

IUDICATUM FACERE OPORTERE

J. M. OTHON SIDOU*

SUMÁRIO

1. *A tendência publicística de elaboração procedimental.* 2. *A execução através de manus iniectio iudicati.* 3. *O pregão ad praetorem in comitium.* 4. *A instituição do vindex como imperativo da res iudicata.* 5. *Abductus o status singular do prensus.* 6. *Interpretações de — Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.* 7. *Causas determinantes da lex Poetelia Papiria.* 8. *Raizes do procedimento formular escrito: a actio iudicati.* 9. *O iudicium iudicati in simplum.* 10. *A actio iudicati na cognitio extra ordinem.* 11. *Conclusão.*

1. O procedimento civil romano elaborou-se numa uniforme tendência publicística. E na execução forçosa judicial repousa a mais característica interveniência estatal na luta jurídica.

Tal não o afirmaram decerto excelsos romanistas do passado, porque impedernidos na então unisona teoria do processo-contrato e pouco bafejados pelas frutuosas pesquisas científicas com que o corrente século favoreceu os estudos do antigo direito.

Privada como possa ter-se desenvolvido a *actio sacramenti*, que tem suas origens na pre-historia de Roma, o absolutamente certo, é conferir à *Civitas*, uma vez organizada, e só a ela, a tarefa de compelir o cumprimento da decisão declarada por órgão seu.

Essa afirmativa não é peculiar a Roma, mas comum a todos os povos, inda mesmo nos mais inferiores estádios; desde o instante em que o clã se agrupa, tem como ponto comun a proscricção da vindita privada e passa a cooperar com o indivíduo, ou a substituir-se a êle, nas sanções que representam a justiça.

Na execução primitiva, o órgão da judicatura não era, nem pudera ter sido, um mero fiscalizador de rituais, porque já se revestia do papel saliente de sub-rogado aos indivíduos para impedir o auto-extermínio. E se a execução impusesse a materialidade primitivesca e anti-humana exposta nas XII Tábuas — morte e esartejamento do devedor — o indivíduo agia, então, não mais como o executor da vindita, porém como aqêle a quem o Estado delegara a execução de sentença sua. Mesmo em face do direito moderno, a lei atribui a ação à parte, não porque a ação deixe de ter suma im-

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife —U. F. Pe.— Brasil.

portância para o Estado, mas porque nenhum órgão estatal é mais idôneo do que a parte mesma para acionar. O indivíduo sub-roga-se, portanto, em órgão do Estado.

2. Tanto assim é que, sob a *manus iniectio*, desde quando é possível memorizá-la à execução era de todo alheio o *iudex*, órgão privado, para ser atribuído ao *praetor*, ou seja, ao órgão do Estado, inclusive nos eventuais reclamos da força pública.

No estudo da *litiscontestatio*, podemos acompanhar o ensinamento de Gaio (*Inst.*, III, 180), segundo o qual, antes da contestação da lide, o devedor deve dar (*dare facere oportere*); depois da contestação, deve ser condenado (*condemnari oportere*); e depois da condenação, deve cumprir o julgado (*iudicatum facere oportere*).

Conjecturam alguns tratadistas que a *manus iniectio* se desenvolvia sem a presença do magistrado, vale dizer, *extra ius*. Tais afirmações, gritantemente ilógicas em face das fontes, são influenciadas, indiretamente, pelo aspecto não ritualístico da outra ação executiva visando certas dívidas e alvejando coisas — a *pignoris capio*; e, diretamente, pela interpretação conexas e errôneas de fragmentos das tábuas I e III da lei decenviral, o primeiro dos quais disciplina o *vocatio in ius*, prevendo, inclusive, em caso de rebeldia, o emprêgo da força, *Si calvitur pedemve Mano endo Iacito* [Se tergiversa e trata de fugir, lhe porá a mão em cima], e o outro faz menção à *legisactio* propriamente dita. Segundo Gaio: *Per manus iniectio-nem aequè (de) his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur, lege aliqua catum est, veluti iudicati, lege XII tabularum*.¹

Enquanto a *manus iniectio* para efeito de introdução ao juízo se realizava sem formalismo, onde o devedor fôsse achado, a ação da lei se desenvolvia no tribunal quirritário e era estritamente ritualística.

Ambas eram formas coercitivas *per manus iniectio-nem*, mas uma era extra-judicial e nada tinha a vêr com a outra, cujo fim perseguido seria o cumprimento da *obligatio iudicati*.²

A *manus iniectio* sempre dependeu de julgamento prévio, e, quando *pura*, isto é, por efeito das leis *Fúria e Marcia*, para fins determinados, sempre a sentença se fazia preceder de uma cognição. Excetuava-se dessa cognição unicamente o procedimento contra o *nexus*, posto como o devedor *per aes et libram* pactuara solenemente e anteriormente, dando sua pessoa em garantia da dívida. O rito da balança e do cobre dispensaria, ou inadmitiria, um conhecimento judicial ulterior, capaz de restringi-lo na sua extensão ou de infirmá-lo.

Transcorrido o *tempus iusti* (trinta dias, segundo o princípio tabulário) sem que o devedor atendesse espontaneamente ao objeto da condenação, abria-se oportunidade ao cumprimento coercitivo da sentença ditada em

¹ Gaio, IV, 21 [Por *manus iniectio* acionavam-se tôdas aquelas causas sôbre as quais estava disposto que se acionasse assim por alguma lei, como a do julgado, pela lei das XII Tábuas.]

² Cfr. Scialoja, Vittorio, *Procedimento civil romano*, p. 151.

juízo declaratório. Se a postulação do credor se fundava em caso julgado e desde que o devedor não apresentasse *vindex* para garantir a contestação, far-se-ia supérfluo o desdobramento da instância para dar ensejo à fase *apud iudicem*. Consequentemente, a justiça fluía tão só por movimento do órgão público, sem interferência do *iudex privatus*. Desenvolvia-se, então, o descrito nas XII Tábuas, segundo a transmissão feita por Gélío: o *iudicatus* (ou *condemnatus*) era levado à casa do credor, aí permanecendo aprisionado para assistir à ocorrência de três mercados (*nundinis*), a fim de ser objeto de pregão. Se ninguém por êle solvesse a dívida, podia a seguir, passados sessenta dias, ser morto ou vendido, *trans Tiberim*, como escravo.

3. Respeitosos ao princípio de que *nundinum* é substantivo provindo etimologicamente de *novem*, adjetivo numeral, teremos que os mercados públicos romanos se realizavam com o espaço de nove dias. A lei adverte claramente que o pregão do *prensus* se devia fazer, não depois, mas durante os sessenta dias — *inter eos dies*. E se também mandava que esse pregão fosse efetuado em mercados consecutivos — *trinis continuis nundinis*, não há como fugir à afirmativa de que entre o primeiro e o terceiro pregão decorriam 17 dias. Na dependência da maior ou menor proximidade das datas de efetuação da *manus iniectio* e da primeira feira que se lhe seguisse, ter-se-á que a terceira delas se situava no mínimo no 17º dia e no máximo no 24º dia de encarceramento. E que sobravam, consequentemente, no máximo 46 dias e no mínimo 34 dias, que a todo raciocínio seriam supérfluos ao cumprimento do julgado, acaso não fôsse outro o *nisus imperiosus*.

Nada há nas fontes autorizando dizer que os três mercados se achegassem mais do início do encarceramento ou do fim dos sessenta dias. Autores há que vulgarizam a opinião segundo a qual seriam as três últimas nundinas.³ Pesa-nos dizer que é opinião em conta própria, dessas que pululam na historiografia romana, tomando corpo em função do tempo e da auréola de seus vulgarizadores. A quase totalidade de tratadistas de reputada classe, por exemplo, alude ao pregão da *summa iudicati* nas feiras em “altas vozes”, num evidente raciocínio espontâneo.⁴

Nada mais aleatório do que tais assertos. E se as cintilações fantasiosos em torno do pregão, entoado em altas vozes para uns, através de cartaz (*avec un écriteau indiquant le montant de sa dette . . .*, segundo Boyé) para outros, não pecam pelo ilogismo, quem depõe que os três mercados não deviam ser precisamente os últimos é a lógica, trivial e granítica.

Se o pregão de débito obedecia a um interesse — o reembolso do cre-

³ Cfr. Cogliolo, Pietro, *Historia del Derecho Privado Romano*, I/243; Carle, Giuseppe, *Le origine del Diritto Romano*, p. 580, nota 444; Wetter, P., an *Pandectes contenant l'histoire du Droit romain et la législation de Justinien*, I/415.

⁴ Cfr. Accarias, C., *Précis de Droit Romain*, II/685; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de Droit romain*, I/147; Huvelin, Paul, *Cours élémentaire de Droit romain*, p. 139; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Las acciones en el Derecho privado romano*, p. 23; Boyer, *Cours de Droit romain*, p. 22.

dor—, o intuito da sua maior divulgação está evidente, e êsse intuito tem o porta-voz mais ressoante no anúncio na feira, local propício à propagação do evento, dado que a feira sempre foi o encontro mercado entre a oferta e a procura.

Por mais longe que se pretenda ir com a *manus iniectio* como síntese de uma cominação penal, por mai smístico em que se tenha o ritualismo executório, convém não dissociar, da pena e do simbolismo, o sentido e o interesse econômicos da ação. Antes do mais, o *iniiciens* perseguia uma satisfação, embora ajudado, densamente, pela exteriorização do supersticioso e do místico.

A lógica, pois, fiandeira do bom entendimento, ensina que o pregão durante três mercados, no comício e ante o pretor, se fizesse ao primeiro ensejo, nas primeiras nundinas, após o *domum ductio*.

O devedor fora recalcitrante, não solvendo o débito; aplicara-se-lhe a *manus iniectio* como advertência, o que valera a prisão. Não transigira, através de pacto, e o agrilhoamento o colhera. Apregoado quanto ao fim que inexoravelmente o esperava, só lhe restaria aguardar, pelo decurso dos restantes sessenta dias, que alguém o livrasse, pagando por êle a dívida.

Com o *domum ductio*, não se exauria ainda a atuação pública de alçada do magistrado. Nem deveria ser êle, daí por diante, um mero espectador, como tampouco o houvera sido durante o cerimonial da *legisactio*, em que pese à opinião em oposto de reputados romanistas, sobrelevando Carreli.⁵

Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium . . . — diz com desejável clareza a lei tabulária. Durante os sessenta dias de aprisionamento, escolhia o credor três feiras seguidas e nelas, perante o pretor, apregoava o devedor pelo que devia. Observe-se que êsse pregão dispensava o enunciado de fórmulas, como não ocorria com a atuação no tribunal, e conclua-se que não era exigida a presença do pretor com o só escopo de policiar o *agere per legitima verba*, como raciocina Carreli.

A citada disposição tabulária comporta menos sofismas do que deduções congruentes. Os mercados seriam ininterruptos, mas não necessariamente os últimos do período, como já o ressaltamos. E assim ocorrendo, evidenciado está que a intervenção do solvente, para liberar o cativo pelo justo preço, também não se exigia necessariamente durante os ditos mercados. O desate do vínculo não requeria maior solenidade para que o credor liberasse o devedor. Nesse aspecto, os sessenta dias correspondem ao mesmo imperativo que os decênviros imprimiram ao legislar em tórno dos *triginta dies iusti*, a que alude a tábuas III, 1: uma concessão a que, agora, já não o devedor feito *prensus*, mas alguém, de laço familiar, gentilício ou paternal, pudesse conseguir dinheiro, na expressão de Gelio, *Noites Aticas*, xx, 1,43 — *conquirendae pecuniae causa*.

4. Posta está, assim, a dessemelhança entre as duas instituições peculiares

⁵ Carreli, Odoardo, *La genesi del procedimento formulare*, pp. 67 y ss.

à ação procedimental executiva, a do *vindex* e a daquele que ocorre para livrar o cativo, durante os sessenta dias, instituições ademais só assemelhadas na ação de reembolso (*actio depensi*), que tanto um como o outro detinham contra o devedor principal, a ser promovida em seis meses.⁶

O *vindex* é carta do naípe judiciário,⁷ figura análoga à do *procurator* ou *defensor*, que se encarregava de provar que a sentença em virtude da qual a *manus iniectio* se exercia, não era válida.⁸ Sua instituição confirma o caráter punitivo da ação de lei executória para o julgado; empresta veracidade à afirmativa do interêsse do Estado pelo cumprimento da decisão ditada por órgão seu, enquanto fala pelos sentimentos primevos de respeito à liberdade do homem que afloraram no direito romano, em grande parte tão bem retratados nas XII Tábuas. O simples pagamento do importe por que se ajuizava não lhe conferia ou não lhe completava essa condição, que, parece, só se caracterizava com a emissão da fórmula da *manum depellere*, pelo *vindex* enunciada, na fase *in iure*, com formalidade e ritual simétricos ao *manum iniicere* do autor e após as declarações solenes desse, tendo em conta que a ação da lei era ritualística por excelência e, assim, obediente à fórmula pre-elaborada.

Não nos chegou ao conhecimento a fórmula oral dada ao *vindex*, para interromper o autor. Huschke propõe-na assim: "*Quod ille tibi iure iudicatus ([sive] damnatus) non est sestertium X milia, quandoque ea solvit, ob eam rem ego illi sestertium X milium iudicati manum depello*. Entretanto, ela pouco pode aclarar quanto ao procedimento na fase *apud iudicem*, inclusive se a sentença nessa fase pronunciada daria lugar a nova *actio* executiva ou se voltaria simplesmente ao pretor, para execução sem mais formalismo.⁹

Sobretudo porque, com o advento da lei *Valia*, cuja data, sem ser precisa embora, pode fixar-se em derredor do VI século de Roma, se ampliou a autocontestação, reduzindo-se a interveniência do *vindex* às pendências já anteriormente apreciadas em fase cognitória e às ações concedidas ao *sponsor* para haver as quantias desembolsadas.

Como quer que seja, mercê da intervenção do *vindex*, o procedimento,

⁶ Gaio, *Inst.*, IV, 22.

⁷ Festus, Vº: *Vindex ab eo, quod vindicat, quod minus is, qui prensus est ab aliquo, teneatur*.

⁸ Bethmann-Hollweg, cit. por Demangeat, Charles, *Cours élémentaire de Droit romain*, I/546.

⁹ Problema apaixonante no estudo da *manus iniectio indicati* consiste em saber como se desenvolvia a fase final da instância aberta em decorrência do *manum depulsio*. Se o *vindex* representava a figura de um *procurator*, sua intervenção daria lugar a um *iudicium* apreciado na própria *manus iniectio*, assim submetida à decisão de um *iudex*. Se, ao contrário, sua presença tinha o dom de operar uma transmutação obrigacional, outra ação da lei seria de conhecer do vínculo entre o devedor novo e o credor da obrigação originária. Preferimos considerar que o *vindex* se equiparava a um *procurator* e assim, coerentemente, entendemos que a *manus iniectio* era, como as demais ações da lei (exceção da *pignoris capio*) passível da mesma bicefalia instancial peculiar ao procedimento privado.

de executivo se fazia declaratório, colocando o credor na contingência de provar as afirmativas que, por conta de apodícticas, fizera.¹⁰ Jhering ensina que era a intervenção do *vindex* que assegurava à *manus iniectio* a sua condição material de ação da lei.¹¹

Tito Livio, nas *Décadas*, VI, 4, narra acêrca de Manilius intervindo em favor de um centurião cheio de glórias militares e submetido à *manus iniectio* por um credor argentário. Tendo pago o débito, Manílio mandou-o embora *solutio per aes et libram*, diz o historiador. Com essa atitude, Manílio não se converteu em *vindex*, porque não interveio na *manus iniectio*, contestam os mestres romanistas; terá cometido uma ação nobre, mas o pagamento não significa dizer que se tenha sub-rogado na obrigação. Todavia — queremos nós, detinha Manílio a *actio depensi* para o reembolso.

Sem modificação embora no seu estatuto pessoal, o demandado não podia repelir a mão do autor, objetando-o na sua pretensão, porque tal oportunidade já lhe havia sido oferecida ao ensejo da ação condenatória (*l.a. per sacramentum* ou *iudicis postulatio*). Já teria sido precedentemente estimado na sentença o mérito da pretensão do autor, de modo que a estrita conceituação da *res iudicata* impedia, de todo, nova negativa da parte do *iudicatus*. Daí ter-se fixado no *vindex* uma via indireta de defender a liberdade, sem a quebra aparente da coisa julgada. E daí os encargos a que se expunha o interruptor temerário, acaso a prova não satisfizesse, arrostando o risco do dôbro de todo juízo contraditório, em obediência ao princípio de que — *lis infitiando crescit in duplum*, e o de resignar-se a acompanhar a sorte do devedor principal, acaso não satisfizesse, como *vindex*, o importe por que se executava e de cuja prova decaíra.¹²

Unger, escudado decerto na afirmação contida na Nov. XVIII, tit. 5, c. 8, de que provém da lei *Aquila* (ano 468 U.c. = 286 a.C.) a condenação em dôbro, levantou dúvidas quanto à responsabilidade do *vindex* para o *duplum*. Cuidamos que não deva prevalecer êsse argumento, que é fragili-

¹⁰ Cfr. Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho romano*, p. 129.

¹¹ Jhering, Rudolph von, *L'Esprit de Droit romain dans les diverses phases de son développement*, I/125.

¹² A posição do devedor originário em decorrência da atuação do *vindex* é passível de dúvidas para os romanistas, e já o fizemos sentir em a nota 9, *supra*; Giffard, A. E., *Précis de Droit romain*, I/108, inclina-se em favor da ideia de que o *vindex* se sub-rogava inteiramente na situação do devedor, o qual ficaria em definitivo liberado e fora da causa. Assim entende, em respeito a dois argumentos. O primeiro, extraído das XII Tábuas mesmas, no fr. 3 da tam. 3 — *Ni iudicatum facit aut quis endo eo (in iure), vindicit, secum ducito*. Deixa-se entrever que a liberdade do *iudicatus* só se faria ante duas ocorrências: a) solvimento do débito; b) intervenção do *vindex*. O pagamento, explica Giffard, mostra-se na mesma linha da intervenção do vindicador; uma e outro, portanto, põem fora de ação o devedor. O segundo argumento respeita ao antigo direito comparado; na maior parte dos direitos primitivos, todas as vezes em que uma pessoa é submetida à vingança de outra, ela se subtrai definitivamente da submissão oferecendo um refém, que responde inclusive com a própria vida. Preferimos não concordar com o raciocínio do emérito mestre de Paris, assim mantendo fidelidade a ponto de vista já expresso, seguindo as lições de Jhering, Bonfante e Arangio-Ruiz.

mo inclusive nos seus fundamentos — a citação justiniana — porque parece certo dizer que decorre das XII Tábuas mesmas a *poena dupli* por *infitiatio*. É a passagem de Cícero, *De Officiis*, III, 16, que o esclarece: “*Nam quum ex XII (tabulis) satis esset, ea prestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatulus esset, dupli poenam subiret.*”¹³

Mas o crescimento da lide para o dobro, no que se relaciona com a intervenção do *vindex*, não é também uma decorrência de só punibilidade; é resultante da transmissibilidade obrigacional operada, embora uma falsa-transmissibilidade. A dois efeitos conduzia, na prática, a *manum depulsio*: um, direto, o estancamento da execução, com a liberdade do demandado; outro, indireto, a obrigação de provar a invalidade da *manus iniectio*. Subjetivamente, porém, a intervenção representava para o autor a perda do crédito originário contraído como *iudicatus* e a aquisição de um crédito novo (melhor dizendo, o *iudicatum facere oportere* retrocedia ao *dare facere oportere* etapa da expectativa de direito), fundado no eventual malogro da *manum depellere*, o que equivalia a um delito, pelo qual o *vindex* se obrigava.

Papel de *vindex* podia exercitar o pretor mesmo, quando, persuadido do êrro formal ou substancial da demanda, não visse acorrer em favor do demandado o interruptor capaz de neutralizar o iminente *domum ductio*.¹⁴ Esse movimento pretório paraleliza-se com o *denegare actionem*, que, na ação da lei em estudo, só podia evidentemente ter ensejo depois de articulado pelo credor o objeto da sua pretensão. Assim, o pretor podia, de plano, negar a ação, simplesmente, quando formalmente incorreta; e podia (subrogando-se na figura do *vindex*) mandá-la apreciar pelo *iudex*, quando substancialmente infundada, só após o que expedia o *domum ductio*.

Nesse último caso, a condenação seria *in simplum*, pois que não se caracterizaria uma *infitiatio*, e só ela, através de intervenção injusta no procedimento (*vindex iniustus*) é que, por ser considerada um delito, levava ao *duplum* condenatório. Com o advento da lei *Valia*, pondo termo à instituição do *vindex*, e dado caráter de regra à *manus iniectio* sem garantidor, o interrompimento temerário da execução pelo próprio demandado persistiu revestindo a condição de delito. A famosa lei terá apenas operado a simplificação do procedimento, proscrevendo a figura do *vindex*, para permitir ao próprio demandado levar a termo a contestação, com todos os seus percalços.¹⁵

¹³ Em favor do *periculum dupli* generalizado na *m. iniectio*, Cfr. Maria, Pierre, *Le “vindex” dans la “legis actio per manus iniectioem” et dans l’ “in ius vocatio”*, p. 115; Vêr também Cuq, Edouard, *Les institutions juridiques des Romains*, I/428; Scialoja, *Op. cit.*, supra, nota 2, p. 277. [Segundo as XII (tábuas) bastava fazer o que se houvesse mencionado por palavras, pois quem o negasse devia sofrer a pena do dobro].

¹⁴ Wenger, *Actio*, p. 155, núm. 28.

¹⁵ Rudorff, contesta o crescimento em dobro quando a *manus iniectio* se revestisse de condição declarativa, ou quando se tratasse de *manus iniectio pura*, isto é sem *vindex*. (Cfr. Maria, *Op. cit.*, supra, nota 13, p. 49).

Se o *vindex* era a figura que dava vida material à *manus iniectio* como ação da lei, como alguém que se declara disposto a lutar judicialmente no interesse de outrem — *vim dicit in aliquo* — o quitador, ao diverso, era a figura angular na economia da execução pessoal desde as suas vertentes, e seria bem aceito, tal como o fôra Manilius, para rechaçar a atividade do credor, do instante do *domum ductio* ao da morte do devedor ou da sua venda como escravo. E como as dívidas de ontem como as de hoje não têm por que diferir, era êle o promovedor da satisfação que pontuava todo o desate obrigacional. Irrelevante embora qualquer dúvida a respeito, não se errará em afirmando que a presença do liberador do *premsus* através do pagamento é de ordem natural; nasceu com o instituto da transação; ao passo que a instituição do *vindex*, perdida embora nas brumas da história, é produto de adiantada elaboração jurídica, tanto que não resistiu aos impactos de renovação da *lex Poetelia*, vindo a lei *Valia*, surgida ao depois dessa, a abolí-la.

5. Afirmamos que a *actio* executiva não se exauria com o *domum ductio*. É de observar agora que o decreto pretório tornando prisioneiro o devedor não interferia com o seu *status* pessoal e êle continuava *sui*. Com o *nexus*, o *premsus* mantinha situação paralela, não idêntica, uma vez que aquele era escravo de direito, embora não o fosse, ou pudesse não o ser, de fato, e o devedor o era de fato, mas não de direito. Tampouco era, de pronto, *addictus*, no que só se transformava (escravo de fato e de direito, *alieni iuri*, pois) ao cabo de transcorrido o período dos sessenta dias.

Argumentar-se-á que, autorizando o *domum ductio*, o pretor empreendia uma *addictio*. Ora, a *addictio*, oriunda do *addico*, que, com o *do* e o *dico*, são têrmos sacramentais que o procedimento das *legis actiones* punha nos lábios do pretor em razão do *imperium*, há-de ser tomada em conceituação amplíssima, como qualquer emissão ritual. Tal como o *do* deve entender-se por “eu digo o direito” e *dico* “eu promulgo o edito”, *addico* não pode restringir-se ao sentido da linguagem corrente, porque é símbolo, tendo em conta o simbolismo do procedimento e do reduzido número de palavras obrigatoriamente emitidas nas ações da lei.¹⁶ Zimmernn confere a *addico* o conceito de “eu invisto o juiz na faculdade de julgar”, já então denotando outro sentido que não só o de simples adjudicação de coisa.¹⁷

Os léxicos consignam *addictus* como o que é arrematado, vendido, destinado ou obrigado e sujeito a outro. Horácio emprega a expressão acêrca do indivíduo condenado a ser tragado pelos leões. Quintiliano alude-a com referencia aos devedores obrigados por sentença a servir a seus credores até pagarem (situação peculiar ao *nexus*). *Addictus tenes* — consigna Plautus, o que se traduz por: é todo vosso. *Addictus, a, um*, adjetivo partitivo, correlaciona-se com o verbo — *addico, is, ctum, etc*, que, segundo Cicero,

¹⁶ Sidou, *Abductus*, p. 80.

¹⁷ Zimmernn, citado por Amazonas de Figueiredo, *Tratado de Direito romano*, p. 97. núm. 7.

quer dizer — determinar por sentença a quem pertence a coisa sôbre que se litiga, e ainda, condenar à morte.

Abductus goza, linguisticamente, de diversa conceituação, mais real para o objetivo que se quer qualificar. Relacionado com o verbo *abducere*, que quer dizer — levar por força, Tito Livio emprega-o por “levar violentamente”. Cícero, *in Verrem*, 5, 125, usa o adjetivo (*abductus, a, um*) na acepção de conduzido, trazido, arrastado; e Vergílio na de puxado, tesado, entesado.

A perda de liberdade, nos sessenta dias seguintes à *domum ductio*, autorizada pelo magistrado, não influa na capacidade civil do devedor. São as XII Tábuas que assim nos obrigam a deduzir, através de uma passagem significativa: *Erat autem ius interea paciscendi*, trecho que, por sua disposição (tábuas III, 5), autoriza entender que o direito de transigir independia da já ser ter consumado o *domum ductio*.

A satisfação do débito por meio da prestação de serviços é imemorial e comum aos antigos direitos, assim reconhecida por outros povos, com precedência milenar. Na prática, devera ter sido o que ocorria: o pacto de o devedor trabalhar durante certo tempo para o credor, não como escravo, mas como homem livre, até a liquidação do débito por esse meio de paga.¹⁸ Os *nexi qui bonam copiam iurarent* eram também mantidos em liberdade; escravos só de direito.

Mas não é só o direito de transigir e a sua posição como fora inculpido nas XII Tábuas, que assegura a imutabilidade do *status* do *prensus*. Sobreleva mais o raciocínio a passagem em que a lei permite a esse viver às suas expensas: *Si volet suo vivito*, porque, além de o *capitis minutus* não gozar do direito de vontade, já teria, em consequência mesmo do novo estado, perdido os seus bens, não podendo, portanto, viver do seu.

O pormenor não passou despercebido a Edouard Cuq e a Moritz Voigt, aquele assegurando que foram as XII Tábuas mesmas que distinguiram o *nexus*, o *addictus* e o *abductus*, concentrada a vida desse no período dos sessenta dias em que permanecia aprisionado em casa do credor aguardando sua sorte.¹⁹

Ocorrendo que o *prensus* não empreendesse pacto com o seu credor, e, ainda, que ninguém atendesse ao pregão para solver-lhe a dívida, depois de transcorridos os sessenta dias seria morto ou vendido como escravo além-Tibre. Só nesse caso seria *addictus*.

6. A densa maioria de romanistas, de ontem como de hoje, prefere atribuir às expressões de Gélio com respeito a *partis secanto* o valor textual. Para tanto, o mais ponderoso dos argumentos se ergue: o não haver a mais leve traço de que a lei tabularia tenha conhecido e muito menos sancionado a prática do patrimônio responder preferentemente pela dívida e dela

¹⁸ Cfr. Huvelin, *Op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 140.

¹⁹ Cfr. Cuq, *Op. cit.*, *supra*, nota 13, I/427, propondo o termo —*abductus* e ensinando que Voigt, *Geschichte der röm. Exekutionsrechts*, p. 88, propõe o termo —*domum ductus*.

exonerar o devedor. Se êsse argumento não bastasse, outro lhe rivaliza em estatura, o direito comparado dos demais povos primitivos, entre êles o dos Escandinavos, que adotam o princípio de morte ao devedor insolvente.²⁰ Acontece que não deflui só do autor das *Noites Aticas* o debuxar da *horrificam atrocitatis*. Aludem-na também Quintiliano, nas *Institutionem oratore*, III, 6, 51, reconhecendo que foi norma repudiada pelo sentimento público, e Tertuliano, na *Apologetica*, c.4, ajuntando êsse embora que — *consensum tamen publico crudelitas postea erasa est, et in pudoris notam capitis poena conversa est bonorum adhebita proscriptione*.*

A relutância de Anêo Roberto em prosseguir acolhendo a teoria tradicional determinou as objeções tendentes a reformulá-la, surgindo a da divisão do patrimônio do devedor (Pothier, séc. XVIII; Heinecio, Huschke, Schulin, Maynz, séc. XIX); a que propõe o entendimento de *partis secanto* como a divisão dos serviços do devedor (Desidério Heraldo, no séc. XVII); a que se inclina pela divisão do produto da venda do devedor em leilão (Bynkershök, no séc. XVIII); finalmente a que adota a divisão mística do corpo do devedor, assim votado aos deuses infernais, em sanção meramente religiosa, ditada pelo horror ao insepultamento dos mortos (ousada e moderna teoria de Levy-Bruhl).

Se partirmos do pressuposto de que se entende por delito ou ato ilícito a lesão de bens jurídicos alheios, e de que a lei pode regular os delitos conglobando todos os supostos delituosos numa categoria geral única, prescrevendo que tôda lesão de direitos alheios origine para seu agente a obrigação de ressarcimento ou de pagamento de uma pena, mais facilmente compreenderemos o sentido punitivo emprestado ao inadimplemento contratual por dívida (assim convertida em obrigação nascida de ato ilícito, como o fora na infância do direito); ao mesmo tempo em que seremos compelidos, por lógica, a mesclar no conceito de *furtum* o não pagamento da dívida.

É oportuno também advertir que a primitiva fonte de obrigação romana foi o delito e que andavam em par tanto a extinção das obrigações que nascem do contrato como as que se originam do delito. Com efeito, o pagamento (*solutio*) era o meio normal para o deslinde obrigacional, qualquer que fosse a origem da obrigação, acrescida de pena quando nos delitos. Temos que supor que nesse período antigo do nosso direito, não existiu o conceito específico de uma responsabilidade contratual; o incumprimento

²⁰ Citam-se ao acaso, oferecendo interpretação textual à locução *partis secanto*: Wenger, Jobbé-Duval, Huvelin, Monier, Bry, Girard, Pacchioni, Cornil, Arangio-Ruiz, De Francisci, De Visscher, Mommsen, Bonfante, Ortolan, Hölder, Van Wetter e Giffard, desse último partindo o argumento com base no direito comparado dos antigos povos.

* [...] por público consuetudinário se suprimiu depois esta crueldade e a pena capital se converteu em uma nota de ignomínia, adotando-se em seu lugar a proscrição dos bens.]

dos deveres que os contratos impunham se estimava como ato ilícito, como engano ou infidelidade.²¹

O compêlimento à buscada *solutio* era alcançado através de um só meio em todos os *delicta*: — a *manus iniectio* — quer para o *furtum manifestum* (o *furtum nec manifestum* impunha uma precedente *actio sacramenti*), quer para os danos sancionados pela lei *Aquilia*, quer para as injúrias estimadas pela pretória *actio de iniuriis aestimandis*, quer, enfim, para as injúrias por lesão material (*membrum ruptum, os fractum*) arcaicamente conservadas nas XII Tábuas.

Não pagar o débito ao termo do compromisso importava em *delictum* e a omissão se equiparava ao *furtum*.

A resistência à interpretação literal do texto tabulário — *tertiis nundinis partis secanto Si plus minusve secuerunt, se fraudo esto* — é explicada pelos romanistas modernos (ressalte-se Scialoja) em razão do ponto em que nos colocamos hoje, enxergando uma nítida distinção, outrora não visualizada, entre o direito civil e o elemento penal no procedimento executivo.²² Não é outro o raciocínio de Jhering:

O devedor que insultasse os seus credores, evitando por todos os meios solver a dívida, na persuasão de que eles não o executariam aplicando-lhe penas desumanas, teria de se convencer do contrário, por experiência na própria carne... Antes que chegasse aos braços e às pernas, a obstinação do devedor estaria decerto vencida, ou melhor, a compaixão de seus parentes e amigos vinha em seu auxílio.²³

É de observar, nesse crivo moral reparador, um bastante ponderoso conteúdo de ordem social. A comunidade romana, em toda a sua elaboração como Cidade, manteve e indivíduo grupalizado; inspirava-se numa nítida inclinação de apoioamento no grupo familiar. Antes da formação da *Civitas*, a família apresentava-se como um grupo fechado, que assegurava a vida de seus membros e procurava defendê-los contra os vizinhos, considerados como inimigos.²⁴

A execução, que se não podia dirigir de imediato contra o patrimônio, porque tanto era desconhecido na época, perseguia todos os meios tendentes à reparação condenatória de ordem pessoal, o último dos quais em escala, de todos o mais eficiente e persuasivo, seria, sem dúvida, a morte do devedor.

Por isso não se tem notícia da aplicação da pena de morte com o esquartejamento do devedor, como depõem em unanimidade os pesquisadores. Mas não se tem notícia até onde chega o nosso conhecimento da pre-história de Roma. Poderemos acaso afirmar, em sã consciência, que nunca

²¹ Cfr. Huvelin, *Op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 138 núm. 1.

²² Scialoja, *Op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 287 ss.

²³ Jhering, *Op. cit.*, *supra*, nota 11, II/105.

²⁴ Nobrega, Vandik Londres da, *História e sistema do Direito privado romano*, p. 33.

a chegaram a praticar os Etruscos, de crônica um povo cruel e que tão larga influência exerceu na civilização romana? Porque muito pouco provável é só tenha sido inscrita a pena nas tábuas da lei para efeito de advertência.

7. Entretanto, de há muito o rigor executivo embrandecera com o surgimento da mui famosa *lex Poetelia Papiria*, que a historiografia romana aponta como o limiar duma nova era para a plebe²⁵ e que operou a patrimonialidade do procedimento executório.

Desde então, o devedor eximia-se da *addictio* jurando possuir bens suficientes a solver a obrigação, na prática da *bonorum praescriptio* e da *bonorum venditio*.

Manteve-se, todavia, em diferentes aspectos, a execução sôbre a pessoa, donde ser errôneo apontar na famigerada lei a revogação da *manus iniectio*.²⁶ Seria defeso matar, porque — *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*,²⁷ diria a famosa lei. Porém ao credor seria lícito tolher a liberdade do devedor, numa sanção que, por ser meramente individual, podia conduzir, como nas modernas relações obrigacionais conduz, ao único resultado almejado, a satisfação do crédito, independentemente de provocar, ou não, o sentimento do grupo.

A *lex Poetelia* não revogou a *manus iniectio*. Seria, com efeito, pouco crível que, em plena fase do procedimento sob as ações da lei e pelo menos dois séculos antes da vulgarização do sistema formulário escrito, fosse esse procedimento amputado do seu único meio coercitivo da aplicação da sentenças.

Mais ce serait mal interpréter les expressions d'historien (Tito Livio) —re-darguiria Ortolan— que, d'en conclure que la même loi supprima aussi la captivité des *addicti*, c'est-à-dire l'exécution forcée contre la personne du débiteur, au moyen de l'action de la loi *manus iniectio*. C'est le *nexum*, seulement que est modifié par la loi Poetelia, il n'est plus permis d'engager *per aes et libram* à son créancier que ses biens, et non sa personne.²⁸

O que se deve ter por certo é, não que a *lex Poetelia* haja revogado o instituto do *nexum* ou a *addictio* e muito menos a *manus iniectio* ou as execuções recaindo sobre a pessoa; mas que ela, atuando indistintamente sobre o patrimônio, em primeiro lugar, e sobre a pessoa, em falta daquele,

²⁵ Segundo Varrão (L. I, VII, 105), a *lex Poetelia* adveio no ano 441/313. Tito Livio (L. VIII, 28) atribui-a ao ano 428/326. Como quer que seja, ela precedeu a instituição do pretor peregrino.

²⁶ Entre outros, Gangi e Boyer, *Op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 22.

²⁷ Livio, 8, 28: [o que está sujeito à dívida são os bens do devedor, não o seu corpo.]

²⁸ Ortolan, J., *Histoire de la législation romaine*, p. 160. Merece observar que Mackeldey, Bonjean, Ortolan e Accarias, em suas obras clássicas, empregam *Petilia*, assim enunciando denominação diversa à que historicamente foi dada à lei *Poetelia*.

se orientou no sentido de fazer da pessoa objeto de coação, não mais de satisfação.²⁹

Ademais, a *lex Coloniae Genetivae Iuliae*, do ano 710/44, atesta o emprêgo da *manus iniectio*, ao prevenir, no fr. LXI: *Cui quis ita manum iniicere iussus erit, iudicati manus esto itaque s(ine) f(raude) s(ua) facere licet vindex arbitru Ilviri quive i(ure dicundo) p(raerit) locuples esto.*³⁰

Com o admirável dom de síntese dos antigos, Tertuliano, na *Apologética*, retratou, em poucas palavras — o que todo um livro levaria para interpretar — o sentido sócio-econômico dos institutos executórios ideados pelo direito clássico: *suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere*; preferiu-se chupar o sangue do homem a derramá-lo...

Hoje é possível distinguir melhor as concausas que impuseram uma transformação tão profunda no capítulo das obrigações.

Parece óbvio que não foi o requinte da civilização romana que pretendeu voltar o rosto, horrorizada, ao caráter punitivo que, desde as origens do direito, marcava o incumprimento obrigacional.

Uma das determinantes da transmutação operada no processo executivo, atuando de preferência sobre os bens do executado e não sobre o seu corpo, deve ser pesquisada na própria expansão de Roma. Outra, que decorre da antecedente, merece ser apontada na paulatina quebra do hermetismo quiritário, deixando-se penetrar pelos anélos de um mundo exterior convidativo à objetividade e ao utilitarismo.

O aproveitamento, pelos decênviros, do velho *mos* tendente a levar a execução até a morte e o esquarteramento do devedor, fez-se anacrônico, à época mesmo de sua inscrição nas tábuas da lei.

Feito norma escrita o costume, terá valido como um refreio de ordem privada bastante eficiente. O mais eficaz dos meios dados ao credor para satisfazer-se de seu crédito seria a perspectiva de morte do devedor, por afetar o sentimento do grupo, obrigando-o a remir seu componente. O anti-humano de que se revestia a *manus iniectio* neutralizava-se, numa sociedade na qual era impossível viver sem coexistir, e em que os indivíduos se deviam recíproca assistência.

A *lex Poetelia* não objetivou suprimir apenas uma crueldade de tempos ultrapassados, mas entremostrou, tão só, o afrouxamento dos vínculos agnáticos que davam coesão ao grupo familiar. À medida em que o desenvolvimento econômico possibilitava uma vivência individual, enfraquecia a solidariedade. Primeiramente, a propriedade, de coletiva, tornou-se individual; depois o indivíduo foi adquirindo direitos pessoais e, pela recíproca, obrigando-se também pessoalmente.

²⁹ Cfr. Scialoja, *Op. cit.*, supra, nota 2, p. 287; Maynz, Charles, *Cours de Droit romain*, II/566 et passim; Demangeat, *Op. cit.*, supra, nota 8, p. 153; Bonfante, *Institutiones de Derecho romano*, p. 30; Arangio-Ruiz, *Ops. cit.*, supra, notas 4 y 10. p. 133 e 114; Hölder, Odoardo, *Istituzioni di Diritto romano*, p. 113.

³⁰ Girard, Paul Frédéric, "Lex Coloniae Genetivae", in *Textes de Droit romain*, p. 88.

8. Outro pormenor diz com a técnica da execução: a *manus iniectio* foi sempre absolutamente civil, e, acolhida nas XII Tábuas, regia apenas para os cidadãos romanos. Consequentemente, só podia ser solicitada nos juízos legítimos. Na *iurisditio peregrina* não havia lugar para o meio legítimo de execução através da ação da lei, e assim a execução pessoal também tinha que fundar-se em normas honorárias, “sem caráter formal”, isto é, sem *actio*.³¹

Fácil é concluir que, como o pretor dos peregrinos (segundo as opiniões mais vulgarizadas) se atribuiu a introdução das fórmulas escritas, quando oferecia instruções aos *recuperatores* (Huschke), a êle, pretor, também se pode atribuir o emprêgo do decreto executório, quando dava instruções para o “procedimento sem caráter formal” aos mesmos juizes colegiados. Também é fácil situar aí a gênese de uma *actio* distinta, que o período formulário acolheria como *actio iudicati*.

Como quer que seja, dois séculos depois das XII Tábuas, a satisfação executória sobre a pessoa perdera de todo o seu sentido prático. Daí a sua transmutação, passando a perseguir o patrimônio.

Descrevendo a nova condição decorrente da *lex Poetelia*, Sohm preleciona que o devedor continuava livre em relação ao credor; ficava situado no mesmo plano jurídico que êle. Não podia ser forçado a nenhuma ação coativa privada por parte do credor. A sua liberdade pessoal era irrenunciável; por nenhum negócio aleatório poderia ela ser posta ao arbítrio de um particular; somente o Estado (por efeito de provocação do credor) poderia coagir o devedor.³²

Como a fórmula escrita utilizada pelo pretor peregrino na fase das ações da lei converteu-se em *actio* declarativa, o decreto escrito “sem caráter formal” (*addictio*), expedido por efeito do caso julgado, obviamente converteu-se em *actio* executiva. Assim, a *actio iudicati* formulária fez-se o perfeito sucedâneo da (*legis*) *actio (per manus iniunctionem) iudicati*³³ e com ela coexistiu, pelo menos na larga faixa de tempo interposta entre as leis *Aebutia* e *Iulia*, no seguimento do “concurso eletivo” que há-de ter prevalecido nos juízos legítimos, até a completa proscrição, pelo desuso, das ações da lei.³⁴

Puchta ensina que a *actio iudicati* tomava a marcha costumeira de toda *actio* seguida de um *iudicium*. Essa fase *apud iudicem* só se fazia necessária ante uma negativa, pelo demandado, de um direito perseguido pelo autor,

³¹ Cfr. Wlassak, *apud*; Wenger, *Op. cit.*, *supra*, nota 14, pp. 96 y ss.

³² Sohm, R., *Institutiones de Derecho privado romano*.

³³ Cfr. Wenger, *Op. cit.*, *supra*, nota 14, pp. 96 y ss.

³⁴ A prática do “concurso eletivo” entre o sistema formulário oral e escrito tem suas vertentes na lei *Silia*, para efeito da *condictio* em face da *sacramentum*. Entendemos que esse concurso, no período entre o conhecimento das fórmulas escritas, notadamente desde a lei *Aebutia* e a sua aplicação oficial (lei *Iulia*), não se fizera arbitrário, ao só critério das partes demandantes, mas só em vista de situações novas não previstas. Prova está em que foram as ações de *intentio* mais simples as que mais resistiram à aplicação do sistema formulário.

sendo lógico, portanto, classificá-la entre as demandas em que se provocava um novo debate judicial sobre a pretensão já debatida, *infitiatio duplantur*. Assim, o *iudicium iudicati* (procedimento executivo na sua complementação, depois da entrega da fórmula)³⁵ só conduzia a duas eventualidades: *absolutio rei* ou *condemnatio rei in duplum*.

Para efeito de esclarecimento, façamos um repasse de como se desenvolvia o procedimento *per formulas* ante o pretor.

Ato contínuo ao *edere* preparatório (extra-judicial), não conhecido na fase das ações da lei, e, eventualmente, ao *in ius vocatio*, se aquele fosse inatendido, abria-se o primeiro tempo procedimental ante o pretor com a *edictio actiones* (ou *actionem iudicati edere*), pedido de aceitação da fórmula (=ação) ao magistrado, tal como fora projetada pelo autor,

A primeira intervenção pretoria consistia na *actionis impetratio*, ensejo em que, ou atendia a pretensão do autor, *actionem* (=iudicium) *dare*, ou não a atendia, *actionem denegare*.

(Desde o *edere* ante o pretor, entrava em elaboração a *litis contestatio*, mas, face à satisfação do demandado ao autor, verificava-se o exaurimento da instância.)

O movimento de atribuição do demandado representava-se na *contradictio*. Suas declarações conduziam à *confessio*, ora por reconhecimento expreso, ora pelo silencio do demandado (*actionem recusare?*), eximindo-se de participar na organização da instância. E podiam coduzir também à *infitiatio*. Em ambos os casos de *confessio* (equiparada ao que se não defende (= *indefensus*), o pretor expedia o decreto executivo (*duci iubeo*) e se registava o exaurimento da instância.

A *infitiatio* podia ser promovida por queixa ofensiva de nulidade da sentença, cujo onus da prova competia ao autor; em carácter parcial quanto à pretensão; ou através de *exceptiones*.

A última intervenção do pretor consistia na *institutio iudicis*, representada na *actionem* (=fórmula) *dare* e no *accipere iudicium*, entrega e aceitação da fórmula, momento culminante da *litiscontestatio*.

Exposto ficou que a *infitiatio* levava a duas situações:

a) o demandado negava os fatos fundamentais em que a sentença se firmara, isto é, atacava-a por nulidade, e, assim, teria lugar um procedi-

³⁵ *Iudicium* é o ato continuativo do processo, isto é, o processo inteiro, incluída a fase *apud iudicem*. *Iudicium iudicati* é o procedimento executivo na sua complementação. O *iudicium* existia desde o momento da concessão pelo pretor e aceitação da fórmula pelo autor. *Actio iudicati*, portanto, é o todo, desde o *edere*; e *iudicium iudicati* é a *actio* depois da entrega da fórmula. Pode, destarte, haver *actio iudicati* sem *iudicium*, desde que haja o exaurimento da instância pela satisfação dada ao autor pelo demandado; ou pela expedição de *duci iubere* em face da *confessio*; mas não pode haver *iudicium* independente da *actio*. [Se consta que Numério Negídio foi condenado a pagar a Aulo Agério dez mil sestércios e que até aqui não os pagou, o que Numério Negídio negou perante êste tribunal, condena, juiz, a Numério Negídio a pagar a Aulo Agério o dôbro desta soma: se não consta, absolve-o.]

mento infitiatório propriamente dito, mediante a fórmula: *Si paret Nm.Nm. Ao.Ao. sesteritium hs. milium condemnatum esse eamque pecuniam adhuc non solvisse, quod Ns.Ns. in iure infitiatum est, eiusdem pecuniae duplum iudex Nm.Nm. Ao.Ao. condemnato: si non paret absolvito.*³⁶

b) o demandado, conquanto confessasse os fundamentos em que a sentença se baseava, tomando-a por valiosa, negava, por motivos de fatos e não de direito, as razões em que se fundava a *postulatio* do autor. Exemplo: Ticio deve a Seyo dez mil sestércios, soma por quanto, no juízo declaratório, fôra condenado; entretanto, já resgatara uma terça parte do débito. Sua negativa não atacava o fundamento da sentença, cuja nulidade não perseguiu; mas buscava corrigir, apenas, um erro de fato, que só a fase *apud iudicem* poderia aclarar, dado que dependente de provas.

Não há negar que ambos os modos de proceder do demandado envolvem uma negativa. Uma negativa de direito e uma negativa de fato. E se *infitiari* se deve entender por negar, termos que as fontes amiude empregam como sinônimos, claro será conceituar o *iudicium* executivo como infitiatório, noutras palavras, o *iudex* decidirá sempre acerca de uma negativa, ou de direito, e geral, o que importa em enfrentar a inexistência da sentença declarativa, ou de fato, e parcial, o que importa, tendo-a como válida embora, em só em parte reconhecer-lhe validez.

Se nos fixarmos nessa premissa, a sentença condenatória do *iudicium iudicati* terá sempre a sanção da regra da *condemnatio in duplum*.

Mas, partindo-se do ponto de vista segundo o qual o crescimento da *litis* é consequência exclusiva de uma contestação malograda, é o risco de quem nega temerariamente (*poena temere litigantis*), enfrentar-se-ia um ilogismo ao condenar ao duplo quem, atacando parcialmente uma pretensão por motivos fáticos, se visse, ao final, vitorioso. Esse, decerto, não seria um litigante temerário, e era exatamente contra a temeridade, contra o abuso da protelação da justiça, sem causa, e contra a álea das sentenças, por artes da mistificação, que se erguia a *poena*.

Wenger reconhece a dificuldade do tema e a aridez das fontes, uma vez que é mister primeiramente buscar o conceito que os Romanos emprestavam a *infitiatio*, o que parece muito difícil, visto como os juristas que compõem as fontes empregaram um termo que no todo lhes era familiar, sem a preocupação de aclará-lo em dadas particularidades. A definição de Brissonius — *inficiari interdum est simpliciter negare - interdum - creditum vel depositum abnegare* [*Infitiari* umas vezes é negar simplesmente - outras vezes - é não reconhecer um crédito ou um depósito] desnubla a dúvida por um prisma: para cercar do *periculum dupli* toda condenação *in iudicium iudicati*. Mas deixa-a, em parte, subsistente. E Rudorff radicaliza mais ainda a afirmativa, ao considerar que toda *actio iudicati* é, formalmente, uma ação penal contra o mal devedor, uma *gravis poena perfidiae debitorum*.³⁷

³⁶ Fórmula oferecida por Arangio-Ruiz, *Op. cit., supra*, nota 4, p. 68.

³⁷ Brissonius e Rudorff, citados por Wenger, *Op. cit., supra*, nota 14, pp. 20 e ss.

No entanto, a limitação determinada pelo pretor ao *iudex* no sentido de fixar no devido o montante condenatório (*dumtaxat*) tem assentamento na passagem de Gaio, iv, 43, constante de sua fórmula para *condemnatio*: "... *iudex N.Negidium A.Agerio dumtaxat (x milia) condemna...*", condena só a x Numério Negídio. Ocorre que essa limitação, *in id quod facere potest*, foi desconhecida na fase das ações da lei, pelo fato de que só se aplicava a *manus iniectio* por dívidas pecuniárias certas (*certa pecunia*). Mas, nessa mesma fase, ao pretor se assegurava aprovar os atos das partes e quando estivesse ante a evidência de uma sentença inexistente (*nulla*), podia proceder à *manum depellere*, independente de *vindex*.

Mesmo com respeito ao procedimento formulário, autores há, como Pernice,³⁸ que opõem formal restrição à *exceptio* condenatória limitativa e ensinam que o pretor teria de instituir um novo conhecimento autônomo da *actio iudicati* para apreciar as exceções assim levantadas contra a execução; noutras palavras, exigir-se-ia outra instância declaratória.

O mesmo devera ter-se observado quanto à *manus iniectio*. Cercada pelo simbolismo das ações da lei, ela não autorizava ao magistrado apreciar certas relações muito além do aspecto ritualístico, como seria o incidente colimando a limitação condenatória; assim, a não ser em casos de sentença inexistente, nenhum *vindex* se aventuraria em imiscuir-se na demanda. Restaria ao pretor empreender a *manum depellere*, encerrando a instância e mandando o litígio à competente ação declaratória.

Com relação à *actio iudicati*, preferimos aceitar a inserção limitativa na própria instância executiva, com o que se possibilitaria um *iudicium iudicati in simplum*, sem nenhuma quebra da vigorosa regra de *lis infitiando*, que penetrou no direito popular, como saiu do direito pós-clássico, sutilmente, sem deixar vestígio.

10. No período pós-clássico, de *cognitio extra-ordinem*, a *actio iudicati* permaneceu, sem embargo, sendo o meio hábil de dar satisfação à sentença.

Apesar do cáustico anátema dos imperadores Constantius e Constans (filhos de Constantino) proibindo, com a decisão de revogar em definitivo, o uso das fórmulas, inclusive mandando cortar pela raiz as "insidiosas sutilezas de palavras",³⁹ o sistema clássico procedimental ultrapassou a grosso modo os seus limites além de Diocleciano, da mesma forma como as ações da lei subsistiram no regime formular escrito. É o que nos mostra o estado atual de ciência, através da heurística, eliminando a presunção que se inclinava para afirmar o oposto.

A *cognitio extra-ordinem* promoveria, decerto, transformações quiçá importantes no procedimento executivo. Quanto à introdução ao juízo, o *vocatio*, a que fôra reconhecido todo valimento durante a *ordo iudiciorum* tal como a haviam estatuído as XII Tábuas, rendeu ensejo, no fase cognitória oficial, à *litis denuntiatio*.

³⁸ *Ibidem*, pp. 42 ss.

³⁹ C. II, 1 (ano 342): *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.*

Mas, parecem superadas as teorias construídas por alguns romanistas, e que não são novas, orientadas em mostrar o incabimento da *actio* autônoma, no que coube a primazia a Wetzel, levantando a controvérsia, seguido de Eisele.

Porque se mostra irrelevante a sutileza empregada acêrca da inexistência da *actio iudicati*, tendente a evidenciar que, em todo o procedimento extraordinário, a execução da sentença que condena se fazia preceder tão só de uma solicitação do autor, perante o mesmo juízo único que a prolatara.

Essa postulação tanto substituiu o *vocatio in ius* para a *actio iudicati*, como a *litis denuntiatio* também àquela se subrogou para as ações declarativas. Não pode ser, só por êsse pormenor, apresentada a *postulatio* como sucedâneo da ação executiva autônoma.

A diversidade do procedimento executivo da *ordo* para o do período que se lhe seguiu, é idêntico ao procedimento de uma ação paralela naquela e nesse. A *actio iudicati* da *cognitio extra-ordinem* — ensina Wenger, no seguimento de luminoso raciocínio — é uma *actio* de cognição por juízo unificado, e a *actio iudicati* da *ordo* é uma *actio* do período formular.⁴⁰

A *actio iudicati* (*extra ordinem*) promovia-se mediante os seguintes movimentos, em substância paralelos à *actio iudicati* (formularia):

1) Citação oficial do demandado (*litis denuntiatio*, o que corresponde ao *vocatio in ius* dos períodos precedentes) a comparecer ante o pretor, com o emprêgo da força inclusive, decorridos os dias de graça (*tempus iusti*) depois da sentença proferida.

2) Discussão (se fôsse o caso) da legitimação ativa do autor e passiva do demandado, correspondente à *edictio actionis* (pedido de aceitação da fórmula como planejada pelo autor).

3) *Actionem* (= *iudicium*) *dare* ou *actionem denegare* (nesse caso com o exaurimento da instância; no caso contrário).

4) Discussão, pelo demandado, quanto ao mérito da pretensão do autor (extinção da dívida, impugnação do *iudicatum* ou exigência de nova condenação *in id quod facere potest*), o que abria ensejo ao.

5) Processo de *iudicatum*, ante o pretor mesmo ou ante o *iudex pedaneus* a quem fôsse atribuído julgar toda a demanda, o que vem corresponder à complementação da instância na fase *apud iudicem* do sistema anterior.

Assim, a *postulatio* só se exauria mediante os casos de contumácia e de confissão, como, de resto, em tais casos não se atingiriam também, no período da *ordo*, as ulteriores fases da *actio iudicati*, que, nem por isso, era despojada de sua condição de *actio* independente.

Presta-se, sobretudo, como argumento negativo à *actio iudicati* da fase extraordinária, o célebre rescrito de Antonino Pio, recolhido em D., 42, 1, *de re iudicat.*, 31, mandando aplicar à execução do caso julgado o procedimento público de arresto singular dos bens do devedor do Estado Romano (*pignus in causa iudicati captum*).

⁴⁰ Cfr. Wenger, *Op. cit.*, *supra*, nota 14, p. 205.

Ora, os mais intransigentes desconhecedores da *actio iudicati* baseiam-se exatamente no *pignus iudicati* de Antonino para conferir à *postulatio* foros de generalidade exêcutória no regime da *ordo*. A aceitar o argumento, desde o famoso rescrito, em plena época clássica, a execução ter-se-á procedido sem *actio* autônoma, a menos que se fizesse necessário um conhecimento sôbre o mérito da postulação. Mas, tanto num como noutra regime procedimental, as exceções eram precisamente representadas pela conformação do demandado, e a regra, ontem como hoje, terá sido a contestação. Portanto, a *postulatio* na fase extraordinária do procedimento não teria maior latitude executiva do que a *edictio* formulária.⁴¹

Pela regra introduzida através de *pignus in causa iudicati captum*, a magistrado, à vista de uma *postulatio*, sem prévia cognição e em decorrência só do *imperium* que detinha, determinava a seus *apparitores* o seqüestro de bens do devedor, obedecendo à gradação de coisas, imóveis e créditos.

A venda só se facultava com um intertempo de dois meses, assinados ao devedor para resgatar o débito. Só a seguir, o magistrado a deferia a quem melhor preço oferecesse, por meio dos mesmos oficiais públicos, não de um *magister* ou de um *curator bonorum*, conhecido anteriormente, nos procedimentos concursais de ordem privada.

Admitia-se o credor entre os licitantes e, quando os não houvesse, adjudicava-lhe o bem penhorado em satisfação do seu crédito,⁴² numa espécie indireta de execução *in natura*.

Para determinadas demandas, sobretudo quando o devedor tivesse um só credor e os seus bens bastassem à satisfação da dívida, esse procedimento especial apresentava, por sua singeleza e forma expedita, vantagens evidentes sobre a *venditio bonorum* e mesmo sobre a *bonorum distractio*, vantagens, porém, que se reduzem frente aos casos, mais numerosos quiçá, de insolvibilidade total, quase impossíveis de apreciar sem o conhecimento num *iudicium*.

Acresce que, em qualquer caso de execução privada (as expropriações públicas se revestiam sempre de validade), abria-se oportunidade de discutir o *pignus* e tal discussão não poderia ter lugar a não ser num *iudicium iudicati*.

Merece também recordado que, no direito justinianeu, e mediante conhecimento sumário (*sumarium cognoscere*), o magistrado, ante a intervenção

⁴¹ As opiniões divergentes pretendem ter assentamento no frag. de Cícero, *pro Quintio*; 6: *Postulat a Burrieno praetore Naevius ut ex adicto bona possidere liceat*. [Névio solicita ao pretor Burrieno que lhe seja permitido possuir os bens, segundo o edito.] A regra geral seria, assim, essa *postulatio* (baseada no edito *bonorum possessio edictalis*, ou numa *causae cognitio* anteriormente apreciada.). Maynz, *Op. cit.*, *supra*, nota 29, I/465, vê na *actio iudicati* um meio excepcional, utilizável apenas quando o *iudicatus* não atendia ao pagamento e, portanto, fazia-se mister a coerção executiva.

⁴² D., 42, 1, *de re iudicat.*, 31; C. 7, 53, 3 (ano 215).

de terceiro possuidor de bens visados pela *pignoris capio*, fazia sustar a execução enquanto se não decidia a pendência.

Todos êsses argumentos retratam que a *actio iudicati* não foi prática procedimental restrita à *ordo iudiciorum*, mas transpôs os limites dêsse sistema para prosseguir sendo o meio hábil a dar cumprimento à sentença no sistema que se lhe substituiu.

É na papirologia jurídica que se vão robustecer os argumentos confirmando o asserto. Quase dois séculos após o rescrito de Antonino Pio, a que tanto se apegam os teóricos da regra da execução através do *pignus iudicati*, o papiro CPR. I, 19 (ano 330 da nossa era) consigna expressa referência à ação executiva autônoma no Egito sob a dominação romana. Às linhas 22 e ss., menciona-se que a querelante Aurélia Demétria solicitava ao julgador fôsse fixado à parte adversária um *tempus iusti*, no defluimento dos quais ela pudesse proceder como em virtude de *actio iudicati*.

11. Nuamente, está exposto o relevo que o Estado romano sempre deu à satisfação ensejada pela obrigação contraída por efeito da sentença (*iudicatum facere oportere*). A patrimonialidade da execução, fundada na *lex Poetelia Papiria*, fez evoluir consideravelmente o direito obrigacional, mas, a despeito do mercante êxito da plebe no obter aquela lei, nada fez que o Estado, na vocação publicística do procedimento que tutelava, se mostrasse débil ou tívio, por um átimo sequer, em assegurar os meios necessários ao cumprimento das sentenças que ditava. Os poderes do credor transmitiam-se, com o evoluir das instituições e em função do tempo, para o Estado, e o meio mais eficiente de que esse dispunha, fato incontrovertido ainda hoje, para efeito de coerção, seria a restrição à liberdade.

Teodosio tentou abolir a prisão privada, atribuindo ao magistrado mandar recolher o devedor em cárcere público, providência sempre burlada, embora sua transgressão se equiparasse, para efeito punitivo, à culpa de lesa-majestade.⁴³ Zénon, no ano 486, reativou a praxe teodosiana, que persistia sendo desatendida, e ameaçou severamente os magistrados complacentes. E Justiniano, afinal, estatuiu que o credor recebesse, em prisão pública, o castigo de tantos dias de detenção quantos os a que submetera o devedor em cárcere privado.⁴⁴ A diferença, pois, entre a perda da liberdade do *addictus* por efeito da arcáica *manus iniectio* e do devedor preso por má fé, na fase mais requintada do direito romano, está só em que aquele a perdia em satisfação ao credor a esse em satisfação ao Estado.

⁴³ *Codex Theodosianus*, IX, 11, 1.

⁴⁴ *Cfr. Cuq, Op. cit., supra*, nota 13, II/885.

BIBLIOGRAFIA

- Accarias, C., *Précis de Droit romain*, 4^e ed., Paris, F. Pichon edit, 1886.
- Arangio-Ruiz, Vicenzo, *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1952.
- *Las acciones en el Derecho privado romano*, Madrid, Edit. Rev. Der. Privado, 1945.
- Bonfante, Pietro, *História del Derecho romano*, Madrid, Edit. Revista Derecho Privado, 1945.
- *Instituciones de Derecho romano*, Madrid. Inst. Edit. Reus.
- Boyer, *Cours de Droit romain*. 1^{re} anné, Toulouse, Lib. Soubiron. 1950-51.
- Bry, Georges, *Principes de Droit romain*, 3^{me} éd, Paris, Societé Recueil Général des Lois 1901.
- Carrel, Odoardo, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, Dott. A. Giuffré, edit., 1946.
- Carle, Giuseppe, *Le origine del Diritto romano*, Torino, 1888.
- Cogliolo, Pietro, *Storia del diritto privato romano*, Firenze, 1889.
- Cornil, Georges, *Ancien Droit romain. Les problèmes des origines*, Bruxelles, 1930.
- Cuq, Edouard, *Les institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891 (1^o vol.), 1902 (2^o vol.).
- Demangeat, Charles *Cours élémentaire de Droit romain*, 3^e ed., Paris, Marescq Ainé, édit., s/d.
- Francisci, Prieto de, *Sintesis histórica del Derecho romano*, Madrid, Edit. Rev. Der. Privado, 1954.
- Figueiredo, Genuino Amazonas de, *Tratado de Direito romano*, Rio, Freitas Bastos, edit., 1930.
- Giffard, A. E., *Précis de Droit romain*, 3^e ed., Paris, Petit Précis Dalloz, 1951.
- Girard, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris, 1924.
- *Textes de Droit romain*, 3^{me} éd. Paris, Arthur Rousseau, 1903.
- Hölder, Odoardo, *Instituzioni di Diritto romano*, Torino, Fratelli Bocca, edit., 1887.
- Huvelin, Paul, *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris, Recueil Sirey, 1929.
- Jobbé-Duval, Émile, "Les morts malfaisants 'larvae, lamures' d'après le Droit et les croyances populaires des Romains", in *Mélanges Cornil*, Paris, 1926.
- Jhering, Rudolph von, *L'Esprit de Droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e ed., Paris, 1886.
- Levy-Bruhl, H., *Cours de Pandectes (Les Cours de Droit)*, Paris 1950/1951.
- *Quelques problèmes du très ancien Droit romain*, Paris, Edit. Domat - Montchrestien, 1934.
- Maynz, Charles, *Cours de Droit romain*, 3^e ed., Bruxelles, Lib. Polytechnique, 1870.
- Maria, Pierre, *Le "vindex" dans la "legis actio per manus iniunctionem" et dans l' "in ius vocatio"*.
- Mommsen, Tehodor, *Compendio de Derecho público romano*, Buenos Aires, Edit. Impulso 1942.
- Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris, Domat edit., 1947.
- Nobrega, Vandik Londres da, *História e sistema do Direito privado romano*, 2^e ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, edit. 1959.

- Ortolan, J., *Histoire de la législation romain*, 12^e ed. Paris Lib. Plon. 1884.
- Pacchioni, Giovanni, *Corso di Diritto romano*, Torino, 1910, vol. I; Innsbruck, 1905, vol. II.
- Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- Sidou, J. M. Othon, *Abductus a situação jurídica do "prensus" "per manus iniunctionem" em face dos preceitos tabulários*, Recife, Editora Câmbio, 1962.
- Sohm, R., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, Edit. Rev. de Der. Privado, 1928.
- Visscher, Fernand de, "La lex Poetelia papiria en le régime des délits privées au V siècle de Rome", in *Mélanges Fournier*, Paris Recueil Sirey, 1929.
- Wenger, Leopold, *Actio iudicati*, Buenos Aires, Edit. Europa-América, 1954.
- Wetter, P. van, *Pandectes contenant l'histoire du Droit romain et la législation de Justinien*, Paris, Lib. Générale de Droit, 1909.