

J. M. OTHON SIDOU

OS RECURSOS PROCESSUAIS NA HISTÓRIA DO DIREITO

(Separata da Revista da Faculdade
de Direito da Universidade do Pará
n.º 3-2.ª fase - Janeiro-Junho, 1960)

F341.465
S569_n

H. BARRA
BELÉM-PARÁ
1960

C

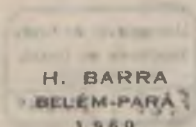
J. M. OTHON SIDOU

A' Biblioteca da Faculdade de
Direito da Universidade do Recife.

J. M. Othon Sidou
Recife, dez. 1960.

OS RECURSOS PROCESSUAIS NA HISTÓRIA DO DIREITO

(Separata da Revista da Faculdade
de Direito da Universidade do Pará
n.º 3-2.ª fase - Janeiro-Junho, 1960)



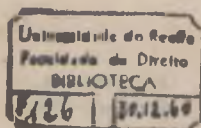
A. M. OTTON ZIEGLER

OS RECURSOS PROCESSUAIS

NA HISTÓRIA DO DIREITO

Tratado de Direito de Processo
do Brasil de 1900 a 1930
por A. M. Otton Ziegler

7A



AL. 401512

Reg. 8992497

ex-1

OS RECURSOS PROCESSUAIS NA HISTÓRIA DO DIREITO

J. M. OTHON SIDOU

(Catedrático de Direito Romano da
Faculdade de Direito de Uberlândia
— Minas Gerais — Secretário do
Instituto dos Advogados Brasileiros)

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, Enrique — *Historia de Derecho* — Ed. Impulso — Buenos Aires, 1945.
- AYARAGARAY, Carlos A. — *La justicia en Rusia* — Ed. Libreria Juridica — B. Aires, 1947.
- BONUMÁ, João — *Direito processual civil* — Ed. Saraiva — São Paulo, 1946.
- BECENA, F. — *Sobre la instancia unica o doble en materia civil* — B. Aires, 1933.
- CARAVANTES, José Vicente y — *Tratado historico, critico, filosofico de los procedimientos judiciales en materia civil* — Imprenta de Gaspar y Roiz — Madrid, 1856.
- CARNELUTTI, Francisco — *Lezioni di Diritto processuale civile* — Padua, 1925.
- CHIOVENDA, Giuseppe — *Instituciones de Derecho procesal civil* — 2.^a edição — Ed. Rev. de Derecho privado — Madrid, 1948.
- *Principios de Derecho procesal civil* — Madrid, 1932.
- COUTURE, Eduardo J. — *Fundamentos del Derecho procesal civil* — 2.^a edição — Edit. Depalma — B. Aires, 1951.
- COSTA, Agustin A. — *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil* — Ed. Asociacion de Abogados — B. Aires, 1950.
- CREPON — *Traité de l'appel en matière civil* — Paris — s/d.
- DARESTE — *Études d'histoire du Droit* — Ed. Recueil Sirey — Paris — 1928.
- FAGUNDES, Miguel Seabra — *Dos recursos ordinários em matéria civil* — Ed. Rev. Forense — Rio, 1946.
- FRANCISCI, Pietro de — *Sintesis historica del Derecho romano* — Ed. Rev. Derecho Privado — Madrid, 1954.

FREITAS, M. Teixeira de — Notas às "Primeiras linhas sobre o processo civil" de PEREIRA E SOUSA. GOLDSCHMIDT, James — *Derecho procesal civil* — Ed. Labor — B. Aires, 1936.

HAMILTON, Carlos D. — *Manual de Derecho canónico* — Edit. Juridica de Chile — s/a.

JHERING, Rudolph von — *L'esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement* — 3 me. édition — Paris, 1886.

MATTIROLO, Luigi — *Tratatto di Diritto giudiziario civile italiano* — 5.^a edição — Fratelli Bocca, ed. — Turin, 1924.

MOMMSEN, Theodoro — *Le Droit penal romain* — Fontemoign, edit. — Paris — 1907.

MELO FREIRE — *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro* — Rio, 1850.

MONTEIRO, João — *Teoria do processo civil e comercial* — Edit. Duprat — São Paulo, 1905.

MORTARA, Ludovico — *Comentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile* — 4.^a edição — Dott. Francesco Vallardi, edit. — Milano, 1923.

ORTIZ, José López — *Derecho musulman* — Edit. Labor — B. Aires, s/d.

PAULA BATISTA — *Compêndio de teoria e prática do processo civil* — 5.^a edição — Rio — 1898.

PEREIRA E SOUSA, Jm. Je. Caetano — *Primeiras linhas sobre o processo civil* — Garnier, edit. — Rio, 1906.

RAMALHO, João — *Praxe brasileira* — São Paulo, 1869.

RUBINSTEIN, Ronald — *Iniciación al Derecho inglés* — Bosch edit. — Barcelona, s/d.

SANTA PINTER, José Julio — *Sistema del Derecho anglosaón* — Buenos Aires, 1956.

SAVIGNY, F. C. de — *Sistema de Derecho romano actual* — 2.^a edição — Centro Editorial de Gongora — Madrid — s/d.

SCIALOJA, Vittorio — *Procedimiento civil romano — Ejercicio y defensa de los derechos* — Edit. Juridicas EuropaAmerica — Buenos Aires, 1954.

TH. BUCH — *Historia de las instituciones juridicas* — Apêndice de LEVY-HALL sobre "Los antiguos derechos" — Buenos Aires, 1929.

Para conceituar o recurso processual é mister ter em conta que, sobretudo quando agindo em exclusiva função da vontade, o homem sempre se reputou falível. A autoridade super-gentilícia, militar e temporária, que se constituiu o mais remoto patamar da moderna técnica estatal, deve ter condescendido, menos por imperativo de humano sentimento, do que visando a obter proveitos imediatos ou mediatos para o seu clã, em alterar o primitivo castigo, sem fugir mesmo a essa tendência a própria pena de talião. Quando não o melhor apreciar das provas, pelo menos o amortecer das paixões o impeliu, dentro da irrefragável fraqueza humana, a reexaminar o já decidido.

O reexame das decisões destinadas a fazer justiça há-de perder-se, pois, na aurora da vida coletiva do homem, conferindo aos recursos, sentido lato, a mais legítima contemporaneidade com as sentenças, o que vale dizer, nasceu com o direito.

Curioso é observar como, afastado mesmo o intuito de atender aos reclamos da justiça social, hoje princípio nuclear dos recursos, êsses remédios foram utilizados, mais além, pelos vários ciclos da História, como arma de interesse político. O século XV, por exemplo, assistiu ao advento das grandes economias nacionais. E os príncipes, que na adversidade eram feudelistas, buscando nos barões um suporte para a sua incolumidade, se tornaram anti-feudais; enquanto os latifúndios enfraqueciam, a lei se ia tornando centralizada e com ela a justiça, encarnada na pessoa do rei. Os recursos desempenharam, então, o seu encarecido papel no enfraquecimento dos suseranos e na consolidação do poder central. E como se exercitava a justiça por delegação do soberano, natural seria reconhecer-lhe o direito de decidir em última instância, porque essa faculdade fortalecia o poderio, concentrando em suas mãos o controle judicial.

As ordenações filipinas deixam destilar todo o zelo ciosamente guardado pelos chefes de Estado durante centúrias, em conhecerem, sem embargo, de quaisquer demandas já julgadas por prepostos seus. O L. III, tit. V § 10.º da veneranda compilação estatuí: "Porém, nós poderemos mandar em todo caso por simples petição trazer perante Nós per nosso especial mandato qualquer feito, ainda que seja da Almotaceria, quando o houvermos por nosso serviço, porque foi uzado pelos Reis que ante Nós forão".

Não foi senão pelo motivo exposto que o Direito canônico acolheu, sem embargo, repetidas apelações, até que três sentenças uniformes fôsem proferidas, eternizando, assim, as demandas, segundo MANCINI, mas ampliando a influência da Igreja romana por todo o mundo cristão.

Il rimedio della appellazione è la conseguenza della fralezza umana, conceitua PISANELLI. É necessário e

utilíssimo, aduz FEBRERO, citando o Conde da CAÑADA. Por êle emendam os juizes superiores os agravos que os inferiores causam com suas sentenças definitivas ou interlocutórias por ignorância ou malícia; se suprem e corrigem as omissões e defeitos que não tido os litigantes em alegar e provar os fatos em que apoiam sua justiça; se evitam os prejuizos e iniquidades que talvez cometeriam alguns juizes inferiores, se não temessem que outros os descobririam; enfim, é remédio que dá satisfação aos interessados, ao vêr que concorrem muitos juizes a declarar seu direito. (CARAVANTES, IV/7).

Contra êsse contingente conclusivo, capaz, por si, de responder, só êle, pela classificação, como não exatas, das ciências sociais, têm-se erguido as mais autorizadas objeções. Porém, nem mesmo ULPIANO, reconhecendo que, às vezes, as primitivas sentenças são reformadas para pior, nem os paladinos da escola revolucionária francesa, representada por BERÉNGER, COLLARD, BARROT e LA-ROCHEFOUCAULD, tiveram fôrça bastante para impedir a reiteração ou a simples iteração dos julgamentos, autêntico reclamo psicológico na eterna luta entre a justiça e a certeza da sentença. Através do debate amplo de sua pretensão, ensina SEABRA FAGUNDES, obra citada, pag. 17, e por imperativo daquêle reclamo psicológico, o litigante recebe com menos inconformidade a derrota, submetida a exame e reexame. Um homem só — diz CARAVANTES, I/15 — não oferece, em regra, suficientes garantias ou segurança de retidão, imparcialidade e inteligência, para que possa obrigar, racionalmente, os litigantes a submeter-se, definitiva e irrevogavelmente à decisão de um litígio de que depende, acaso, sua fortuna.

As fontes subjetivas dos recursos repousam em dois pressupostos da falibilidade humana: a reação contra a insatisfação da sentença e a possibilidade de êrro. E essa falibilidade atua indistintamente no julgador, na persuasão de que melhores provas, subtraindo-o a um **error in iudicando**, possam sobrenadar em ultteriores fases da apreciação da relação jurídica; atua naquêle cujo direito decaiu e se sente agravado no seu legítimo interêsse econô-

mico ou moral; como atua no Estado, organismo especificamente social, e, como assim, passível das mesmas contingências que marcam os indivíduos, dos quais deflui e pelos quais se forma, e que se precisa mostrar absolutamente seguro no disciplinamento do processo de aplicação da justiça. Menos que uma figura neutra, o Estado é o interveniente máximo no processo; é o liame entre as pretensões de autor e demandado que se enxerga na teoria angular de HELLWIG. Ao Estado incumbe dar, através da justiça, garantia à eficácia da lei. Seu papel é vital, portanto.

A reanálise decisória, preleciona ROSCOE POUND, Appellate, pág. 3, desperta o cuidado do julgador, muito embora, como acrescenta GIDO RIDOLFI, não assente na presunção de êrro, mas na sua possibilidade. Daí a consagração universal do princípio de jurisdição pluralizada. "Certo, la conoscenza della natura umana — escreve MORTARA, IV/310 — impedirà spesso di riporre fiducia illimitata nella correzione degli errori per mezzo della ritrattazione, cioè per opera del magistrato medesimo ché pronunzió la sentenza".

Todavia, há a considerar duas fases distintas na evolução histórica dos recursos. Uma fase embrionária, não disciplinada nem utilizável voluntariamente. A outra, normativa, amparada pela voluntariedade.

O direito de clemência sempre esteve ligado ao poder de soberania, ainda mesmo na forma mais tirânica de que êsse poder se revestisse, e talvez tanto mais avaramente reservado ao soberano, quanto mais despótico o seu poderio. Confundida a personalidade do rei com o poder teocrático, que, nos primórdios da sociedade humana andou enlaçado ao direito, considerado êsse como expressão sobrenatural, será lógico deduzir o caráter infalível que dominava as sentenças. Lógico também, pela recíproca, será entender que o soberano, semi-divinizado, se reservasse, mercê dessa aura, inovar nos julgamentos.

Com o caráter infalível com que se pretendia (e o poder de julgar se amalgamava, ao lado do poder de fazer as leis, na pessoa do mesmo soberano) êsse se irrogava o direito divino de inovar no julgamento, quando suplicado.

A outra fase decorre do natural deslinde divindade-direito.

À medida em que o rei se ia despojando da ligação entre os seus súditos e os deuses, à medida em que se ia quebrantando a força dos preceitos divinos e parte dêsses princípios se laicizou, operou-se a separação entre *fas* e *ius*, entre os preceitos religiosos e os preceitos temporais.

Nessa fase, os recursos tomaram forma de modo a pressuporem o direito de a parte insatisfeita ou agravada com a decisão intentar um novo exame, e a voluntariedade de fazê-lo.

Todavia, essa fase só foi possibilitada quando a administração da justiça se conferiu a juizes por delegação do soberano ou do poder público, obedientes, êsses, em grau hierárquico, a um poder mais alto. O direito subjetivo de recorrer, reconhecido embora, subordina-se a uma imposição objetiva: para quem recorrer.

Agravo é ofensa a direito, apresentando como decorrência prejuízo material ou moral. A decisão que contraria a pretensão de alguém — sujeito passivo — pode-se constituir um agravo no fôro íntimo dêsse. De modo que, se a ação é o exercício de um direito para reparar um agravo, o recurso não deixa de ser uma ação, porque entre o agravo e o recurso medeia, como assinala COUTURE (op. cit., pág. 246) a mesma relação agravo-ação e a mesma diferença que existe entre o mal e o remédio.

Para JOÃO MONTEIRO, *Teoria*, III/139, recurso é todo remédio contra qualquer violação de relações de direito. Conceituação sentido larguíssimo, estende o remédio a tôda ação, porque, nessa qualidade, as ações não são mais do que afirmação de um direito contestado.

Conceituação também de caráter irrestrito é a de BECEÑA, que entende como recurso a reação espontânea, natural e justificada, de quem se vê agravado por uma primeira decisão, para mudá-la em seu favor.

Como a de CREPON: meio ordinário outorgado pela lei a todo litigante que não tenha recebido, ante seus juizes, plena satisfação.

PEREIRA E SOUSA, **Primeiras linhas**, ensina que recursos são atos tendentes à reforma das decisões.

Concessões feitas pela lei às partes como meios de obterem reparação das injustiças que uma primeira decisão lhes possa ter causado, é como, no **Compendio**, pág. 305, o define o grande PAULA BATISTA.

RAMALHO oferece esta definição: meio de direito que tem por fim a reforma da sentença. (**Praxe**, pág. 517).

MELO FREIRE exprime que recurso é a legítima provocação que, para o juiz superior, faz a parte agravada por fato do juiz inferior. (**Primeiras linhas**, I/131).

Encarecendo, por igual, o reexame reiterado, é o modo de entender de CARAVANTES, na sua obra citada: meios de que lança mão o que se crê prejudicado ou agravado pela providência de um juiz ou tribunal, para superior imediato, com o fim de que se reforme ou revogue tal providência.

GOLDSCHMIDT ensina que recursos são meios jurídico-processuais para impugnar uma decisão judicial que não é formalmente firme, ante um tribunal superior. Também o mestre germânico, com o assim definir, desclassificada as ações autônomas do âmbito recursal, por constituírem elas instrumento de ataques às sentenças firmes, ou sejam, passadas em julgado.

Para CHIOVENDA, **Instituições**, nr. 15, vol. I, os recursos visam à necessidade de tornar mais apurada a vontade da lei, considerada a ação, para o mestre italiano, como tendo por finalidade a atuação da vontade da lei.

MATTIROLO, op. cit., III/935, vê nos recursos a expressão de uma necessidade, de um instinto geral do homem.

E CARNELUTTI, **Lezioni**, compara-os à prova nas operações aritméticas. Como definição, tanto diz tudo.

Do exposto, podemos grupar os recursos, face às definições, conferindo-lhes as seguintes características:

- a) meios de reexames dos julgados (em sentido amplo), que têm como requisitos, **stricto sensu**:
- b) a lei;
- c) uma violação de relação de direitos;

d) uma sentença a ser modificada ou anulada; e, **strictissimo sensu**:

e) prosseguimento da ação em que foi a sentença proferida.

Dos vários conceitos, conclui-se também que por dois aspectos podem ser encarados os recursos: do primeiro, sentido largo, coube a TEIXEIRA DE FREITAS oferecer magistral interpretação: quaisquer atos tendentes à reforma das decisões; normalizados ou não; provocados ou não. E êsse conceito se ajusta bem com a fase embrionária dos recursos, por nós apontada. Do segundo se encarregaram todos os demais praxistas, ao encarecerem duas constantes: concessão ou imposição da lei; vontade do interessado.

A capacidade de recorrer, desde as origens do remédio contra as sentenças, decorre da capacidade de praticar atos processuais, a qual, por sua vez, decorre da capacidade civil.

Na história do direito romano, a primeira secessão da plebe, que a tradição aponta ter tido lugar no ano 360 U. c. (394 antes de Cristo), detem particular evidência no reconhecimento dos reexames decisórios. Contra a constituição de juízos soberanos sem apêlo, o povo, na luta que deve ter tido seu episódio culminante no monte **Sacro**, obteve a concessão do patriciado dominante no sentido de ser instituído o tribuno da plebe — **sine imperio, sine magistratu**, segundo TITO LIVIO, todavia com a função essencial, ensina DE FRANCISCI, **Síntesis**, pág. 9, de proteger a plebe contra as eventuais atrições dos magistrados patrícios, através da **intercessio**. Calígula, já em nossa era, suprimiu o direito de recorrer. Nero logo o restaurou.

O direito de recorrer, assinala BORDEAUX, manteve-se e se manterá como uma das garantias da justiça. Significa uma conquista da evolução jurídica de séculos e milênios, que custou à humanidade sangue e sofrimentos, e da qual os homens não abrem mão sem revolta. (BONUMÁ, op. cit., III/15).

Assim, o recurso é uma forma de clamor e rebeldia; o grito dos que, julgando-se injustiçados, acenam para um maior juízo (COUTURE). Defender a dupla jurisdição é exercitar defesa de uma instituição humana, porque o recurso satisfaz tanto os sentimentos do que vence quanto os do vencido, enquanto oferece mais autoridade à sentença de primeira instância, pela margem psicológica que enseja de melhor estudo, de mais clareza e de maior possibilidade de se resolver melhor. (DASSEN, cit. por A. COSTA, pág. 21). E adotá-la é obter vantagens, a um só tempo, no que se relaciona com o regime político, com os direitos individuais, com a organização judicial e com o desenvolvimento interno do processo.

X

X X

Os velhos corpos de leis que precederam a dos decênviros e das quais a heurística nos oferece fragmentos custosamente recompostos, deixam transparecer, uns, ou atestam com precisão, outros, que, nas civilizações pre-romanas oportunidades eram abertas à reforma das sentenças.

A) BABILÔNIA — O Código de Hammurabi, rei da Babilônia (anos 2123-2080 antes de Cristo) e descoberto nas ruínas de Suza no limiar do corrente século por MORGAN, inclui a disposição seguinte: (I, 5) — Se um juiz dirige um processo e profere decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquêle juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, êle deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquêle processo, e se deverá públicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz". (Reconstituição adotada por BONFANTE). Só nêsse dispositivo concentram-se numerosas facetas que serviriam de ponto de arrimo aos vários meios impugnatórios das sentenças adotados no direito moderno.

Quando Hammurabi subiu ao trono, em dinastia havia pouco mais de um século fundada, viu-se governando

um Estado próspero — depõe HALL, op cit., pág. 187 —, já transformada a Babilônia na principal cidade da região, centralizando um império que se estendia da Armênia à Palestina. Atenta CLAY (pelo mesmo autor citado à pág. 191) para que se tem dado ao grande rei uma importância muito fictícia como legislador, porque, malgrado o elemento original que há-de, sem dúvida, ser devido a Hammurabi, o essencial em seu código é apenas uma reedição das antigas leis sumerianas.

Os babilônios tinham um conceito moderníssimo de “lei e ordem” — continua lecionando HALL; os juizes eram nomeados pelo rei e tinham a função de delegados seus, parecendo ter tido o caráter de juizes itinerantes, pelo que proferiam decisões só excepcionalmente revogáveis por aquela forma (convencimento do êrro) acima exposta. A acessibilidade da lei tornava fáceis os pleitos e conseqüentemente os babilônios eram litigantes em alta escala, notadamente com respeito à venda e arrendamento de terras e prédios, redigidos, tais como os testamentos, dentro de fórmulas legais e confirmadas por testemunhas.

De qualquer forma, por exposta ficou a não rigidez das sentenças, ponto capital na vida dos recursos. E assim porque a condição divinizada do julgamento, pressuposto único da irretratabilidade, fica reduzida a nada com o simples reconhecimento da falibilidade do julgador.

B) INDIA — Como o de Hammurabi, o **Manava Dharma Sastra** (Código de Manú), que retrata a elevada civilização da India e é atribuído a treze séculos antes da nossa era, inclui em sua disposição 97: “Todo processo no qual um falso testemunho foi prestado, deve ser recommençado pelo juiz e o que foi feito deve ser considerado como não feito”. (Reconstituição de DESLONCHAMPS).

C) HEBREUS — Federação de tribos cujo laço nacional é apenas a crença num deus único (**Iaveh**), o povo hebreu constituía-se num governo teocrático, despido, porém, dos abusos das teocracias orientais. Depois de Moisés, passou esse povo a formar uma sociedade acen tuadamente democrática, uma república legalitária, tendo por cúpula o **Grande Sanedrin** e o poder executivo em mãos de um magistrado (**shophit**), espécie de consul roma-

no, algumas vezes com poder perpétuo, mas não hereditário.

A hierarquia dos três tribunais hebreus, constituindo igual número de jurisdições, um dos quais, o **din mirphat** (tribunal dos vinte e três) tinha função apelatória das decisões do **din mammona** (tribunal dos três), atesta eloqüentemente a admissibilidade da forma recursal, o que se afirma com base, inclusive, no fato de que os hebreus não admitiam juízo único, tanto que aos seus reis não era deferida a função judicante. Julgar só, não pertence senão a Deus, não aos homens — afirmavam os doutores da lei. (Cf. TH. BUCH, op. cit., págs. 13 e segs.).

D) EGITO — Até quando é possível descerrar a cortina da história, encontramos no Egito uma justiça densamente teocrática, todavia escalonada em instâncias. E, conquanto integrassem uma casta poderosa, os sacerdotes não detinham o monopólio da magistratura.

Precedentemente à dominação romana, segundo DARESTE, op. cit., pág. 9 e segs., o tribunal composto por sacerdotes das três cidades, Heliópolis, Memphis e Thebas julgavam em processo escrito, assegurando às partes produzir uma memória e uma réplica, e os juizes decidiam secretamente, mas o rei exercia poder absoluto sobre a organização judiciária e se reservava avocar todos os feitos para reapreciá-los.

Podendo-se afirmar que os egípcios conheciam as hierarquias judiciais, conclui CARAVANTES, op. cit., I/19, em consequência é de deduzir a diversidade de instâncias e os recursos de um juízo inferior para um superior.

E) ISLAM — Do povo islamita, diz AHRENS que, como o Cristianismo, o maometismo é religião provinda do mosaísmo hebreu, aquela em grau superior, essa de grau inferior e, hoje, em franca decadência. Do seu direito, diz RUBINSTEIN que certo autor, pecando, sem dúvida, pela generalização, divide os sistemas jurídicos por que atualmente o mundo se rege, em três: direito romano, **common law** e direito mussulmano.

À frente da jurisdição do Islam acha-se o **califa** e os juizes (**cadi**) atuam como delegados da suprema autoridade.



de, com a tarefa, que torna a sua missão enormemente difícil, de promover a perfeita realização da lei divina. Mahomet dissera: — De cada três juizes, dois irão ter à *gehenna* (inferno); só o outro se salvará.

Portanto, direito estritamente religioso, aquêles princípios constantes dos Códigos de Hammurabi e de Manú, sôbre o mal julgamento, são no todo atribuídos, entre os islamitas, ao extra-temporal, ao ponto de o *cadi* só poder ditar a sentença “quando o seu ânimo estiver perfeitamente tranqüilo”.

O processo revestia-se da oralidade, com raros assentamentos, apenas para garantir o caráter de protocolização, e era dominado pelo princípio inquisitivo, assistindo ao julgador aconselhar e lembrar direitos acaso não lembrados pelas partes antes de instaurada a demanda.

Esse processo tomou por empréstimo várias instituições romanas e persas, reservando-se os traços de originalidade que marcam a sua dessemelhança face às demais fontes do direito universal.

Entre as várias espécies de jurisdições especiais do *cadiato* nomeado pelo príncipe, está o *cadi al coda* (juiz de juizes), com poder de inspeção e assessorado por um colégio de juristas. Esse conselho conhecia das causas instruídas contra os *cadies*, objetivando à revogação de suas sentenças, o que equivalia a um tribunal de apelação. Mas atuavam seus membros separadamente e não como em tribunal; sua função era a de assessores e tinha o caráter parecerista.

Os *cadies* podiam sub-delegar sua autoridade e é precisamente nessa outorga que repousa todo o princípio de recurso das sentenças no direito mussulmano.

F) CHINA — O primitivo direito chim é uma mesclagem de prescrições bárbaras e de princípios humanitários; ao lado dos mais atrozes suplícios, reconhece a irretroatividade da lei e acolhe os atenuantes. E’ o que preleciona TH. BUCH, na sua obra citada, pág. XXII. Os chefes de aldeias são hierarquizados abaixo dos mandarins e êsses às autoridades de Pekin. O direito de apelação concedia-se em causas criminaes, mas nas causas cíveis, o juiz decidia em instância única.

G) GRÉCIA — O direito helênico desenvolveu-se com uma participação sempre reconhecida do povo na aplicação da justiça. O direito processual foi um dos ramos jurídicos mais aprimorados entre os atenienses, aos quais se deve a classificação das ações em públicas e privadas. As instâncias judiciárias, escalonadas em tribunais (Areópago, Arcontas, Heliastas e o próprio Senado) induziam, por si, a admissibilidade recursal, e admitia-se apelação das sentenças quando se violassem formas ou se ditasse uma decisão injusta. (Cf. AHRENS, op. cit., pág. 410).

H) ROMA — O primeiro *ius scriptum* adotado em Roma, no ano 450/304, segundo a tradição, produto de intestinas lutas sociais entre a plebe e o patriciado — as XII Tábuas — já comprova a admissibilidade dos recursos contra as sentenças. CICERO, *De Republica*, II, 31, depõe que — *ab omni iudicis poenaque provocari licere indicant XII tabulae compluribus legis*, muito embora, como observaremos, não fôsse precisada uma forma estrita de reapreciação dos julgados, o que só com a emancipação da vida jurídica se conseguiu.

Abstração feita dessa referência de CICERO, pode-se afirmar que, em caráter estrito, os romanos conheceram como recurso a *appellatio*, admitida como remédio comum a tôdas as demandas, já nos pórticos do Império.

Com precedência, porém, sobre a *appellatio*, ainda no procedimento das ações da lei, conheceu-se a *provocatio ad populum*, compreendida entre os direitos públicos, e de efeito contra mesmo as decisões dos primeiros reis. Consistia o remédio na convocação que os magistrados faziam do povo para que êsse decidisse assuntos de alta significação penal, como as sentenças de morte e banimento.

A *provocatio*, instituída pela lei *Valeria Horatia*, do ano 245/509, precedeu a norma tabulária, e até o século 5.º U. C. era peculiar apenas aos *quirites*. Provavelmente, uma lei *Porciae* a tornou extensiva aos não romanos. Dessa forma de reapreciação dos julgados, gênese evidente da *appellatio*, vieram apenas ao nosso conhecimento três casos de convocação do povo para decidir em instância final: o lendário julgamento de Horácio na sua luta

contra Curiacio e ao tempo do terceiro rei de Roma (Tulio Hostilio), o processo contra Manilius (384 a. C.) e o de Rabirio (62 a. C.).

a) **Intercessio** — Todavia, o remédio amplo conhecido no período histórico romano, para dar conteúdo prático à evocada lição de CÍCERO, deveria ter sido a **intercessio**, remédio mais de caráter administrativo que judicial, visando apenas ao sobrestamento da ordem executória, que permanecia incumprida, sem nada ser criado de subjetivo no sentido de supri-la. Era regra que a sentença do **iudex** não podia ser modificada nem mesmo pelo pretor que o nomeara. Assim, a **intercessio** não tinha outro escôpo senão sobrestar a execução, o que colimava através do veto oposto por magistrado de igual ou superior categoria à do prolator da decisão. Uma limitação da magistratura pela magistratura mesma, — esclarece MOMMSEN (op. cit., pág. 146/II). Com êsse só aspecto, o remédio resultava sempre em favor do demandado e sempre contra o autor, visto como o princípio — **in bis non idem** impedia que se volvesse a questionar pela mesma causa, e o tempo, via de regra, se encarregava de fulminar a pretensão do demandante, pelo perecimento do seu direito. (Cf. SAVIGNY, **Sistema**, vol. V, ap. XV, **Appellatio et provocatio**, pág. 367).

b) **Vindex** — No nosso entender, outro meio para rechaçar a sentença em execução teria se subrogado a um recurso, como regra na fase primitiva do procedimento romano, sem as dificuldades nem as inconveniências que fatalmente entorpeciam a **intercessio**.

E assim, o que à observação desacostumada às peculiaridades romanas pode ser levado à conta de rigidez do procedimento sacral, quer-nos parecer, muito ao contrário, uma decorrência morfológica da “luta jurídica” desde as origens da **ordo iudiciorum**.

Não iremos evocar a lição de IHERING — partidário da teoria contratualista do processo — segundo a qual, na primitiva organização judiciária romana, a fôrça das decisões não se baseava no fato de terem sido proferidas por um agente do Estado, mas na promessa condicional que os

contendores subjetivamente (tácitamente?) assumiam ao ensejo da **litis contestatio**, um **pacta servanda**. (Cf. op. cit., L. I, tit. I, cap. 1.º, § 15).

Oservaremos a questão por outro prisma.

Verificaremos que seria de todo supérfluo um recurso típico à época das ações da lei, se atentarmos para que apenas duas dessas ações eram executivas (**manus iniectio** e **pignoris capio**) e que o ataque à sentença só podia exercitar-se no ato de materialização da mesma, não podendo o **iudicatus** por via da **actio sacramenti**, ou da **iudicis postulatio**, ou da **condictio** (que seriam as ações condenatorias), antecipar-se para repelir o novo vínculo jurídico antes que o beneficiário da sentença exigisse o seu cumprimento.

A **pignoris capio**, de destinação imanente ao direito público, o que se depreende da lição de GAIO, nas **Institutas**, IV 26-28, devera ter sido o único meio executivo plástico à **intercessio**.

Resta, portanto, a **manus iniectio** como alvo do recurso. Mas essa ação executiva geral de direito privado guardava, em sua própria peculiaridade, um recurso heroico, capaz de sobrestar, fazendo-a depender de um reexame decisório, a sentença exequenda nos seus efeitos: a intervenção do **vindex**.

Com o **manum depellere**, levado a efeito pelo garantidor do demandado e que o eximia de ser imediatamente convertido em **abductus** do seu credor, ensejava-se na ação da lei uma nova fase, correspondente à que se abre com a contestação no moderno processo. E assim, o demandado ou obtinha, de pronto, que o autor reconhecesse o mal fundamento da demanda, com imediato ganho de causa pelo réu, ou a reabertura da relação para um reexame, levado a efeito na própria ação.

O pretor, ato contínuo a essa intervenção, podia, excepcionalmente, decidir por si próprio das pretensões contraditórias então reabertas, sem ser necessário constituir um **iudicium**; mas, pelo menos a partir da República, e no intuito de restringir a discrição dos magistrados, obrigatoriamente a relação deveria ser reapreciada na fase **apud iudicem**.

Tendo caído em desuso a *manus iniectio* e, conseqüentemente, a instituição do *vindex*, substituída aquela *legisactio*, como procedimento executivo, pela *actio iudicati* do sistema formulário, essa passou a constituir, por igual, um autêntico recurso, ensejando sempre a reapreciação da sentença exequênda

c) **Appellatio** — Dentro do feitiço bicefálico da *ordo iudiciorum*, registava-se o *eum appellare*, para impedir a execução dos atos do *iudex privatus*, o que, a partir de AUGUSTO, se ampliou na *appellatio*, já de feição semelhante ao moderno direito. Era o remédio para reapreciação do mérito das sentenças válidas, incabendo quando o argumento recursal visasse à nulidade do decisório (*iudicatum infitiabatur*). Quanto às sentenças repelidas por nulidade, o remédio seria a *revocatio in duplum*, meio autônomo de ataque à sentença antes mesmo de cumprido o *tempus iudicati* (trinta dias, segundo as XII Tábuas), ou a própria *actio iudicati*, condição em que o executado empreendia a *infitiatio iudicati*. De uma forma ou doutra, expunha-se êle ao risco do *periculum dupli*, isto é, de ser condenado ao dôbro, risco idêntico a que se expunha o *vindex* da ação da lei.

Da sentença romana era lícito apelar verbalmente, no ato de ser prolatada; ou por escrito, dentro de três dias, pela interposição de *libelli appellatorii*.

Êsses não seriam mais do que a moderna petição, e deviam conter a quem se apelava, quem apelava e do que se apelava, requisitos cuja falta importava no decaimento do direito de recorrer. Só se reconhecia a apelação, ensina SCIALOJA, op. cit., pág. 422, da parte da sentença de que se apelava.

O juiz a *quo* era obrigado a receber as letras apela-tórias, pena de multa, e o apelante, por sua vez, a “segurar o juízo”, mediante certo pagamento, que perdia, convertido em multa, caso decaísse no juízo *ad quem*, prática que tem sua gênese, a tôda evidência, na aposta em que se embasava a *legis actio sacramenti*. Várias legislações modernas adotam ainda, para certa classe de recursos, o depósito prévio, que perde o recorrente se decair do seu

direito na instância de reanálise desisória. Para oferecer um só exemplo, o **Codice de Procedura Civile**, italiano, consigna no seu art. 364 a figura do depósito prévio para o recurso de cassação.

Cumprida essa formalidade, que corresponde ao preparo do recurso na moderna processualística, o juiz prolator da decisão impugnada oferecia, no prazo de um mês, as *litterae demissoriae*, denominadas apostolos, e uma cópia do processo da primeira instância, munido com cujas peças o apelante se dirigia ao superior juízo, do qual esperava novo pronunciamento.

O rigor da lei romana sempre se fez sentir contra os recursos temerários. Nero estatuiu penas severas contra os que apelassem sem direito. Constantino reforçou-as. Normalmente, além da caução que o apelante depositava no ato de recorrer, era condenado ao quádruplo das custas, quando a causa volvesse ao juízo *a quo*, perante o qual se procedia à execução da sentença.

Revivescência do rigor romano encontramos em vários dispositivos da nossa lei processual, notadamente o § 2.º do art. 63, que pune com o pagamento no décuplo das custas as partes que se houverem com dolo, fraude, violência ou simulação.

Não apenas o autor e ou o demandado inconformados com a sentença podiam apelar. O direito romano admitia a interveniência do terceiro prejudicado — **alio condemnato is cuius interest appellare potest**, assegurando-lhe, também, direito para recorrer na demanda.

A apelação romana produzia efeito suspensivo, sempre, e, dêsse modo, sobrestava a execução da primitiva sentença. Justiniano limitou-as a duas apenas.

O praso para interposição da **appellatio** sofreu modificação dentro do próprio direito justinianeu; assim, de três dias úteis, segundo a regra do **Digesto** e do **Código**, foi majorado para dez dias contínuos por mandamento das **Novellae**.

Perimido o **tempus iusti**, só seria possível apelar mediante a revigoração do praso através da **reparatio appellationis**, que o prorrogava até três vezes, desde que o apelante pagasse as respectivas custas judiciais

O direito romano conferiu à **appellatio seu provocatio** (termos, sem embargo, admitidos como sinônimos) uma amplitude de instância só conhecida mesmo no moderno judiciarismo no direito soviético, com base na exagerada hierarquização e concentração da justiça. No juízo superior admitiam-se novas provas e podia êle, inclusivè, ter um fundamento distinto do juízo do primeiro grau. (Cf. SCIALOJA, op. cit., pág. 423). Ausente, embora, o apelo, o juiz provinha, de ofício, os seus direitos. Essa amplitude do juízo de apelação explica plenamente a admissibilidade da **reformatio in peius**, que a codificação justiniana reconheceu, ensejando reformar em detrimento do próprio recorrente a sentença com que o primeiro grau o beneficiara.

Normada a forma dos recursos na fase clássica, a **appellatio** era o remédio amplamente cabível contra todas as sentenças, menos as exceções apontadas, e impetrada em todo o território imperial. Em começo era interposta diretamente para o imperador, que decidia pessoalmente. Com o prosseguir dos tempos e dada a avulsão dos feitos recorridos, a extensão cada vez mais dilatada do Império e o mais elevado grau de compreensão dos direitos judiciários pelos indivíduos, que mais assiduamente passaram a exercer esses direitos, tal mister foi transferido a certos juizes ou autoridades administrativas de elevado grau, a que não foi ausente o próprio Senado romano, revestido, assim, de função judicante.

d) **Outros remédios recursais** — Na fase do procedimento formulário, alguns remédios análogos a recurso, aplicáveis a situações extraordinárias, foram admitidos pelo judiciarismo romano.

Remanescência da época em que ao imperador era conferida ingerência ampla em assuntos administrativos e judiciais, o procedimento **per rescriptum principis** ou **per libellum principi oblatum** consistia em a parte acudir diretamente para o imperador, magistrado máximo, que, se pronunciasse um rescrito, o fazia em instância terminativa, embora êle mesmo pudesse modificá-lo.

Com o advento do principado, passou a funcionar jun-

to do imperador um serviço semelhante a tantos outros para diversas destinações, encarregado de redigir as respostas aos recursos que lhe dirigiam os jurisdicionados. Esse serviço, espécie de gabinete, era denominado a *libellis*, e as respostas que por seu intermédio dava o príncipe, eram lançadas ao pé da postulação, como *subscriptis*.

A *supplicatio* só procedia quando improcedesse a *appellatio*, tendo Valentiniano e Valente rechaçado segunda interposição contra a mesma sentença. O recurso, em que os praxistas luso-brasileiros querem ter encontrado o óvulo do agravo ordinário do antigo direito português, não suspendia a execução do julgado, mas o recorrente podia exigir caução para ela.

O direito justinianeu introduziu modificações de substância no procedimento recursal. Assim, inovou no sentido de ter como inapeláveis as sentenças pronunciadas em contumacia, embora ao *contumax*, em qualquer tempo, fôsse conferido reabrir a controvérsia através de *restitutio in integrum*.

Cabível a *restitutio* nos casos já admitidos desde que a instituiu o pretor dos peregrinos, era lícito ao contumaz o reexame da sentença doutro modo inapelável.

Pode-se dizer, ante todo o exposto, que a reapreciação dos julgados foi admitido em tôdas as fases procedimentais romanas, a despeito dos anátemas que contra os recursos se lançaram através dos tempos, desde *ULPIANO*, que, reconhecendo embora a corrigenda das injustiças ou a imperícia dos julgadores através das apelações, conceituava, que, às vezes, essas tornavam falhas as sentenças bem ditadas, porque — *neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam latatus est*. (D., 49, 1, 1, pr.).

I) DIREITO CANÔNICO — As epístolas dos Discípulos e as cartas, a grosso modo, com que se comunicavam constantemente os cristãos, lidas nas assembléias antes do início dos cultos, constituem as primeiras fontes do direito canônico. Mais precisamente, pode-se asseverar que os fundamentos do direito processual canônico se encontram numa passagem do Cap. 18, v. 25, do Evangelho de São Mateus, e na I Epístola de São Paulo aos Coríntios,

exercendo poder coercitivo aquela, e ao lançar a excomunhão sobre um caso de incesto essa. Aos poucos foi-se formando, assim, um fôro exclusivo para os cristãos, nucleados nesse governo monárquico absoluto, resplandescendo de unidade orgânica desde o seu alvorecer.

Sua legislação, separada completamente da vida civil do Império, desenvolveu-se com independência, até Constantino, no limiar da IV centúria; a partir daí, começou a fundir-se com o direito romano.

A Igreja Católica, depõe HAMILTON, aproveitou o maravilhoso andaime do romanismo, o qual, em compensação, graças sobretudo a ela, logrou sobreviver ao Império. Porque, com a queda desse, o direito romano encontrou asilo nos mosteiros, e das universidades criadas sob os auspícios da Igreja, na idade média, como a de Bolonha, foi donde partiram para a obra de romanização do direito universal IRNÉRIO — o *lucerna iuris* — e os glossadores.

O direito processual canônico é, ainda, salvo pormenores de pouca monta e acrescido dos elementos hauridos do direito germânico, um procedimento essencialmente romano.

Todo juízo contencioso, normalmente, começa pela demanda escrita. Não recebido o libelo do autor, "quanto antes" (pelo menos dentro de trinta dias) se dá recurso dentro de dez dias ao tribunal imediatamente superior. Da exceção de incompetência, conhece o juiz mesmo e de sua decisão não há recurso.

Os meios de prova são os comuns, testemunhal, documental e pericial, e mais a presunção e o juramento supletivo, decisório e estimatório.

Admite-se a intervenção de terceiro. Terminado o período probatório (*conclusio in causa*) abre-se às partes prazo para os seus alegatos. A discussão é escrita, mas o tribunal, quando o estime, poderá autorizar uma moderada discussão aclaratória. A sentença — "pronúnciação legítima pela qual o juiz define a causa proposta pelos litigantes e judicialmente conhecida". (c. 1868) — é interlocutória, se define uma causa incidente, e definitiva, se define a causa principal. As demais decisões são decretos.

Remédios ordinários contra a sentença: a correção de erro material (c. 1878), a apelação (cc. 1879-1891) e a querela de nulidade.

Dá-se apelação das sentenças do Papa ou de juiz delegado da Santa Sé com a cláusula "appellatione remota". Não se admite: contra a sentença nula (objeto do recurso — querela de nulidade); contra a sentença que passou em julgado; contra sentença definitiva fundada em juramento decisório; contra decreto ou sentença interlocutória (menos as com força de definitiva); contra as sentenças pronunciadas em contumácia; contra as sentenças visando àquele que haja renunciado por escrito ao direito de apelar. A apelação é "in suspensivo" ou "in devolutivo", mas tôda ela se reveste daquêlê caráter se não dispuser expressamente o contrário, e é interponível dentro de um decêndio.

Em matéria de estado das pessoas, como as causas matrimoniais, as sentenças nunca se revestem da qualidade de **res iudicata**.

J) NÓRDICOS — Como peculiar a quase todos os direitos na sua primitiva fase de elaboração, a justiça germânica medieval se exercitava sob a direção dos magistrados, mas com a indeclinável cooperação do povo. Primeiramente, era o príncipe que presidia ao **Ding**, tribunal que se reunia determinado número de vezes por ano. Para as causas menos relevantes, formavam-se assembléias (**Centenarius** ou **Tunginus**), que passaram a ser presididas pelo delegados do conde, as quais foram paulatinamente substituídas por juizes especiais e permanentes (**Escabinos**). (Cf. AHRENS, op. cit., pág. 327).

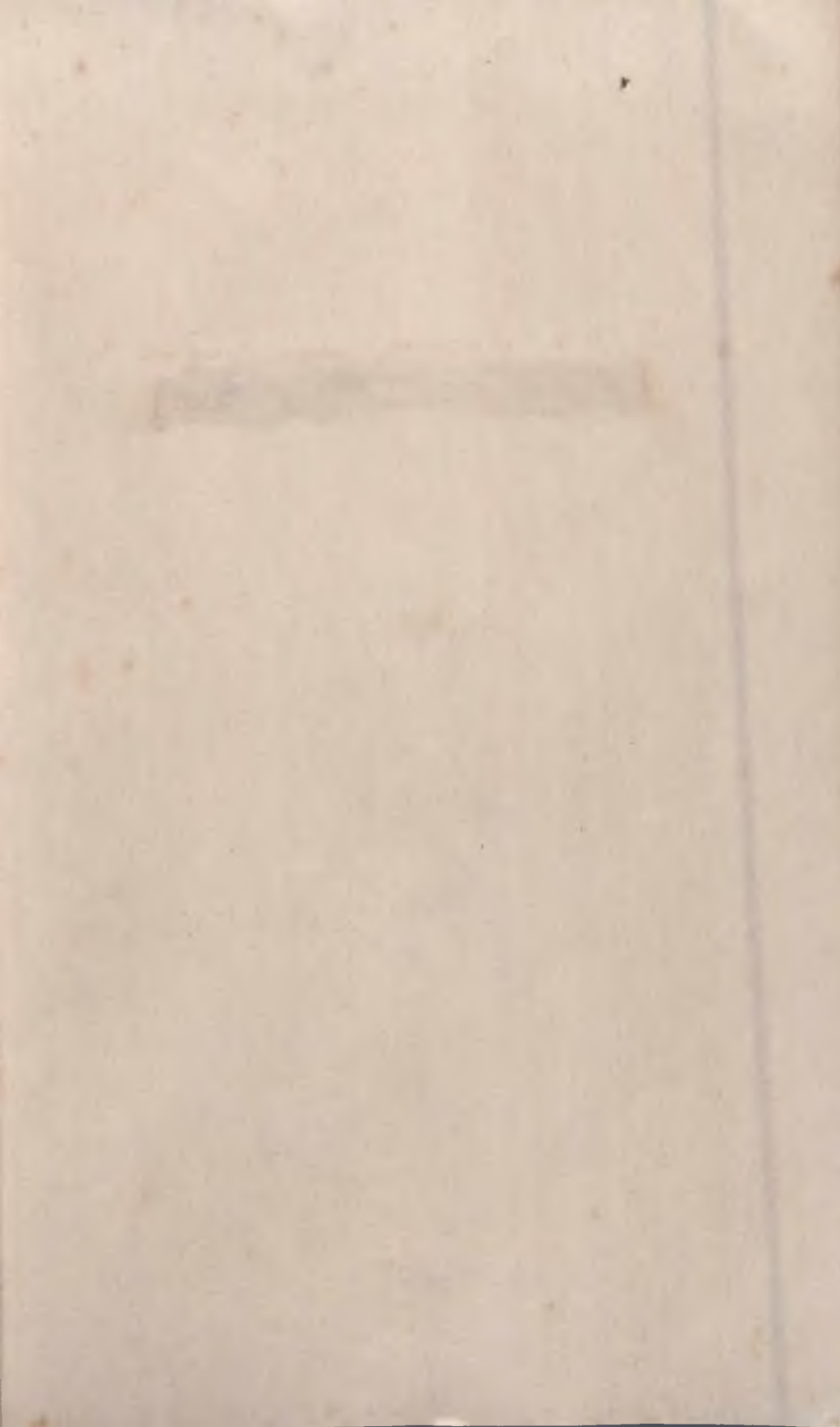
Conservou-se invariável essa disposição judiciária até o século XV, quando o direito romano-canônico inspirou reformas fundamentais, sobretudo relacionadas com a formalização do processo, que, da originária oralidade, revestido do caráter público e contraditório, descambou para o sistema escrito e, conseqüentemente, secreto.

A concepção teista do direito germânico medievo, com a conclamação amiúde da divindade para dirimir controvérsias em forma das ordalias, às quais serviam de ins-



trumento as serpentes venenosas, a água fervente e o ferro em brasa, impedia, como é fácil deduzir, o reexame das decisões judiciais. Todavia, ensina AHRENS, loc. cit., que desde os mais remotos tempos parece ter-se admitido apelar das decisões para o conde mesmo, assim como o reclamo contra a denegação de sentença. Subseqüentemente, cada parte e até mesmo um terceiro podia, no interesse de uma das facções em litígio, impugnar (*shelten*) o juízo e levar a controvérsia a uma instância superior.

À influência itálico-canônica deve-se a proscrição das ordalias e a introdução do processo sumário. **Pari passu**, em razão da mesclagem de direitos que se fundiram no solo peninsular em consequência das invasões nórdicas, muitas instituições canônicas, como já referimos, têm origem no direito germânico, entre elas a **querela mullitatis** (c. 1892), que deu lugar ao recurso de cassação do moderno direito, para ataque da sentença quanto à forma.



[illegible]

9
Vans/67



