

A Revogação da Sentença. (Perfil Histórico).

Moacyr Lobo da Costa

Professor-Adjunto Regente de História do Processo Romano, Canônico e Lusitano no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Direito Romano I.

1. No regime do *Ordo iudiciorum privatorum* o *iudex* é um cidadão romano escolhido pelas partes, ou designado pelo Pretor dentre os nomes constantes do *album iudicum*, para decidir a controvérsia e dizer a qual dos contendores assiste razão, condenando ou absolvendo o demandado consoante seu parecer declarado na sentença.

Ao proferir o julgamento, decidindo a lide, o *iudex* se desincumbe da missão que lhe foi cometida pelo Pretor, encerrando-se o processo.

Durante esse período a decisão do *iudex privatus* é irrecorrível em decorrência do sistema do *Ordo* e da própria estrutura do processo.

A impugnação da sentença pela *appellatio*, que foi amplamente admitida no Império, e que teria surgido no Principado sob Augusto, conforme a opinião de alguns romanistas¹, era desconhecida na República por ser incompatível com o regime.

É que, segundo MOMMSEN², o recurso contra a sentença pressupõe uma organização judiciária hierarquizada, com órgãos inferiores e superiores, inexistente na República e que somente vai se estabelecer no Império, no sistema da *cognitio extra-ordinem*.

A lição de MOMMSEN, aceita pacificamente por muito tempo, foi submetida modernamente a um processo de revisão.

1. cf. ROBERT VILLERS, *Appel devant le prince et appel devant le sénat au premier siècle de l'empire*, em *Studi in onore di De Francisci*, 1956, v. I, p. 373.

2. TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, trad. GIRARD, Paris 1896, v. V, p. 270 e segs.

PERROT³, por exemplo, examinando cuidadosamente os textos que se referem à apelação dirigida ao Príncipe contra as sentenças dos *iudices dati*, no período de Augusto a Diocleciano, concluiu que, em alguns casos, poucos é verdade, dizem respeito a processos que teriam sido julgados segundo o regime do *Ordo*.

O que talvez possa ser explicado, a nosso ver, pela circunstância de, naquele período histórico, ter-se iniciado o sistema do procedimento *extra-ordinem*, aplicado por funcionários e magistrados que processavam e eles próprios julgavam as lides, ao lado do procedimento clássico ordinário, e sendo permitida a apelação ao Príncipe das decisões proferidas pelos funcionários judiciais no sistema *extra-ordinem*, o recurso tenha sido admitido, também em alguns casos, contra sentenças proferidas por *iudices privati*.

Durante a República, porém, como o *iudex privatus* é um cidadão que julga em nome do povo romano, sem qualquer vínculo de subordinação hierárquica ao Pretor, que, investido nos poderes de jurisdição e império, organiza o processo *in iure* e atribui ao *iudex* a função de julgar a lide *in iudicio* (*iussum iudicandi*), de acordo com os termos da fórmula, sua sentença é irrecurível. Este ponto é pacífico.

2. Proferida a sentença condenatória, ocorre a modificação da situação jurídica do devedor, que GAIO⁴ descreve nos seguintes termos: “Extingue-se ainda a obrigação pela contestação da lide, desde que a ação tenha sido proposta em *iudicium legitimum*. Pois, em tal caso dissolve-se a obrigação principal e o réu vem a ficar obrigado pela contestação da lide; sendo porém condenado, ultrapassada essa contestação, vem a obrigar-se em virtude do julgado. É o que encontramos escrito nos antigos, que, antes da contestação da lide o devedor deve dar; depois da contestação deve ser condenado; depois da condenação deve obedecer ao julgado”.

A condenação gera a *obligatio iudicati*, “sed si condemnatus sit. . incipit ex causa iudicati teneri”, como disse GAIO. Esclarece BISCARDI⁵, tratar-se de um vínculo *sui-generis*, e não de uma obrigação em sentido próprio, como se vê do termo

3. ERNEST PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Paris 1907, p. 35 e segs. 85 e segs.

4. GAIO, *Institutas*, trad. de Alexandre Augusto de Castro Correia, ed. Saraiva, São Paulo, comentário III, 180.

5. ARNALDO BISCARDI, *Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico*, Turim 1968, p. 331.

teneri, vínculo que tem por exclusivo fundamento o julgado e sua força enquanto tal.

Em razão da condenação o devedor deve adimplir a *obligatio iudicati*, pagando ao credor a quantia em dinheiro determinada na sentença. Para esse fim é-lhe concedido pela lei o prazo de 30 dias — “*aeris confesi rebusque jure iudicatis, xxx dies justi sunt*” reza a Tábua III, n.º 4⁶.

O prazo de 30 dias — *tempus iudicati* — destina-se a permitir ao devedor condenado obter o dinheiro necessário para cumprir a condenação⁷.

Findo o prazo, o credor que não obteve a satisfação da *obligatio iudicati* pelo condenado, pode conduzi-lo novamente à presença do Pretor, para ter lugar a instauração do processo da *actio iudicati*, que tem por finalidade realizar o cumprimento da *obligatio iudicati*^{7a}, mediante execução sobre a pessoa ou sobre os bens do condenado^{7b}.

Na instância *in iure*, perante o Pretor, o devedor condenado pode, ou confessar a existência da *obligatio iudicati*, ou desconhecer a condenação, contestando a existência e a validade da sentença.

Na primeira hipótese, o Pretor por um Decreto autoriza o credor a praticar os atos de execução contra a pessoa do condenado (*manus iniunctionem*), ou contra seus bens (*missio in bona rei servandae causa*).

Na segunda hipótese, contestando o condenado a existência e a validade do julgamento, iniciava-se, então, o processo da *actio iudicati*.

Nesta, o devedor era obrigado a prestar caução, que garante a execução da nova sentença que vier a ser proferida no julgamento da *actio iudicati* — “*satisdatio iudicatum solvi*”, (GAIO, IV, 25 e 102) — além de correr o risco de ser condenado no dobro do valor da *obligatio iudicati* anterior, segundo o princípio “*lis infitiando crescit in duplum*”, se a primeira sentença for julgada válida.

6. SILVIO A. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, Forense 1961, p. 170.

7. cf. AULUS GELLIUS, *Les Nuits Attiques* ed. bilingue Classiques Garnier, t. III, p. 318, Livro XX, n.º 1.

7a. cf. FRANCA LA ROSA, *L'Actio iudicati nel diritto romano classico*, Milão 1963, pp. 4 e 41.

7b. cf. FRANCA LA ROSA, *op. cit.*, p. 102.

A condenação em dobro tem a natureza de pena pecuniária, instituída pelo Pretor, para reprimir a temeridade do réu recalcitrante, na ação de coisa julgada, entre outras (GAIO, IV, 9 e 171).

O *iudicium* na *actio iudicati* destina-se a apurar se a sentença era ou não juridicamente válida, ou melhor, se havia sido pronunciado um perfeito julgamento, como disse MACRO, “*si quaeratur, iudicatum sit, nec ne (Dig. 49, 8, 1 pr)*”.

É que o julgamento podia padecer de vícios que tornavam a sentença nula e portanto inválida. A sentença nula era considerada juridicamente inexistente.

Os diferentes motivos de nulidade da sentença, no regime do *Ordo*, eram atinentes, tão-somente, aos pressupostos processuais que o ordenamento exigia para que se pudesse constituir, desenvolver e concluir um processo com uma sentença válida ⁸.

Assinale-se, por outro lado, que, nesse período, os motivos de nulidade da sentença não diziam respeito, jamais, à intrínseca injustiça do julgado, à inobservância de preceitos do direito substancial, ou ao mérito da lide decidida ⁹.

3. O devedor vencido não era obrigado a acatar uma sentença nula e cumprir a condenação que lhe foi imposta.

Ante essa eventualidade, podia ele aguardar a iniciativa do credor vitorioso para, na *actio iudicati* intentada por este, defender-se (*infitiari*) desconhecendo e negando a sentença, cuja nulidade então argüia.

A *infitiatio* na *actio iudicati* tinha assim caráter defensivo.

O condenado podia, outrossim, por sua vez, tomar a iniciativa de promover a revogação do julgado com a declaração da nulidade da sentença, mediante o exercício de um remédio processual denominado *revocatio in duplum*, expondo-se à condenação em dobro, também, no caso de sucumbimento.

Era o meio ofensivo direto de obter a revogação da sentença nula, que o condenado podia exercer antes que o credor intentasse a *actio iudicati*.

Ao contrário da *infitiatio*, cuja invidiosa existência é atestada por inúmeras fontes, que possibilitaram à doutrina antiga

8. cf. RICARDO ORESTANO, *L'Appello civile in diritto romano*, 2.^a ed. Turim, 1953, p. 99; PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Turim 1920, v. I, p. 21.

9. ORESTANO, *op. cit. loc. cit.*

e moderna traçar com segurança seu perfil histórico e dogmático, a *revocatio in duplum*, no período clássico, é referida de modo pouco explícito, em escassos textos, cuja interpretação deu margem a sérias divergências entre os romanistas.

Do instituto da *revocatio in duplum*, no período formulário, são conhecidas as seguintes fontes: uma passagem de CÍCERO, na oração *Pro Flacco*, e três textos de PAULO, enquanto que, para a idade post-clássica posterior, as fontes são mais numerosas.

Na oração *Pro Flacco* CÍCERO escreveu: “*frater meus . . . decrevit, ut, si iudicatum negaret, in duplum iret*” (c. 21 § 49).

Nas sentenças de PAULO:

“*confessionem suam reus in duplum revocare non potest*” (*Pauli Sententiarum*, livro V, Tit. 5 § 5).

“*ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est, neque appellari, neque in duplum revocari potest*” (V. 5, 7).

“*Res olim iudicata, post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocare*” (V. 5, 8).

Ante essas fontes, OTTO LENEL¹⁰, no Ensaio de Reconstituição do Edito Perpétuo, no § 226 dedicado ao exame do tema sob o título *De sententia in duplum revocanda*, depois de discutir o problema da fórmula da *actio iudicati* com a *infinitio* do réu, assevera que, ao lado da *actio iudicati* encontram-se, nas passagens de CÍCERO e de PAULO, referências à “*sententiam in duplum revocare*”, e que essa expressão serve para designar, não apenas a *infinitio*, de caráter defensivo, mas, outra hipótese diferente de revogação da sentença, por iniciativa direta do condenado, mediante um meio ofensivo sobre cuja forma não estamos informados.

LENEL endossava, dessa maneira, a opinião manifestada por KELLER¹¹, de serem dois os meios de revogação da sentença, um defensivo e outro ofensivo, de que o condenado podia lançar mão, correndo o risco da condenação em dobro.

10. OTTO LENEL, *L'Edit Perpetuel*, trad. de F. PELTIER, Paris 1903, v. 2, p. 186.

11. F. L. KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les romains* trad. de CAPMAS, Paris 1870, p. 384, nota 983.

Essa doutrina foi perfilhada por autorizados romanistas como SCIALOJA¹², WENGER¹³, CUQ¹⁴ EMÍLIO COSTA¹⁵, GASTON MAY¹⁶, EUGÈNE PETIT¹⁷, C. ACCARIAS¹⁸, CH. MAYNS¹⁹, sem qualquer restrição.

4. A imprecisão das fontes, em que se fundamenta a doutrina dominante, deu ensejo à dúvida, que dividiu os especialistas.

Alguns autores, embora tenham referido a *revocatio in duplum*, ao lado da *infinitatio*, como o meio ofensivo que o condenado podia exercer para se livrar da condenação imposta por sentença nula, correndo o risco da condenação em dobro, no caso de sucumbimento, advertem, entretanto, que “si dubita se questo mezzo competa nella procedura ordinaria”²⁰; ou, “mais, cependant son admission, soit au temps de Ciceron, soit d'une manière générale dans la procédure formulaire, a été contestée”²¹.

A dúvida passa a ser apontada pelos romanistas modernos, que, todavia, não chegam ao extremo de negar, de modo absoluto, a existência da *revocatio in duplum* no período formulário.

CALAMANDREI²², por exemplo, depois de se referir ao instituto, acrescenta, “se le expressioni *revocare in duplum* e *in duplum ire*, indichino uno stesso istituto, o istituti diversi, sono punti gravemente controversi”, sem manifestar contudo seu próprio entendimento (v. I p. 23). Mais adiante, porém, declara ele não ter querido de modo algum discutir a questão

12. VITTORIO SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, p. 256.

13. LEOPOLD WENGER *Actio iudicati*, trad. esp. ed. EJEJA, 1954, p. 32 e *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. de ORESTANO, Milão 1938, p. 209 nota 15.

14. EDOUARD CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2° ed., Paris, 1928, p. 907.

15. EMILIO COSTA, *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, Roma 1918, p. 84.

16. GASTON MAY, *Eléments de Droit romain*, 17° ed., Paris 1927, p. 662.

17. EUGÈNE PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*, 6° ed., Paris 1909, p. 685.

18. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 4° ed., Paris, 1891, v. 2, p. 756.

19. CHARLES MAYNS, *Cours de droit romain*, v. I, p. 580, nota 16.

20. PIETRO BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4.ª ed., Roma 1934, v. I, p. 460.

21. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2° ed, Paris 1898, p. 1.018.

22. PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Turim 1920, v. I, p. 23.

ou avaliar as opiniões contundentes no campo de uma matéria ainda tão obscura, mas quis apenas referir o mínimo suficiente para concluir que, em face do conceito romano de nulidade, a *revocatio in duplum* não seria um meio impugnativo com eficácia constitutiva, para anular a sentença, mas, antes, uma ação declaratória negativa para declarar a nulidade da sentença (p. 25).

MONIER²³, focalizando a questão, admite que teria havido, possivelmente, ao lado da *infirmitas in actio iudicati*, uma ação permitindo ao réu, com o risco da condenação em dobro, (*revocatio in duplum*) de obter o reconhecimento da nulidade do julgamento, mas como ela não é conhecida senão pelas sentenças de PAULO, é vista, por vezes, como uma instituição surgida em época tardia, sob a influência do direito provincial.

De igual modo URSICINO ALVAREZ²⁴ ensina, que parece ter sido possível ao litigante vencido tomar a iniciativa de impugnar por nulidade a sentença proferida, com o mesmo risco de ser condenado em dobro (*revocatio in duplum*) acentuando que não são muito precisas as fontes que nos informam a respeito desta instituição, e, com razão, chegou-se a duvidar de sua existência, considerando-se que era perfeitamente supérflua.

HUMBERTO CUENCA²⁵, também, se refere ao instituto como um recurso muito antigo e muito obscuro, que segundo CÍCERO teve vigência no sistema formulário, porém cuja existência tem sido discutida por outros autores.

E ALVARO D'ORS²⁶, depois de afirmar ser pouco clara para o processo formulário a impugnação não defensiva do demandado vencido (*revocatio in duplum*), espota o entendimento de ORESTANO de que poderia ser explicado melhor como instituição vulgar, produzida pela incompreensão do regime clássico da *infirmitas* puramente defensiva; mas, lembra que KAZER (III, p. 290) parece admiti-la para o procedimento ordinário. Na verdade, é esse o entendimento do eminente mestre alemão.

23. RAYMOND MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e ed., Paris 1947, v. I, p. 171, nota 1.

24. URSICINO ALVAREZ, *Curso de derecho romano*, Madri 1955, tomo I, p. 466, nota 501.

25. HUMBERTO CUENCA, *Proceso Civil Romano*, ed. EJEJA, 1957, p. 105.

26. ALVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 2.^a ed., Pamplona 1973, p. 126, nota 2.

5. A tese radicalmente contrária à doutrina dominante foi sustentada por BIONDO BIONDI²⁷, “con tutto il rispetto dovuto a romanisti così insigne”, diz ele, ousando afirmar que se trata de mera fantasia, que pode ter vago fundamento em qualquer equívoca expressão de alguma fonte tardia. “In realtà la *revocatio in duplum*, che si é voluta confrontare coll’istituto moderno della cassazione, mai é esistita nel mondo romano. Anzitutto é palese la sua superfluitá di fronte all’ *infinitatio* nell’*actio iudicati*, giacché non si comprende quale vantaggio potesse presentare per il convenuto prendere l’iniziativa, anziché attendere l’exercicio dell’*actio iudicati*”.

Passando em revista os poucos textos que se referem ao ponto em questão, BIONDI começa por colocar de lado a passagem de CÍCERO, por entender que nada leva a garantir que ali tenha sido contemplada coisa diversa da *infinitatio*. Quanto às sentenças de PAULO, que foram originariamente recolhidas no monumento legislativo conhecido como a Lei Romana dos Visigodos^{27a}, ou Breviário de Alarico do ano 506, entende BIONDI que os textos apontados não espelham de modo preciso as passagens genuínas e que a expressão “*aut in duplum revocare*” seria uma glosa de origem post-clássica.

“Pertanto io credo che una *revocatio in duplum* come qualche cosa di diverso della *infinitatio* nell’*actio iudicati* mai sia esistita. Neppure i pochi passi del Breviario intendono introdurre un nuovo istituto; essi rispecchiano piuttosto in modo inesatto quella facoltà che nel sistema formulare aveva il condannato di contestare la existência e la validità del *iudicatum*, sottoponendosi al pericolo della condanna *in duplum* (p. 94).

6. A opinião radical de BIONDI não fez escola.

Ao contrário, causou perplexidade aos romanistas e foi prontamente contestada.

Depois de confrontar os argumentos de BIONDI com as fontes questionadas, ORESTANO²⁸ conclui que, se é possível convir com ele em negar a existência do instituto no sistema formulário, pode ser mais difícil superar o testemunho positivo

27. BIONDO BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, nos *Studi in onore di Bonfante*, Milão 1930, v. IV, p. 92.

27a. *Lex Romana Visigothorum*, ed. de GUSTAVUS HAENEL, Scientia Verlag Aalen, 1962, p. 338 e segs.

28. ORESTANO, *op. cit.*, p. 107.

das sentenças de PAULO, para a idade em que estas foram redigidas. Tratar-se-ia de um instituto híbrido e bastardo (como tantos outros desta idade), será fruto de uma incompreensão do regime clássico da *infitiatio*, mas é árduo admitir que não tenha existido.

Mas, além do testemunho das sentenças de PAULO, invocadas por ORESTANO para contestar a opinião de BIONDI, parece difícil, também, negar-se a existência da *revocatio in duplum*, na idade clássica, ante o testemunho de CÍCERO.

BIONDI entende que na oração *Pro Flacco*, CÍCERO tenha se referido à *infitiatio*, quando escreveu “ut si iudicatum negaret, in duplum iret”.

Não é admissível que o sentido verdadeiro da expressão seja esse, contestou MAX KASER ^{28a}.

Segundo FRANCO BONIFACIO ²⁹, uma leitura atenta do passo ciceroneano induz a rejeitar com absoluta certeza a interpretação de que se refira à *infitiatio*.

EMÍLIO COSTA ³⁰, que analisou cuidadosamente os escritos de CÍCERO, para extrair deles o perfil do grande jurisconsulto da idade republicana, interpreta a passagem de maneira oposta à opinião de BIONDI. Expondo a questão que é tratada por CÍCERO naquela oração, depois de resumir o assunto EMÍLIO COSTA acentua: “così prima il proconsole (Gratidio) lo diffidò che il solo spediente idoneo, ad impugnare gli effetti del giudicato avvenuto, consisteva nel contestarne la validità per mezzo della *revocatio in duplum*”.

A refutação frontal da tese de BIONDI foi feita em seus pormenores por PAOLI ³¹, que, por sua vez, incidiu no exagero oposto, de sustentar um ponto de vista radical e diametralmente contrário, qual seja, o de que a *revocatio in duplum* só teria existido no período formulário, jamais no âmbito da *cognitio extra-ordinem*, onde teria sido substituída pela apelação.

A controvérsia, por se basear tão-somente na interpretação de poucos textos, alguns de originalidade duvidosa como os das

28a. MAX KASER, *Das Romische Zivil prozessrecht*, München MCMLXVI, p. 290, nota 16 — (devo a tradução do trecho da citada nota 16 à gentileza do professor Alexandre Augusto de Castro Correia).

29. FRANCO BONIFACIO, verbete *Revocatio in duplum*, no “Novissimo Digesto Italiano”.

30. EMÍLIO COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Bolonha 1928, v. 2, p. 41.

31. JULES PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris 1933, p. 63 e segs..

sentenças de PAULO, que foram recolhidas na “Lex Romana Visigothorum”, ainda está longe de se pacificar.

Do *Pauli Sententiarum ad filium libri*, que se admite tenha sofrido largas manipulações por parte dos compiladores visigóticos³², e, até mesmo, que não tenha sido PAULO o seu autor, mas que o livro tenha sido composto por um jurista *post-clássico* que o organizou a partir dos escritos de PAULO³³, o certo é que nele se encontram preciosas notícias a cerca do direito clássico³⁴, e que nele se conserva um largo substrato de passos transcritos fielmente de obras da jurisprudência romana, e o seu conteúdo é ainda essencialmente direito clássico³⁵, como asseveram autorizados historiadores.

De qualquer modo, as passagens de CÍCERO e de PAULO, que são as fontes conhecidas para o estudo do instituto, são suficientes para rejeitar, seja a tese de BIONDI, que nega a existência da *revocatio in duplum* até mesmo na idade post-clássica, seja a de PAOLI, que, afirmando sua existência na idade clássica, nega sua sobrevivência na idade post-clássica, onde teria sido substituída pela apelação³⁶.

O infundado da tese de PAOLI é demonstrado por uma passagem de PAULO, que atesta a sobrevivência da *revocatio* ao lado da *appellatio* na idade post-clássica: “*ab ea sententia quae adversus contumaces data est, neque appellari neque in duplum revocari potest*” (*Pauli Sententiarum*, Livro V, Tit. 5, § 7).

Predomina entre os romanistas modernos o entendimento de que a existência da *revocatio in duplum*, no período formulário, é passível de dúvida, ante a imprecisão das fontes, mas, na idade post-clássica, no regime da *extraordinária cognitio*, sua existência é comprovada por textos acima de qualquer suspeita.

7 Por falta de indicação das fontes quanto ao aspecto formal da *revocatio in duplum*, — sobre a forma da qual não estamos informados, como disse LENEL³⁷, — aos romanistas só restou o campo amplo das conjecturas.

32. ARANGIO — RUIZ, *Storia del diritto romano*, 4.^a ed., Napoles 1947, p. 299.

33. FRITZ SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, p. 176.

34. ARANGIO — RUIZ, *op. cit. loc. cit.*

35. ANTONIO GUARINO, *Storia del diritto romano*, 5.^a ed., Napoles 1975, p. 565.

36. Cf. LUIGI RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civile nel processo romano*, Milão 1961, p. 68, nota 67.

37. OTTO LENEL, *op. cit.*, p. 186.

Como a sentença do *iudex privatus* era irrecurável, no período republicano, a *revocatio in duplum* não podia assumir a condição de um recurso, nos moldes em que a *appellatio* veio a se constituir no Principado.

Por ter sido conhecida ao lado da *infinitio*, que era um meio de defesa contra a *actio iudicati*, nada impede, sob o ponto de vista histórico, admitir-se que a *revocatio*, como meio ofensivo, tenha se projetado da *infinitio* para se tornar uma ação autônoma, com a mesma finalidade de revogar a sentença nula.

Ter-se-ia verificado, nessa hipótese, o mesmo processo de formação histórica que ocorreu com as exceções, de que são exemplo a *exceptio doli*, que, com o correr do tempo teve a seu lado uma correspondente *actio doli*, e a *exceptio metus* a cujo lado surgiu uma *actio quod metus causa*, como lembra agudamente ORESTANO³⁸.

A *revocatio in duplum* teria, assim, a natureza de ação especial, destinada a negar a existência da sentença como tal, com a índole da moderna ação declaratória negativa, que visa à declaração da nulidade do julgamento e não à rescisão da sentença para a desconstituição de seus efeitos, consoante a lição de CALAMANDREI³⁹, acolhida por ORESTANO⁴⁰, ou, como disse LENEL⁴¹, é possível pensar-se em um *praeiudicium an iudicatum sit* unido a uma *sponsio* penal, da parte do condenado; a recusa do vencedor de se prestar à organização desse *praeiudicium* acarretaria a *denegatio* da *actio iudicati*; mas, o que LENEL reputa inverossímil e não provada é a hipótese de BETHMANN — HOLLWEG, de que a *revocatio in duplum* seria uma ação de repetição do montante da condenação, já previamente quitada pelo condenado.

Instituto de origem pretoriana, a *revocatio in duplum* somente pode ser entendida em função do gravame de nulidade, como corolário do princípio dominante, que a sentença, resultante de um julgamento nulo, era considerada como juridicamente inexistente.

8. Não há concordância entre os romanistas quanto à origem do processo *extra-ordinem*, o que constitui um problema

38. ORESTANO, *op. cit.*, p. 106.

39. CALAMANDREI, *op. cit.*, v. cit., p. 25.

40. ORESTANO, *op. cit.*, p. 108.

41. OTTO LENEL, *op. cit.*, p. 186, 7 e FRANCO BONIFÁCIO, *op. cit.*, loc. cit.

histórico a propósito do qual têm sido formuladas diferentes teorias ⁴².

O certo é que, como observa LUZZATTO ⁴³, o sistema da *cognitio extra-ordinem* veio se afirmando e desenvolvendo gradualmente, e coexistiu, por longuíssimo tempo, por mais de três séculos, ao lado do processo formulário do *Ordo iudiciorum*, o qual, por sua vez, vai gradativamente entrando em desuso, até ser formalmente abolido.

Consoante opinião mais ou menos uniforme ⁴⁴, a reforma do sistema processual teria sido consagrada por uma constituição, com a forma de edito, dos imperadores DIOCLECIANO e MAXIMINIANO, mas de inspiração do primeiro, do ano 294 d.C., recolhida no *Código Hermogeniano*, que os compiladores do *Código de Justiniano* reproduziram, sob a rubrica "*De Pedaneis Iudicibus*", no seu Liv. III, Tít. III, n.º 2.

Com a oficialização do processo *extra-ordinem* o emprego das fórmulas, também, vai sendo abandonado, até ser amputado pela raiz, por uma constituição dos imperadores CONSTÂNCIO E CONSTANTE, do ano 342 d.C. — Cód. 2.58.1: "*iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*" ⁴⁵.

Esta Constituição representa o último ato de uma longa involução do instituto, que o levou, primeiro a não encontrar mais aplicação na praxe processual, e, a resultar cada vez mais malquisto também dos teóricos do direito, até que o legislador se sentiu impelido a emanar um provimento autoritário capaz de eliminar até suas últimas lembranças de maneira radical ⁴⁶.

Na idade pós-diocleciana, o direito romano ressentido cada vez mais vasta e potente, quanto mais se distancia de sua maravilhosa elaboração clássica, a influência de múltiplos fatores novos, que inserem no sistema novas normas e novos institutos e eliminam normas romanas e institutos romanos, como em lúcida visão histórica assinalou ALBERTÁRIO ⁴⁷.

42. Cf. GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra-ordinem*, Bolonha 1965, p. 15 e segs.

43. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 10.

44. Cf. GAETANO SCHERILLO, *Introduzione alla cognitio extra-ordinem*, Milão 1960, p. 253 e segs.; ver também SCIALOJA, *op. cit.*, p. 261.

45. Cf. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 259 e SCIALOJA, *op. cit.*, p. 262.

46. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 260.

47. EMILIO ALBERTÁRIO, *Introduzione allo studio del diritto romano Giustiniano*, Milão 1935, p. 86.

O princípio consagrado no direito clássico, que a sentença resultante de um julgamento nulo era considerada juridicamente inexistente, todavia, permaneceu válido.

O novo sistema processual não introduziu qualquer modificação no tocante à inexegibilidade da obrigação de cumprir a condenação imposta por sentença nula.

É o que se deduz de um texto de ULPIANO, a propósito do valor da palavra *condemnatum*, a comprovar que no período post-clássico, e inclusive no direito justiniano, em razão da inclusão desse texto no *Digesto*, deve-se entender por condenado aquele que o foi em processo regular por sentença válida, porque, se a sentença é nula por qualquer razão, deve-se dizer que não tem lugar o termo condenação; Dig. 42.1.4.6, “*Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; caeterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationes verbum non tenere*”.

A despeito das fundadas suspeitas de interpolação do texto pelos organizadores do *Digesto*⁴⁸, com essa redação ele é a mais convincente demonstração da sobrevivência, no direito justiniano, do princípio da inexistência da condenação imposta por sentença nula.

9. Tendo se consolidado nesse período histórico o direito de recorrer contra a sentença proferida pelo funcionário, ou magistrado — encarregado de organizar o processo e julgar a lide segundo o sistema da *cognitio extra-ordinem* — mediante a *appellatio*, que foi objeto de minuciosa regulamentação pelos imperadores em inúmeras constituições, e que teve, finalmente, na obra consolidadora de JUSTINIANO a mais completa consagração, é importante ressaltar-se que a apelação era considerada e admitida como meio idôneo de impugnação, somente contra a sentença formalmente válida, de modo a evitar a formação da *res iudicata*.

Por via da *appellatio* o condenado pleiteava a reforma da sentença, questionando a intrínseca injustiça do julgado, quanto ao mérito da causa, tendo por pressuposto a validade formal do julgamento, isto é, tratar-se de condenação imposta por sentença válida, em processo regular.

48. Cf. BIONDI, *Appunti, cit.*, p. 70.

Contra a condenação imposta por sentença nula o vencido não tinha necessidade de apelar, porque aquela, sendo juridicamente inexistente, não transitava em julgado.

A esse respeito firmou-se na jurisprudência da idade post-clássica o princípio, que havia sido defendido por alguns juristas e passou a ser sufragado em várias constituições e rescritos imperiais, ao qual JUSTINIANO deu especial destaque em sua legislação: *Digesto* 49,8. “*Quae Sententiae Sine Appellatione Rescindantur*” e *Código* 7,64, “*Quando Provocare Non Est Necessesse*”.

Os dois princípios, que a sentença nula era juridicamente inexistente e podia ser revogada a qualquer tempo sem necessidade de apelação, e que a apelação só era necessária contra a sentença válida, para evitar que transitasse em julgado, coexistiram no Principado e se perpetuaram no Império, até JUSTINIANO, sem que, ao longo da história do processo civil romano, se verificasse a necessidade de sua fusão.

Ambos transportaram para o direito justinianeu, como disse ORESTANO⁴⁹, os caracteres de sua diversa origem e função histórica: o princípio da inexistência apoiado somente na violação dos pressupostos formais; a apelação, mantendo o caráter originário de meio de impugnação necessário somente contra uma sentença formalmente válida; porém nenhum inconveniente poderia surgir de ter sido mantida viva esta duplicidade, porque os dois princípios vindo historicamente e conceitualmente a completar-se e a integrar-se, eram plenamente suficientes para tutelar cada caso em que uma sentença merecesse censura, seja pelo lado formal, seja pelo lado substancial.

Por isso, em todo seu desenvolvimento na experiência jurídica romana, a apelação permaneceu circunscrita como recurso unicamente contra a sentença formalmente válida.

Ter-se-ia verificado, contudo, na longa trajetória histórica da *appellatio*, um fenômeno analisado percucientemente por um autor moderno⁵⁰, o de que, em consequência da difusão da praxe de se utilizar da apelação como recurso, também, contra certas nulidades formais, “a esfera da apelação deveria

49. ORESTANO, *op. cit.*, p. 136, 7.

50. FILIPPO VASSALLI, *Studi Giuridici*, Milão 1960, v. III-1, Studi di Dto. Romano, p. 392.

estender-se e correspondentemente restringir-se a da nulidade absoluta”.

É, então, a relação de correspondência posta entre o fenômeno da ampliação da esfera da apelação e o paralelo mas oposto fenômeno de redução da esfera da nulidade, que vale para diferenciar esta tese do dúplice reconhecimento, que, na evolução do direito romano alguns motivos de nulidade, legados por antigas concepções e situações, desapareceram enquanto que, de outro lado, a apelação vinha se impondo em setores mais numerosos da experiência jurídica, como assinalou RAGGI⁵¹, a propósito dessa tese de VASSALLI.

Contudo, segundo aquele mesmo autor⁵², se se segue a tese de VASSALLI, ter-se-á de acabar por admitir que, em certos casos de pronunciamentos nulos, a estrutura da apelação tenha superado completamente e substituído a concepção da nulidade como inexistência.

A tese de VASSALLI, que tem por principal fundamento um texto de MODESTINO, Dig. 42.1.27, o qual tem suscitado perplexidade e múltiplas interpretações, poderia, quando muito, justificar aquele caso examinado por MODESTINO que serve de exceção à regra^{52a}.

Mas, que a doutrina professada por MODESTINO, com respeito à esfera da apelação e à desnecessidade de apelar contra a sentença nula, era precisamente a de que a sentença nula era inexistente, e, por isso, não impedia que se movesse uma nova ação sobre a mesma causa, resulta claro do fragmento transcrito no *Digesto*, 49.1.19: “Si expressim sententia contra iures rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest, non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata, unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia, unde potest causa ab initio agitari” (“Si se ha dado una sentencia manifiestamente en contra de lo que exige el derecho, no debe tener efecto, y por lo tanto puede establecerse de nuevo el litigio sin necesidad de apelar. Se da una sentencia contra derecho cuando infringe especialmente las leyes o algún senadoconsulto o constitución.

51. L. RAGGI, *op. cit.*, p. 78.

52. L. RAGGI, *op. cit.*, pp. 79 e 81 e segs., onde a tese de VASSALLI é discutida amplamente.

52a. Cf. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 43.

Por lo que, si alguien apelara de tal sentencia y fuera rechazado por la prescripción (que precluye la apelación) no queda confirmada la sentencia en virtude de esta prescripción, sino que se puede mover la causa desde su inicio”, trad. de ALVARO D’ORS *El Digesto de Justiniano*, Pamplona 1975, t. III, p. 755).

Na verdade, porém, como superiormente ressaltou SCIALOJA⁵³, ainda quando a apelação foi ordenada minuciosamente e tida como meio ordinário, não foi jamais declarado necessária contra a sentença nula, contra a qual há sempre a antiga *infinitatio* ou a *revocatio in duplum*.

Deve ser lembrado, apenas, que no direito justinianeu, em decorrência de uma alteração introduzida pelo Imperador nas suas *Institutas* (Liv. IV, Tít. VI, § 23), a respeito das ações que acarretavam a condenação em dobro, entre elas não foi incluída a ação de coisa julgada, pelo que, nem a *infinitatio* nem a *revocatio* estavam mais sujeitas àquela antiga penalidade pretoriana.

Conquanto não se conheça qualquer texto abolindo expressamente a litiscrescência, tem-se como certo que o princípio “*lis infinitando crescit in duplum*” desapareceu na *actio iudicati* do direito justinianeu⁵⁴.

10. De par com a *infinitatio* e a *revocatio in duplum*, que foram os dois meios pretorianos conhecidos⁵⁵ de revogação da sentença nula, a qual, por ser considerada como inexistente, nunca transitava em julgado, floresceu, também, no período republicano, outro excepcional remédio concedido pelo Pretor e destinado à anulação de sentenças formalmente válidas, quando se configurasse uma flagrante oposição entre os rígidos princípios do *ius civile*, observados no julgamento da lide, e

53. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 260.

54. Cfs. E. T. LIEBMAN, *L'Actio iudicati nel processo Giustiniano*, nos *Studi in onore di Bonfante*, Milão 1930, v. 3.º, p. 404; WENGER, *L'Actio iudicati*, *cit.*, p. 209 e *Istituzioni*, *cit.*, pp. 308 e 310.

55. Note-se, por último, que os autores brasileiros não fazem distinção entre *infinitatio* e *revocatio in duplum*, como se fossem uma só e a mesma entidade jurídica: cf. EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 4.ª ed. Forêense 1962, p. 133; SYLVIO A. MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, 4.ª ed. Max Limonad, s. d. 2.º v., p. 700; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 2.ª ed. Borsoi Rio 1967, v. 1.º, p. 247; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Romano*, 2.ª ed. Ed., Rev. Tribs., SP 1966, p. 319; ALCIDES MENDONÇA LIMA, *Introdução aos Recursos Cíveis*, 2.ª ed., Ed. Rev. Tribs., SP 1976, p. 6.

fundados motivos de equidade que justificassem o desfazimento dos efeitos do julgado, mediante a anulação da sentença.

Ao contrário daqueles dois meios que tinham por finalidade a declaração da nulidade da sentença, o outro remédio, que o Pretor concedia excepcionalmente contra sentenças formalmente válidas, apresentava-se com as características e eficácia da moderna ação constitutiva negativa.

O estudo desse extraordinário remédio pretoriano será objeto de um próximo artigo.