

Origem romana da assistência.

Moacyr Lobo da Costa

Docente livre de Direito Judiciário Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

1. Ao contrário do que já se afirmou entre nós¹, a assistência, como intervenção de terceiro interessado no processo pendente entre outras pessoas, não é criação do direito moderno, mas, deita raízes no processo civil romano do período da “cognitio extra ordinem”.

Não se trata de forma de intervenção “cuja origem, *ao que parece*, remonta ao Direito Romano”, como ensina ilustre processualista pátrio², mas, de figura que é uma genuína criação da legislação imperial romana, como passaremos a demonstrar, com apoio nas fontes e nos autores que versaram o assunto³.

Em livro sôbre a intervenção adesiva, que é justamente reputado como a mais profunda investigação científica sôbre

1. JOSÉ A. ALMEIDA AMAZONAS, *Assistência*, tese, S. Paulo 1936, p. 12: “A intervenção do terceiro, como assistente, em causa que se processa entre outras pessoas — é criação do direito moderno.”

2. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio 1952, vol. II, p. 277.

3. Cf. VITTORIO SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, p. 309.

LEOPOLD WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. ORESTANO, Milano, 1938, p. 80.

ZIMMERN, *Théorie de la procédure privée chez les romains*, trad. ETIENNE, Paris 1843, p. 475.

essa figura processual, demonstrou SEGNI⁴, de maneira cabal, que, não só os casos de intervenção de terceiro no processo, previstos nos textos do *Corpus Juris*, referem-se ao período da “extraordinaria cognitio”, como, também, em razão da estrutura do processo nos períodos anteriores das “legis actiones” e do procedimento “per formulas”, a intervenção de terceiro não podia ter cabimento, dada a natureza contratual do “judicio” resultante do instituto da “litis-contestatio”.

2. No período antejustiniano da “cognitio extra ordinem”, conquanto, ordinária e normalmente o processo se desenvolva entre duas partes, autor e réu, foi admitida a intervenção de um terceiro, como parte secundária ou acessória, quando tenha interesse na causa e pretenda, com sua intervenção, que a decisão da lide seja favorável à parte, a que assiste.

Do exame dos vários textos que tratam da intervenção de terceiro no processo, seja em primeira instância, antes do julgamento da lide, seja sob forma de apelação, após a sentença do magistrado, ressalta, contudo, uma nota comum e dominante: a referência ao conluio ou ao dolo das partes⁵.

Embora inexista nas fontes uma regulamentação sistemática da figura da intervenção de terceiro no processo, os vários textos revelam que sua admissão, no processo imperial, teve por finalidade permitir ao terceiro interessado na demanda a proteção de seu interesse contra o conluio ou o dolo das partes, o que importa em poder a intervenção ocorrer, também, contra a vontade da parte a que vem assistir, segundo observou GLÜCK⁶.

Assim, a título exemplificativo, cita-se, comumente, a intervenção dos legatários na querela “de inofficioso testa-

4. ANTONIO SEGNI, *L'Intervento Adesivo*, Roma 1919, nrs.: 4 p. 13 e 5 p. 17.

5. ANTONIO SEGNI, *op. cit.* p. 18

6. FREDERICO GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Livro V, trad. BRUGI, Milano 1893, p. 266.

mento”, *Dig.* 5, 2, 29 pr., preconizada por ULPIANO — “Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, et eum, qui de inofficioso testamento agit, *adesse* etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit”.

O fragmento de ULPIANO, em que é permitida expressamente a apelação do terceiro contra a sentença pronunciada no processo, em decorrência do conluio das partes, põe em evidência que a intervenção de terceiro surgiu no período antejustiniano da “*cognitio extra ordinem*”, porque o recurso de apelação teve sua origem histórica e só foi conhecido nesse período⁷, tendo sido estranho ao processo formulário⁸, bem como, que a intervenção podia ocorrer antes da sentença, perante o magistrado, ou depois, em apelação.

Além desse fragmento de ULPIANO, encontram-se no *Corpus Juris* mais os seguintes textos referentes à intervenção de terceiro no processo, em primeira instância, com a finalidade de *assistir* a uma das partes em juízo: PAULO *Dig.* 3,3,69; ULPIANO 49, 1, 14 pr; PAULO, *Cod.* 7, 16, 19; *Cod.* 4, 48, 1 e 8, 45, 20-21.

Todavia, os textos que referem a intervenção sob a forma de apelação do terceiro interessado são mais numerosos.

No *Liber Quadragesimononus* do *Digesto*, que trata “de *appellationibus et relationibus*”, encontram-se, entre outros (que podem nos ter escapado à pesquisa) os seguintes casos de apelação: do “*dominus*” na lide do “*procurator*”,

7 RICCARDO ORESTANO, *L'Appello civile in Diritto Romano*, 2.^a ed. Torino 1953, p. 186.

Cf. no mesmo sentido: FERDINAND WALTER, *Histoire de la procédure civile chez les romains*, trad. LABOULAYE, Paris 1841, p. 96; EMILIO COSTA, *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, Roma 1918, p. 178; PIETRO BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 4.^a ed., Roma 1934, vol. I, p. 419; ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 5.^a ed., Napoli 1947, p. 322.

8. GAETANO SCHERILLO, *Introduzione alla “Cognitio Extra Ordinem”*, *Corso di Diritto Romano*, Milano 1960, p. 265.

MACRO 49, 1, 4, 2 — era a confirmação do poder reconhecido de assistir à causa em primeira instância — (neste caso, PAULO⁹ respondeu que, ainda ao que nomeou procurador para demandar em juízo, não se proíbe que compareça em defesa de sua causa); do legatário na querela “de inoff. test.”, MARCIANO 49, 1, 5, 1-2-3; do fiador do vendedor na lide do vendedor, MARCIANO 49, 1, 5 pr.; do pai na lide sôbre o estado do filho, MACRO 49, 4, 2, 2; do coherdeiro na lide conduzida por outro herdeiro, MARCIANO 49, 1, 5 pr.; do comprador na lide do vendedor, MACRO 49, 1, 4, 3; do credor pignoratício na lide do devedor sôbre a propriedade do bem empenhado, MACRO 49, 1, 4, 4.

Como a omissão da apelação, pela parte vencida, fôsse considerada como dolo processual, — segundo a exegese dos textos de ULPIANO, *Dig.* 17,1, 8, 8 e 20, 50, 1 e MODESTINO *Dig.* 21, 2, 63¹⁰, — era lícito ao terceiro apelar para suprir a omissão e obstar o trânsito em julgado da sentença “inter alios” contrária ao seu interêsse.

No caso de conluio das partes para lesar os legatários e os escravos libertos, na querela “inofficiosi testamenti”, era admitida a intervenção dêstes no processo, em primeira instância, para *assistir* a parte a quem competia a defesa do testamento, — ULPIANO, *Dig.* 5, 2, 29 pr.; bem como sua apelação — MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5, 1-3; mas, quando o herdeiro, propositadamente, não comparecia para defender o testamento, deixando correr à revelia o processo, com a finalidade de obter a anulação do testamento em prejuízo dos

9. “Paulus respondit, etiam eum, qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causae suae *adesse* non prohibere”, *Dig.* 3, 3, 69 — para maior desenvolvimento a respeito da posição do “procurator” no processo civil romano, ver: LEOPOLD WENGER, *op. cit.* p. 84; VITTORIO SCIALOJA, *op. cit.* p. 138; ZIMMERN, *op. cit.* p. 459; F. L. DE KELLER, *De la Procédure Civile et des Actions chez les romains*, trad. CAPMAS, Paris 1870, p. 236; FERDINAND WALTER, *op. cit.* p. 130; EMILIO COSTA, *op. cit.* p. 124; ampla exposição em CRISANTO MANDRIOLI, *La Rappresentanza nel Processo Civile*, Torino 1959, p.p. 4 a 19.

10. Cf. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 19.

legatários e escravos libertos, PAULO nos diz, em um texto muito discutido¹¹, que, nesse caso, a manobra não os prejudicava:

“Cum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum praesentem judicatum sit: hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: et ideo libertates competunt, et legata petuntur”. *Dig.* 5, 2, 17, 1.

A solução indicada por PAULO era de doutrina corrente no fim da época clássica — ULPIANO, *Dig.* 30, 50, 1 — mas acentua PETOT¹², já era certamente conhecida desde a época de ANTONINO PIO, porque um rescrito desde Imperador a transportou para o processo da “extraordinaria cognitio”, como se lê nas fontes: ULPIANO, *Dig.* 49, 1, 14 pr.:

“Si perlusorio judicio actum sit adversus testamentum, an jus faciat judex, videndum? Et DIVUS PIUS, cum inter conjunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare iis permisit, et hodie hoc jure utimur, ut possint appellare; sed et agere causam apud ipsum judicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.”

e MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5, 2:

“Idem (DIVUS PIUS) rescripsit, legatarios causam appellationis agere posse”.

11. Ver a respeito: PIERRE PETOT, *Le défaut in judicio dans le procédure ordinaire romaine*, Paris 1912, p. 57; E. PERROT, *L'Appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Paris 1907, p.p. 67 e 68.

12. PIERRE PETOT, *op. cit.*, p. 58.

3. O fundamento da intervenção do terceiro era sempre o seu interesse na causa em lide¹³, com a finalidade de obstar o prejuízo decorrente da sentença “inter alios”, fruto do conluio das partes.

Após o confronto dos vários textos, é de se concluir que o único conceito geral que se pode induzir é o do dolo das partes¹⁴.

Com referência à apelação de terceiro, porém, as fontes são mais explícitas na formulação do princípio sobre sua legitimação, em razão do interesse próprio:

MACRO, *Dig.* 49, 1, 4, 2.

“Alio condemnato is, *cujus interest*, appellare potest, qualis est, qui per procuratorem expertus, victus est; nec procurator suo nomine appellet”.

“Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est *cujus interest*, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est suam causam defendere”. . . . *Dig.* 49, 4, 2, 1.

Considerava-se, assim, o terceiro legitimado a apelar, quando pudesse demonstrar seu próprio interesse na reforma da sentença.

Quando esse interesse ocorria, isso era admitido como título de legitimação (“justa causa”), idôneo para superar a regra ordinária que proibia a apelação de quem não fôsse parte no processo — MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5 pr.:

“A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex justa causa” . . .

13. VITTORIO SCIALOJA, *op. cit.*, p. 309; LEOPOLD WENGER, *op. cit.*, p. 80; ZIMMERN, *op. cit.*, p. 475; R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 320.

14. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 22: *l'unico concetto generale è quello del dolo delle parti.*

Não era fácil, porém, tanto em teoria como na prática, adverte ORESTANO¹⁵, estabelecer quando era que êsse interêsse devesse ser reconhecido, principalmente, em face de um princípio geral, ainda mais amplo, afirmado pelos juriconsultos e imperadores, segundo o qual “res inter alios iudicatas nullum aliis praeiudicium faciant” — ULPIANO *Dig.* 44, 2, 1 (Cf. mais: MODESTINO, *Dig.* 44, 1, 10; MACRO *Dig.* 42, 1, 63; JAVOLENUS, *Dig.* 33, 2, 31; PAULO, *Dig.* 20, 4, 16).

Para estar legitimado a apelar, quem não tinha sido parte no juízo devia afirmar ter próprio e direto interêsse na reforma da sentença. Mas, se a sentença “inter alios” não o tivesse verdadeiramente prejudicado em caso algum, como teria podido sustentar que tinha próprio e direto interêsse na sua reforma?

Depois de haver suscitado a questão, ORESTANO¹⁶ lembra que foi o próprio MACRO, no seu livro II “de appellationibus” (*Dig.* 42, 1, 63) que advertiu do problema e procurou encaminhá-lo para uma solução, com a distinção famosa, na qual é enfrentado um dos argumentos mais árduos de tôda a teoria processual, qual seja o dos limites subjetivos da coisa julgada:

“Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet”...¹⁷.

15. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 322.

16. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 323.

17. Êsse é o texto, como se lê no *Digesto*; todavia, R. ORESTANO, p. 323, reproduzindo a lição de EMILIO BETTI — *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, p. 7 — transcreve a seguinte reconstrução, sob o fundamento de que as palavras do texto não apresentam um significado inteligível: “nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet, quibusdam vero scientibus obest”...

MACRO nesse longo fragmento, que é considerado dos mais importantes e difíceis do *Digesto*¹⁸, examina, a seguir, várias hipóteses em que os efeitos do julgado na sentença podem atingir a terceiros que não participaram do processo, prejudicando-os.

A distinção proclamada por MACRO, — “Quod tamen quandam distinctionem habet” — conforme demonstrou EMILIO BETTI na exegese de profundidade a que submeteu o famoso fragmento, serve de explicação para a aparente antinomia dos textos, com o delineamento dos limites subjetivos da coisa julgada.

Desde que, nas hipóteses examinadas por MACRO, o terceiro estranho ao processo podia vir a ser prejudicado pelos efeitos da sentença, reconhecia-se que o interesse de evitar o prejuízo era título de legitimação (“justa causa”) para a sua apelação.

A pesquisa de EMILIO BETTI teve o grande mérito de pôr em evidência que o princípio “res inter alios judicatas aliis non prae-judicare” (isto é, a jurídica irrelevância da sentença com respeito aos terceiros, como coisa julgada a êles referente) se tornava aplicável, em sua plenitude, unicamente em relação àquele que fôsse não só estranho ao processo, mas, ainda, de todo estranho, além de indiferente, à relação de direito substancial deduzida em juízo¹⁹.

Quando, ao contrário, alguém, embora permanecendo estranho ao processo, não fôsse inteiramente estranho ou indiferente à relação de direito substancial, que era objeto da controvérsia na causa entre as partes, então os efeitos da sentença “inter alios” se produziam também com respeito a êle, ou, quando menos, se refletiam sobre êle, segundo sua “posição” em relação ao direito substancial, ou, eventualmente, segundo a “scientia” ou desconhecimento que tivesse tido do juízo em curso, esclarece EMILIO BETTI em sua exegese magistral²⁰.

18. Cf. EMILIO BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, p. 7; R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 323.

19. Cf. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 324.

20. EMILIO BETTI, *op. cit.*, p. 329.

A êste terceiro, estranho ao processo, mas não estranho ou indiferente à relação de direito substancial controvertida na lide entre as partes, é que se reconheceu, no período antejustiniano, da “cognitio extra ordinem” o poder de intervir no processo, para impedir a formação da coisa julgada, por sentença “inter alios”, cujos efeitos viessem prejudicá-lo.

4. Na vasta e magnífica obra de elaboração e compilação das normas jurídicas, empreendida sob JUSTINIANO, nada se acrescentou de novo às regras conhecidas, no processo imperial da “cognitio extra ordinem” sôbre a intervenção de terceiro no processo.

Apenas, na *Novela* cxii, o Imperador, considerando a situação do legatário em face da demanda contra o herdeiro, a propósito da coisa legada, autorizou-o, expressamente, a ingressar no processo:

“Si vero heres in iudicio victus extiterit, non habeat legatarius licentiam aliam rem pro eodem legato heredem exigere: quoniam sciens testator rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit. Unde damus licentiam legatario (si hoc prodesse sibi putaverit) litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu prodicionem heredi possit objicere”.

Essa *Novela*, porém, não introduziu qualquer modificação a respeito da intervenção de terceiro, tal como já era admitida no direito anterior.

5. Do exame das fontes resulta, claramente, que o processo civil romano do período imperial da “cognitio extra ordinem” conheceu a intervenção de terceiro no processo, em primeira instância, antes de ser proferida a sentença pelo magistrado, e em apelação, com a finalidade de impedir que, pelo conluio, dolo ou negligência da parte, os efeitos da sentença “inter alios” viessem causar-lhe prejuízo.

A essa figura, única de que se encontra notícia no processo romano, SEGNI denominou intervenção adesiva, em virtude da posição processual do terceiro em relação à parte principal²¹.

Um ilustre processualista alemão²², estudando a intervenção de terceiro no processo romano, sustenta que, em primeira instância, o terceiro seria um simples *assistente* da parte, tendo em vista o significado etimológico de “adesse”, expressão empregada nos textos.

Com efeito, lê-se nas seguintes passagens: — “*causae suae adesse non prohiberi*”, PAULO, *Dig.* 3,3, 69; — “*adesse etiam legatarios*”, ULPIANO, *Dig.* 5, 2, 29 pr.; — “*ut causae agenda adesset*”, *Cod.* 4, 48, 1. — “*emptoribus adesse ac defendere causam non prohibemini*”, *Cod.* 8, 45, 20 — “*ut tibi assistant, causamque instruant*”, *Cod.* 8, 45, 21.

Como, na verdade, o significado etimológico de “adesse” é exatamente êsse, “estar presente, assistir”, sendo autorizado, pelo exemplo de CICERO (*Cartas Familiares*, 6, 14, 3) o seu emprêgo com o significado de “defender, assistir alguém”²³, a opinião de SCHULTZE não pode deixar de merecer a mais alta consideração, por parte dos juristas de língua portuguêsã, de vez que, em nosso direito, essa figura se denominou, tradicionalmente, *assistência*, desde seu aparecimento na vetusta legislação da monarquia lusitana.

21. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 32 — como declara no Prefácio do livro, essa denominação foi formulada por CHIOVENDA — (*Principii*, 3.^a ed., p. 601) e adotada pelo Autor.

22. SCHULTZE, *Die rechtliche Stellung der sogenannten Nebenintervention im Reichsstreit* in Z.Z.P. a II, 1880, p. 54; referido por SEGNI, *op. cit.*, p. 28 nota 3.

23. *Apud* FORCELINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, ed. 1940, tomo I, p. 358, verb. “Assum”.