seja corregido e emmendado com direito e Justiça; e quando lhe nam for assy feito, peça Carta testemunhavel ou Estormento publico com resposta dos ditos officiaes, pera depois El Rey ser emformado per taes Escripuras, se a dita parte he aggravada, e lhe prover hy com Justiça" (Tit. 80, nº 1).

Esta última Ordenação guarda íntima e substancial semelhança com a lei de D. Afonso IV, no sentido de que a "simples querella" é a mesma *querrela*, da qual o "Estormento publico" é o instrumento, escrito por tabelião para documentar o *agravo*, de que a parte se queixa e contra o qual não era permitido apelar.

Mantém-se nas Ordenações Afonsinas a linguagem tradicional, que vinha das leis de processo promulgadas por D. Afonso III, nas quais *agravo* é sempre o gravame, cuja correção se pleiteia mediante o recurso da apelação, como se vê das "cartas d'agravo", conservadas no *Livro das Leis e Posturas*, p. 40 a 44, que foram transcritas no Livro Terceiro das Ordenações Afonsinas, Título 71, "Da Ordem, que se deve ter nas Appellações assy das Sentenças Interlocutorias, como Definitivas".

Por um fenómeno natural de linguagem, denominado metonímia, verificou-se no correr dos anos uma alteração no sentido da palavra, trocando-se a causa pelo efeito, com a transposição do nome do mal para o remédio que se destinava a curá-lo, como já foi observado. (cf. Jorge Americano, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1943, vol. IV, p. 67).

10. A primitiva querrela verbal, que passa a ser formalizada no *Estormento d'agravo*, transforma-se, depois, no regime das Ordenações Manoelinas, no recurso de Agravo.

A respeito dessa evolução escreve o professor Alfredo Buzaid: "No decurso dos três séculos, que se protraem até a Codificação Manoelina, a figura da "querrela" vai lentamente caindo em desuso, mas o "agravo" ganha vulto e passa a ser qualificado, a princípio com a adição de "de instrumento", mais tarde "de petição" e, por último, no "auto do processo" (*Do Agravo de Petição* cit., p. 46-47).

Sob o ponto de vista histórico, a sequência cronológica indicada é passível de reparo, em que pese a autoridade do ilustre Autor.

Não existem nas fontes legislativas textos anteriores à Codificação Manoelina que autorizem a gradação proposta.

Aliás, o ilustre professor encarregou-se de demonstrar - e o fez de maneira cabal - que "o agravo de petição foi criação original do Código Manoelino" (op. cit., p. 44), bem como que "foi no Código Manoelino que surgiu pela primeira vez a denominação "agravo no auto" (op. cit., p. 40, nota 6).

Quanto a essas duas qualificações do Agravo, portanto, não há que se falar em sequência cronológica, de vez que surgiram contemporaneamente na mesma Codificação.

Do mesmo modo quanto ao Agravo de Instrumento.

As Ordenações Afonsinas tratam, em diversos textos do Livro Primeiro e do Livro Terceiro, do "Estormento d' Agravo", que ainda não é o recurso do "agravo de instrumento" - denominação jamais encontrada em qualquer de seus textos - e com o qual o "Estormento" não pode ser confundido.

No direito lusitano o Agravo, como recurso próprio contra a sentença interlocutória simples, com as qualificações que o distinguem em agravo "de petição", "de instrumento" e "nos autos", surge, no mesmo período histórico, no regime das Ordenações Manoelinas, nas quais encontram-se delineadas as suas respectivas características.

De ressaltar-se, entretanto, que a imprecisão terminológica perdura, pelo emprego indiscriminado do vocábulo "agravo", ora para designar o "gravame" com o seu tradicional significado, ora para conceituar o respectivo instrumento escrito, ora para caracterizar o recurso contra a decisão gravosa.

A título exemplificativo podem ser apontados os seguintes textos:

"E as partes que o quizerem demandar, se for em caso que do dito julgador aja appellaçam ou agravo, poderam tomar Estormento pera os seus Superiores o poderem prover, ou por simprez petiçam se o Superior estiver no mesmo lugar onde assi estiver o superior" (Ordenações Manoelinas, Livro III, Tit. 48, nº 8, e Tit. 50, nº 6).

"... e acharem que foi bem apellado, e que o Apellante foi agravado polo Juiz" (Tit. 52, proêmio e nº 1).

"... a Parte contra que foi dada tomará Estormento d'Agravo, ou Carta testemunhável, segundo for o Juiz de que se agrava" (Tit. 53, nº 7).

"... e a outra parte contraira o posesse por agravo nos autos, sem dello tirar Estormento" (Tit. 54, nº 8).

"... e que elle pos por agravo no auto do processo de assi seer concedido o dito agravo" (Tit. 77, nº 17).

"Poderá qualquer das partes que se sentir agravada agravar de sua sentença, e ser-lhe-ha recebido seu agravo, contanto que agrave dentro de dez dias" (Tit. 77, nº 1).

"E mandamos, que o dito Estormento, ou Carta testemunhavel que assi tirar, seja apresentada ao Juiz Superior, a que pertence, dentro de trinta dias, contados do dia que agravar da sentença interlocutória; com tanto que agrave dentro no tempo em que se pode apellar das sentenças interlocutórias ou definitivas, segundo Nossas Ordenações; e nom a oferecendo dentro dos ditos trinta dias, nom lhe será dada Provisam, nem será mais sobre o dito agravo ouvido, posto que pelo Estormento se mostre que he agravado" (Tit. 59, nº 4).

Estas as notas históricas, resultantes de pesquisa cuidadosa, que venho submeter à crítica dos entendidos.

Arcadas, setembro de 1974.