

Delineamentos históricos do processo civil romano

SÍLVIO MEIRA

Professor Catedrático de Direito Romano.
Membro do "Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano" da Universidade de Sassari, Itália

SUMÁRIO

- Introdução
- As ações da lei (1.^a fase)
- O processo formular. Sua origem. As Leis Aebutia e Julias Judiciárias. Partes da fórmula. Meios processuais complementares (2.^a fase)
 - Meios processuais complementares. Interditos. Estipulações pretorianas. Imissões de posse. Restituições por inteiro
 - Execução da sentença
- O processo extraordinário. "Extra ordinem cognito." Confronto com o processo formular. Magistratura. Curso da ação, sentença e execução. "Appellatio" (3.^a fase)
 - Execução

Introdução

Os assuntos a tratar se relacionam com um dos aspectos mais importantes do direito romano e que em nosso país não tem merecido a atenção dos doutrinadores nem dos programas curriculares: o direito processual civil. Basta salientar que a nossa literatura romanista se exaure quase toda no direito civil — no que foram gigantes os romanos, na expressão de Jhering — com algumas incursões pelo direito criminal. Esquecem-se outros departamentos, como o direito tributário, o comercial, o administrativo e o processual.

Não poderei dizer muito no curto tempo reservado a uma conferência, em que apenas aspectos gerais devem ser tratados, mas farei o possível para apresentar os delineamentos mais altos e mais nítidos dessa verdadeira cordilheira, que é o direito de Roma, em seus treze séculos de formação e evolução, desde a Fundação da Cidade, em 754 a.C., até Justiniano, no século VI da era cristã.

Em tantas centúrias de constante evolover, não é possível apresentar um quadro definitivo do conjunto de normas e princípios, sempre esbatidos pelo tempo, pelas forças dos acontecimentos sociais, pelos costumes, pelo atrito permanente com outros povos e outras culturas.

Esse é um aspecto para o qual rogo a vossa atenção: muitos estudiosos em nosso país tratam o direito romano como se fosse uma construção monolítica, uniforme, cristalizada no tempo, quando, pelo contrário, se trata de formação lenta, gradual, sujeita a intempéries de toda natureza. Uma gestação em que novas formas se criaram, por força das necessidades do meio ambiente. Um instituto qualquer, uma lei, um *senatusconsulto*, uma *oratio principis*, um edito, pode ser examinado em seu tempo, em interpretação sincrônica com os fatos políticos, fornecendo vasto material para muitas teses. Há vários direitos romanos e isso os assinalam os mais conspícuos romanistas, entre eles KOSCHAKER, esse admirável autor do *Europa und das Roemische Recht*, e ALBERTARIO, esmiuçador da obra legislativa de Justiniano. Há um direito primitivo, misto ainda de justiça privada e intervenção estatal, dos primeiros tempos da realeza em que as fontes indicam as chamadas *leges regiae* e um certo *jus papirianum*, referidos por POMPÔNIO, em fragmento constante do *Digesto* (D.I.II, 2). Uma época em que os reis podiam tudo, concentravam poderes totais, eram administradores, chefes militares e legisladores. . . *initio civitatis hujus constat, reges omnem potestatem habuisse* (Pomp. D.1.2. — De origine juris et omn. magistratum, 2. 14). Esse é um período de um direito duro, cruel mesmo, em que o *paterfamilias* tudo impõe sobre filhos, mulher, netos e bisnetos, se os havia, considerada a família uma verdadeira unidade militar, numerosa e aguerrida, pronta para a luta. Foi essa organização familiar e gentilícia (as *gentes* no sentido mais amplo) que deu força àquele povo e lhe permitiu expandir-se para todas as direções, submetendo e subjugando os vizinhos itálicos e mais tarde os povos do Norte da África, do Oriente Médio e do Ocidente europeu.

Há um direito republicano, ou melhor, da época republicana, em que as liberdades foram asseguradas, os cônsules bipartiram os antigos poderes do rei (entidade que passou a ser odiada) e muitas magistraturas surgiram, com maior ou menor poder (*imperium*), com maiores ou menores atribuições (*jurisdictio*), como os pretores urbanos, os pretores peregrinos para as causas com estrangeiros, os questores, os tribunais, os triunviratos, os decenviratos e os centunviratos, os recuperadores e tantas outras instituições, que fizeram da república uma das mais férteis fases da história polí-

tica daquele povo. As assembleias populares (*Comitia curiata* e *centuriata, concilia plebis*) se reuniam a céu aberto, cada qual com suas atribuições; o Senado repartia com outras magistraturas a gestão da coisa pública, na guerra e na paz (*Senatus populusque romanus*). A luta entre as ordens sociais, que hoje chamaríamos *classes*, o patriciado e a plebe, um verdadeiro caldo de cultura da liberdade, em que, dia a dia, pouco a pouco, *paulatim*, a massa plebéia reivindicava direitos, assumia novos postos, conquistava magistraturas (com Tibério Coruncanio, o Pontificado Máximo), conseguindo dar valor de lei aos plebiscitos (*Lex Hortensia*), até atingir o patamar da estrutura social, igualando-se em direitos e prerrogativas. Essa foi uma fase fecunda em que se criou, a lado do velho direito tradicional, o *jus civile* rígido e autoritário, um outro direito, admirável construção jurídica, com bases filosóficas e morais, o chamado *jus honorarium*, ou direito pretoriano, nascido do entrevero do foro, *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, no dizer de PAPINIANO (D. 1.1.7) ou, no conceito de MARCIANO (D. 1.1.8), *viva vox est juris civilis*.

Como em todas as sociedades humanas o embate entre a liberdade e o despotismo se fez presente, por muitas vezes, na história romana e assim é que surge o Império, didaticamente dividido em duas fases: o Principado, instituído por Augusto (27 a.C.), e o Dominato, a partir do Imperador Diocleciano (284 da era cristã).

O direito teria que sofrer os reflexos das mutações estatais. Quer o direito civil — substantivo, que hoje chamamos *material* — quer o processual, adjetivo, que denominamos, hodiernamente, *formal*, tiveram que amoldar-se a novas estruturas, com outras forças poderosas repercutindo em sua gestação, como o pensamento grego e o Cristianismo.

Além desses direitos romanos da época histórica, que cobre cerca de treze séculos, há outros, os que resultaram da projeção da obra legislativa de Justiniano, os sistematizados posteriormente pelos glosadores e comentadores, o que se fez vigente na Europa, como direito comum (*jus commune*), especialmente na Alemanha, ao qual FREDERICO CARLOS VON SAVIGNY, o excelso jurisconsulto de Frankfurt, da escola histórica, dedicou sua monumental obra (1840) *System des Heutigen Roemischen Rechts* (Sistema do Direito Romano Atual), traduzido magistralmente para o italiano por Scialoja (1886) e para o castelhano por J. Messia y M. Poley (1878). Aquele mesmo direito, no qual RUDOLF VON JHERING encontrou um espírito vivificador, pairando sobre a legislação de muitos povos, um espírito sempre presente (*Geist des Roemischen Rechts*, tão enaltecido por CLÓVIS BEVILACQUA em *Juristas Filósofos*), talvez aquele mesmo espírito que inspirou MONTESQUIEU (1748) no *De L'esprit des Loix*, e GRAVINA e VICO e tantos mais.

Cabe-me apreciar, tão-somente (e já é muito), o processo civil romano na sua fase histórica de povo vivo, em plena ebulição. Para fins didáticos

a matéria se desenvolve em três etapas sucessivas, mas que não são estanques: 1) as ações da lei (*Legis actiones*), 1.ª fase; 2) o processo por fórmulas ou formular, 2.ª fase; 3) o processo extraordinário (*extra ordinem*), 3.ª fase.

Dentro desses limites discorrerei, limitado pelo tempo e pelo espaço, esses dois imbatíveis inimigos do homem.

* * *

1.ª fase. As Ações da Lei

Um dos mais interessantes aspectos da história jurídica romana é o da chamada *ação da lei*, aquele em que, como a própria expressão indica, os dois direitos — o substantivo e o adjetivo — se concentravam nos dispositivos legais. E como eram várias as ações, cada qual com uma finalidade, dá-se-lhe a denominação plural *Legis Actiones*. A esse tempo, ainda não havia a distinção entre direito civil e direito processual, ambos se identificavam, fundidos no corpo legal. A palavra *actio* dava o sentido exato daquele que age, que aciona a Justiça, que lhe dá movimento. É o autor, palavra que deriva do verbo *ago, egi, actum, agere*, que significa agir, pôr para a frente, dar andamento. Sendo esses procedimentos judiciais derivados da lei, cita-se como fonte primária de todas elas, ou pelo menos das principais, a Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C., também chamada lei decenviral, por ter sido elaborada por dois decenviratos, o primeiro de maior significação — que preparara as dez primeiras sob a presidência de Apio Cláudio.

O período de aplicação dessas *legis actiones* se estende desde a fundação até o sétimo século, aproximadamente, muito embora, como se verá adiante, as fases não sejam estanques.

O processo era todo oral. A esse tempo as leis eram inscritas em mármore, bronze ou madeira, discordando os investigadores quanto à matéria exata em que se gravaram as Leis das XII Tábuas, que tiveram vigência por cerca de um milênio (Ver meu livro *A Lei das XII Tábuas — Fonte do Direito Público e Privado*, Rio, Forense, 1961).

Tratando-se de uma etapa da civilização muito antiga, as fontes de estudo escasseiam, de forma que se torna difícil uma recomposição integral de tudo o que se fazia em defesa dos direitos perante o juiz. Mesmo assim, textos e fragmentos encontrados nas obras de GAIO (ad legem 12 tabularum), incorporados ao *Digesto* de JUSTINIANO e nas *Institutas* do mesmo GAIO, forneceram elementos para a recomposição de cinco ações da lei. Esses fragmentos, somados ou confrontados com outros extraídos de vários escritos de CÍCERO (*De Officiis, de Legibus, de Oratore, De Inventione*, e de numerosas orações ciceronianas), deram melhor fisionomia àquelas ações restauradas. TITO LÍVIO, AULO GÉLIO (*Noites Áticas*), MACROBIO (*As Saturnais*), apresentam outras tantas referências que completam as de outros escritores. As reconstituições se fizeram nos séculos XVI e

XVII e delas a mais aproximada, a meu ver, é a do jurista francês JACQUES GODEFROY (Jacobus Gothofredus) e vai transcrita no livro de minha autoria sobre o assunto.

Da Lei das XII Tábuas se extraíram textos e fragmentos sobre CINCO ações da lei, assim enumerados: 1) SACRAMENTUM ou *legis actio per sacramentum*; 2) JUDICIS POSTULATIO ou *legis actio per postulationem*, também chamada simplesmente POSTULATIO; 3) CONDICTIO ou *legis actio per conditionem*; 4) MANUS INJECTIO ou *legis actio per manus injectionem*; 5) PIGNORIS CAPIO ou *legis actio per pignoris capionem*.

As duas últimas são de natureza executiva, uma pessoal, outra real.

As três primeiras se faziam para a defesa de direitos de toda natureza, cada qual com suas características próprias.

Procurarei dar uma noção geral de cada uma.

A primeira — SACRAMENTUM —, pela sua própria denominação, revela ser um resquício do direito sacral, misto de religião e *jus* laico. As palavras derivadas da raiz SACER são muitas na história romana. SACER tanto era sagrado, como execrado. Fala-se também em *JUS SACRUM*, em que a religião pagã imprimira seus traços mais fortes.

Sacramentum, nas mais remotas origens, seria um juramento de natureza religiosa, mas com conseqüências obrigacionais, e assim o registra MONIER no seu *Petit Vocabulaire de Droit Romain*. De juramento transformou-se numa espécie de aposta sacramental, com valor econômico-financeiro de 50 ou 500 asses (a moeda da época), de conformidade com o valor da causa.

O sentido de “aposta” é indicado por V. ARANGIO-RUIZ, à falta de outra palavra mais expressiva, sem perder o caráter sagrado, tanto assim que a quantia depositada pela parte que perdia a questão se revertia em favor do culto pagão.

Esse tipo de ação tanto se aplicava *in rem* (a. real) como *in personam* (a. pessoal). Cobria, assim, grande área no campo do direito processual, tornando-se genérica, com aplicação a qualquer tipo de direito a pleitear. Destinava-se, especificamente, a fazer valerem direitos do *paterfamilias* sobre as pessoas e bens submetidos a seu poder (reivindicações, quanto à coisa própria); ações sobre *jura in re aliena*; sobre a *patria potestas*, mulheres, filhos, dependentes em geral e *dominica potestas*, sobre escravos.

Como ação pessoal se destinava à cobrança de dívidas nos contratos verbais, numa época em que prevalecia a oralidade nas obrigações, através das *sponsiones*; idem de créditos provenientes de delitos, como no *furtum nec manifestum*, em casos de *injuria*, corte furtivo de árvores e ainda contra o tutor que fraudasse o tutelado.

Ações pessoais e reais encontravam abrigo no *sacramentum*, que se desenvolvia de forma original, típica desses tempos um tanto pitorescos.

As melhores informações se encontram nas *Institutas* de GAIO, livro IV, XIII e seguintes, que não posso reproduzir na íntegra, por falta de tempo e de espaço.

Basta que repita tratar-se de uma ação genérica. Perigosa para os litigantes de má fé porque, comprovada esta, perdiam o valor da "aposta" para o culto ou para o erário (de acordo com a época) e ainda deveria o vencido oferecer fiadores. Com o correr do tempo o valor do *sacramentum* passou a ser entregue ao que vencia a demanda e não ao culto ou ao erário. Diz ainda GAIO que o valor do *sacramentum* era de cinquenta ou quinhentos asses, o primeiro para as ações de valor inferior a quinhentos asses e o segundo para as causas superiores a mil asses.

É interessante notar, no entanto, que, quando a causa tivesse por objeto a liberdade de um homem, numa época em que o escravo era considerado *coisa* (*res mancipi*), o valor do juramento ou da aposta não seria jamais superior a cinquenta asses, a fim de facilitar o pleito. Cabe aqui reproduzir um comentário de GAIO: "Mas, nas demandas em torno da liberdade de um homem escravo, estabeleceu a lei o *sacramentum* de cinquenta asses, mesmo que superior fosse o valor desse homem (escravo), protegendo, assim, a liberdade e evitando onerar os *adsertores*", isto é, os defensores da causa da liberdade. Era esta a chamada *causa liberalis*, aquela em que estava em jogo a liberdade de um homem, quer escravo, quer suposto escravo. A *manumissio* se fazia, nos primeiros tempos, pela ação *sacramentum*, através da *manumissio vindicta*, com a presença de um *adsertor libertatis*. Havia a *vindicatio in libertatem*, quando alguém tentava libertar um escravo e a *vindicatio in servitutem*, em sentido contrário, quando se pleitejava como escravo um homem livre ou aparentemente livre. Na cerimônia sacramental o *adsertor* colocava uma varinha (*vindicta*), símbolo do poder, sobre a cabeça do escravo e pronunciava as palavras reivindicatórias que, não sendo contestadas, importavam na *addictio*, na concessão da liberdade. O *adsertor* representava assim o escravo, em nome da liberdade, exceção ao princípio geral, nas ações da lei, que não admitiam representação. Em todas as causas a presença das partes era indispensável. Como o escravo era "coisa" e não "pessoa", havia necessidade de alguém que falasse, não apenas em seu nome, mas em nome da entidade mais alta — A LIBERDADE —, e essa figura original era o *adsertor libertatis*. Cabe aqui um comentário. Nesses tempos de direito duro a liberdade está sempre presente, e ela, vez por outra, emergirá num trabalho desta natureza. Isso demonstra que, apesar dos tempos, a liberdade era um sentimento sempre presente no coração dos homens. Leia-se TITO LÍVIO e ver-se-á como toda a história daquele povo se desenvolve em torno do tema da liberdade, do homem-indivíduo e do homem-social, do homem perante o senhor (*dominus*), do homem como categoria social, plebeu, perante o patriciado.

Reproduzo as próprias palavras de GAIO, quanto ao *sacramentum*: “Sed si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur...”

Apresentadas as partes ao magistrado, estabeleceu a Lei Pinaria que seria fixado um prazo de trinta dias para a nomeação do juiz. Antes *dessa lei a nomeação era imediata*. Fixavam então as partes mais três dias a fim de comparecerem à presença do juiz (*comperendinum diem*), perante o qual o autor fazia uma exposição de sua pretensão, uma espécie de “resumo da causa”, que GAIO denomina *causae collectio*.

Nas questões em que se demandavam bens, quando se achavam em jogo direitos reais sobre coisas, especialmente *res Mancipi* e *nec Mancipi*, usavam-se palavras sacramentais. Sendo objeto da causa um escravo, o reivindicante tocava o escravo com a vara (*vindicta*) e pronunciava as seguintes palavras: “Afirmo que este homem me pertence pelo direito quirritário, segundo sua condição, assim como disse, toquei-o com esta vara (*vindicta*)”. A parte contrária, que também pleiteava o mesmo escravo (ou outra coisa móvel ou semovente, para usar linguagem atual), dizia e fazia a mesma coisa, isto é, pronunciava iguais palavras e tocava no escravo. Eram atitudes e maneiras sacramentais de reivindicar, gestos de reivindicação. A própria palavra reivindicar, de onde se geraram outras, como reivindicação, provém da vara *vindicta*, símbolo do poder.

Depois de ambas as partes pronunciarem aquelas palavras e tocarem na coisa reivindicada, o juiz exclamava: “Larguem ambos o homem” (ou a coisa). Em latim: *mittite ambo hominem, e as partes obedeciam*.

Segue-se então uma cena verdadeiramente teatral, própria da época. Talvez por isso é que autores teatrais como PLAUTO e TERÊNCIO constituem também fonte de investigação do direito romano antigo.

O primeiro reivindicante novamente falava, dirigindo-se ao segundo: “Quero que digas a que título reivindicas”. O outro respondia: “usando de meu direito coloquei sobre ele a varinha” (*vindictam imposui*). O primeiro replicava: “como tu vindicaste sem direito, eu te desafio para um *sacramentum* de quinhentos asses”. O adversário respondia: “E eu igualmente”. Encerrado esse diálogo solene, o pretor concedia a posse provisória da coisa a um dos litigantes, ordenado-lhe que oferecesse caução à parte contrária pelo processo e pelo objeto da reivindicação (*principal* e frutos). Além dessa caução unilateral, exigia de ambas as partes o valor do *sacramentum*, de cinquenta ou quinhentos asses, conforme a causa, e que, afinal, seria destinado ao erário público. Servia-se, nessa oportunidade, de uma vara a título de lança, segundo informa GAIO, como símbolo do domínio, e essa é a razão por que uma lança é fixada em terra perante o tribunal dos centúviro. Eis as palavras latinas do próprio GAIO: “*festuca autem utebantur quasi hastae loco signum quodam justí dominií*” (G. IV.16). A palavra *festuca*, designativa de vara, substituíra a *vindicta*, de igual sentido.

Se a coisa litigiosa não pudesse ser transportada à presença do juiz, pela sua natureza, como uma coluna, um navio, um rebanho, tomava-se uma parte dela que simbolicamente fazia as vezes da coisa toda, um pedaço, uma ovelha, um objeto qualquer que simbolizasse o bem litigioso. O mesmo ocorria nas ações reais, da qual se retirava um fragmento para levar à presença do juiz e o processo de reivindicação se desenrolava como se a coisa inteira estivesse presente: por exemplo, de uma propriedade territorial tomava-se um pouco de terra, de uma edificação, uma telha.

Quanto à segunda ação da lei mencionada, a *postulatio*, era utilizada para reclamar o objeto de um contrato verbal, uma estipulação. Palavras sacramentais também se faziam necessárias, o autor exclamando: "Declaro que, em virtude de tua promessa (*sponsio*), me deves pagar dez mil sestércios. Pergunto se confirmas ou negas".

Como se pode observar, tratava-se de contratos verbais, geralmente envolvendo pagamento de quantias certas. O réu contestava, negando a dívida. O demandante então exclamava: "Desde que negas, eu te peço, ó pretor, que designes um juiz ou um árbitro".

Nesse gênero de ação podia o réu negar sem se expor a penalidade. E não apenas para cobrança de dívidas. Também se aplicou essa ação na partilha de heranças e, ainda, segundo a Lei Licínia, para a divisão de bens comuns. Essa, a razão por que o demandante pedia a nomeação de um juiz ou de um árbitro.

Tendes observado que ora falo em magistrado (pretor), ora em juiz, entidades totalmente diferentes, em sua natureza e finalidade. Não podemos aplicar ao direito romano conceitos modernos em que magistrado é sinônimo de juiz. Magistrados, àquele tempo, e dependendo da época, eram os cônsules, os pretores, urbano e peregrino, os edis, curuis e plebeus, os censores, os questores e um número considerável de outros que foram criados à proporção que Roma se expandia territorial e politicamente. A instância, ao contrário do que ocorre modernamente, era plana, rasa, não havia superposições como no sistema posterior e no atual. Ela, a instância, se desenvolvia em duas fases, a 1.^a *in jure*, isto é, perante o magistrado, geralmente o pretor; a 2.^a *in judicio*, vale dizer, o juiz, aquele que iria julgar a causa. O pretor não julgava, o pretor apenas preparava, iniciava, era aquilo que hoje em dia se chama um "preparador".

Ouvia as partes. O processo era totalmente oral. Nada se escrevia nessa 1.^a fase das *legis actiones*. Demandante e demandado, conforme já foi explicado, desempenhavam papéis verdadeiramente teatrais em presença do pretor, defendendo cada qual seu direito. O magistrado apenas preside ao ato, devendo então *dare judicem*, isto é, nomear o juiz, *dicere vindicias*, vale dizer, conceder a posse provisória da coisa litigiosa e *addire rem*, adjudicar a coisa ao demandante quando o réu não se defendia. Não era um julgamento, uma sentença, mas uma adjudicação.

É bem verdade que, pela antiguidade dos fatos e raridade das fontes, nem sempre os romanistas estão de acordo quanto ao papel desempenhado pelo magistrado na *legis actio*. Para GIRARD (Paul Frédéric), o eminente romanista francês, o magistrado nada mais era do que uma testemunha solene do ato. Outros, como WLASSAK, CUQ e GIFFARD, pensam de forma diferente, uma vez que o papel desempenhado pelo magistrado não poderia ser de todo nulo, porquanto dispunha do poder de denegar a ação (*denegare legis actionem*), quando houvesse repetição de pedido anterior. Não deixava de ser um ato decisório.

Na 2.^a fase, *in judicio*, ou *apud judicem*, havia grande liberdade para apresentação de provas e alegações de toda ordem. Desenrolava-se na presença do Juiz (*judex unus*), aquele que deveria proferir a sentença. A dedução oral das razões da parte, chamada *causae collectio*, se fazia na presença do juiz; faziam-se depoimentos orais de testemunhas. Como os atos escritos eram raros, salienta MONIER o relevantíssimo papel desempenhado pela prova testemunhal, mas, "em direito, todos os meios de prova são admitidos e o juiz dispõe de inteira liberdade na apreciação dos fatos invocados pelos litigantes".

Era, na verdade, um sistema prático, racional, sem escritos burocráticos, e que bem poderia servir de padrão para os tempos modernos, em que as causas demoram anos (algumas vão a um século sem serem julgadas, como a ação do Amazonas contra a União proposta por Rui Barbosa no início desta centúria e até hoje não julgada, e os catorze volumes do processo desaparecidos, sem explicação razoável).

Encerrada a instrução, o juiz deveria proferir a sentença até o pôr-do-sol, salvo se as provas e debates não houvessem terminado, nem o juiz formado a sua convicção. Adiar-se-ia para outro dia. Nenhum ato judicial se praticaria depois do pôr-do-sol. A Lei das XII Tábuas trazia preceito expresso a respeito: *sol occasus, suprema tempestas esto* (Tab. I).

O juiz tinha ampla liberdade de ouvir testemunhas, ouvir confissões e juramentos. Apesar de ser oral o processo, havia imenso rigor nos depoimentos. Penas severíssimas recaíam sobre a testemunha que faltasse à verdade.

Findava com a sentença a função do juiz, na fase *in judicio*.

A condenação poderia ser em dinheiro ou na própria coisa nas ações reivindicatórias (*ad ipsam rem*). Sendo em valor monetário, a sua execução se fazia por meio de outro tipo de ação da lei: a *manus injectio*, que estudarei logo mais.

Como se pode verificar pelo exposto, a instância se dividia em duas fases do mesmo nível: uma perante o magistrado ou magistrados, se se tratasse de um tribunal, outra na presença do juiz.

E a escolha do juiz, como se fazia? Este não era — como nos tempos atuais — um funcionário público, mas uma pessoa independente, de boa reputação, muitas vezes um senador. Além do *judex*, havia também a figura do *arbiter*. O primeiro, afirma G. BRY (*Principes de D. Romain*, vol. 1, p. 146), se limitava a julgar as questões de direito estrito, chamadas *lites*; o segundo tinha como competência pretensões recíprocas sujeitas a conciliação. Diríamos, usando linguagem moderna, que a atribuição do *judex* era de natureza contenciosa; a do *arbiter*, graciosa e conciliatória, não em *lites*, mas em *jurgia*. “Mais l'arbiter n'est qu'une variété du *judex*”, di-lo ainda BRY. Questões havia, no entanto, que excediam a competência do *judex unus* e a do *arbiter*, devendo ser submetidas a um tribunal. Assim, por exemplo, nas causas entre romanos e peregrinos, principalmente depois das guerras, em que havia pretensões de toda ordem na recuperação de bens, submetidas a um tribunal chamado dos *recuperatores*. Há dúvidas entre os romanistas quanto à competência total desse tribunal, perante o qual o processo era sumário e que mudou de configuração com o passar dos anos. Não posso esgotar esta matéria por ser vasta e contraditória.

Pretendo agora responder à pergunta acima formulada: — Como se escolhia o juiz da causa, depois que se encerrava a missão do Pretor?

Duas hipóteses surgem: 1) a indicação do juiz pelas partes, mediante acordo; e 2) a nomeação direta pelo magistrado.

É racional que, sendo os litigantes concordes, o magistrado deve aceitar a indicação do *judex unus* por eles escolhido. Havia um mútuo consenso que não seria lícito contrariar. Não havendo acordo, o demandante poderia indicar um juiz, não a seu livre alvedrio, mas retirado da lista previamente organizada e constante do *album judicum*. Teria o autor o direito de escolher um nome, submetido à aprovação da parte contrária, que o poderia aceitar ou recusar. Sendo a lista numerosa, a escolha continuaria, até que ambas as partes acertassem na escolha. A recusa total do réu em aceitar um dos nomes da lista (*album*) importaria em ser considerado ausente, *indefensus*, revel. É conveniente salientar que esses critérios não foram uniformes no período das *legis actiones* e no subsequente do processo formular. E perante os *recuperatores* também a escolha se fazia através de uma lista tirada à sorte pelo magistrado e consulta das partes sobre os nomes. (vd. CÍCERO, *De oratore*, 2,65, 70).

Pergunta-se: que nomes deveriam figurar no *album judicum*? Nos primeiros tempos tinham preferência os senadores; mais tarde, com as transformações sociais e fortalecimento da categoria dos cavaleiros, estes passaram também a figurar.

Uma certa *Lex Aurelia* do ano 70 a. C., do final, portanto, do período republicano, instituiu três decúrias com juizes extraídos das categorias de senadores, cavaleiros e tribunos do erário, estes últimos depois excluídos por Júlio César. Augusto teria acrescentado uma quarta decúria e Calígula, uma quinta. Por estes exemplos se verifica quanto é movediço o terreno em

que repousam tais instituições, sujeitas a modificações a toda hora, tornando-se, por isso, difícil uma síntese que expresse tantas fisionomias novas. Refere BRY (ob. cit., p. 147) que sob Augusto cada decúria continha mil membros (SUETÔNIO, *Aug.* 32, CÍCERO, *De officiis*, 3.10.19).

Tais juizes exerciam suas atividades de acordo com a sua investidura, isto é, se eram individuais (*judex unus*) ou colegiados, em órgãos coletivos, triunviratos, decúrias, centunviratos.

O juiz singular tinha assento no *comitium* ou no *forum*, a céu aberto, em audiência pública, que se encerrava com o pôr-do-sol. O ano judiciário se dividia em duas partes, a do inverno, *menses hiberni*, e a do verão, *menses aestivi*. Todo o ano judiciário se denominava *rerum actus*.

É conveniente observar que a primeira fase da instância *in jure* era mais rígida, necessária a presença das partes. Na fase *in judicio*, o juiz dispunha de maior liberdade para apuração dos fatos e promoção das provas, e quanto à presença das partes, se o autor não comparecesse até meio-dia, perdia automaticamente a questão, por força de preceito constante da Lei das XII Tábuas: 1. 10: *post meridiem praesenti stlitem addicito*, isto é fazia-se a adjudicação a favor da parte presente (estando a outra ausente).

Apresentadas essas noções gerais a respeito da marcha da ação perante o pretor, *in jure*, e o juiz, *Judex unus*, até a sentença, torna-se oportuno dizer algo sobre as três restantes ações da lei: a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*.

Condictio, do verbo *condicere*, que significava citar alguém para responder a uma ação, no antigo latim. O demandante citava o réu para comparecer a Juízo, para designação de um juiz, no trigésimo dia. Aplicava-se esse tipo de ação à cobrança de dívidas. Teria sido instituída pelas leis Sília e Calpurnia, pela primeira para a cobrança de uma certa importância em dinheiro, pela segunda para qualquer outro valor determinado.

Pergunta-se, com razão: para que serviria essa ação se os demandantes já dispunham da ação *sacramentum* e da *postulatio*, anteriormente estudadas? A questão é controvertida entre os romanistas.

Os fragmentos das *Institutas* de GAIO referentes a essas ações apresentavam lacunas, que por muitos séculos mantiveram os intérpretes em dúvidas e equívocos. Já neste século foram encontrados fragmentos das *Institutas Gaianas* no Egito, em papiro oriundo de Oxhyrhynchos, e que tomaram o n.º 1.182 e através deles algumas novas luzes se projetaram sobre as ações *sacramentum* e *postulatio*, graças a estudos de V. ARANGIO RUIZ (*Papiri Graeci e Latini*, pub. della Società Italiana, lib. Int. Treves, Firenze, 1935).

Tive oportunidade de consultar pessoalmente essa preciosa obra na biblioteca do Instituto de Direito Romano da Universidade de Roma, na década de sessenta. Salienta ARANGIO RUIZ que a distância entre a

sacramentum e a *postulatio* não era tão grande quanto se julgava. Esta última se aplicava juízos divisórios. A *postulatio* parecia ser tão genérica quanto a *sacramentum*. Cada uma servira a um tipo de litígio. A *sacramentum*, aos litígios entre o MEU e o TEU, ou DE SER OU NÃO SER TEU DEVEDOR POR UMA QUANTIA OU COISA DETERMINADA; a *postulatio* se referia aos processos em que estão em jogo o QUANTO e o COMO, além dos processos divisórios já assinalados (ob. cit., p. 42).

Dada a complexidade dessa matéria, parece inoportuno avançar no exame de tantas minúcias.

As duas últimas ações da lei, *manus injectio* e *pignoris capio* são de natureza executiva, conforme já foi salientado.

Elas completam as três primeiras.

Sobre a primeira, a Lei das XII Tábuas traz vários preceitos esclarecedores e interessantíssimos. As *Institutas* de GAIO completam-na. Toda a tábua primeira apresenta o desenrolar da ação *in jure* e *in judicio*.

Assim está: *si in jus vocat, ito*, isto é, se o demandante chama a Juízo o réu, este deve ir. 2. *Ni it*, se não vai, *antestamino*, junta testemunhas. Já salientei o valor imenso das testemunhas no antiqüíssimo direito, quando nada se escrevia e a palavra merecia fé. As penas de falso testemunho eram terríveis. Depois de tomar testemunhas *Igitur en capito*, vale dizer, o autor poderia agarrar o réu. 3. *Se calvitur pedemve estrict*, se resiste ou quer fugir *manum endo jacito*, isto é, lança a mão sobre ele. 4. *Si morbus aevitas-ve vitium escit*, se uma doença ou a velhice o impede de andar, o demandante lhe forneça um cavalo, uma alimária para transporte. 5. *Si nolet*, se recusa (esse transporte) *arceram ne sternito*, que lhe forneça uma carroça e, se a recusa, que lhe dê uma forrada (coberta). Este último dispositivo, com versões diferentes em reconstituições, se lê em AULIO GÉLIO, liv. 20, c.l. 6. *Si en siet qui in jus vocatum vindicit, mittito*. Se alguém se apresenta como fiador, que seja solto o demandado. 7. *Assiduo vindex assiduus esto*. *Vindex* é a figura do fiador. Só o rico poderá ser fiador do rico (*assiduus*, o que tem muitos asses, dinheiro). *Proletario quoi, qui volet vindex esto*, quanto ao pobre qualquer pessoa pode servir de fiador. 8. *Endo via rem uti pacunto, rato*. Se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada. 9. *Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito*. Se não entram em acordo, a causa é levada (ao pretor) no comício ou no foro antes do meio-dia *quum perorant ambo praesentes*. Ambas as partes devem estar presentes. 10. *Post meridiem, praesenti silitem addicito*. Depois do meio-dia se faça a adjudicação a favor da parte presente (estando a outra ausente). 11. *Sol occasus, suprema tempestas esto*. O pôr-do-sol será o termo final da audiência.

A tábua II traz preceitos sobre os julgamentos e os furtos. A tábua III, sobre OS DIREITOS DE CRÉDITO.

GAIO completa os preceitos das XII Tábuas e esclarece que o réu que não apresentasse fiador era levado à casa do autor e posto a ferros. Aplicava-se, assim, a *Manus Injunctio*, preferencialmente à execução de sentenças, tanto assim que GAIO reproduz as palavras que o autor deveria pronunciar: "já que foi julgado que me debes dez mil sestércios e tu não os pagaste, faço a *manus injectio* por causa desses dez mil sestércios". Com o decorrer do tempo, essa ação foi aplicada a outras hipóteses, a favor do fiador contra o afiançado (pela Lei Publilia), caso não fosse ressarcido em seis meses. Aplicou-se também contra o que exigia mais do que o devido ao fiador (*Lei Furia de sponsu*). Uma Lei Marcia admitiu-a contra os credores usurários para devolução dos juros indevidos e uma *Lei Furia testamentaria* contra o que recebesse mais de 1.000 asses de legado em *causa mortis*.

Todos esses preceitos e práticas se abrandaram com o tempo, sofrendo atenuações. Não cabe referir todos os casos para não estender por demais esta exposição.

A última ação da lei a *pignoris capio*, di-lo GAIO, tanto surgiu dos costumes, quanto da lei. Pelos costumes nos casos em que militares reclamavam o pagamento de seu soldo, o *aes militare*; ou sobre quantias destinadas à compra de cavalos (*aes equestre*) ou para forragens destinadas aos animais (*aes hordiarum*).

Além desses casos oriundos dos costumes, a Lei das XII Tábuas incorporou a *pignoris capio* aos seus preceitos para variados casos contra o que adquiriu uma vítima para sacrifícios, sem ter pago o preço respectivo; contra o que deixasse de pagar o aluguel do animal de carga. Mais tarde, a lei censória a admitiu contra os proprietários de terras para cobrança de tributos. Há controvérsias entre os próprios juriconsultos romanos antigos a respeito da natureza dessa ação, assinaladas por GAIO. Nela não intervinha o pretor e até na ausência da parte contrária, porquanto recaía sobre bens e não sobre pessoas. E podia efetivar-se mesmo em dia *nefasto*, quando os demais atos judiciais eram vedados.

Pelo exposto, verifica-se que todas essas cinco ações da lei eram muito rígidas e com o tempo tornaram-se impopulares, conforme o assinala GAIO, I. IV, XXX: "No entanto, todas essas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco impopulares, por causa da minúcia exagerada dos antigos que criaram esses direitos, de tal forma que o menor erro importava em perda da demanda". Assim, por exemplo, se o autor demandasse por árvores cortadas por terceiros, deveria usar a palavra *arborea*. Se falasse em *vites* (no caso de vinhas), perdia a questão. Esse formalismo exagerado tornou impopulares essas ações, substituídas paulatinamente pelas Leis Ebécia e Júlias Judiciárias. Mesmo assim, excepcionalmente, continuaram a ser aplicadas mesmo na vigência do processo por fórmulas, subsequente, em casos especiais, nos casos de dano eventual e em julgamentos proferidos pelo tribunal dos centúviro. A ação, neste último caso, se iniciava perante

o pretor urbano ou peregrino, como na ação de sacramento, passando, na fase *in judicio*, àquele tribunal.

Durante muitos séculos as ações da lei foram aplicadas no meio romano, em plena república. Roma crescia, expandia-se, possuía vocação para império e com o aumento da população, o excesso de causas a resolver, o intercâmbio com estrangeiros, o seu direito processual civil teria que atender às novas necessidades sociais.

Surge, então, a 2.ª fase, a do processo *formular* ou *por fórmulas*, em que a total oralidade anterior passa a ser alterada por fórmulas escritas e novas formas de proceder judicialmente.

Essas duas primeiras fases — a das *ações da lei* e a do *processo por fórmulas* — cabem na denominação genérica de *ordo judiciorum privatorum*.

Passo agora ao estudo do processo formular.

O processo formular. Sua origem. As leis Aebutia e Júlias Judiciárias. Partes da fórmula. Meios processuais complementares. (2.ª Fase)

O processo por fórmulas, também chamado “formular” (que alguns poucos autores, erroneamente, chamam “formulário”, surgiu ao fim da república e se consolidou em duas etapas. A primeira com a Lei Ebúcia (*aebutia*) e a segunda com as Leis Júlias Judiciárias.

A Lei Ebúcia é de data incerta. Localiza-se, segundo GIRARD (*Mélanges de Droit Romain*, I, p. 108), entre os anos 605 e 628 da Fundação, vale dizer, entre 149 e 126, a.C.

Ela não substituiu totalmente o processo das ações da lei, tão arraigado estava o uso deste nas tradições romanas. Abriu caminho, todavia, para uma nova e fecunda fase, graças à atuação do pretor e demais magistrados. Conforme já foi salientado, as ações que vinham do regímen anterior, a *manus injectio* e a *pignoris capio*, continuaram a ser utilizadas, especialmente perante o tribunal dos centúviro.

Há discrepância entre romanistas eminentes quanto à substituição total das *legis actiones* pelas fórmulas, substituição parcial e convivência dos dois sistemas (Ver MONIER, I, 185; JOBBÉ DUVAL, *Mélanges Cornil*, I, 1926, p. 517).

O tribunal dos centúviro — que teriam continuado no uso das ações da lei — era presidido por um pretor especial, denominado *praetor hastarius*. A palavra *hastarius* vem de *hasta*, a lança, símbolo do poder, a que já me referi anteriormente. Dividia-se em seções, a que davam igualmente o nome de *hastae*, decorrente do uso da fixação da lança simbólica ao solo (GAIO, IV, 16; PLÍNIO, Ep. V, 21, VI, 33).

O número de membros desse centunvirato variou com o tempo, sendo certo que sob Trajano eram 180 (cento e oitenta). Discordam os romanistas

quanto à competência específica. Para GIFFARD, ele se limitava às questões sobre sucessões. MONIER acha que os centúviro possuíam competência mais ampla, em ações reais, embora sem exclusividade, ficando a critério das partes escolher entre o *judex unus* e os *centúviro*.

LENEL defende a tese de que a competência desse tribunal não ia além das causas de valor até cem mil sestércios (OTTO LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3.^a ed., p. 428).

MONIER aventa a hipótese de que fosse esse tribunal integrado por cento e cinco membros, à razão de três por tribo, sendo acrescido mais tarde até o limite já indicado de cento e oitenta e cinco sob o Imperador Trajano.

CÍCERO parece estar com a razão quando afirma que cabia a esse tribunal a apreciação das questões relativas à propriedade, sucessões ou ao estado das pessoas (*De Oratore*, I, 38, e *Pro Cecina*, 18).

O certo é que o centúvirato continuou na prática das ações da lei mesmo depois da vigência da Lei Ebúcia.

A Lei Ebúcia realizou uma revolução no sistema processual, que antes era todo oral, pois passou a exigir a redação de uma fórmula, em que as pretensões das partes viessem sintetizadas.

No sistema anterior, o demandado, ao negar a pretensão do autor, apresentava testemunhas, chamando-se a essa fase do processo *litis contestatio*. Contestava com provas testemunhais, oraís. A partir da Lei Ebúcia, os atos sacramentais complicados e as palavras solenes foram abolidos ou, pelo menos, reduzidos, deixando-se o antigo formalismo por uma providência mais prática: a pequena peça escrita a que se chamava "fórmula". A instância continuou a ser plana, isto é, *in jure* (perante o pretor) e *in judicio*, perante o *judex*. O primeiro era o preparador e o segundo o julgador, exatamente como no processo das ações da lei. O que inovou foi a fórmula escrita, preparada com mil cuidados, e justamente essa fase passou a receber a denominação de *litis contestatio*. Tão importante era essa fórmula que LAGRANGE a considera "la clef du Droit Romain", isto é, a chave que abriu novas portas e alargou os horizontes jurisprudenciais, com o desenvolvimento do direito honorário. Os futuros compiladores e codificadores haveriam de utilizá-las nas suas reconstituições, especialmente no campo das obrigações, das ações, e das exceções (Ver LAGRANGE, *M. de D. Romain*, 13.^a ed., p. 526).

Todos os atos processuais referentes a *in jus vocatio*, que vinha do passado, foram preservados. O demandante devia levar o demandado à presença do pretor, em Roma, e do Presidente das Províncias, mais tarde na fase imperial. Nas cidades itálicas fora de Roma exerciam essa atividade os duúvíros.

Preservaram-se, portanto, muitas práticas anteriores, inclusive a condução do réu à força, *oborto collo*. A recusa do réu constituía delito, sujeito a punição por multa.

Se durante o dia não terminasse a audiência, seria designado outro, mediante a garantia do *vadimonium*, compromisso, mediante fiadores, os *vades*, sujeitos a multa em dinheiro. Povo prático, os romanos resolviam muitos problemas — até de ordem moral — com o pagamento em dinheiro, certos estavam de que, para muitos seres humanos, a bolsa dói mais do que o coração. E estavam certos. Esses fiadores, *vades*, já eram previstos na vetusta Lei das XII Tábuas, que falava também em *subvades*, admitindo-se a hipótese de haver fiadores dos fiadores.

Em face do magistrado, o autor expunha a sua pretensão e indicava qual a “fórmula da ação” que desejava propor. Essa fase chamava-se *editio actionis*. Era a escolha do tipo de procedimento processual adequado, de conformidade com a natureza do pedido. As fórmulas estavam expostas, escritas em letras negras sobre fundo branco, no chamado “álbum” (“álbum” devido à brancura da peça, possivelmente de madeira pintada, em que se gravavam). Eram as fórmulas previamente escritas de acordo com as especificações próprias nas numerosas hipóteses que poderiam surgir na vida real. O autor poderia, ele mesmo, indicar no “álbum” a ação que preferia. Essa escolha deveria ser rigorosamente certa, porquanto, se fosse errada, o autor perderia a questão. Assim, se se tratasse de um caso de compra e venda e o autor designasse fórmula referente a outra ação, punha em perigo o seu direito. Poderia — antes da *litis contestatio* — mudar o tipo de ação. Acredito que, nesse passo, as partes fossem auxiliadas pelo pretor, a fim de bem escolherem a fórmula adequada. O ato de pedir ao magistrado a fórmula, com redação adequada, chamava-se *postulatio actionis*. O pretor dispunha do poder de *dare* ou *denegare actionem* (Ver SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, p. 210).

Até esse ponto o papel do demandado era passivo, não podia opor-se à escolha da fórmula e da ação, *editio* e *postulatio*, que se passava entre o autor e o magistrado. Poderia — o réu —, e isso é um tanto controverso, impugnar o tipo de ação escolhido. Cabia-lhe, em sua defesa, solicitar a inclusão de exceções (*exceptiones*) na fórmula. Essa é a origem histórica das exceções como matéria de defesa.

O pretor dispunha de poder para negar tanto a ação como a exceção, quando sem base jurídica. Esse poder — decorrente da *jurisdictio* (de *jus*, direito + *dicere*, dizer o direito) — deu ao magistrado romano uma grande autoridade como órgão criador e inovador. Se o réu nada impugnava e *confessava*, isto é, reconhecia o direito do autor, essa confissão valia como sentença, passando-se à execução. *Confessores in jure pro judicatis haberi placet*, isto é, os que confessavam estavam julgados. Se a confissão se limitava ao direito do autor, com impugnação do valor, surgia um outro tipo de ação, a “confessoria”, em que se devia decidir a respeito do mon-

tante da condenação: *judex non rei judicandae, sed aestimandae datur* (D.9.2. — ad leg. Aquilia, 25, § 2). A essa altura a questão já se desenvolvia em sua segunda fase, perante o juiz.

Fixados perante o magistrado (pretor) os prós e os contras do autor e réu, passava-se, então, ainda na 1.^a fase, à redação definitiva da fórmula de acordo com o modelo escolhido, redação essa para cada caso, de acordo com as alegações, com os pedidos e exceções respectivos. Escolhia-se, então, o juiz (*judex unus*) ao qual seriam remetidas as partes, para julgamento final. *Judicem sumere*, era o ato de indicação do juiz, pelas partes, que poderiam estar de acordo ou não quanto ao nome.

Já tratamos desta matéria anteriormente, mas é conveniente dizer algo mais nesta 2.^a fase do processo por fórmulas, em que novas práticas se acrescentaram às que vinham do sistema das *legis actiones*. O magistrado também podia indicar nomes, aceitos ou recusados pelas partes (*judicem recusare* ou *rejjicere*). Já dissemos anteriormente que, se as partes não chegavam a acordo, o magistrado designava o juiz. Em certa época, porém, passou-se à escolha mediante “sorteio”, o que colocava à vontade não apenas os litigantes mas o próprio pretor. Este, no entanto, é que investia em seus novos poderes aquele que deveria ser o julgador, *judicem addicere*.

Na fórmula se incluía o nome do juiz escolhido ou designado e se resumiam os direitos alegados pelas partes. Instituíam-se o juiz (*judicium constitutum*); *acceptum*; *lis inchoata*, passando-se à *litis contestatio*.

Uma das matérias de maior significação jurídica era, sem dúvida, a *litis contestatio*, que importava, com a aceitação da fórmula redigida pelo magistrado, em um verdadeiro *contrato*, uma novação, que substituiu tudo o que se pretendia, ou que se poderia pretender fora do escrito.

A “fórmula” passava a dominar o processo. Nada se poderia decidir fora dela. Julgo — e esta é uma opinião pessoal — que a redação da fórmula surgiu da própria incerteza do julgador diante de casos que vinham do magistrado, com provas testemunhais, mas sem um roteiro a seguir. A fórmula passou a ser esse roteiro. Uma camisa de força da qual as partes não podiam mais se libertar.

Com o correr do tempo essas fórmulas padronizadas foram incluídas no edito do magistrado, elaborado por ocasião de sua investidura. Eram fórmulas *edictales*, decorrentes do *jus edicendi*. *Do, dico, addico*, dou, digo, adjudico, dos verbos *dare* (dar), *dicere* (dizer), *addicere* (adjudicar), eram as palavras usadas e que concentravam todos os poderes, *dar judicem*, dar ou nomear o juiz, dizer o direito, adjudicar bens, patrimônios, valores.

As fórmulas se constituíam de partes essenciais e partes acessórias. Eram essenciais: 1) *demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio*. O uso das expressões latinas se faz necessário porquanto nem sempre a tradução corresponde integralmente ao sentido exato. Na *demonstratio* o ma-

gistrado registrava a pretensão do autor, sinteticamente, sem palavras rebarbativas. GAIO (I. IV, 39 a 44) reproduz o texto de uma *demonstratio*: "Aulus Agério vendeu um escravo a Numério Negídio." Se se tratasse de depósito, a *demonstratio* diria: "Tendo Aulus Agério depositado um escravo em casa de Numério Negídio." Sabe-se, por essas poucas palavras, que se trata de uma ação em torno da venda de um escravo ou de um depósito (que poderia ser de outro bem qualquer).

Na *intentio* se expõe sucintamente a pretensão do autor: "se parece (ao juiz) que Numério Negídio deve pagar mil sestércios a Aulo Agério" ou ainda "tudo o que parecer (ao juiz) que Numério Negídio deva dar ou fazer a favor de Aulo Agério" ou ainda "se parece (ao juiz) que o escravo é de Aulo Agério pelo direito dos quirites."

Completa-se, assim, o raciocínio. A questão tinha por objeto a venda ou o depósito de um escravo ou de qualquer outro bem. O juiz deveria mandar pagar o preço ou uma indenização, conforme o caso, ou fazer algo mais: devolver o escravo, prestar serviços etc.

Na *adjudicatio*, fase intermediária, o juiz poderia adjudicar o bem litigioso a uma das partes: "juiz, adjudica a Tício quanto lhe deva ser adjudicado".

Na *condemnatio* se dava ao juiz a faculdade de "absolver" ou "condenar", nos estreitos limites da fórmula: "Juiz, condena Numério Negídio a pagar dez mil sestércios a Aulo Agério; se te parecer que não deve pagar, absolve." Outro texto final: "Juiz, condena Numério Negídio a pagar a Aulo Agério até dez mil sestércios".

Nem todas as fórmulas traziam uniformemente essas partes, dependendo do tipo de ação. A *demonstratio* vinha logo depois da nomeação do Juiz *N. Judex Esto*. A *intentio* poderia ser *in rem*, *in personam*, *in jus*, *in factum*, conforme fosse o objeto da demanda: uma coisa, um direito pessoal, um direito, um fato concreto. A *adjudicatio* se usava com maior frequência nas ações *familiae erciscundae* (partilha de herança), *communi dividundo* (divisão da coisa comum); *finium regundorum* (fixação de limites entre propriedades). A *condemnatio* poderia ser em quantia certa (*certae pecuniae*); deixar a critério do juiz a fixação (*incertae pecuniae*); ou limitar a um máximo, até dez, até cem etc.

Reproduzo a fórmula acima referida na íntegra: *N... Judex esto. Quod Aulus Agerius Numério Negídio homo vendidit, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium x millia dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium x millia condemna; si non paret, absolve.*

Essa é uma fórmula padrão, com as quatro partes intactas.

Mas, além dessas partes essenciais, havia as acessórias: 1) as *praescriptiones*; 2) *exceptiones*; 3) *réplicas*, "dúlicas" e *tréplicas*.

Prescrições, exceções, réplicas, "dúlicas" e trélicas não eram obrigatórias, surgiam eventualmente, em face do caso real.

Este é um dos aspectos mais fecundos do direito romano, no qual não posso me deter, para não alongar esta exposição, bastando salientar que as *prescrições* eram inscritas no início da fórmula com a finalidade de limitar o pedido a uma questão fundamental, impedindo que a condenação recaísse sobre valores mais amplos. Exemplo: em se tratando de prestações vencidas e vincendas, ou de parte de dívida, a *praescriptio* previa que o autor pleiteava não o total, mas parte da dívida. Era uma forma de restringir e fixar melhor a intenção do autor (GAIO, IV, 130).

As exceções também constituem vasto material para estudo. As apresentadas em defesa do réu surgiram das prescrições, porquanto estas, inicialmente, poderiam ser inscritas não apenas com relação ao pedido do autor como também às pretensões do réu. Transformaram-se em exceções.

Considerável número de exceções surgiram, algumas em virtude de coação contra o réu (*Exceptio quod metus causa*); outras em razão de dolo (*Exceptio doli mali*); ou em virtude de violação de lei ou *senatusconsulto*; várias em razão de pacto anterior não respeitado (*Exceptio pactum conventum*); ou de coisa julgada (*Exceptio res judicata*); ou de alegação já feita anteriormente em juízo (*Exceptio res in iudicium deducta*). Essas eram as chamadas "Exceções peremptórias", que não se confundiam com as "dilatatórias", (*litis dividuae*), demanda dividida, em que se pede uma parte da coisa e depois o restante; a *exceptio litis residuae*, demanda separada, quando há um autor de várias ações contra o mesmo réu; e a *exceptio cognitória*, contra o que age através de representante (*cognitor*) ou indique alguém que não tenha condições de representação.

Estudarei mais adiante a representação em juízo.

Quanto às réplicas, "dúlicas" e trélicas remeto os interessados ao texto das *Institutas* de GAIO, IV, 126 e seguintes, salientando apenas que as réplicas tinham por finalidade defender-se o autor contra exceções do réu quando improcedentes. O autor deveria intervir novamente e o fazia através das "réplicas" (*replicatio*). Mais uma vez o réu poderia intervir por meio de uma "dúplica" (*duplicatio*), sujeita a uma "tréplica" (*treplicatio*) do autor (GAIO, IV, 127, 128).

Representação em juízo — No processo das ações da lei, a representação, em princípio, era vedada. As partes deveriam comparecer pessoalmente. Sob o processo formularam-se os critérios, admitindo-se a representação através da figura do *cognitor*. Essa é uma das diferenças entre os dois sistemas processuais, sendo que, no mais antigo, só em casos especialíssimos se admitia representação quando houvesse um interesse público ou coletivo a resguardar ou estivesse em perigo a liberdade, e ainda para defesa dos direitos de um tutelado ou de um ausente, especialmente em casos de furto. Dizia-se, então, que essa representação se exercia *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* e decorria de uma importante lei republicana a *lex hostilia*.

Com o sistema formular as partes poderiam apresentar representantes, *cognitores*, com maior incidência ao tempo do Império. O *Cognitor* tomava as vezes do litigante, era o *dominus litis*, o senhor da causa. Por esse motivo, a decisão ou sentença recaía sobre o *dominus litis*. Há controvérsias entre os romanistas quanto à extensão dos efeitos da sentença sobre o representante (ver GIRARD, ob. cit., p. 99; IGLESIAS, D.R., p. 190; ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 90).

GAIO é muito explícito a respeito, quando escreve:

“... podemos agora observar ser lícito acionar (*agere*) não só em nosso nome como em nome alheio, como quando acionamos na qualidade de *cognitor*, de procurador, de tutor ou curador de outrem; no entanto, outrora, ao tempo das ações da lei (*legis actiones*), não era lícito agir em nome alheio, salvo em certos casos.”

Indica, então, GAIO a maneira de nomear-se um *cognitor*: *nam actor cognitorem dat: quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titum tibi cognitorem do; Adversarius ita: quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi Publium Mevium cognitorem do.*

Vale dizer:

“Desde que pleiteio uma propriedade territorial, dou-te para essa causa a Lúcio Tício como representante. A parte contrária respondia: desde que pleiteias de mim uma propriedade territorial, dou-te para esta causa Públio Mévio como representante (*cognitor*).”

O procurador (*procurator*) era mais o administrador de patrimônios e que representava em juízo as pessoas de seus representados, mandantes.

Para maior garantia, exigiam-se também cauções dos representantes e representados: *cautio ratam rem dominum habiturum e cautio iudicatum solvi*.

SCIALOJA refere, além do *cognitor* e do *procurator*, outras pessoas que poderiam comparecer para defesa das partes em litígio, embora sem as vinculações e obrigações daqueles. Tais eram os *oratores*, os *patroni* e os *advocati*. Os *oratores* eram os que falavam, peroravam e não se confundiam com os advogados. Com o correr dos anos, o *advocatus* passou a ser um profissional remunerado. Uma Lei Cincia de *Donationibus* do ano 204 a.C. proibiu a concessão de pagamentos aos *oratores*. Mais tarde, o Imperador Augusto confirmou essa proibição e tudo fez a fim de evitar que os advogados fossem remunerados. Já o Imperador Cláudio permitiu que se remunerasse modicamente, com justiça, o trabalho do *orator*, e Nero tornou obrigatório o pagamento do serviço profissional do *orator*. Instituiu-se até um processo extraordinário para cobrança desses pagamentos.

Somente no fim do Império é que os profissionais — *advocati* — se aglutinaram em *collegia*, órgãos de classe, com a finalidade de defesa dos seus interesses.

Até o século II da Era Cristã essa profissão não era remunerada ostensivamente. A remuneração, a partir desse século, encontrava, porém, restrições quanto a excessos, como, por exemplo, no *pactum de quota litis*, participação no valor da causa; no *palmario*, pacto de pagar somente quando vencesse a questão; *redemptio*, substituição do advogado à parte que representa, tomando-lhe o lugar e assumindo o risco pelo êxito ou perda da causa.

Há no Código de Justiniano várias constituições com referência expressa aos *collegia* de advogados. Diz SCIALOJA: "A existência desses *collegia* nos explica haver no código, freqüentemente, constituições destinadas aos advogados de tal ou qual lugar; vão dirigidas ao *collegium*. Os advogados, assim ordenados, vieram a ser uma das corporações mais poderosas de seu tempo e foram tidos em grandíssima honra; da mesma forma que muitos exerciam em geral profissões liberais, gozavam de muitos privilégios, estavam isentos de prestações pessoais e também de algumas patrimoniais. No Código há constituições em que se louva muito essa profissão, de onde se conclui que os advogados do período da decadência constituíam uma classe bem considerada" (ob. cit., p. 204). Veja-se no Código, 2,8,4: "Laudabile vitaeque hominum necessarium advocacionis officium maxime principalibus praemii saperet remunerari" (Ver mais C. 2,7 — *de advocatis diversorum judiciorum* e 8 — *de advocatis diversorum judicum*).

Nas Províncias romanas o processo formular foi aplicado pelos respectivos governadores, auxiliados pelos juizes, recuperadores e juizes pedâneos. Os governadores fixavam nos editos as normas a serem obedecidas. Cada província constituía um distrito, com um centro oficial. O Governador tanto poderia deslocar-se para centros de reunião, como delegar poderes a juizes de sua confiança (Ver EMILE PERSON, *Essai sur l'Administration des Provinces Romaines sous la République*, E. Thorin, Paris, 1878, p. 300).

O processo formular teve aplicação até o III século da era cristã, na primeira fase do Império, o Principado. A partir de Diocleciano, com a instituição do Dominato, houve uma total transformação na estrutura política, com repercussão na vida social e jurídica, nos direitos e na sua proteção judicial.

Numerosas foram as ações que surgiram na marcha trepidante da expansão romana. Posso indicar pelo menos vinte tipos de ações diferentes, cada qual adaptada uma circunstância e a um momento histórico: ações pessoais, reais, civis, pretorianas ou honorárias, fictícias, diretas, úteis, *in jus*, *in factum*, prejudiciais, simples, em dobro, em triplo, em quádruplo, de direito estrito, de boa fé, arbitrarias, perpétuas, temporárias, *rei persequendae*, *poenae persequendae* e *mixtae*.

Meios processuais complementares. Interditos. Estipulações pretorianas.

Imissões de posse. Restituições por inteiro.

Um dos mais altos aspectos da história jurídica romana (e da Humanidade) é o referente aos meios processuais complementares.

Fala-se até hoje em interditos, imissões de posse e outras medidas para defesa de direitos, sem se atentar, muitas vezes, para a sua origem remota, através da atuação do magistrado romano.

Foram justamente o pretor, urbano ou peregrino, o edil e os governadores de províncias que enriqueceram a Jurisprudência romana com a invenção de novos meios processuais, até hoje consagrados.

Surgiu, assim, o direito pretoriano, também chamado honorário, que, no dizer de Marciano, era a *viva vox juris civilis* (D.I.I.8), e na palavra de Papiniano *ad honorem praetorum sic nominatum* (D.I.I.7). Tão grande é a contribuição dos magistrados romanos para a criação do direito, que Salvo Juliano resolveu, ao tempo do Imperador Adriano, organizar a famosa compilação, o *Edictum Perpetuum*, reconstituído no século XIX pelo gênio de OTTO LENEL, na Alemanha (*Das Edictum Perpetuum*).

O pretor, diante da crueza do antigo *jus civile*, alterou, inovou, criou um direito novo, mais humano, de acordo com a realidade social de cada época. Foi assim que surgiram os interditos, que GAIO bem estereotipou nas seguintes palavras: "Toda vez que o pretor ordena a exibição ou a restituição de um bem, expede um decreto; quando, porém, determina se faça ou não se faça alguma coisa, expede um *interdito*."

Os interditos poderiam ser classificados em proibitórios, restituitórios e exhibitórios. É a classificação apontada por GAIO (IV, 140 e segs.), mas outras existem: *Adipiscendae possessionis*; *retinendae possessionis*, *reciperandae possessionis*. Uma terceira classificação é admitida: interditos singulares e dúplices. Entre os *adipiscendae possessionis* indicam-se o *quorum bonorum*, ao comprador; o *sectorium*, a favor do arrematante de bens públicos; o *salvianum*. Entre os *retinendae possessionis* e os *reciperandae possessionis*, o *uti possidetis*, para bens imóveis e o *utrubi*, para bens móveis.

Vale reproduzir a fórmula do interdito *uti possidetis*: *uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (proibo que se faça violência de forma a deixardes de possuir como agora possuis).

As estipulações pretorianas tinham por finalidade salvaguardar interesses de terceiros, como os menores sob tutela ou assegurar a marcha regular do processo. Através da *stipulatio*, contrato verbal, as partes ofereciam cauções para cumprimento da sentença. As estipulações poderiam ser *pretorianas*, perante o pretor; *judiciárias*, perante o juiz; *convencionais* e *comuns*, exigidas estas pelo magistrado e pelo juiz.

A *missio in possessionem* era medida rápida e violenta em que se determinava a entrega de todos os bens ou parte deles a um dos litigantes. Poderia ocorrer em diversas fases do processo. ULPIANO (D. XLII, 4) assinala que em vários casos poderia ocorrer a *missio in possessionem*: *rei servandae causa*; *legatorum servandorum gratia*; *ventris nomine*, e ainda em casos de dano iminente (*damnum infectum*).

A *restitutio in integrum* se efetivava para proteção dos menores de 25 anos, em negócios ruinosos; nas obrigações efetivadas sob coação (*metus*), ou havendo dolo, erro, ausência da parte interessada a serviço da república, incapacidade da parte (*capitis diminutio*), venda dolosa; e até em casos não especificados, em que parecesse ao juiz conveniente a restituição por inteiro.

Os magistrados romanos, insurgindo-se contra a rigidez do antigo direito quirritário — o *jus civile* dos antepassados —, formalista e cruel, o amenizaram, por inspirações de ordem filosófica (o estoicismo) e acredito que, também, bafejados pelos novos sentimentos que o Cristianismo trouxe ao mundo. Criaram assim um novo e formidável direito — chamado pretoriano ou honorário.

EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Não é fácil sintetizar, numa exposição desta natureza, todas as transformações por que passou o processo executório, numa sociedade em constante ebulição, como o foi a romana.

Vinham do passado a *manus injectio* e a *pignoris capio*, já estudadas. Tinham origens remotas. Provinham de uma época em que o processo era oral. Durante o processo formular continuaram a ser aplicadas, mas a pouco e pouco foram substituídas por outros meios mais expeditos e menos formais. Assim é que, nas sentenças que condenavam a um pagamento, para sua execução, criou-se um tipo de ação especial, que substituiu a antiga *manus injectio*, a chamada *actio judicati*.

Por se tratar de meio executório, ela transcorria apenas na fase *in jure*, perante o magistrado, e para sua instauração dava-se o prazo de trinta dias. Ao réu que tentava obstruir a execução, usando de má fé, impunha-se a condenação no dobro do valor da sentença em via de execução e, assim mesmo, ainda deveria fornecer cauções à execução da segunda sentença, a *satisdatio judicatum solvi*, referida por GAIO IV, 25. Não pagando, ficava o réu exposto a dois procedimentos: a execução pessoal ou a venda total de seus bens (Ver MONIER, ob. cit. p. 204).

A execução sobre a pessoa era prioritária, segundo o Editto. *Mise en première ligne*, di-lo MONIER. O magistrado determina ao autor que conduza o réu para a casa dele (autor), colocando-o em prisão — *DUCI JUBERE*. Essa medida violenta foi atenuada ao tempo do Imperador Augusto, que permitiu fizesse o réu uma cessão de bens (*Cessio bonorum*), a fim de fugir ao vexame da prisão. Essa cessão de bens a favor do credor ou credores abrangia todo o patrimônio. Evitava-se, também, com essa providência, a venda dos bens do executado. A venda trazia consigo uma outra penalidade terrível: a *infâmia*. Uma outra medida, a favor do devedor, a fim de evitar que sua pessoa fosse objeto de execução, consistia no benefício de competência. Através desse *beneficium competentiae*, os devedores, cujos bens não fossem suficientes para liquidação total, poderiam evitar a prisão realizando a cessão de bens a favor dos credores.

Convém, no entanto, lembrar, que essa execução sobre a pessoa atravessou quase todo o período republicano, agitando as massas populares contra os credores desalmados, que acorrentavam os devedores insolvíveis. Um dos episódios mais impressionantes é relatado por TITO LIVIO (*Hist. Rom* — VIII, 28) e referido por CÍCERO (*De Rep.* II, 34) e VARRÃO (*De Lingua Latina*, VII, 105). Um certo credor L. Papírio acorrentou a C. Publílio, cujo corpo respondia por dívidas paternas. O jovem é acorrentado e seviciado com varas. Com o corpo ensangüentado, consegue Publílio fugir e se apresenta na cidade, em deplorável estado. A multidão cresce para ouvi-lo, e se desloca do Fórum para o Senado. A proporção que chegavam os senadores, era-lhes apresentado o devedor vilipendiado. “Nesse dia, diz TITO LIVIO, foi quebrado, pela violência e o sentimento torpe de um homem, o mais forte vínculo da fé pública. Os cônsules receberam ordem de propor ao povo uma lei em virtude da qual nenhum cidadão, a não ser por crime e aguardando a condenação, pudesse ser mantido em cadeias e ferros: os bens, e não o corpo do devedor, responderiam por sua dívida. Foram postos em liberdade os presos por dívidas e se proibiu, daí por diante, a prisão de qualquer devedor” (Ver Sílvio Meira, *Novos e Velhos Temas de Direito*, Rio, Forense, 1973, p. 73).

Assim surgiu a *Lex Poetelia papiria de nexis*, a lei que aboliu o *nexum*, isto é, a prisão por dívidas. Há controvérsias quanto à sua data exata, atribuindo-se, com base em TITO LIVIO, o ano 428 da Fundação, em pleno período republicano ou de 326 (MOMMSEN) ou ainda 441 a.C. (VARRÃO). Era uma *lex rogata* do período entre a invasão gaulesa (390 a.C.) e a 1.ª guerra púnica (264 a.C.).

Alguns autores defendem a tese de que essa lei não aboliu o *nexum* propriamente, apenas proibiu o aprisionamento da pessoa do devedor.

A História Romana apresenta, assim, um vasto painel, no qual se podem estudar temas relevantes para a humanidade, entre eles o da evolução do processo executório, que passava da pessoa para os bens do devedor.

A cessão de bens, já referida, vem mencionada em GAIO, I, III, 78: “Vendem-se os bens dos que fazem a sua cessão de conformidade com a Lei Júlia e os dos condenados em parte pela Lei das XII Tábuas e em parte pelo edito do Pretor.”

A execução direta sobre o patrimônio, sem cessão, consistia na venda em bloco de todos os bens. É a *venditio bonorum* (GAIO, III, 79, 80).

A *venditio bonorum* passava por três fases: 1) *missio in possessionem* decretada pelo magistrado, nomeando-se um curador (*curator bonorum*). São publicadas *proscriptiones* e convidados todos os credores do réu à habilitação. 2) É nomeado um síndico (*magister bonorum*), que deve efetivar a venda do patrimônio, mediante um inventário geral. 3) Liquidação. O comprador do patrimônio, *bonorum emptor*, substitui o antigo proprietário (devedor). Torna-se proprietário pretoriano. Ainda nessa fase, a fim de evitar que o executado ficasse totalmente desprovido de bens e pudesse ser

novamente executado por saldos, foi-lhe concedido o “benefício de competência”, pelo qual só pagaria aquilo que pudesse.

Por esta visão panorâmica, pode-se verificar quanto os romanos foram minuciosos na estruturação de sua ordem legal, prevendo, nos mínimos detalhes, aspectos admiráveis, em que se fazia sempre presente o amor à liberdade, à ordem e à disciplina social.

O processo extraordinário. “Extra ordinem cognitio”. Confronto com o processo formular. Magistratura. Curso da ação, sentença e execução “appellatio”. (3.^a fase)

Já tive oportunidade de explicar que as duas primeiras fases do Processo Civil Romano, a das “ações da lei” e a das “fórmulas”, integravam a *ordo judiciorum privatorum*. O processo era oral, começando a ser escrito na segunda fase, em virtude da fórmula que condensava as pretensões das partes. A Justiça era gratuita, os próprios defensores (*oratores, advocati*) no início também não eram remunerados, só passando a sê-lo no Principado, mais precisamente ao tempo de Nero.

Com a instituição do Dominato — 2.^o período do Império — que sucedeu ao Principado, que fora implantado por Augusto no ano 27 a.C., uma terrível concentração de poderes nas mãos do imperante se refletiu sobre todas as instituições. O Principado, sob o aspecto da Jurisprudência, fora uma época áurea. Nele viveram grandes figuras de juristas, como GAIO, PAULO, ULPIANO, PAPINIANO, sendo o último notável jurista-consulto dessa época histórica MODESTINO.

Com o Dominato, vale dizer a partir de Diocleciano (284 a 305) as coisas mudaram. O Poder imperial absorveu numerosas magistraturas. O direito estatizou-se. Não mais surgiram grandes juristas, apenas compiladores e codificadores. Essa será a fase de grandes códigos, como o Gregoriano (295), o Hermogeniano (324), o Teodosiano (439). A elaboração das leis, que na República coubera às assembleias populares, bem como os plebiscitos, com força de lei, foram substituídos, no Principado, por *orationes* do Imperador, com a participação legislativa do Senado (que na República não tivera tais atribuições); e no Dominato mais ainda se concentrou nas mãos do imperante o poder de editar leis, através de suas Constituições, que enchem séculos de História.

A organização judiciária passou a ser estatal, totalmente estatal. As duas fases — *in jure* e *in iudicio* — que tão bons resultados deram nos períodos anteriores, foram unificadas. Deixou de existir a dualidade magistrado-juiz. Fundiram-se as duas entidades em uma só: o juiz, com as denominações decorrentes do exercício do respectivo cargo na hierarquia administrativa: *Imperator, Praefectus Urbi, Praeses* (Governador das Províncias); *Rector, Iudex Pedaneus, Defensor Civitatis* (funcionário municipal), *duumviri jure dicundo* e muitas outras mais.

Não se redigiam mais fórmulas, uma vez que a instância se unificara. Mas se escalonara também, com a possibilidade de recursos para instâncias

superiores, na imensa hierarquia imperial, que tinha no seu mais alto posto e como recurso supremo, através da *appellatio* — o Imperador todo-poderoso. Imperador que absorvia poderes administrativos, militares, judiciários, religiosos, na mais dura autocracia que se pode imaginar. Sua megalomania chegou ao ponto de se divinizar, se igualar aos deuses, divinização essa, aliás, que já vinha do Principado e se exacerbou ainda mais ao tempo do Dominato. A própria palavra Dominato provém de *dominus*, o Senhor, o Deus pagão, respeitado, obedecido e venerado. Talvez não erre se afirmar — com certa audácia — que alguns imperadores do Dominato foram precursores das ditaduras que ensangüentaram e ainda ensangüentam o mundo neste século XX.

Em consequência disso tudo o processo se estatizou também. Os juizes passaram a ser funcionários públicos, remunerados. A profissão de advogado se consolidou através da organização de entidades de classe, os *collegia*, já referidos anteriormente.

Já tive também oportunidade de dizer que as fases históricas do sistema processual romano não foram estanques. Conviveram por algum tempo no período de transição e essa convivência se operou também no formular com a chamada *cognitio extraordinaria*, embrião da última etapa do processo extraordinário.

Como o processo formular se desenvolvia em duas etapas — *in jure* e *in judicio* — e às vezes havia necessidade de resolver urgentemente problemas relacionados com *fideicomissos*, cobrança de honorários profissionais, curatelados contra curadores e outros mais (GAIO D.5. — De cur. 27. 10 — Neratius, D. 5, 27, 9), em tais casos o magistrado (geralmente o pretor), em vez de enviar as partes ao juiz (*Judex Unus*) julgava logo, proferia sentença, atendendo à urgência e ao interesse público a salvaguardar. Era, assim, um processo em que não funcionava o *judex unus*; e em que o pretor se transformava em juiz. A partir dessa época já começam a se confundir as designações, antes autônomas, de juiz e magistrado. A ação, dado o seu rito sumário perante o magistrado, recebia a denominação de *persecutio*. Lembro que a própria definição de *jus perseguendi in judicio quod sibi debetur alude*, pelo uso desse vocábulo *persequendi*, às *persecutiones*.

Essa prática deu assim origem à *ordo judiciorum extra ordinem*, extraordinária, fora dos padrões comuns e tradicionais, surgida da experiência de todos os dias, a que poderia também chamar *ordo judiciorum publicorum* em oposição à *ordo judiciorum privatorum*, dos regimens anteriores.

Dada a prontidão com que se resolviam as contendas, essa prática extraordinária foi a pouco e pouco tomando terreno ao processo por fórmulas, estendendo-se a sua utilização aos territórios itálicos e às Províncias. O processo extraordinário foi substituindo ao processo ordinário, acabando por suplantá-lo ao fim do Império. No ano 294 da Era Cristã o Imperador Diocleciano concedeu poderes aos governadores de províncias para julgarem casos judiciais e, quando não o pudessem, delegassem poderes ao cha-

mado juiz pedâneo (*judex pedaneus*), de categoria inferior. A própria palavra *pedaneus*, de *pes*, *pedis* (o pé) está a indicar a sua hierarquia subalterna. Discordam os romanistas quanto à origem dessa designação, entendendo alguns que tais juízes acompanhavam os Governadores e decidiam *em pé*, não sentavam, não dispunham de cadeiras ou cátedras para exercício de sua função. Os governadores muitas vezes organizavam viagens pelo território proucial e com a finalidade de fazer justiça, e é bem possível que nessa oportunidade os pedâneos exercessem suas missões judicantes. Outros pensam que a denominação provém da categoria inferior, subalterna, desses juízes, na hierarquia oficial, pois seriam, para essa hierarquia, como o pé é para o corpo, a sua base inferior. A verdade é que os juízes pedâneos não se confundiam com outros magistrados — juízes integrantes da organização judiciária. Eles julgavam *no lugar* do Governador, quando este não podia fazê-lo pessoalmente (Código, De ped. jud. 2,3,3).

Toda a ação tinha curso perante tais juízes, desde a propositura até a execução final. Desapareceu a figura do antigo *judex unus*. A Constituição constante do Código de Justiniano 3,3, acima referida, assim preceituava: “Convém que naquelas causas em que, por não poderem eles próprios tomar conhecimento, designavam antes *juízes pedâneos*, delas conheçam os governadores, mas de forma que possam nomear juízes, se por motivo de trabalhos públicos ou pela multidão de causas, não puderem conhecer todos os negócios dessa espécie.”

Havendo acúmulo de causas e em se tratando de um regime autocrático, os governadores dispunham assim de força para nomeação de outros juízes com a finalidade de processar e julgar.

Uma outra Constituição, esta do Imperador Juliano (C.3.3.5) prescrevia: “Alguns negócios existem em que é supérfluo pleitear junto ao governador, e por essa razão concedemos aos presidentes o poder de nomear juízes pedâneos, ou seja, que tomem conhecimento dos negócios de menor significação.”

Dada a controvérsia entre os romanistas, parece-me que o texto citado de Juliano esclarece bem que tais pedâneos julgavam pequenas causas (a fim de não tomar tempo ao governador) e sua decisão seria de plano, com uma instrução muito simplificada. É estranho, mesmo, que tantas divergências existam entre os estudiosos dessa matéria, quando tais juízes existiram na última etapa histórica, bem mais perto de nosso século. Reproduzo, a respeito, um trecho de ZIMMERN, no seu *Traité des Actions*: “Alguns autores pensavam que se chamavam a esses juízes pedâneos, porque eles julgavam *de pé*; outros, ao contrário, por que eles sentavam em *subsellia*, aos pés do magistrado; outros enfim, porque eles julgavam *de plano*. TIGERSTRÖEM pensa que se utilizou, para designá-los, a denominação da parte inferior do corpo, para indicar que eram *humiliores*.” Tais juízes exerciam seu mister nas Províncias, não em Roma.

Em Roma havia o *praefectus urbi* (também instituído em Constantinopla, com a divisão do Império). O Imperador era a última instância, em

casos de recursos (*appellationes*) e em certas questões muito graves dispunha de competência originária.

Marcha da ação — Tinha início pela *denuntiatio litis*, no Baixo Império. Realizada a citação do réu, este dispunha do prazo de quatro meses para apresentar defesa (Cod. Theodosiano, 2.4.2). Essa citação se fazia através de um magistrado especial (Constituição de Constantino de 322). O longo prazo de quatro meses era suprimido em alguns casos em que não houvesse uma *denuntiatio* prévia (Cod. Theodosiano II,4,6).

Se o réu não comparece, aplica-se-lhe o processo por revelia (*contumácia*) e a causa é julgada sem a sua presença.

Sob o Imperador Justiniano a *litis denuntiatio* foi substituída pelo *libellus conventionis*, exposição escrita em que o autor expunha suas pretensões, sendo citado o réu a comparecer no dia fixado. Esse libelo seria elaborado em quatro ou cinco exemplares. A defesa do réu deveria ser feita em 10 (dez) dias, depois dilatados para 20 (vinte). Os atos iniciais de citação não mais realizados pelo demandante e sim por funcionários próprios, oficiais de justiça, *executores*. No dia da audiência devem as partes estar presentes. Em falta do autor, não prossegue a ação, devendo satisfazer as despesas do processo. Pode ser condenado a pagar uma indenização ao demandado.

É permitida a representação das partes por procuradores. A falta do réu não impede o prosseguimento da ação. Feitas três citações ao *contumax*, a instância se instala e tem curso normal a ação, como se as partes estivessem presentes. Segundo BRY (ob. cit., p. 192) mesmo na falta do autor não deixaria de prosseguir a ação, o que me parece estranho. Invoca esse autor preceitos de PAULO (*Sentenças*, 5,5 a 6 (7); D. 68-73 De jud. 5. 1.; C.J. 13,3,1 Nov. 112).

Assim como o *libellus conventionis* era escrito, a defesa do réu deveria ser apresentada no prazo de dez dias e se chamava *libellus contradictionis*.

No dia da audiência, se comparecessem ambas as partes, autor e réu faziam as suas exposições, *narratio* e *contradictio*. Esse é o momento da *litis contestatio*, a qual não tem mais as mesmas características do processo formular, porquanto não importa em novação e não extingue os direitos do autor, *ipso jure*.

O processo torna-se cada vez menos oral e mais escrito. A prova testemunhal, que no passado desempenhara papel relevante, não tem mais a mesma força. A partir de Constantino, o depoimento de uma só testemunha não tem nenhum valor (C. 4,2, De test. 9).

A sentença é escrita, lida publicamente e registrada em cartório.

Ao contrário do processo formular, a sentença não deve obrigatoriamente condenar em dinheiro. O juiz pode, também, condenar o autor. Estes dois aspectos são totalmente opostos à prática formular.

Jusjurandum de calumnia — Era um juramento exigido das partes e dos advogados de que procederiam com boa fé, segundo Constituição de Constantino 2 (*De jurejur. propt calumn.*).

Os advogados apresentariam defesas das partes, a *postulatio* e a *contradictio*. As provas eram as mesmas do processo formular e mais as que surgiram durante o Baixo Império: testemunhas, documentos (instrumenta), presunções *juris tantum* e *juris et de jure*; confissão (*Confessio*), verificações *in loco*.

Proferida a sentença, caberiam recursos. Neste passo também o processo extraordinário se diferencia do formular. Neste não havia instância superior. No extraordinário cabiam recursos. Três espécies de recursos podem ser indicados: a *appellatio* (apelação); a *in integrum restitutio* e a súplica ao Imperador.

Não só a parte interessada dispunha do direito de interpor recurso. O próprio magistrado, em casos graves ou duvidosos, poderia solicitar a manifestação do Imperador através de uma *consultatio ante sententiam* em relatório (*relatio*) minucioso, com exposição da causa e seus incidentes.

O Imperador e o Prefeito do Pretório eram as autoridades máximas, as instâncias superiores. Depois da divisão do Império (Ocidente e Oriente), os respectivos imperantes estavam na mais alta hierarquia judiciária. Para alcançá-los, as partes deveriam apelar sempre para o magistrado imediatamente superior, podendo fazê-lo até o máximo de três vezes.

A apelação deveria ser interposta no prazo de três dias úteis ou de dez contínuos. Podia ser verbal ou por escrito, mediante os chamados *libelli appellatori*.

Antes de encaminhar a apelação à instância superior, o magistrado devia redigir relatórios das demandas, denominados *litterae dimissoriae* ou *libelli dimissorii*, a serem entregues às próprias partes interessadas. A apelação tinha efeito suspensivo.

O magistrado superior, a quem era dirigida a apelação, não deveria limitar-se à apreciação do recurso e relatório do magistrado inferior. Dispunha de poderes para renovar provas, realizar diligências de toda natureza, investigar à vontade e ouvir as alegações das partes.

Os prazos para decisão pela instância superior nem sempre se mantiveram uniformes. O máximo permitido era de dois anos, findos os quais encerrava-se a instância e procedia-se à execução da sentença da instância inferior.

O apelante temerário era castigado severamente. Pagaria as custas em quádruplo. Ao tempo do Imperador Constantino, era o temerário desterrado pelo prazo de dois anos, ficando seus bens sujeitos a confisco. Poderia ainda ser condenado a trabalhos forçados, se se tratasse de pessoa pobre, sem bens que pudessem ser confiscados (Cod. Teod. 1.5.3).

Justiniano aboliu as penas severas impostas pelo imperador Constantino, reduzindo-as a penas pecuniárias.

Além da apelação, cabia a *restitutio in integrum* quando ficasse comprovado ter havido coação, dolo ou erro. A *restitutio in integrum*, de origem pretoriana do período republicano, manteve-se através dos séculos, como medida altamente saneadora.

Finalmente, admitia-se a *actio judicati* para execução da sentença, mas contra ela podia o réu opor a *infinitatio*, a negativa, desde que fosse nula a sentença. Tal *actio judicati* provinha do processo formular, com a diferença que, sob o regime do sistema extraordinário, deixou de existir a *revocatio induplum*, a condenação em dobro.

Execução

A execução se fazia através dos oficiais públicos, *manu militari*.

Os bens do executado poderiam ser objeto de penhora, pelo *pignus ex causa judicati captum*.

Havendo muitos credores, fazia-se a *distractio bonorum*, com a venda de bens suficientes para liquidação das dívidas. Não se confundia essa *distractio bonorum* com a antiga *venditio bonorum* do período formular, por ter esta caráter geral, abrangendo a venda de todo o patrimônio. Na *distractio* vendiam-se apenas os suficientes à liquidação.

Se o devedor não dispunha de bens, poderia ser preso em prisões públicas. Seria, talvez, um resquício da velha *manus injectio*, dos processos das ações da lei. GIFFARD assim o entende ao escrever: "Existe ainda, no Baixo Império, uma coerção sobre a pessoa, último traço da *manus injectio*" (*Précis de D. Romain*, p. 168).

Pela exposição sucinta da matéria chega-se à evidência de que o direito romano, em matéria processual, forneceu valiosíssimos elementos para o direito mundial. O sistema extraordinário do fim do Império, de natureza estatal, influenciou o direito canônico e, através deste, repercutiu nas legislações dos povos ocidentais.

Muitas ações e medidas cautelares ainda existem, e tiveram sua origem remota na atuação dos magistrados romanos da república. A doutrina se abebera, ainda hoje, nas matrizes deixadas pelos jurisconsultos romanos. Muitos institutos, apresentados como novos, já existiam na Roma republicana e na imperial. Só os que se aprofundam na análise de toda a sistemática romana serão capazes de identificar os filões de onde proveio tanta sabedoria.

Eu não diria que no direito romano estão as raízes da árvore imensa do direito ocidental. Ele é a própria árvore. E mais do que as raízes, nele se acham os troncos mais vigorosos, exuberantes de seiva.