

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO RECURSO DE APELAÇÃO

Klever Paulo Leal Filho

### 1. Introdução

Vittorio Scialoja<sup>1</sup>, em seu estudo sobre o procedimento civil romano, ao tratar dos “remédios jurídicos contra as sentenças”, inicia sua exposição observando que a possibilidade de ir perante um outro magistrado para obter a reforma de uma sentença desfavorável é uma ocorrência tão comum entre nós, que quase parece impossível que tenha havido um tempo em que esse direito de apelação não existia.

É uma passagem que desperta a nossa atenção, não só por enfocar o aspecto histórico-evolutivo do sistema de recursos, colocado normalmente em segundo plano em relação à abordagem técnica, mas também e principalmente pela percepção de que a evolução do direito de recorrer confunde-se com o próprio aprimoramento da ordem jurídica, ao menos em tese cada vez mais democrática.

Com efeito, de um sistema autoritário em que prevalecia a decisão monocrática imutável, passou-se, paulatinamente, à admissibilidade de revisão de toda e qualquer decisão proferida, por força do que hoje conhecemos como princípio do duplo grau de jurisdição.

Para Nery Júnior<sup>2</sup>, esse princípio é, por assim dizer, “garantia fundamental de boa justiça”, sendo que essa afirmação baseia-se em três premissas.

A primeira leva em conta a falibilidade do ser humano, em razão da qual não é razoável pretender-se que o juiz seja capaz de decidir de modo definitivo e com perfeição, sem que ninguém possa questioná-lo em sua fundamentação ao julgar. A segunda enfoca o aspecto psicológico, pelo qual o vencido reage imediatamente à sentença desfavorável e espera, no mínimo,

1 SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p. 356

2 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

por um novo julgamento da mesma questão. Finalmente há a necessidade de algum tipo de controle, pois um juiz único daria margem a arbitrariedades.

Porém, se essas constatações foram totalmente assimiladas ao longo dos séculos, tempo houve em que as coisas estavam organizadas de forma diversa. E tendo em vista que o nosso sistema de recursos teve origem em Roma, decerto será válido buscar ali as justificativas para tal afirmação.

Inicialmente, no que diz respeito à existência dos recursos entre os romanos, vale registrar a lição de Mendonça Lima<sup>3</sup>, o qual aponta para uma divergência entre os autores que se dedicam ao estudo do tema.

Alguns negam a ocorrência de meios de impugnação como recursos propriamente ditos, o que fazem a partir da constatação de que, à época, não existia uma apelação – o recurso por excelência, ou seja, uma oportunidade de obter uma segunda sentença com relação ao mesmo pleito. Outros, por sua vez, admitem que eram utilizados remédios de índole diversa, que até certo ponto produziam um efeito similar ao da apelação.

Partindo da tese sustentada por esse segundo grupo – que admite a existência de determinados antídotos contra as sentenças, mas que se fundavam não na necessidade de uma revisão, e sim em outros conceitos distintos que os colocam mais ou menos distantes de uma verdadeira instituição de apelação – o objetivo da pesquisa realizada foi identificar as razões de um tal posicionamento, bem como localizar, dentre os meios existentes, aquele que foi o embrião do recurso de apelação na maneira como hoje se apresenta.

Esta empreitada não poderia deixar de levar em conta a obra de Vittorio Scialoja, ao qual já se fez referência, sendo certo que suas lições foram o trilha sobre o qual conduziu-se a pesquisa.

Remontando à organização judiciária romana o autor afirma que aquela não era senão um reflexo do ordenamento administrativo, com aplicação dessas normas ao processo civil, regra que encontrava uma única exceção na divisão entre o magistrado *in iure* e o *iudex in iudicio*<sup>4</sup>.

Na organização administrativa, segundo o autor, é absolutamente necessária a observância de uma hierarquia funcional, sendo natural que uma autoridade esteja sujeita à outra, como resulta também normal que alguém que se encontre em grau inferior possa protestar perante aquele de grau

3 LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1976. p. 4.

4 Desde a Roma antiga o processo estava dividido em duas fases: *in iure* e *in iudicio*, situação que será oportunamente estudada.

superior. Afinal trata-se de poder, e é da natureza das relações de poder que uns sejam mais e outros, menos poderosos. Já na organização judiciária essa necessidade intrínseca não existe.

Mas Scialoja faz uma ressalva, explicando que na prática a hierarquia é verificável, pois de outra forma de nada adiantaria apelar de uma sentença de um juiz inferior perante outro, superior.

Quando um juiz competente para conhecer de uma determinada questão haja sentenciado, não se concebe por que razão, em sendo diferente a sentença do juízo de segundo grau, deva-se dar preferência a esta última, em detrimento da decisão do primeiro juiz, senão por causa da hierarquia que existe entre eles. E de fato esse processo só pode ser compreendido se admitirmos uma organização hierárquica, uma vez que sob essa ótica

[...] o superior tem sempre razão sobre o inferior; mas que isto tenha algo a ver com um verdadeiro juízo, não é tão fácil de entender; e, sem embargo, diariamente vemos que o magistrado superior pode julgar pior que o magistrado inferior, e não obstante haverá que aplicar a segunda sentença só porque a pronunciou o magistrado superior.<sup>5</sup>

Por esse motivo – o fato de não haver uma justificativa jurídica que aponte para uma certeza quanto à maior confiabilidade da segunda decisão – no direito romano houve um tempo, que perdurou tanto quanto a república, no qual não existia uma verdadeira apelação, mas outros meios que serão estudados adiante.

Antes, porém, será necessário levar em conta as diversas fases pelas quais passou o processo civil romano, desde os primórdios, culminando com as transformações implementadas à época de Justiniano. Decerto não caberia aqui um estudo minucioso sobre a metamorfose que se operou ao longo de todos esses séculos, mas apenas registrar aqueles aspectos relevantes para a consecução do objetivo proposto, com especial atenção para o tratamento dado às sentenças em cada uma dessas fases.

## 2. O processo civil romano

### 2.1 Transformações da Organização Social e Política Romana

5 Ainda nesse sentido, vide Nery Júnior, op. cit., p. 37.

Meira <sup>6</sup> admite, para fins didáticos, que a fundação de Roma teria se realizado no ano de 754 a.C., data a partir da qual desenrolaram-se treze séculos, até a morte de Justiniano, no sexto século de nossa era. O mesmo autor registra que as transformações políticas que se verificaram ao longo de tantos anos refletiram, sobremaneira, no direito público e no direito privado. Afinal, “o direito que regeu, na Realeza, uma pequena cidade sobre o Palatino, não poderia ser o mesmo a configurar um imenso Império, que se estendeu da Britânia à Ásia Menor, com zonas de dominação no norte da África”.

Não é por outro motivo que o direito romano, dentre tantos outros “direitos” – egípcio, hebreu, grego – é estudado até os nossos dias. Trata-se de um “vasto campo de observação, verdadeiro laboratório do direito”, que resultou, no dizer de Cretella Júnior<sup>7</sup>, “num monumento completo, sistemático e perfeito”.

É bem verdade que não há um consenso entre os romanistas sobre a fixação das datas intermediárias e das fases por que passou essa evolução<sup>8</sup>, existindo vários critérios de separação entre as diferentes etapas. Por isso optou-se por adotar a sistematização apresentada por Meira, que pareceu mais adequada ao desenvolvimento do tema proposto.

A partir desse critério, temos uma divisão em três fases, a saber: 1- A Realeza (de 754 a.C. a 510 a.C.); 2- A República (de 510 a.C. a 27 a.C.) e 3- O Império, que por sua vez dividiu-se no Principado (de 27 a.C a 284 d.C.) e no Dominato (de 284 a 565 d.C.).

Cretella Júnior<sup>9</sup>, traça com bastante clareza e objetividade as características políticas mais relevantes de cada uma dessas fases.

Durante a realeza – período em que Roma foi governada pelos reis – os habitantes da cidade dividiam-se em duas categorias bem distintas e opostas: os patrícios e os plebeus. Os primeiros eram homens livres, descendentes de homens livres, que achavam-se agrupados em clãs familiares do tipo patriarcal<sup>10</sup>. Os últimos habitavam a cidade, mas não faziam parte de

6 Meira, Sílvio A. B. *Curso de Direito Romano – história e fontes*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 11.

7 Cretella Júnior, José. *Direito Romano Moderno (complemento ao curso)*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 10.

8 Meira, op. cit., p. 14. e Cretella Júnior, op. cit., p. 11.

9 Op. cit., p. 13.

10 *Gens* é o conjunto de pessoas que, pela linha masculina, descendem

sua organização política. Na realidade a plebe era praticamente estranha à cidade romana, situação que somente alterou-se sob o rei Sêrvio Túlio, que lutou por incorporar a plebe à cidade<sup>11</sup>.

Havia ainda os clientes, grupos de pessoas de origem diversa, que, agregadas aos patrícios, viviam sob a proteção do paterfamilias. Para alguns autores eram os estrangeiros, refugiados em Roma ou, para outros, escravos libertos. Entre patrícios e clientes havia relações de direito, deveres e obrigações<sup>12</sup>.

O rei, o senado e o povo integravam os poderes públicos em Roma e interagem para a elaboração das leis. Estas eram propostas pelo rei (rex) ao povo (populus romanus) que reunia-se em assembléias para votar<sup>13</sup>. Após essa etapa, o senado (senatus) ratificava a lei que fosse aprovada pelo povo, exercendo a sua auctoritas patrum.

A Realeza foi substituída pela República no ano de 510 a.C., e surgiram novas instituições políticas a fim de dar configuração ao estado romano. Desapareceu a figura do rei, e em seu lugar instituíram-se dois cônsules.

Nessa oportunidade não existia uma nítida divisão de poderes como hoje conhecemos. A autoridade era exercida pelos magistrados, entre os quais encaixavam-se os cônsules, os pretores e os questores, dentre outros, sendo que há divergências entre os autores quanto à correta classificação dessas autoridades<sup>14</sup>.

Os poderes dos cônsules eram bem mais limitados que os dos reis, podendo ser divididos em *jurisdictio* (poder de ouvir as partes e indicar um juiz para julgar a demanda); *cognitio* (poder de julgamento das causas criminais); *imperium* (poder de coerção e aplicação de castigos físicos e intercessio (possibilidade de um cônsul paralisar um ato do outro), dentre

---

de um antepassado comum; cada uma das *tribos* primitivas era dividida em dez *cúrias*, cada *cúria* em *gentes*, cada *gens* em certo número de *famílias* ou *domus*.

Colocava-se cada família sob a proteção de um chefe onipotente, o *paterfamilias*.

Idem, p. 23.

11 Idem, p. 24.

12 Meira, op. cit., p. 32.

13 As assembléias populares foram órgãos legislativos, no início integradas apenas por patrícios e, posteriormente, também por plebeus.

14 Meira, op. cit., em seu *Curso de Direito Romano*, faz uma descrição bastante detalhada das atribuições de cada uma dessas diversas autoridades, nas diferentes fases da evolução de Roma.

outros relacionados à administração, ao fisco e ao comando das forças militares.

Interessa-nos, antes de tudo, o praefectus urbi, substituto eventual dos cônsules, que posteriormente deu lugar ao pretor. Este, além dessa função de substituto, passou a exercer a jurisdição civil nas causas entre os romanos, possuindo os poderes de império e de jurisdição<sup>15</sup>.

O senado instituído na realeza, transferiu-se para a república, mas já cedendo às investidas dos plebeus ávidos por participar, cada vez mais, da vida romana. Além disso foram mantidas as assembleias populares, que dispunham de poder legislativo e eleitoral.

A partir dessa fase, Roma conheceu notável expansão territorial, e com o tempo passou a estender seu domínio sobre vários outros povos. Esse um dos fatores que, posteriormente, no plano interno, contribuiu para a formação do processo extraordinário.

No principado, por seu turno, o imperador ou príncipe não governava sozinho. Partilhava o governo com o senado. A pessoa do príncipe – primeiro magistrado – era sagrada, e ele concentrava em suas mãos poderes quase ilimitados. Foi nessa fase que floresceram, em Roma, os mais notáveis jurisconsultos da antiguidade.

Finalmente, no dominato, o traço político dominante foi a concentração de poderes nas mãos do soberano, que governava sozinho. O imperador tornara-se absoluto, invocando a vontade divina como inspiração de sua autoridade. Nessa fase deu-se a estatização de diversas funções, que passaram a ser exercidas por funcionários públicos.

## 2.2 Evolução do Sistema Processual Romano

Quanto à evolução do sistema processual romano, pode-se distinguir três momentos: as legis actiones (ações da lei – das origens de Roma até provavelmente 126 a.C.); o processo formular (por cerca de três séculos, de Augusto a Diocleciano) e o processo extraordinário (que identifica-se no tempo com o Dominato), sendo que cada um desses períodos refletiu os costumes e a vida social romana do seu próprio tempo.

Desde a Roma antiga o processo estava dividido em duas fases: in iure e in iudicio. Segundo Meira “O pretor tomava conhecimento inicial da causa, ouvia as partes, na primeira fase do processo: in iure. Em seguida encaminhava os litigantes para o juiz (iudex), cujo nome era normalmente

extraído da lista dos senadores. Esta a segunda fase do processo: *in iudicio*.<sup>16</sup>

A esse juiz, que inicialmente era um particular, cabia julgar a causa em única e última instância. Essa situação perdurou por longo período, só desaparecendo na terceira fase do processo romano.

Nas ações da lei, o sistema era rígido, formal, ocasionalmente misto de religião e direito. O processo era uma “solenidade pública, oral, testemunhada, com a exteriorização de intenções por atos materiais”. Os litígios se desenvolviam como verdadeiros combates simulados, sendo que se as fórmulas previstas não fossem rigorosamente pronunciadas, daí decorria a nulidade do ato.

Sobre esses fatos, interessante registrar o seguinte exemplo, extraído da obra de Cretella Júnior<sup>17</sup>:

Segundo a Lei das XII Tábuas, o réu é procurado pelo autor que, se o encontra na rua, lhe dirige as palavras específicas (“*verba certa*”), chamando-o ao tribunal (“*in jus vocatio*”). O réu é obrigado a atender à citação e, se não a atende, o autor arranja testemunhas e o prende (“*igitur en capito*”). Se o demandado foge, o autor tem o direito de empregar a força (“*vis*”), prendendo-o e torcendo-lhe o pescoço (“*obtorto collo*”).

E ainda outro, também bastante ilustrativo desse formalismo, extraído dos escritos do jurisconsulto Gaio<sup>18</sup> “[...] perdia a ação quem demandasse por videiras cortadas e mencionasse videiras, quando a Lei das XII Tábuas, em que se fundava a ação de videiras cortadas, fazia alusão a árvores cortadas em sentido genérico.”

Nota-se que as partes deveriam seguir com exatidão o que a lei determinava. Além disso não era admitida a interferência de representantes. As próprias partes dirigiam o processo, cabendo ao final, ao vencedor, a tarefa de executar a sentença do juiz.

Sobre a forma de execução da sentença, divergem os romanistas. Para uns, a pessoa do devedor respondia pelos compromissos financeiros, podendo ser vendido como escravo no estrangeiro ou até mesmo morto, após

16 Meira, op. cit., p. 49.

17 Op. cit., p. 325.

18 Apud Meira, op. cit., p. 19.

o que seus pedaços seriam repartidos entre os credores. Para outros, a lei mandava repartir os bens, e não a pessoa do devedor.

Esse apego exacerbado às formas rígidas, expondo as partes a perderem a causa se cometessem o mais leve engano, além do papel secundário do magistrado, que exercia o papel de mero expectador do teatro representado pelas partes e estava impedido, portanto, de flexibilizar o rigor da lei diante das peculiaridades do caso concreto, foram, paulatinamente, causando o desaparecimento desse modelo, que foi substituído por outro, mais adequado ao espírito romano de então.

Durante o Principado, com o processo formular, esse rigorismo foi abrandado. Se bem que o processo, ainda dividido naquelas duas fases (*in iure* e *in iudicio*), trazia, nesse ponto, semelhança com a etapa anterior. A mudança principal operou-se com relação à postura do magistrado. Se as partes compareciam para expor suas pretensões, este, por sua vez, não mantinha uma atitude passiva em face do litígio, como na fase anterior. Redigia uma fórmula que, posteriormente, era remetida para o juiz encarregado de julgar a pendência. Essa primeira fase encerrava-se, normalmente, pela *litis contestatio*, que pode ser definida como a aceitação dos litigantes em submeter a controvérsia, nos termos da fórmula, ao julgamento de um terceiro<sup>19</sup>.

Diante do juiz, as partes procuravam provar aquelas alegações apresentadas ao magistrado *in iure*. A instrução não era escrita, mas sim verbal, assim como a sentença, mas já existia a forma escrita que mais tarde seria a regra.

Aos poucos, entretanto, o processo romano foi perdendo o caráter arbitral de outrora, em razão da absorção, por parte do poder público, das atividades da justiça. Essa foi uma característica do processo extraordinário, que coincidiu no tempo com o Dominato, última fase do Império Romano.

Desapareceu a separação entre o magistrado que conhecia da causa em primeiro lugar e aquele que solucionava o litígio. O mesmo titular, na condição de representante da autoridade pública, passou a reunir os atributos de magistrado e de juiz, antes repartidos. O processo romano perdera os seus traços privatísticos.

A justiça deixou de ser gratuita, cabendo aos litigantes o pagamento

---

19 A fórmula, que pode ser definida como o escrito redigido pelo magistrado *in iure*, com a indicação da causa que o juiz deve resolver, é composta de duas partes: uma principal, que é estereotipada, fixa, a mesma em todos os casos; uma parte acessória, móvel, alterável, que varia segundo os casos (Cretella Júnior, op. cit., p. 334-337).



das custas processuais. Além disso a oralidade do processo foi substituída por outro sistema, em que prevaleciam os atos escritos, redigidos pelos auxiliares da justiça e pelos advogados.

Relevante para o nosso estudo é a constatação de que os magistrados passaram a ser agentes categorizados, pertencentes ao Estado, e dispostos numa escala hierárquica, o que de certa forma contribuiu para o surgimento do recurso de apelação<sup>20</sup>.

### 2.3 As Sentenças

Durante a fase das ações da lei, decorrência das solenidades orais em que o processo se desenvolvia, a sentença era também verbal. E o vencedor da causa deveria levar a efeito a execução, por seus próprios meios, já que nessa época não havia oficiais públicos destinados à realização de diligências<sup>21</sup>.

No processo formular, diante de todos os elementos que lhe eram apresentados, o juiz devia prolatar a sentença na presença das partes<sup>22</sup>. Porém ele diferia do juiz moderno, já que ao invés de um funcionário nomeado pelo estado, entre pessoas devidamente habilitadas, o juiz romano era um leigo que podia, inclusive, eximir-se do julgamento.

Mesmo assim a sentença era, tal como hoje, o ponto culminante do processo, onde o juiz cumpria a sua missão decidindo a lide, aplicando o direito ao caso concreto. A sentença então proferida, quer condenatória, quer absolutória, era dotada de força jurídica, cujo objetivo era estabelecer uma nova situação e consagrar a coisa julgada.

Já no tocante ao processo extraordinário, ao menos à época do imperador Justiniano<sup>23</sup>, Scialoja<sup>24</sup> dá notícia de que eram duas as formas de pôr fim ao processo: a sentença e a consultatio.

A sentença com que se encerra o processo é a sentença definitiva, à diferença das decisões interlocutórias, tal como ocorre atualmente. Ela não

20 Cretella Júnior, op. cit., p. 342.

21 Meira, op. cit., p. 19.

22 Cretella Júnior, op. cit., p. 335.

23 Justiniano, como termo final do império Romano do oriente, conseguiu, através de comissões constituídas de advogados, juristas e professores, realizar suas famosas compilações, obra que até hoje subsiste em grande parte. Sua morte, no ano 565 d.C., é considerada o termo final para o estudo do direito romano. (Meira, op. cit., p. 14 e 22)

24 Op. cit., p. 410-411.

poderia ser somente verbal. Uma vez concluídos os debates o juiz deveria reunir os seus assessores e redigir uma sentença por escrito, a qual seria lida pelo próprio juiz em audiência. Da leitura só estavam dispensados os juizes de grau supremo, casos em que seria lida por oficiais subalternos.

A outra maneira de pôr fim ao processo extra ordinem, ainda segundo Scialoja, era a consultatio. O juiz que sentisse dificuldades para pronunciar uma sentença, ou que entendia não ser competente para fazê-lo, poderia remeter os autos para o Imperador – e mais tarde também aos supremos magistrados para sentenciarem.

Para tanto, o juiz deveria, inicialmente, anunciar às partes essa intenção e, dentro de determinado prazo, deveria redigir um informe sobre todo o processo, incluindo as suas dúvidas. Às partes também era dado prazo para refutar o informe do juiz, e então o documento era remetido ao Imperador. Tudo indica que essa era uma manobra, de iniciativa dos juizes, para escapar às sanções a que estariam sujeitos caso suas sentenças viessem a ser anuladas.

No julgamento pela autoridade suprema ou por seus magistrados superiores as partes não poderiam intervir, e decerto não caberia recurso contra a sentença daí resultante. Afinal ninguém poderia sobrepor-se ao magnânimo entendimento do Imperador.

A partir de Justiniano, o juiz deveria, sempre que possível, chegar a uma condenação de dar coisa certa, ou para pagar uma quantia certa. Somente em casos excepcionais era admitido que, depois da sentença definitiva, se procedesse a outro juízo de liquidação para chegar à certeza do objeto da condenação. Quando a ação era dirigida a um fazer ou a um deixar de fazer, o juiz deveria converter a obrigação numa prestação em dinheiro, e condenar ao pagamento da soma equivalente. Assim, sempre que possível, as sentenças eram líquidas e, após prolatadas, davam lugar à actio iudicati, com a qual se iniciava o procedimento executivo.

### 3. Meios de impugnação das sentenças

Tanto no processo das ações da lei como no processo formular, em princípio, os romanos não conheciam recursos propriamente ditos, ou seja, medidas que ensejassem o reexame das decisões proferidas, tal como hoje ocorre. Por outro lado, todos os autores consultados<sup>25</sup> são unânimes

25 Mendonça Lima, op. cit., p. 4-10; Cretella Júnior, op. cit., p. 336; Scialoja, op. cit., p. 356-364.

em afirmar a existência de meios excepcionais, que poderiam ser dirigidos contra as sentenças, dentro de um determinado prazo a partir da sua prolação.

Eram eles a *infinitio iudicati*, a *revocatio in duplum*, a *in integrum restitutio* e a *appellatio* com sua correspondente *intercessio*, cujos elementos característicos são apresentados a seguir.

### 1.1 *Infinitio iudicati*

O vencido podia opor-se à execução impugnando de nulidade a sentença que contra ele seria executada. A idéia era negar que o vencedor da ação tivesse um verdadeiro título executivo.

Como um requisito para a execução fosse a existência, ao menos aparente, de uma sentença válida que poderia ser executada, essa medida se destinava a verificar se o ato que se pretendia executar, extrinsecamente perfeito, também era válido intrinsecamente. Ou seja, se não havia talvez um vício de nulidade.

A sentença pronunciada pelo juiz podia ser nula por muitas razões, especialmente formais. Assim, se alguém queria fazer valer essa sentença viciada, o demandado opunha a sua nulidade e se procedia a um juízo em que se indagava quanto à existência ou não da sentença anterior. Como resultado, verificavam-se dois efeitos: 1) não se poderia promover a execução e 2) poder-se-ia renovar a mesma lide.

Se o demandado na *actio iudicati* lançasse mão da exceção de nulidade da sentença e sucumbisse, seria condenado em dobro, pois era um dos casos em que “a lide, com a negativa, aumenta em dobro<sup>26</sup>”.

Como se vê, trata-se de um remédio jurídico totalmente diverso da apelação, pois não se pede a um juiz de segundo grau a reforma da sentença de primeiro grau, mas sim faz-se valer uma nulidade contra um ato viciado.

Por isso essa medida encontraria mais semelhança com o instituto da cassação, definido por Calamandrei<sup>27</sup> nos seguintes termos: “o recurso por cassação é uma ação de impugnação que é proposta diante do órgão judiciário supremo para obter-se a anulação de uma sentença de um juiz inferior, que contenha um erro de direito na decisão de mérito.”

### 1.2 *Revocatio in duplum*

26 “*Lis infinitiando crescit in duplum*”

27 Calamandrei, Piero. *Sintesi storica sull'origine e lo sviluppo della cassazione*. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976. p. 694.

Por outro lado a parte vencida não precisava necessariamente permanecer inerte, esperando que a parte adversária iniciasse a execução, podendo tomar a iniciativa e argüir, antes disso, a nulidade da sentença em via principal.

A expressão in duplun deve-se ao fato de que, se em lugar de esperar a actio judicati o demandado tentava impugnar a sentença e não saía vitorioso, deveria pagar em dobro a quantia na qual fora, antes, condenado.

Na verdade não é um remédio diverso, em essência, da infitiatio. A diferença está no momento em que o vencido toma a iniciativa de negar a sentença que lhe foi desfavorável.

### 1.3 Restitutio in integrum

Remédio que se poderia interpor contra o decreto do magistrado que, ao instituir o juízo, casualmente omitisse determinada exceção peremptória.

Esse meio de impugnação tinha cabimento em situações muito particulares. Mas também chegou a ser admitido contra sentenças já pronunciadas. Embora rara<sup>28</sup>, essa possibilidade existia, mas somente diante de questões altamente relevantes e sendo latente a injustiça da decisão recorrida, especialmente nos casos de erro, dolo, violência, falta de idade e perda da capacidade jurídica da parte<sup>29</sup>.

É o ato mais ousado do pretor, pois tem o condão de paralisar e aniquilar o direito civil, indo além do poder jurisdicional intrínseco de sua função. Afinal o verbo restituere tem significado maior do que somente restituir. Na verdade significa tornar as coisas ao seu estado anterior. Assim, como todos os efeitos civis de um ato podiam ser anulados por essa via, sua interposição passou a ser submetida a certas regras especiais.

De certo modo há traços de semelhança com a nossa apelação, porque o magistrado era levado a fazer uma espécie de revisão da sentença, de forma a verificar se esta ofendera realmente, de forma injusta, os interesses de alguém. Porém o resultado não era uma nova decisão, mas sim a supressão, em virtude do poder de império do magistrado, dos efeitos da sentença já pronunciada.

### 1.4 Appellatio e intercessio

28 Scialoja, op. cit., p. 359.

29 Cretella Júnior, op. cit., p. 338.

A *appellatio collegarum* consistia numa apelação perante um magistrado de igual (colega) ou maior hierarquia, ou também ante os tribunos da plebe<sup>30</sup>, por meio da qual obtinha-se a proibição de executar o ato ou, se o ato já estava executado, que não se produzissem seus efeitos.

Scialoja aponta esse remédio como um princípio geral de direito público romano, que teve ampla aplicação. Era um verdadeiro antídoto contra a onipotência do magistrado que, afora essa via, não encontraria nenhum outro obstáculo no exercício de suas funções.

E como os pretores e os magistrados romanos em geral tinham atuação tanto política como judicial e administrativa, em razão da inexistência de uma separação de poderes, poderia qualquer magistrado de igual ou superior hierarquia interceder, e os tribunos da plebe impedir, tanto a prática do ato como a produção de seus efeitos.

Um ponto controvertido é o que diz respeito à aplicabilidade desse meio excepcional em face da sentença do juiz particular. Quanto à possibilidade de sua aplicação em face do ato do magistrado não resta dúvida. Mas essa certeza já não existe com relação à sentença já proferida pelo juiz encarregado de julgar a causa.

De toda sorte a intercessão não tinha o intuito de substituir o ato contra o qual era interposta. Se era possível deter os efeitos da sentença prolatada, a sentença em si não era modificada nem destruída por essa via. Seus efeitos eram negativos, sem criar nada em seu lugar.

Esses institutos mantiveram-se ativos durante longo período, chegando até o Império, quando o novo modelo processual romano deu ensejo à possibilidade de um novo tratamento de todo o processo numa instância superior, conforme será demonstrado.

#### 4. O surgimento da apelação

Constatou-se que os remédios jurídicos oponíveis contra as sentenças até agora examinados estão todos muito mais próximos do recurso

---

30 Durante a República, para acalmar os ânimos do *plebeus* que reivindicavam o acesso aos cargos públicos em igualdade de condições com os *patrícios*, foram criadas magistraturas plebéias (o *tribunato* e a *edilidade da plebe*), que não possuíam todos os poderes das magistraturas patrícias, mas tinham o poder de intercessão, quando envolvido o interesse público (Meira, op. cit., p. 44).

de cassação do direito francês e italiano<sup>31</sup>, do que da apelação propriamente dita.

Até mesmo a *appellatio* da qual resultava a intercessão de um magistrado de igual ou superior hierarquia – inobstante a mesma denominação – em nada se assemelhava à nossa apelação, haja vista destinar-se, apenas e tão somente, a deter os efeitos dos decretos dos magistrados.

Foi somente a partir do império, nos tempos de Augusto, que começamos a ter notícia da possibilidade de levar uma questão decidida em primeiro grau perante um juiz de segundo grau, que volta a tratar do mérito da causa e encerra sua jurisdição com uma nova sentença. Aí sim temos uma situação que identifica-se com a apelação tal como hoje existe no nosso processo civil, mas que inicialmente denominava-se *provocatio*<sup>32</sup> – instituto que sofreu uma longa evolução e coexistia com os demais remédios anteriormente descritos.

Posteriormente, com o desaparecimento da antiga *appellatio collegarum*, a *provocatio* passou a ser chamada de *appellatio*.

Num primeiro momento, Augusto permitiu que se reclamasse das sentenças pronunciadas em Roma, e também nas províncias, para certos magistrados especialmente delegados por ele para essa revisão. Mais adiante foram assinalados os diversos graus da apelação, que naturalmente eram interpostas perante juízes de instância superior àquela que prolatou a sentença.

Nessa época não havia somente uma única oportunidade de apelar, mas sim a possibilidade de recorrer sucessivamente, percorrendo toda as instâncias então existentes. Essa situação só foi modificada com Justiniano o qual, tendo notado que do excesso de liberdade decorriam abusos, impediu que se apelasse por mais de duas vezes<sup>33</sup>.

Quanto ao procedimento, uma vez pronunciada a sentença, a parte podia manifestar, verbalmente, seu intuito de apelar, e nada mais precisava ser dito<sup>34</sup>. E se não quisesse exercer esse direito imediata e verbalmente,

---

31 Calamandrei, op. cit., p. 693.

32 Termo considerado como sinônimo de *appellatio*. Lima, op. cit., p. 7.

33 Lima, op. cit., p. 9.

34 Nery Júnior, op. cit., não demonstra a mesma segurança de Scialoja quanto a essa afirmação. Da página 316 consta o seguinte comentário. “Parece que no direito romano havia a possibilidade de se interpor apelação oralmente. Pelo menos nos é dada a notícia de que bastava a pronúncia da palavra *appello* para que se considerasse interposto aquele recurso.” Na seqüência admite que: “O texto de

poderia fazê-lo por escrito, mas somente em alguns dias. Tal como é regra hoje, a apelação tinha efeito suspensivo.

O magistrado de cuja sentença se recorria, por sua vez, tinha o dever de remeter a causa ao magistrado superior. E assim este ficava investido do mérito da controvérsia, devendo pronunciar a sua sentença.

Enquanto no nosso procedimento a apelação é sempre necessária, seja para se reformar uma sentença no mérito, seja para que se declare a nulidade da sentença do primeiro juiz por ser eivada de vício, no direito romano, ao contrário, a partir de quando a apelação foi regulamentada e ordinariamente empregada, nunca foi necessária contra a sentença nula. A esse respeito Calamandrei<sup>35</sup> esclarece que a própria lei fixava a consequência processual de invalidade contra a sentença que a violasse, considerando inexistente a sentença contra *ius constitutiones*.

Isto porque para obter-se a declaração de nulidade da sentença, não era necessária a apelação, já que a parte interessada poderia impugnar sua validade por um dos outros meios já estudados. A própria lei estabelecia quando a apelação seria a medida adequada.

Além dessas características, Scialoja faz alusão a outras de igual relevância, também introduzidas no período Justiniano. Em primeiro lugar, a apelação passou a não ser mais cabível contra as decisões interlocutórias, por ter-se constatado que havia se transformado num meio de procrastinação. Foi suprimida a limitação anteriormente existente que restringia a interposição do recurso de apelação a certas causas que excediam determinado valor. Quando ocorria do recurso não ser admitido, havia a previsão de um exame pela autoridade superior, tendo como objeto a revisão da decisão sobre a admissibilidade do recurso. Às partes era exigido que comparecessem perante o juízo de segundo grau para dar andamento ao recurso. E, finalmente, para a prática desses atos havia prazos fatais, no sentido de que se não fossem cumpridos considerava-se que a parte decaía do direito de recorrer.

A partir da interposição do recurso de apelação, inaugurava-se uma nova gama de possibilidades. Na verdade era como se um novo processo tivesse início. Havia a possibilidade de um novo debate, tal como ocorrera em primeiro grau de jurisdição, por ocasião do julgamento em segunda instância. Era admissível aduzir novos argumentos, bem como a produção de novas provas, de maneira que o juízo de apelação poderia fundamentar

Ulpiano (Dig. 49.4.1.7) parece confirmar essa opinião, que, de resto, é sustentada por seguimento autorizado da doutrina.”

sua decisão de forma diversa daquela realizada pelo juízo a quo.

Por outro lado a parte contra a qual se havia produzido a apelação poderia demandar também pela reforma da sentença em seu próprio benefício, pretensão que, se fosse obtida, redundaria para o apelante numa sentença pior do que aquela que pretendia ver reformada, pois não havia a proibição do *reformatio in pejus*.

Finalmente, também é digno de nota que o apelante, no caso de ser rechaçada sua apelação, estava sujeito não somente ao cumprimento da sentença e ao pagamento de custas, mas também a certas penas, variáveis segundo o período histórico considerado. Estas, em certas épocas, chegaram a ser exorbitantes, incluindo o desterro, a confiscação da metade dos bens e trabalhos forçados.

Penas dessa natureza decerto poderiam encontrar explicação no intuito de inibir a interposição de recursos pelos interessados, reduzindo a quantidade de questões submetidas aos órgãos superiores. Mas ainda que tal prática fosse reprovável sob a ótica do direito moderno, não chegou a ofuscar o brilho do instituto.

Com a *appellatio*, chegaram os romanos ao ápice da evolução do direito dos recursos. Tanto é que os alicerces por eles lançados até hoje persistem no cerne dos sistemas recursais das nações mais desenvolvidas.

## 5. Conclusão

Cada um dos períodos evolutivos do sistema processual romano refletiu os costumes, a política e a vida social existente ao seu tempo. Os modos primitivos da idade antiga espelharam-se no rigor excessivo e no formalismo das ações da lei; a República gerou o sistema de fórmulas; e o absolutismo imperial, aliado à criação de províncias e ao contato com outros povos, propiciou a formação do processo extraordinário<sup>36</sup>.

Par e passo com essa evolução sistêmica, operou-se um desenvolvimento dos meios recursais.

Ainda que haja opiniões no sentido da inexistência de meios de impugnação na Roma antiga, antes do surgimento da *provocatio* no processo extra ordinem, certo é que havia remédios de conteúdo negativo, que se por um lado não davam ensejo à reforma da sentença, por outro não deixavam de proporcionar uma revisão desta. E se impediam que o vencedor tivesse acesso às vantagens que, ab initio, esperava da ação, tinha-se mesmo, sob



esse prisma, um recurso.

De toda forma a apelação como instrumento para suspender a eficácia da sentença e provocar um novo julgamento da mesma causa, obtendo-se ao final uma nova sentença proferida por outro magistrado, como na concepção moderna, só foi mesmo implementada naquele último estágio já referido, sob o Império de Augusto.

Para finalizar, vale transcrever a reflexão de Alcides de Mendonça Lima<sup>37</sup> a respeito do verdadeiro significado de uma tal conquista e seus reflexos sobre o desenvolvimento dos meios de impugnação:

[...] os meios de ataque às sentenças, ainda que revestidos de um sentido extremamente primitivo, tinham, sem dúvida, por finalidade precípua a de tornar ineficaz a providência impugnada, libertando-se o vencido de seus efeitos, desde que utilizada a via autorizada pelos costumes ou pela lei.

Nessa manifestação de desconformidade do vencido e na possibilidade de a sentença não vingar, concentra-se a origem de todo o ordenamento recursório, se bem que, apenas séculos mais tarde, se aperfeiçoaria e se incorporaria, definitivamente, à legislação romana com os característicos e atributos peculiares que, sob o influxo de idéias renovadoras, se projetariam pelas épocas vindouras.

## 6. Referências bibliográficas

CALAMANDREI, Piero. Sintesi storica sull'origine e lo sviluppo della cassazione. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno (complemento ao curso)*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São

---

37 Op. cit., p. 10.

Paulo: Revista dos Tribunais. 1976.

MEIRA, Sílvio A. B. Curso de Direito Romano – história e fontes. São Paulo: Saraiva, 1975.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.