

Marcus Seixas Souza

NORMAS PROCESSUAIS CONSUECUDINÁRIAS

História, Teoria e Dogmática

Apresentação
Fredie Didier Jr.

Prefácio
Beclaute Oliveira Silva

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

HISTÓRIA E TRADIÇÃO

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

Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra,
Capítulo II, VIII.¹

1.1. O costume da idade média ao antigo regime, em Portugal e no Brasil; 1.1.1. O pluralismo jurídico do antigo regime; 1.1.2. Os contornos conceituais do costume; 1.1.3. Os estilos das cortes; 1.1.4. O costume como critério de interpretação do direito comum; 1.1.5. Direito colonial brasileiro; 1.1.6. O impacto da lei da boa razão; 1.2. O costume no direito do Império do Brasil; 1.3. O costume nos primórdios do direito republicano; 1.4. História da lei e do costume como fontes do direito processual.

* * *

Tradicionalmente apontado, por historiadores e comparativistas, como uma fonte do Direito significativa para o desenvolvimento jurídico nos sistemas jurídicos vinculados à tradição romano-germânica,² o costume tem, na contemporaneidade, uma função menos relevante do que teve no passado – antes da consolidação do princípio da legalidade como diretriz estruturante dos sistemas jurídicos europeus.

Poucas normas consuetudinárias são aplicadas pelos tribunais para decidir questões concretas; poucas são as referências, por normas de outras

-
1. MELO, Sebastião José de Carvalho e. [Marquês de Pombal]. *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra....* Coimbra: Universidade de Coimbra, 1771, Capítulo II, VIII.
 2. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law, Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 45 e ss., e *passim*; MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law: Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press, 2009, p. 618.

fontes, à aplicabilidade dos costumes na regência de situações concretas; e (talvez por conta disso) pequena também é a atenção dispensada pela doutrina ao estudo da força normativa do costume.³ Geny, escrevendo nas primeiras décadas do século XX, já criticava a pobreza da literatura jurídica francesa a respeito do costume.

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

O objetivo deste capítulo não é contar uma história oficial, descritiva e personalizada do passado, pautada na justificação da existência do Direito nacional tal como ele é;⁴ tampouco pressupõe representar o Direito vigente como o ápice de toda a experiência jurídica que lhe precede, o resultado final de uma evolução histórica por meio da qual tudo de bom na experiência do passado foi assimilado e decantado, como uma ante-sala experimental, com a finalidade de tornar o Direito contemporâneo a mais sofisticada e avançada abordagem jurídica possível.⁵

A trajetória do costume como fonte do Direito desde o Direito português na Idade Média (quando surgiu o “sistema jurídico” português) passando pelo Antigo Regime⁶ (quando foi aplicado no Brasil colonial), até o Direito brasileiro do início da República é o objeto de análise, cujos temas transversais são a teorização doutrinária a respeito dos pressupostos do costume, a percepção de sua normatividade e do seu papel dogmático dentro do quadro da metodologia e do sistema de fontes do Direito – informações particularmente relevantes para o desenvolvimento do Capítulo 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1.1. O PLURALISMO JURÍDICO DO ANTIGO REGIME

Como já se afirmou em outro texto,⁷ tem-se tornado comuns obras dedicadas ao estudo da história do Direito Processual no Brasil e em Portugal, tendo como fio condutor a sucessão cronológica das diversas leis processuais em vigor ao longo dos séculos.⁸ Outras, dedicadas ao estudo do tratamento jurídico de um instituto específico do Direito processual ao longo da história, incorrem na mesma prática de restringir o âmbito de suas pesquisas à análise

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

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

das regras legais que disciplinavam aquele determinado instituto ao longo do tempo.⁹ Contudo, essas investigações podem ser consideradas, em alguma medida, incompletas – já que a lei não era a única, nem mesmo a principal fonte do Direito apta a regular as situações jurídicas no Antigo Regime.

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

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

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

Por outro lado, o *ius commune*¹⁰ era uma ordem jurídica quase exclusivamente de origem doutrinária, repleta de controvérsias e argumentos

-
9. Cf., por exemplo, LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. “A Sentença na História do Direito Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. III, Nº 9, p. 550-579, 1998; ABDO, Helena Najjar. “A Citação na História do Processo Civil Lusitano”. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, Vol. IV, Nº 14, p. 781-803, 1999; NORONHA, Carlos Silveira. “O Agravo na História do Processo Português como Gravame e como Recurso”. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 20, Nº 78, p. 64-84, 1995; SIDOU, J. M. Othon Sidou. *Os Recursos Processuais na História do Direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
 10. Há vasta literatura sobre o *ius commune*, à qual é impossível fazer referência completa. Destacam-se as seguintes obras: CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Private Law*. Tradução para o inglês de D. E. L. Johnston. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 45-99; CAENEGEN, Raoul C. van. *European Law in the Past and the Future, Utility and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 13-18 e 73-88; GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Tradução para o inglês de Lawrence Hooper. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010, p. 27-38; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 4ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 15-95; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 6ª ed. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macasista Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 337-382. Na literatura luso-brasileira, cf. SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.

divergentes. Diferentemente do *ius proprium* de cada unidade política da Europa no Antigo Regime, cuja legitimidade era oriunda, abstratamente, de um poder político central,¹¹ o *ius commune* foi um Direito construído doutrinariamente, isto é, foi o fruto do trabalho de juristas que tentaram organizar e unificar um corpo bastante complexo de fontes antigas, entre as quais os Direitos romano, canônico e feudal, compondo uma ordem jurídica universalista.

O papel da doutrina no Direito comum era, pelo método da integração, eliminar dúvidas existentes no tráfego jurídico quanto ao conteúdo e à interpretação dos textos jurídicos fundamentais (principalmente as decretais e o *Decretum Gratiani* no Direito canônico e o Digesto e as Institutas de Justiniano no Direito romano).¹²⁻¹³ Por esse motivo, a doutrina teve um papel fundamental no tráfego jurídico do Antigo Regime, repercutindo na publicação de obras com opiniões de jurisconsultos a respeito de pontos controvertidos do Direito – seja do *ius commune* (abordando problemas afetos ao Direito romano ou canônico), seja do Direito próprio, que frequentemente empregava institutos, conceitos e a própria linguagem do Direito comum.

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

Adicionalmente, uma diretriz fundamental do Direito no medievo e no Antigo Regime era o princípio da primazia das normas particulares sobre as normas gerais. Este se manifestava em diversos níveis, seja para justificar

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

11. A doutrina realça que é no príncipe que reside a fonte de toda a jurisdição e, portanto, também a fonte do poder normativo. A conciliação desta concepção com a força normativa do costume era explicada com a afirmação de que no costume se manifestava de forma tácita a vontade do monarca. Sobre essa teoria, cf. item 1.1.2 deste Capítulo.
12. Sobre a introdução do Direito romano em Portugal, cf. COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. “Romanismo e Bartolismo no Direito Português”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, Vol. 36, p. 16-43, 1960; e SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 249 e ss.
13. Sobre a dogmaticidade na Idade Média e no Antigo Regime, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, 2ª ed.. São Paulo: Atlas, p. 31-49; HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 439-502.

a prevalência do Direito régio sobre o Direito romano e da Igreja, seja para fundamentar a aplicação dos Direitos locais ou particulares (das cidades, das corporações...) em detrimento do Direito régio – de modo que o Direito comum vigorava apenas no caso de inexistência do Direito próprio. Tal diretriz metodológica permitia que distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistissem no mesmo espaço social – o que hoje a doutrina denomina pluralismo jurídico.¹⁴

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

Analogamente, embora o Direito real fosse politicamente superior aos Direitos emanados por poderes inferiores do Reino, aquele tolerava a existência de Direitos locais, sob o argumento do princípio da especialidade. A única ressalva a essa tolerância normativa era a limitação segundo a qual a capacidade normativa dos corpos inferiores (*iura propria*) não podia ultrapassar o âmbito de seu autogoverno.¹⁵

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

Hespanha afirma, com palavras muito bem escolhidas, que “o tecido do Direito não era feito de regras, mas antes de problemas; para a resolução dos

-
14. E, neste aspecto, se contrapõe frontalmente à característica de unidade normativa dos estados modernos, nos quais a ordem jurídica estatal pretende o monopólio da definição de todo o Direito por meio da lei (tendo quaisquer outras fontes jurídicas, como, *v.g.*, o costume ou a jurisprudência, uma legitimidade apenas derivada). Sobre o assunto, cf. HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 148.
 15. HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”, *cit.*, p. 78-81.

quais os juristas dispunham de fontes contraditórias”, e que “a abordagem do caso concreto era, por isso, feita de uma forma tentativa, confrontando o caso com vários argumentos (ou figuras de direito) possíveis, cada um dos quais justificaria uma solução diversa”.¹⁶

A tarefa de interpretar e aplicar o Direito, apresentando soluções aos casos concretos para os quais concorriam diversas possíveis normas, consistia em procurar alcançar não uma “verdade” definitiva, mas uma “verdade” provisória e provável, cuja fiabilidade se estabelecia e aumentava pelo confronto dos pontos de vista. Dentro da lógica do processo argumentativo do jurista medieval, ao juiz cabia fornecer, portanto, uma solução prudencial ou arbitrada, que confrontasse, argumentativamente, as principais opiniões e possibilidades de uma forma explicável e suscetível de obter consenso, de forma que na maior medida possível harmonizasse as normas e argumentos jurídicos.¹⁷

1.1.2. CONTORNOS CONCEITUAIS DO COSTUME

Desde o período de formação do Estado português, o costume sempre fora uma fonte relevante para a prática jurídica. Em um período em que a ordenação política e social tinha, como escopo principal, a execução de atos de guerra (guerras de Reconquista), sem que se pudesse antever fim próximo, o Estado português medieval nascente não fora um Estado voltado a tarefas administrativas e legislativas,¹⁸ mas uma nação em permanente estado de guerra – característica que exercia um papel de efetiva desordenação social.¹⁹

Dois fatores contribuíram para a predominância do costume como fonte do Direito:²⁰ em primeiro lugar, o soberano, nos momentos em que não se encontrava engajado nos esforços de guerra, atuava mais como um *rex iudex* que como um rei legislador. Se não havia condições para legislar

16. HESPANHA, Antonio Manuel. “Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro”, cit., p. 62.

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

18. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 157.

19. LINEHAN, Peter. *Spain 1157-1300, a Partible Inheritance*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008, p. xi, 71 e *passim*.

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

de forma ampla, o soberano ao menos se dedicava à resolução de questões concretas, distribuindo justiça.

Em segundo lugar, e em decorrência do primeiro fator, as populações locais, afetadas sucessivamente pela invasão muçulmana e pelos movimentos migratórios que a guerra de Reconquista tornou inevitáveis, bem como pela falta de leis régias, entregaram-se a si mesmas, num condicionalismo local que, pela necessidade das coisas, foi autossuficiente – e proporcionou, conseqüentemente, o surgimento de um Direito próprio, seu; um Direito decorrente da normatividade social que o povo local exerceu para gerir os assuntos cotidianos.²¹

Um debate na historiografia jurídica²² discute qual ou quais foram as principais influências na formação dos já verificados germanismos desse Direito consuetudinário²³ (várias possibilidades são enumeradas, incluindo que se tratava de reminiscências do Direito romano vulgarizado visigodo, sobretudo da *Lex Romana Visigothorum*; e/ou influências celta, franca, e, até mesmo, moçárabe,²⁴ ainda que de forma reduzida).

Esse Direito consuetudinário prevalecia mesmo em face da comprovada existência, validade e eficácia do Código Visigótico (*Lex Romana Visigothorum*), em sua forma vulgata, em Portugal,²⁵ especialmente considerando o progressivo desaparecimento da autoridade da referida lei a partir do século XIII (seja em decorrência da nova e crescente atividade legislativa dos soberanos, seja em razão do início da recepção do Direito romano redescoberto,

-
21. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 158.
 22. Para uma síntese dessa discussão, envolvendo as opiniões de García Fflo, Alvaro D'ors e Merêa, entre outros, cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 158-162.
 23. Sobre o surgimento do *ius consuetudinarium* na península ibérica, sob a influência dos contornos teóricos romanos, cf. MICELI, Paola. *Derecho Consuetudinario y Memoria: Práctica Jurídica y Costumbre en Castilla y León (Siglos XI-XIV)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 107-140.
 24. A expressão “moçárabe” é um termo histórico moderno que se refere aos ibéricos cristãos que viveram sob a autoridade dos mouros em Al-Andalus, em sua maioria visigodos que não emigraram para o norte após as conquistas mouras. Embora seus descendentes tenham permanecido não convertidos ao Islã (em sua maioria católicos romanos de rito visigodo), eram frequentemente fluentes em árabe e adotaram diversos elementos da cultura árabe.
 25. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 166 e ss.

seja pelo fato de que, há muito, a vigência da lei visigoda era negada pela força dos costumes – sendo aplicável, provavelmente,²⁶ sobretudo aos fidalgos).

A autoridade do costume era, assim, abertamente reconhecida pelos soberanos.²⁷ Ao concederem forais,²⁸ por exemplo, era frequente que se remetessem ao costume local, “da terra”: ao *forum, mos* ou *usus terrae*. As referências doutrinárias e legislativas ao costume por vezes empregavam ainda mais diversos vocábulos latinos: *usus, consuetudo, stylus, ritus*, etc.²⁹

No período de recepção do Direito romano em Portugal, a partir do século XI, o costume, *ius non scriptum*, continuou a ser amplamente utilizado como fonte do Direito, embora, em alguma medida, os soberanos tenham passado a exercer o poder de apreciar, e, eventualmente, revogar “maus costumes”.³⁰

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

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

-
26. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes do Direito*, cit., p. 168, nota de rodapé nº. 5.
 27. Os soberanos não apenas consentiam com o poder normativo social como se beneficiaram da legitimação que ele oferece à ordenação estamental da sociedade. Assim, os soberanos receberam seus poderes majestáticos não de uma legitimação político-democrática, mas da combinação do *ius non scriptum* que confere a cada sujeito seu próprio lugar na ordem social e jurídica (os costumes) com as fórmulas normativas constantes dos Direitos romano e canônico (*ius scriptum*), os quais forneceram os fundamentos jurídicos necessários para os reis consolidassem poderes legislativos quase absolutos sobre a nação – *rex est imperator in terra sua*.
 28. Uma carta de foral, ou simplesmente foral, era um documento real utilizado em Portugal (mas, também, com pequenas variações, nos demais reinos ibéricos), que visava estabelecer um concelho (ou município) e regular a sua administração, deveres e privilégios. Os forais foram concedidos entre o século XII e o século XV. Eram a base do estabelecimento do município e, desse modo, o evento mais importante da história da vila ou da cidade. Eram determinantes para assegurar as condições de fixação e prosperidade da comunidade, assim como no aumento da sua área cultivada, pela concessão de maiores liberdades e privilégios aos seus habitantes.
 29. HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal: 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 194.
 30. Sobre a possibilidade de revogação de maus costumes, cf., adiante.

do século XIII e início do século XIV, foram objeto de redução a escrito e compilação³¹ – uma tendência que se observou também em outros países.³²⁻³³

A partir do século XIII a frequência de publicação de leis aumentou substancialmente, e, nas palavras de Braga da Cruz, legislar deixou de ser um ato esporádico, exercido pelo monarca depois de ouvidos solenemente os prelados e os nobres do Reino (em cortes),³⁴ para passar a ser uma atividade corriqueira do exercício da soberania régia.³⁵

Embora a recepção do Direito romano não seja considerada pela historiografia como a única causa responsável pelo ressurgimento da lei como fonte do Direito predominante em Portugal,³⁶ fato é que os soberanos passaram a gradualmente legislar com maior frequência, procurando

31. Muitos costumes antigos estão reunidos nas seguintes coletâneas: *A Collecção de Livros Inéditos de História Portuguesa* (T. IV e V) e *Portugalia Monumenta Historicae, Leges et Consuetudines* (T. I e II).
32. Sobre a redução a escrito dos costumes na Europa, cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 264-282; e CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Private Law*, cit., p. 35-44.
33. Curiosamente, a expressão *ius non scriptum* não deixa de se aplicar aos costumes após a sua redução a escrito. Em forais ou compilações de costumes são notáveis expressões que remetem à oralidade. Como afirma Paola Miceli, “*la palabra escrita en la sociedad medieval tenía un fuerte sustrato oral, se escribía para que fuera oída*”. Assim, os textos escritos foram pensados para circular em um mundo onde a oralidade continuava a ser a forma de comunicação mais importante. Essa percepção contextualiza adequadamente o fato de que, nos textos medievais, a expressão *ius non scriptum* não fazia referência à dimensão oral da norma, e sim ao não-pertencimento da norma ao Direito Romano (*ius scriptum*). MICELI, Paola. “La Costumbre como *Ius Non Scriptum*”. In: MORIN, Alejandro (eds.) *Estudios de Derecho y Teología en la Edad Media*. Buenos Aires: Sociedade Argentina de Estudios Medievales, 2012, p. 85-108 [p. 99-101].
34. Sobre as cortes portuguesas, cf. MERÊA, Paulo. *O Poder Real e as Cortes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923; e CAETANO, Marcello. “Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XV. Lisboa, 1963; HESAPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições, Épocas Medieval e Moderna*, cit., p. 367-383.
35. CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”. *Obras Esparsas, Estudos de História do Direito – Direito Moderno*, T. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, 245-436 [p. 373].
36. Guilherme Braga da Cruz ressalta que a convocação das primeiras leis gerais na península ibérica, por volta do século XI, em Leão, é, em sua opinião, uma retomada da tradição legislativa visigótica. (CRUZ, Guilherme Braga da. “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”, cit., p. 258, nota de rodapé nº. 1).