

# THESES E DISSERTAÇÃO

APRESENTADAS

À

## FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PELO BACHAREL

FRANCISCO APOLONIO JORGE

Para o concurso de lente substituto

### DA 5.ª SECÇÃO



PERNAMBUCO

TYPOGRAPHIA DO «JORNAL DO RECIFE»

47—Rua 15 de Novembro—47

1895

FAS.O

U. F. Pe.  
FAC. DE DERECHO  
BIBLIOTECA  
761' || 1°-7.80

# THESES

## Processo criminal, civil e commercial

A abolição da fiança em paiz republicano democratico é um retrocesso politico.

A *summa divisio* dos romanos das acções é incompleta.

A classica distincção romana, contida no § 20 das *Institutas de actionibus* (IV, 6) tem hoje apenas merecimento historico.

## Explicação succinta do direito processual

A fiança provisoria, creação da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, deve ser consignada na legislação processual dos Estados da União.

O Dec. n. 359 de 27 de Abril de 1890, que *abolio a conciliação como formalidade preliminar e essencial para serem intentadas* ou preseguirem as acções civis e commerciaes, não vedou em absoluto as tentativas conciliatorias de direito anterior ; entretanto, ultrapassou as raais da aspiração scientifica a respeito, o que póde ser corrigido pela legislação processual dos Estados da União.

O criterio exarado no art. 407 do Codigo Penal acerca da acção penal é consentaneo com os principios verdadeiros da sciencia.

## Pratica forense

Os processos criminaes podem ser revistos em qualquer tempo em beneficio dos condemnados, ainda mesmo depois da morte delles.

Não é appellavel na justiça federal a sentença definitiva de causa que cabe na alçada do respectivo juiz inferior.

E' erronea a opinião absoluta que não admitte a excepção de dominio nas acções possessórias.



# DISSERTAÇÃO



*Do juizo arbitral: das sentenças nelle proferidas deve ser concedido o direito de appellação?*

Na sociedade dominam incontestavelmente dois principios: o principio da liberdade individual, em virtude do qual o individuo póde dar á sua actividade o emprego que melhor lhe aprouver, já reprimindo os attentados que porventura possa experimentar, e o principio de auctoridade, que oppõe limites a esse emprego no que póde se tornar um obstaculo aos demais individuos, estabelecendo uma igualdade juridica para o desenvolvimento da respectiva actividade. E do attrito desses dois principios resulta a ordem social.

De facto, se a liberdade conferida ao cidadão não póde ir de encontro a dos outros, que é representada pelo principio de auctoridade, este por sua vez não póde supprimil-a acerca do individuo singularmente considerado, que é o fundamento da sua existencia (1).

Adaptando estes postulados á administração da justiça ressaltam dois systemas exclusivos a respeito, os quaes não podem ser aceitos isoladamente. Na primeira hypothese cada um poderia fazer justiça por suas proprias mãos, o que é incompativel com

(1) Moise Amar, *Die giudizi arbitrali*.

o gráo de civilisação dos povos, e na segunda nenhum outro individuo, que não o investido de poder social, poderia administrar justiça, o que também em absoluto não encontra justificação plausível.

Para solver a difficuldade cumpre attender ás leis já existentes no momento em que se acha em movimento o poder judiciario, resultantes ou da necessidade de proteger o principio de liberdade individual, ou da de proteger a liberdade de todos, isto é, leis de ordem privada e leis de ordem publica.

Assim, a applicação do primeiro principio é assegurada a qualquer individuo uma vez que aquelles aos quaes se referem o consentem; mas da applicação do segundo não poderá espoliar-se o poder social, porque nelle se concretisa o principio de auctoridade e elle só é a expressão continua dos direitos de todos em face do individuo.

Da mesma forma que se póde derogar a lei de interesse privado póde-se assegurar a sua applicação áquelles que sejam escolhidos pelos cidadãos que reclamam a applicação da mesma; e, ao contrario, as leis de ordem publica da mesma maneira que conservam o seu vigor também contra a vontade dos cidadãos, devem applicar-se por aquelles que representam a sociedade e pela mesma são incumbidos de julgar.

Como bem disse Pisanelli, *l'interesse sociale é pienamente saddisfatto quando le parti, con modi civili, o poogono da se stesse fine alla controversia o da se stesse provedono ai mezze che stimano opportuni per dar le terminē. E siccome anzi con cosifatti temperamenti alla saddisfazione del l'inseresse sociale si congiunge la piena liberta del l'individuo, e piu facilmente alla definizione de diritti segue la composizione de loro animi, cosi la legge, ansiché asteggiari idetti tem-*

*peramenti, deve favorirli e tenere quasi le sue disposizioni come subordinale al loro difetto* (2).

Nada, entretanto, impede com isso que toda controversia e todos os factos que podem ser sujeitos ao juizo arbitral sejam submittidos tambem ao exame dos juizes nomeados pela sociedade ; porque como as leis de ordem privada dispõem para os casos nos quaes não é expressa uma vontade contraria dos cidadãos, assim os magistrados intervêm com sua auctoridade quando não tenham sido prevenidos da vontade contraria dos que tenham de ser julgados.



A instituição arbitral é umas das mais antigas, remonta a origem da sociedade. Quando não havia ainda juizes dedicados ao officio de julgar, existia a idéa de confiar a solução das controversias á decisão dos visinhos, dos parentes ou dos amigos. *Quam ob culpam meam, disse Jacob a Labão, et ob quod peccatum meum sic exassisti postme. Et scrutatus e somnem suppellectileum meam? Quid invenisti de cuncta substancia domus tuæ? Pone hic coram fratribus meis et fratribus tuis, et judicent inter me et te.* (3).

Como bem assevera G. Manfredini (4), *l'arbitrato dovette essere il giudisio che la fiducia delle parti contendenti sostituira anticamente a quello del padre di famiglia o del patriarca, come più tardi venne sostituisce al giudizio dei tribunali.*

Esteve em uso entre os Indianos e entre os

---

(2) *Relazione sul Projectto del Codice di proceduara civile presuntato al Senato del Regno de Italia—1863.*

(3) *Genesi cap. XXXI, v. 36, 37.*

(4) *Corso del diritto giudiziario civile.*

Athenienses, conforme indica a legislação de Solon, a qual concedia plena força á sentença arbitral como se fosse pronunciada por aquelles que administravam a justiça nos casos communs (5), embora exigisse a approvação do Archonte para dar torça ao laudo. E tambem em Sparta, segundo uma passagem de Plutarco, onde refere que Archidamo filho de Zeuridamo, escolhido arbitro entre dois individuos, os conduz ao templo de Minerva Calcieca e fez jurar obediencia á sua sentença determinando que no templo não sahissesem sem estar de accôrdo.

Em Roma teve o seu maior brilho uma vez que a organização judiciaria baseava-se no principio que *nemo iudex, nisi qui inter adversarios convenisset* (6). E assim o consignou a lei das XII Taboas (7), sendo regulado de modo mais completo posteriormente, como se verifica no Digesto (8) e no Codigo (9).

Ao tempo da dominação dos Longobardos no intuito de evitar os juizes barbaros os romanos recorreram mui frequentemente ao julgamento por meio de arbitros, e bem assim habitualmente os primeiros christãos, porque S. Paulo havia prohibido as lides perante os juizes leigos. *Audet aliquis vestrum, habens negocium adversus alterum judicari apud iniquos, et non apud sanctas? ... Nescitis quoniam angelo judicabimus? Quanto magis secularia? Secularia igitur judicia sihabueritis, contemptibiles qui sunt in Ecclesia illos constituite ad iudicandum. Ad verecundiam vestram dico. Sic non est*

(5) Demosthenes, *Oração contra Midia*.

(6) Cicero, *pro Cluentio*.

(7) Gellius—XXI.

(8) *De receptis, rui arbitrium receperunt out sententiam dicant*, IV, 9.

(9) *De receptis arbitris*, II. 34.

*inter nos sapiens quisquam, qui possit judicare inter fratrem suam?* (10). E despertado pelo direito canonico foi que limitou-se a ser um remedio opportuno para apaziguar as lides *inter parentes*.

Na idade media vigorou apenas nos paizes e ao tempo em que a liberdade individual foi respeitada, tendo sido contemplado em quasi todos os Estatutos Italianos e applicado ás controversias entre parentes até o quarto gráo.

Em França era uma instituição muito antiga. De conformidade com os estatutos de Montpellier tudo quanto se fazia perante os arbitros tinha a mesma efficacia que se confere aos actos emanados dos tribunaes: *Confessione, testificationes, transactiones et omnium eorum arbitris actitata, proinde valeant ac si in curia essent acta*. Entretanto, de todas as ardenanças referentes ao assumpto a mais importante é a de março de 1673, que introduzio o arbitramento forçado nas contestações entre socios, o que foi com diminutas modificações adoptado até 17 de Junho de 1856. Dominada pela idéa de liberdade a Assembléa Constituinte, preconizando as vantagens do arbitramento, pela lei de 24 de Agosto de 1790 o estabelece nas contestações entre paes e filhos, avós e netos, irmãos e irmãs, tios e sobrinhos. Demais, a convenção nacional submete ao juizo por arbitros uma immensidade de controversias nascidas das suas leis fiscaes especialmente em materia de bens communaes.

Não tardou a reacção determinada por esses exageros, tendo-se até posto em duvida o compromisso.

No momento da compilação do Codigo do

---

(10) *Cat. I aos Corinthos.*

Processo teve ainda adversarios temiveis ; todavia, foi sempre consignado no titulo unico do liv. III do mesmo Codigo, que começou a vigorar em 1 de Janeiro de 1807.

A meu ver, mais em harmonia com os principios de liberdade é a parte referente á materia arbitral da lei de processo civil do Cantão de Genebra, confeccionada sob a presidencia de P. F. Bellot.

Nas relações privadas na Inglaterra foi tambem admittido de um modo um pouco diverso d'aquelle que é actualmente admittido, segundo refere Blackston. (11)

Do Codigo francez foi transladado o instituto arbitral para o Codigo Sardo de 1854 e demais Codigos italianos, sob uma feição aperfeçoada. A não ser o codigo de commercio das Duas Sicilias, nenhum outro o inserio sob a forma obrigatoria. E o Codigo actual da Italia, que começou a vigorar em 1 de Janeiro de 1866, assignala sobre os outros, e mesmo sobre o francez, um notavel adiantamento.

No direito portuguez é tambem encontrado desde as primeiras compilações, como attestam na sua totalidade os processualista reiniculas, sendo finalmente organizado pela Ord. L. 3, T. 16.

Entre nós, além destas disposições ultimamente indicadas, servio de fundamento ao juizo arbitral o art. 160 da Const. Politica de 25 de Março de 1824. Depois, a lei de 26 de Julho de 1831 consignou o juizo arbitral necessario a respeito de contractos de seguros, o que pelo Codigo de Commercio de 25 de Junho de 1858 foi ampliado a varias outras hypotheses.

---

(11) *Commentaire sur les lois anglaises.*

Finalmente, a lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866, e Regul. respectivo estabelecido pelo Dec. n. 3900 de 26 de Junho de 1867, derogaram o juizo arbitral necessario, tornando-o meramente voluntario; bella reforma que veio restabelecer a natureza constitucional do instituto.

\*  
\* \*

Agora abordemos a questão proposta.

A appellação das sentenças arbitraes tem sido objecto de divergencia por accasião de serem confectionados varios codigos; principalmente, depois que a opinião publica no periodo da revolução franceza abraçou com fervoroso exagero a instituição arbitral para todas as lides, a faculdade de appellar experimentou sérias contestações.

No direito romano não era reconhecida. A lei 1, Cod. *de receptis* estatuaia positivamente: *ex sententia arbitri... appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actis inde praestari potest.* E foi por isso que, assim no antigo direito, como no da idade media, era de ordinario estatuido no compromisso uma pena contra aquelle que não se subordinava ao pronunciamento dos arbitros: *et ob hoc in vicem poena promittitur ut mutu est a placitis non recedatur.*

A razão especial destas disposições, bem como o correctivo adoptado no direito romano, não podem ter applicação plausivel no direito moderno, depois que tornou-se incontestavel a equiparação das obrigações e julgamentos resultantes do compromisso ás obrigações e julgamentos dos outros juizos, tendo as sentenças identica força obrigatoria umas a par das outras.

Todavia, já no direito medieval um passo foi

dado para a frente ; nos casos em que não se concedia a appellação das sentenças arbitraes era admittido o laudo, ou a demanda de redução *ad arbitrium boni viri*.

Na epocha da codificação napoleonica o legislador francez, attenuando a respeito os conceitos exaggerados predominantes no momento revolucionario, adoptou a regra geral da appellação no juizo arbitral, excepção feita da hypothese de renuncia expressa.

E este foi o principio que prevaleceu na Italia, posteriormente consignado no Codigo de Processo civil.

A parte as disposições do direito romano citadas, observa-se em contrario á appellabilidade em geral da sentença dos arbitros, que a escolha destes juizes denota a intenção das partes de por termo a todo pleito com a decisão proferida, em virtude da especial confiança depositada.

E tambem tem sido sustentado, e bem assim inserido nas legislações, como a de processo do Cantão de Genebra, que o legislador não deve presumir — que as partes queiram ainda interpor o recurso de appellação, devendo apenas permittil-o no caso de ter sido feita uma excepção expressa.

Inacceitaveis ambos os systemas.

O primeiro assim é, porquanto a presumpção na hypothese deve ser outra mui diversa, qual a de attribuir ás partes a vontade de manter as regras do direito commum, que devem ser observadas pelos individuos nos limites de seus poderes não derogados. No compromisso nada se encontra de novo senão a substituição da pessoa e das formas preestabelecidas pela lei ; entretanto, não se deve concluir d'ahi que a vontade das partes seja derogar as leis existentes, e por isso seria uma

violação á liberdade de escolher arbitros a prohibição de appellar das sentenças proferidas.

Da mesma forma o segundo systema. Como interroga emerito escriptor : se o legislador amolda as leis ás presumpções fundadas em contingencias sociaes, e assim presume geralmente que haja uma appellação das sentenças proferidas em primeiro gráo, porque deverá para a sentença arbitral manter uma presumpção contraria ?

Identicamente pode ser agitada a questão de saber se o legislador, aceitando o systema de dupla jurisdicção, pode consentir na sua derogação no juizo arbitral. Como quer que seja a derogação tem sido admittida ; e por isso a melhor solução é voltar ao systema geral de dupla jurisdicção desde que seja proferida a sentença dos arbitros, e consequentemente desaparecido o objecto do compromisso, a menos que se opponha convenção em contrario.

O nosso direito estabelece como regra a appellabilidade das sentenças arbitraes, e somente por effeito de convenção em contrario indicada no compromisso pela clausula *sem recurso* ella não tem lugar. Todavia, ainda mesmo neste caso, havendo nullidade ou extincção de compromisso, excesso dos poderes conferidos e preterição de formas essenciaes do processo é admittida.

E é a doutrina consentanea com a natureza do instituto e os principios da sciencia : — a appellabilidade deve ser a regra ; e o contrario a excepção, positivamente expressa.

Recife, 16 de Agosto de 1895.

*Francisco Apollonio Jorge.*

7 341.46

J82

1895-

WFB.FDR 4