

DUCÍLIA PORTO ROSA

O PROCESSO CIVIL ROMANO

Fortaleza, junho de 2003

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – EMP
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

O PROCESSO CIVIL ROMANO

DUCÍLIA PORTO ROSA

Fortaleza, junho de 2003

Monografia elaborada sob a supervisão do Professor Orientador DR. OSCAR d'ALVA E SOUZA, a quem agradeço os ensinamentos recebidos.

Oscar d'Alva Filho

"Procede em todas as tuas ações de modo que a norma do teu proceder se possa elevar à lei universal."

Kant

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a superação de mais esse importante degrau em minha formação profissional. Em especial aos mestres e colegas da EMP, aos meus pais, ao meu filho, e ao meu marido, pela amizade, compreensão e incentivo de valor inestimável,

dedico este trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	4
DESENVOLVIMENTO	5
2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DA JURISDIÇÃO ROMANA	5
2.1. A gênese do processo: a <i>actio</i>	5
2.2. Os sistemas processuais romanos	5
2.2.1. As instâncias da <i>ordo judiciorum privatorum</i>	6
2.3. Os magistrados que participavam do processo	6
2.3.1. Os poderes atribuídos aos magistrados	7
2.3.2. Espécies de jurisdição	8
2.4. Os julgadores da <i>judicium</i> (2ª fase do processo)	8
2.5. O princípio da não-representação	9
3. O PROCESSO DAS <i>LEGIS ACTIONES</i>	10
3.1. Conceito de <i>legis actiones</i>	10
3.2. Caracteres das <i>legis actiones</i>	10
3.3. Procedimento processual	11
3.3.1. Chamamento ao processo	11
3.3.2. Procedimento <i>in jure</i>	11
3.3.3. Procedimento <i>apud júdicem</i>	11
3.3.4. Condenação e sentença	12
3.4. As espécies de <i>legis actiones</i>	12
3.4.1. <i>Legis actiones</i> de funções cognitivas	12
3.4.1.1. A <i>legis actio per sacramentum</i>	12
3.4.1.2. A <i>judicis postulatio</i>	13
3.4.1.3. A <i>condictio</i>	13
3.4.2. <i>Legis actiones</i> de funções executivas	14
3.4.2.1. A <i>manus injectio</i>	14
3.4.2.2. A <i>pignoris capio</i>	14
3.5. A extinção das <i>legis actiones</i>	15
4. O PROCESSO FORMULAR	16
4.1. O conceito de processo formular	16

4.2. Caracteres do processo formular	16
4.3. Procedimento processual	17
4.3.1. O chamamento ao processo	17
4.3.2. Procedimento <i>in jure</i>	17
4.3.3. <i>A litis contestatio</i>	17
4.3.4. Procedimento <i>in judicio</i>	17
4.3.5. Sentença e execução	19
4.3.6. Os recursos	19
4.4. Partes integrantes da fórmula	20
4.5. Classificação das ações no processo formular	20
4.6. Processos derivados do <i>Imperium</i> do pretor	21
4.6.1. Os interditos	21
4.6.2. <i>A restitutio in integrum</i>	22
4.6.3. As estipulações pretorianas	22
4.6.4. <i>A missio in possessionem</i>	22
5. O PROCESSO EXTRAORDINÁRIO	23
5.1. Surgimento da <i>cognitio extra ordinem</i>	23
5.2. As inovações na organização judiciária	23
5.3. Os magistrados do processo extraordinário	24
5.4. O processo <i>extra ordinem</i>	24
5.5. Os recursos e o processo de execução	25
5.6. A sentença, sua força jurídica e a coisa julgada	25
5.7. Comentários conclusivos à <i>cognitio extra ordinem</i>	26
6. CONCLUSÃO	27
7. BIBLIOGRAFIA	28

INTRODUÇÃO

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Segundo a ilustre processualista brasileira Ada Pellegrini Grinover^{1*} não é possível conceber sociedade sem direito, isto é *ubi societas ibi jus*, desde que essa sociedade possua um certo número de indivíduos e uma determinada organização institucional.

Para COULANGES², “a história da Grécia e a de Roma é testemunho e exemplo da íntima relação, sempre existente, entre as idéias da inteligência humana e o estado social de cada povo”, o que nos leva a concluir que assim como hodiernamente os romanos também possuíam um sistema garantidor dos direitos subjetivos do cidadão: o *jus*. Porém, na medida que há um direito, seja ele provindo dos usos e costumes ou de uma norma genérica, abstrata e legiferada é necessário um meio, uma forma, para que ele seja posto em ação. E os romanos, construtores do maior império da Antigüidade Clássica, como exemplo de sociedade organizada, também foram pioneiros no desenvolvimento das formas mais civilizadas de acionamento do direito, rechaçando a autotutela e a autocomposição presentes nas sociedades mais primitivas. Estabeleceram e fizeram evoluir o instituto jurídico do **processo**, que nada mais é do que uma série ordenada e lógica de atos e procedimentos jurídicos, regrados, os quais o indivíduo deve seguir para fazer valer em juízo o seu direito, ou o que ele acha que lhe cabe. Era através do processo que o cidadão romano dizia, afirmava seu direito, era o *jus dicere*. Primeiramente, o fez através de uma arbitragem obrigatória onde os indivíduos compareciam diante do pretor que ouvia os litigantes, apreciava a causa e posteriormente indicava um *judex* para proferir a decisão. Esta era a fase da ***ordo judiciorum privatorum***, que caracterizou os períodos antigo e clássico da história romana e que posteriormente seria substituída por uma fase onde vigoraria uma maior intervenção do Estado na justiça, onde este chamou para si o *jus punitiois* e o pretor – que por ser um magistrado era dotado de maior conhecimento jurídico – conhecia ele próprio do mérito dos litígios entre os cidadãos e proferia as sentenças ao invés de um árbitro leigo. Era a ***cognitio extra ordinem***,

^{1*} GRINOVER, Ada Pellegrini “et all”. **Teoria Geral do Processo**. 15^a ed., São Paulo: Mallheiros Editores, 1999, p.19.

iniciada no século III d.C e que completou a transição da justiça privada a denominada justiça pública, a qual baseada na regras do jus, procurava solucionar os conflitos interindividuais dos cidadãos e estabelecer a paz social. Roma foi então, assim como em muitos casos, o berço, o nascedouro da jurisdição³.

Com este trabalho pretendemos apresentar de forma objetiva e descomplicada o que era, ou o que foi o **Processo Civil Romano** ou ***Jus Actionum Romanorum***, determinando suas fases, quais eram seus respectivos julgadores, suas características e os procedimentos cabíveis, ou seja a seqüência e a ordem dos atos que o indivíduo deveria tomar para afirmar seu direito. Não temos a pretensão de estabelecer aqui um tratado, mas sim de dar essa contribuição ao estudo do direito romano, no que diz respeito a seu aspecto processual, fortalecendo cada vez mais a discussão e o debate sobre tão importante e honorável disciplina.

DESENVOLVIMENTO

2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DA JURISDIÇÃO ROMANA

2.1 A gênese do processo: a *actio*

Para o jurisconsulto CELSO⁴, a *actio* ou ação era "o direito de perseguir em juízo aquilo que a alguém é devido ou, ao pé da letra, outra coisa não é a ação senão o direito de perseguir em juízo o que a si é devido". Era através dela que o particular procurava defender seus direitos, iniciando o provimento jurisdicional do Estado. Era ela a mola propulsora do *jus actionum*, isto é do processo, haja vista iniciava a série lógica de atos, a qual denominamos processo.

O direito de impetrar ação, ou seja o *jus actionis* era um dos direitos individuais mais importantes do indivíduo, fosse ele cidadão romano(*civis romani*) ou estrangeiro(*civis peregrini*). Qualquer que fosse o estágio, democrático ou autoritário da

² COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12^a ed., São Paulo: Hemus, 1996, p.8.

³ Ada Pellegrini, op. cit., 1999, pp. 19-23.

⁴ "Nihil aliud est actio quam judicio persenquendi quod sibi debetur". D.44,7,51 apud CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 20^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.407.

organização política romana, ele estava presente, por isso mesmo Agerson Tabosa⁵ o considera “manifestação eloquente do reconhecimento e tutela à segurança individual”.

2.2 Os sistemas processuais romanos

O direito romano, em *strictu sensu*, nos seus aproximadamente 1300 anos ou doze séculos, fora bastante dinâmico, sob vários prismas e vários aspectos.

No que diz respeito ao direito processual, essa evolução contínua também se fez presente tendo sido em número de três as fases ou períodos do processo civil romano, onde em cada uma delas vigorou um sistema processual específico.

Durante a época da Realeza, as lites ou os litígios, isto é os conflitos entre os civis eram julgados pelos próprios reis, fato que perdurou até aproximadamente o início do período republicano.

Posteriormente, a *jurisdictio* romana passou a ser dotada de maior organização, e nas duas primeiras fases do processo romano vigorava o princípio da divisão da instância ou do processo em duas fases, as quais eram denominadas respectivamente de *jus e judicium*⁶.

Como já dito, foram três as fases do processo civil romano. As duas primeiras constituíram a *ordo judiciorum privatorum*, a última a *cognitio extra ordinem*, os quais:

- 1ª fase, processo das ações da lei ou *legis actiones*;
- 2ª fase, processo formular;
- 3ª fase, processo extraordinário ou *cognitio extra ordinem*.

2.2.1 As instâncias da *ordo judiciorum privatorum*

⁵ TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária/UFC, 1999, p.122.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.408.

Como já citado os dois primeiros sistemas processuais romanos eram divididos em duas instâncias ou fases, as quais eram a *jus* e a *judicio*.

Primeiramente, as questões existentes entre os habitantes eram levadas *in jure*, ao conhecimento de um magistrado, o pretor, que logo após a apreciação inicial indicava um particular, que ficava encarregado de, *apud judicem*, julgar o processo. Por serem julgados por particulares é que os dois primeiros sistemas processuais ficaram conhecidos como *ordo judiciorum privatorum* que significa ordem dos processos privados ou marcha do processo civil.

Tal sistema perdurou até o período clássico devido as vantagens de ser mais célere no que diz respeito a solução das pendências, o que facilitava e diminuía o trabalho dos magistrados, e também porque restringia seus poderes absolutos.

2.3 Os magistrados que participavam do processo

Na análise dos magistrados que atuavam no processo romano, optamos por traçar uma analogia entre o sistema de competências vigente no direito processual civil brasileiro e o sistema romano.

Segundo Ada Pellegrini Grinover⁷ ao citar Liebman **competência** é a "quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos", isto é seria a qualidade para julgar determinados litígios.

No princípio da *jurisdictio* romana somente o rei, que era magistrado e juiz, possuía competência para julgar as *lites* existentes entre os indivíduos.

Posteriormente, durante o período republicano a magistratura judiciária ficou a cargo de dois cônsules. Somente em 387 a.C. é que foi instituído um tipo especial de magistrado, o pretor, para cuidar exclusivamente da administração da justiça. De início só havia o **pretor urbano** que segundo o **jus civile** conhecia e resolvia os litígios entre os *civis romani*, porém com o incremento do comércio internacional e a expansão imperial iniciada pelo Estado Romano, devido a grande afluência de es-

trangeiros que aportavam em Roma, foi necessária a criação do *jus gentium*, ou direito das gentes que tutelava os cidadãos estrangeiros. Fora também criado uma nova categoria pretoriana, para segundo o *jus gentium* julgar os conflitos entre romanos e estrangeiros ou entre os próprios estrangeiros, surgia aí a figura do *praetor peregrinus* ou **pretor peregrino**.

No que dizia respeito às vendas de escravos(*res*) e animais, que suscitavam questões, era competente o *edil curul*. Isto tudo se dava em Roma, pois havia uma espécie de divisão territorial de competências, assim como hodiernamente em nosso Código de Processo Civil, que no direito romano dividia-se entre os magistrados, que tinham competência para julgar em Roma, na região da Itália e nas Províncias Romanas.

Nas demais cidades italianas eram competentes os *praefecti jure dicendo* que eram espécies de delegados do pretor.

Já nas províncias romanas, seus governadores, além da administração política eram encarregados de administrar a justiça e competentes para realizar os julgamentos⁸. No alto império, devido ao enorme número de novas províncias conquistadas os governadores passaram a ter sedes – que eram chamadas *conventus* – e que situavam-se nas principais cidades, assim como atualmente há as sedes das comarcas, dos tribunais. Assim como hoje onde os juízes são assessorados por técnicos judiciários e outros funcionários, os governadores também tinham seus assessores, os quais eram os magistrados denominados de questores, e cuja função equivalia à dos *edis curuis* de Roma.

2.3.1 Os poderes atribuídos aos magistrados

Como bem observou o Professor Agerson Tabosa⁹ em seu trabalho de direito romano, “magistrado era o cidadão que desempenhava função pública com poderes especiais, em nome do povo romano”. Isto é, eram uma espécie de servidores públi-

⁷ Ada Pellegrini, op. cit. 1999, p.103.

⁸ Decorre daí o fato de Jesus Cristo ter sido julgado não por um magistrado, mas sim por Pilatos, então governador da Judéia.

⁹ Agerson Tabosa, op. cit., 1999, p.103.

cos, eleitos pelo povo e por estes dotados de certos poderes que lhes permitiam exercer um *munus* público.

Nem sempre, durante a história do direito romano os magistrados foram funcionários especializados no exercício do direito. Haja vista, não conheciam o "Princípio da Tripartição dos Poderes" vigente no direito moderno, que é recente e foi teorizado por **Montesquieu**¹⁰. Por esse motivo, vez por outra os magistrados não somente eram investidos da administração judiciária, mas também de funções políticas, além de não serem funcionários de carreira como os juízes hodiernos. Tal fato teve fim com a investidura da categoria diferenciada dos pretores, que como já supracitado, eram encarregados da organização da justiça, isto é da justiça oficial.

Eram dois os poderes dos quais estavam investidos os magistrados: o *imperium* e a *jurisdictio*.

O império era um poder de mando com o qual o magistrado podia ordenar ou proibir determinados atos, que caso não fossem cumpridos incorreriam em sanções administrativas, como multas e penhoras (*multas et pignoribus*) para seus transgressores. Segundo o professor Agerson¹¹, ao citar Moreira Alves, o imperium era "a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, compreendendo o poder de levantar tropas e comandá-las, o direito de apresentar propostas aos comícios, a faculdade de deter e punir os cidadãos culpados, e a administração da justiça."

Era através da *jurisdictio* ou jurisdição que o magistrado exercia em primeira instância, isto é *in jure*, a aplicação do direito ao caso concreto. A atuação do magistrado, através da *jurisdictio*, pode ser resumida e definida em três palavras: **do**, **dicco** e **addico**.

2.3.2 Espécies de jurisdição

¹⁰ Barão Carlos de Montesquieu (1698-1755) publicou um trabalho bastante inovador para sua época – De l'esprit des lois (1784) ou O espírito das leis – devido ao método histórico que usava em contraposição ao método dedutivo. É no espírito das leis que Montesquieu divide os três poderes do Estado: o legislativo, o executivo e o judicial. Vide DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução por José António Brandão. 5ª ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979, 116-118 pp. Tradução de: Lezioni di Filosofia del Diritto.

¹¹ Agerson Tabosa, op. cit., p.103.

A jurisdição poderia ser de dois tipos: contenciosa e voluntária ou graciosa.

Era contenciosa aquela em que o magistrado atuava nos “processos verdadeiros”, isto é aqueles que constituíam verdadeiras *lites*, conflitos a serem pacificados.

Era por sua vez voluntária ou graciosa a *jurisdicitio* em que o magistrado atuava nos processos ditos fictícios, ou seja quando não havia realmente o litígio entre as partes como por exemplo nos casos de manumissão (*vindicta*) ou de *in jure cessio*, isto é cessão de juízo.

2.4 Os julgadores da *judicium* (2ª fase do processo)

Durante a segunda instância do processo civil romano distinguem-se quatro tipos de órgãos ou entes julgadores competentes: os juizes, os árbitros, os recuperadores e os tribunais permanentes. Vejamo-los pormenorizadamente:

- O **juiz** romano, ao bem da verdade, era um **árbitro legal**¹². Não era como os juizes de hoje um funcionário de carreira, isto é um magistrado convocado especialmente para conhecer o processo. Por vezes o *judex* era um magistrado não especializado em matéria de direito, haja vista era apenas escolhido pelas partes, em princípio dentre os senadores, para julgar determinados casos.
- O **árbitro** era assim como os juizes da época um mero particular escolhido para dirimir determinadas questões. A diferença entre o *judex* e o *árbitro* residia no facto daquele ter competência singular, isto é era *judex unus*, enquanto este não dispunha desta singularidade, podendo haver vários árbitros.
- A instituição dos **recuperadores** não é muito bem conhecida pelos romanistas, sabe-se apenas que era formada por um número de 3 a 5 juizes encarregados de resolver as questões entre peregrinos e romanos. Era uma instituição inspirada nos princípios do direito internacional e era convocada quando Roma celebra-

¹² José Cretella Júnior, op. cit., 1996, pp.410-411.

va paz com os povos vizinhos. O tratado de paz¹³ possuía como condição a criação desta jurisdição especial que trataria de recuperar os bens tomados pelo inimigo, daí o nome de juízes recuperadores.

- Os **tribunais permanentes** também atuavam *in judicio*, porém diferentemente dos julgadores acima estudados, tal instituição não conhecia apenas determinados casos, mas sim categorias de processos. São conhecidos três tribunais permanentes, os quais são: os *triumviri capitales*, os *decemviri litibus judicandis* e os *centumviri*.

2.5O princípio da não-representação

Hodiernamente, é absolutamente normal que as partes litigantes em um processo, ao apresentarem-se em juízo, façam-se representar por advogados, que através de procurações, cujos instrumentos são os mandatos, realizarão diversos atos em nome dos representados. Tal representação é dita perfeita ou direta, pois a sentença é pronunciada em nome da parte e não do representante.

Para os romanos era inconcebível a idéia da representação em juízo. Reflexo ainda, do primitivismo e da mentalidade das antigas civilizações. Portanto, em Roma vigorava o **princípio da não-representação**.

Nos três sistemas processuais executados em Roma, vemos alguns traços de representação, porém não muito eloqüentes. Na época das *legis actiones* – o primeiro período processual – segundo GAIO ninguém podia agir em nome de outrem, isto é “*Nemo alieno nomine lege agere potest*” (GAIO IV, 82). Neste período a própria pessoa deveria executar os gestos e palavras solenes, somente havendo exceção nos casos de tutela (*pro tutela*).

No processo da fórmula ou formular – que corresponde ao segundo período processual – algumas pessoas podiam agir em nome de outras, isto é alieno nomine, mediante as denominadas “fórmulas com transposição”. Porém, nesse sistema

¹³ Segundo o professor Agerson Tabosa – op. cit., 1999, p. 109 – “Roma e somente Roma podia exercer o *jus belli ac pacis*, isto é, o direito de guerra e paz.”

não podemos falar ainda, precisamente, em representação, porque a condenação era proferida em nome do interessado – *dominus litis* – e não em nome da pessoa que intervinha em seu nome. Tais fórmulas com transposição eram entregues a pedido, ou *sumere iudicium*, aos tutores, curadores, defensores, pessoas jurídicas, procuradores e cognitores. No tempo de JUSTINIANO, isto é já no processo extraordinário, desapareceu a figura do cognitor constituído na fase *in jure*, passando a ser muito usada, como vigora até hoje, a figura do procurador, ou seja o advogado.

3 O PROCESSO DAS *LEGIS ACTIONES*

3.1 Conceito de *legis actiones*

Segundo o jurisconsulto GAIO, as *legis actiones* ou **ações da lei** têm essa denominação pelo fato de serem organizados pela lei¹⁴, isto é “*legis actiones legibus productae sunt*”¹⁵. Seus processos são processos civis legais, em regra, eram reservados aos cidadãos romanos, chefes de família que tinham o objetivo de verem o reconhecimento de um direito seu, ou mesmo a execução de um julgamento. Sua base legal reside principalmente na **Lei das XII Tábuas** que além do reconhecimento dos direitos materiais para os quais caberiam as ações da lei, possuía disposições relativas à sua tramitação.

3.2 Caracteres das *legis actiones*

As *legis actiones* eram processos arbitrais, legais, formalistas, orais e gratuitos. Vejamos estas características mais pormenorizadamente:

- Eram processos **arbitrais** por estarem submetidos ao regime da *ordo iudiciorum privatorum*, isto é por serem divididos em duas fases ou instâncias, além de nessa época o Estado não possuir os *jus punitorem* e não controlar a jurisdição, daí o seu caráter arbitral.

¹⁴ Alguns romanistas questionam tal afirmação, haja vista no período antigo, onde a lei era predominantemente consuetudinária, isto é baseada nos mos(costumes), já se encontrarem traços das *legis actiones*. Entre os que pensam assim está o professor José Cretella Júnior.

¹⁵ GAIO IV, 2.

- A **legalidade** do processo das legis actiones decorre do fato dele estar previsto em lei, ou seja na Lei das XII Tábuas. Portanto, tal processo estava embasado no antigo *jus civile*, daí proteger somente os cidadãos.
- Neste tipo de processo presava-se demasiadamente a forma em detrimento da interpretação e da analogia. Por isso ele era **formalista**. Devia ele obedecer a rituais imutáveis, isto é a gestos e palavras solenes predeterminadas. Para exporem suas pretensões, o que acontecia na fase *in jure*, os querelantes não poderiam expor suas pretensões com palavras próprias, deveriam usar a palavra certa, isto é a *verba certa*, o que se dava através de pronunciamentos orais previamente determinados. Por exemplo, na reivindicação de uma coisa que lhe pertence, o proprietário deveria dizer, precisamente, que tal *res* era sua *ex jure Quiritium*. O apego à letra da lei era tamanho que uma simples troca de palavras poderia significar a perda do processo¹⁶.
- Eram processos **orais** porque todos os atos processuais nele praticados se davam através de pronunciamentos falados.
- Finalmente, era **gratuito** pelo fato da jurisdição não ser estatal, não havendo portanto funcionários de carreira, como juízes e serventuários, a quem se devesse pagar.

3.3 Procedimento processual

Como já exposto, o processo das legis actiones tinha a característica de ser dirigido pelas partes, onde tanto o chamamento quanto a execução da sentença eram feitos por estas. Vejamos então como se dava o procedimento em cada uma de suas fases.

3.3.1 Chamamento ao processo

¹⁶ Quanto a este aspecto vale lembrar a história contada por GAIO de um litigante que perdera a causa porque empregara a palavra *vites*(videiras) quando deveria empregar *arbores*, como previa a lei.

O chamamento ao processo(*in jus vocare*) era feito pelo autor da ação, isto é aquele que se sentia lesado no seu direito. Atualmente, no sistema processual civil de nosso país, vigora a citação por via de carta e na impossibilidade desta, por oficial de justiça. No processo das ações da lei não haviam serventuários da justiça, por isso a citação era feita pelo autor, que procurava o réu e encontrando-o na rua, dirigia-lhe as palavras específicas (*verba certa*) e o chamava ao tribunal.

O réu deveria atender à citação, pois se não o fizesse poderia ser preso(*igitur en capito*) na presença de testemunhas levadas pelo autor. Se fugisse, o autor poderia agir com violência(*vis*) podendo inclusive torcer-lhe o pescoço. Porém, para aqueles réus já idosos ou doentes havia privilégios, ou seja deveriam ser conduzidos a cavalo ou numa liteira, às custas do autor. Havia duas formas do réu eximir-se da citação, ou apresentando um vindex, que o substituiria, ou entregando a coisa reivindicada ao autor.

3.3.2 Procedimento *in jure*

Como já exposto, não havia representação e o autor deveria formular suas pretensões, sob pena de nulidade, empregando palavras solenes e certas, contra as quais o réu oporia as suas.

O réu poderia negar(*infitiatio*) onde a causa iria para o julgamento do árbitro. Se confessasse que o autor detinha a razão, o magistrado reconhecia seu direito e entregaria-lhe o objeto pleiteado(*addicit*).

3.3.3 Procedimento *apud júdicem*

Negando o réu, a causa iria para o julgamento do *judex*. Segundo a *Lex Pinaria*, que data do início do período republicano, este era instituído pelo magistrado, de acordo com a escolha das partes trinta dias mais tarde.

Os combates eram travados perante o juiz. Caso alguma parte faltasse, seria esperada até meio-dia, se não comparecesse seria prolatada a sentença em favor

daquela que houvesse comparecido. No processo das *legis actiones* vigorava o princípio de que quem se esquivava ao processo *in judicio* nunca tinha razão.

Presentes as duas partes, eram expostas as pretensões da causa (*peroratio causae*) em relatos contraditórios formando-se assim a *causae coniectio*.

3.3.4 Condenação e sentença

No direito antigo as condenações nem sempre eram pecuniárias e poderiam recair sobre a própria coisa (*ad ipsam rem*). Porém, nas ações da lei o juiz, por exemplo num caso de injúria ou violência leve, poderia condenar o réu a uma multa de 25 asses.

Com o pronunciamento da sentença, incumbia à parte vencedora providenciar sua execução.

3.4 As espécies de *legis actiones*

É das **Institutas** de GAIO que obtemos as espécies de *legis actiones*, pois segundo o mesmo, os romanos poderiam agir de acordo com a lei de cinco modos diferentes: *sacramentum*, *per judicis postulationem*, *per conditionem*, *per manus injectionem*, *per pignoris capionem*.

Estas cinco ações da lei podiam ser divididas em dois grupos distintos, de acordo com a sua natureza. Elas podiam ser de funções cognitivas ou de funções executivas como veremos abaixo.

3.4.1 *Legis actiones* de funções cognitivas

Eram de três tipos as *legis actiones* de funções cognitivas, isto é as que reconheciam direitos: *legis actio per sacramentum*, *judicis postulatio* e *condictio*.

3.4.1.1 A *legis actio per sacramentum*

A *legis actio per sacramentum*, também denominada de *legis actio sacramento*, foi inicialmente o único modo de propor ação. Era uma *actio generalis*, ou seja podia ser intentada toda vez que a lei não recomendasse um tipo específico de ação. A mesma podia ser intentada tanto contra pessoas(*sacramentum in persona*), quanto coisas(*sacramentum in rem*¹⁷). Esta última é mais conhecida que aquela devido a uma lacuna nas Institutas de GAIO.

As formalidades da *actio per sacramentum* são muitas e refletem a influência das autoridades religiosas e dos magistrados nas querelas surgidas entre os cidadãos.

Primeiramente, o *sacramentum*, segundo os romanistas, teria sido uma espécie de juramento religioso feito pelas partes, que uma após a outra expunham seus direitos. Os dois litigantes ofereciam carneiros e bois para sacrifícios públicos aos deuses, porém somente os pertencentes à parte vencida eram sacrificados. Com a evolução do *sacramentum* essas espécies de custas processuais passaram a ser pecuniárias. Agora, o depósito, ao invés de animais, era de dinheiro: 50 ou 500 asses.

Como exposto, era dividida em duas fases; *in jure* e *judicio*. *In jure* havia cinco fases a serem percorridas, eram elas:

- a vindicatio e a contravindicatio;
- a intervenção do magistrado;
- a provocatio ad sacramentum;
- a posse precária da coisa.

Convicto o juiz, prolatava a sentença(*pronuntiatio*) declarando qual o *sacramentum justum*: "*Sacramentum Pauli justum est*". Quanto à sentença havia duas possibilidades. Se a posse precária da coisa tivesse sido dada ao vencedor, este passaria a ser proprietário desta e o adversário não podia mais contestá-la em juízo pela regra *bis de eadem re ne sit actio*. Se estivesse nas mãos do vencido, este deveria devolvê-la. Se negasse a devolução o autor poderia fazê-lo responder com o

¹⁷ Para os romanistas, mesmo que indiretamente, essa é considerada a primeira distinção entre direitos reais e pessoais.

veria devolvê-la. Se negasse a devolução o autor poderia fazê-lo responder com o corpo e os bens na restituição da coisa pela *praedes litis vindiciarum*.

As verbas certas de tal ação eram as seguintes:

- do autor: Afirmo que deves me entregar (*"Aio te mihi dare portere"*).
- se o réu nega, o autor diz: "quando negas te sacramento provoco".

3.4.1.2. A *judicis postulatio*

A *judicis postulatio* ou *legis actiones per judicis arbitrive postulationem*, em relação a *actio per sacramentum*, podemos dizer que são opostas pelo vértice, isto é contrapõe-se totalmente. É uma ação especial e concreta onde não há cominação de pena ao vencido. É mais célere, para ela não vigora o prezo de trinta dias da *Lex Pinaria* e o juiz ou *árbitor* é instituído imediatamente pelo magistrado.

Nesta ação o autor deveria *dicere*: "*Ex sponsione, te mihi decem milia sestertiorum dare oportere aios id postulo ais an negas*, ou seja "Por causa de tua promessa, tu deves entregar-me 10.000 sestérios. Peço-te que afirmes ou negue". Se o réu negava, o autor voltava a dizer: "*Quando tu negas, te praetor, judicem arbitrumve postulo uti des*" ("Visto que negas, peço-te, ó pretor que designes um juiz ou um árbitro").

3.4.1.3. A *condictio*

A *conditio* pode ser caracterizada como uma intimação em termos solenes, que o demandante faz ao demandado, para que compareça num prazo de trinta dias para conhecer a demanda.

Ela também é denominada de *legis actio per conditionem*, e o vocábulo *conditio tem* significado de citação, aviso, notificação, intimação. Foi introduzida pela *Lex Calpurnia*.

Em muitos pontos a *conditio* aproximava-se do *sacramentum*, parecendo ser mesmo até uma forma atualizada desta. Era também uma *actio generalis*, com prazo de trinta dias e cominação de pena ao perdedor da causa (era *lis* e não *jurgium*), porém diferiam justamente nesse último aspecto: a *poena* da *conditio* era proporcional ao valor da causa e era dividida à parte vencedora e não ao fisco.

As verbas certad eram as seguintes: a autor dizia *in jure* , “ *Aio te mihi decem milia sestertionem dare oportere: id postulo aies aut neges*” (“ Digo que deves me entregar 10.000 sestércios. Peço-te que confesses ou negues”) ; se o réu negasse o autor tornava a dizer “ *Quando tu negas, in diem tricesimum tibi iudicis capiendi causas condico*” (Já que negas estás intimado a comparecer, dentro de 30 dias, *in jure*, para o ajuste).

3.4.2 **Legis actiones de funções executivas**

São em número de dois as *legis actiones* que têm funções executivas, ou seja as que são meios de execução: *Manus injectio e pignoris capio*. Tanto a *manus injectio* como a *pignoris capio* eram meios de execução do direito, que visavam assegurar uma situação jurídica reconhecida por lei, costume ou decidida em julgamento (*res judicata*). Eram dirigidas, principalmente, contra a pessoa do *judicatus* , isto é aquele que fora condenado a pagar uma determinada quantidade de metais (*aes*) ou que confessava dívida pecuniária.

3.4.2.1 **A manus injectio**

A *manus injectio* ou apoderamento era um processo solene e formalista, onde o magistrado autorizava o credor a aprisionar ou agarrar aquele devedor que resistia em não pagar a dívida, caso este não a pagasse, imediatamente, à reclamação oral da soma. Se a dívida não fosse paga dentro de sessenta dias após a *manus injectio* , o devedor poderia ser morto ou vendido como escravo (*trans Tiberium*).

Como na época das XII Tábuas não havia uma distinção clara entre direitos reais e pessoais (*jus in re X jus ad rem*) a condenação recaía sobre a pessoa do réu.

Posteriormente, as coisas foram abrandando e os *judicati* passaram a ser beneficiados com o maior uso da *legis actio per manus injectionem*.

3.4.2.2 **A pignoris capio**

A *pignoris capio* – que traduzindo-se o pé da letra significa apodero-me do penhor – era a ação da lei onde o autor, empregando a forma certa(*certis verbis*), porém sem autorização prévia do magistrado, apreendia e retinha para si a coisa do devedor como garantia de dívida.

Esse costume era muito comum no direito antigo em geral. Porém, com a Lei das XII Tábuas ela desapareceu quase que por completo, subsistindo apenas para os magistrados (*pignoribus*) e para os particulares nas seguintes hipóteses:

Nos casos de animais, comprados pelo devedor para a realização de sacrifícios e não pagos.

Para os militares, porque tinham créditos para com os particulares, que deviam-lhes fornecer ração e aveia para seus cavalos.

Pelos publicanos, isto é os servidores públicos do fisco, quando as pessoas se recusam a pagar os impostos. Esse direito lhes era dado pela *lex cessoria* que também os investia do cargo.

3.5 A extinção da legis actiones

Pelo formalismo exagerado e rigoroso e pela dureza das penas, pouco a pouco o sistema das legis actiones foi sendo extinto. Seu caráter arcaico refletia a rudeza do homem primitivo, incompatível com o constante desenvolvimento do direito romano como ciência. GAIO chegou a dizer que: "*paulatim in odio venerunt*" devido ao realismo e à violência exagerada de tal sistema, onde as partes por um simples engano poderiam ser condenadas à duras penas.

Além disso questionava-se o papel do Estado como mero espectador dos conflitos entre seus habitantes, quando sua maior finalidade é promover a paz pública através do controle social. Atente-se também para o papel secundário do magistrado, que apenas atuava, sem muita interferência na fase *in jure*. Definitivamente, tal sistema processual não era mais condizente com o novo espírito romano.

4 PROCESSO FORMULAR

Pouco a pouco fora se extinguindo o sistema das *legis actiones*, caracterizado pelo excessivo formalismo e a mínima intervenção estatal. Ao passo que o sistema

das *legis actiones* ia sendo afastado, surgia, porém em caráter mais experimental, um novo sistema, que evoluiu por mais de um século antes de Cristo. Esse novo sistema que aos poucos foi aperfeiçoando-se, era caracterizado pela **fórmula**, e passou a ganhar mais espaço, esse novo modo de dirimir as controvérsias, quando o imperador AUGUSTO, através das **Leis Júlias Judiciárias**, acabou por extinguir o antigo sistema das ações da lei.

4.1 O conceito de processo formular

A fórmula era um escrito, um documento redigido pelo magistrado na fase *in jure*, isto é na primeira instância, onde estava contida uma indicação da questão que o juiz deveria resolver. Segundo o professor José Cretella¹⁸, neste período do processo civil romano “a actio pode ser definida como o direito de perseguir pela fórmula o que nos é devido”.

Tal sistema processual baseado nas fórmulas foi preconizado por duas importantes leis romanas: a **Lex Aebutia** e as **Leges Juliae**. Os historiadores romanistas não conseguiram precisar a data da promulgação da Lei Ebécia, sabe-se apenas que foi proposta por um dos tribunais denominados **Aebutius**. Em contrapartida, sabe-se que as leis júlias foram promulgadas à época de AUGUSTO em 17 a.C. e que entre elas decorreu-se um período de aproximadamente 100 anos.

Desse modo, por exemplo, em substituição à antiga *legis actio per conditionem*, usa-se agora a *actio* ou *condictio certae creditae pecuniae* cuja forma é: “*Si paret Numerium Nigidium Aulo Agerio centum dare oportere, judex, Numerium Nigidium Aulo Agerio centum condemna; si non paret, absolve*¹⁹”.

4.2 Caracteres do processo formular

Ao contrário do formalismo do sistema anterior, o sistema do processo formular possui uma característica interessante, que acaba por assinalar um novo momento

¹⁸ José Cretella Júnior, op. cit., 1996, p.423.

¹⁹ Os vocábulo *Numerius Nigidius* e *Aulus Agerius* são convencionais e os romanos os empregavam nas fórmulas dos Editos designando o autor, aquele que afirma (*is qui agit, Agerius*) e o réu, aquele que nega a afirmação (*is Qui negat, Nigidius*), GAIO, Inst., IV, 41 e 50.

da história judiciária romana. É nesta fase que o pretor passa a impor-se mais, a participar de forma mais atuante do processo, resolvendo com o auxílio da equidade os casos concretos, ao contrário das frias e estáticas decisões do sistema anterior.

No sistema atual continua vigorando a bipartição em duas instâncias: jus e iudicium. Afinal, tal sistema ainda pertence à fase da *ordo judiciorum privatorum*. Aqui, as partes primeiro comparecem *in jure*, diante do magistrado, onde expõe suas pretensões. Porém, agora este participa de forma mais veemente, não mais assiste passivamente, intervindo e redigindo a fórmula. Na instância *in iudicio*, isto é na segunda fase o juiz dá fim à controvérsia ao decretar a sentença. Não há mais o formalismo extremado, não há palavras predeterminadas a proferir e nem gestos simbólicos a executar.

É portanto, um sistema mais **célere**, **menos formalista**, **escrito** – já que a fórmula é um documento – e por final, vale salientar que continua **gratuito**, por ainda não haver justiça estatal.

4.3 Procedimento processual

O processo formular também desenrola-se em duas fases como o sistema anterior. Não há mais a possibilidade de uso da violência durante a citação. Há agora uma preocupação maior quanto às provas, e para quem recairá seu ônus. É permitido o acordo entre os litigantes para dar fim ao processo, o que se dá através da *litis contestatio*, que como veremos tem sentido diferente do que a etimologia nos sugere. Além do mais, nesse processo atentaremos para uma figura nova: os recursos.

Como visto, tal sistema traz em seu âmago procedimental algumas novidades, as quais estudaremos agora.

4.3.1 O chamamento ao processo

Como a justiça ainda não era totalmente estatal, não houve alteração significativa no que diz respeito ao chamamento do réu a juízo. Tal atividade continuava sendo exercida pelo particular, isto é o **actor**, que apenas não poderia mais usar de

violência contra o réu quando este se negasse a comparecer na audiência. Quando isto acontecia, o pretor expedia uma ordem contra o réu recalcitrante denominada *actio in factum*, que trazia em si uma sanção por via de multa. Uma nova recusa do réu constituía delito, e como tal era gravado de punição.

4.3.2 O procedimento *in jure*

O procedimento *in jure* era realizado diante do magistrado. Primeiramente, o autor se dirigia à ele e procurava expor, da forma mais simples possível, as suas pretensões, requerendo a fórmula desejada, é a *postulatio*. Em seguida, como visto, cabia a ele notificar, citar, dar conhecimento ao réu da demanda fazendo-lhe o chamamento a juízo, através da *edictio actionis*.

Tendo sido notificado, o réu poderia optar por dois caminhos. Poderia confessar(*confiteri*) realizando a *confessio in jure*. Ou poderia negar(*infiteri*) procedendo à *infitiatio*.

4.3.3 A *litis contestatio*

Normalmente, o processo formular findava com uma espécie de acordo entre os litigantes que visava, através do juiz, pôr fim ao litígio, de acordo com as indicações que estavam presentes na fórmula. Era a *litis contestatio*.

Litis contestatio não tem o sentido que a etimologia lhe sugere, isto é de contestação da lide. Poderíamos defini-la como sendo o ato através do qual as partes convencionam e concordam em submeter o litígio ao julgamento de um terceiro, de acordo com os termos presentes na fórmula. Era um processo muito semelhante ao da arbitragem atual.

Segundo FESTO, "*contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii quod, ordinato iudicio, utraque par dicere solet: testes estote*", isto é "Diz-se que dois ou mais adversários contestam a lide, quando ordenada a fórmula, ambas as partes costumam dizer: eis as testemunhas²⁰".

²⁰ FESTO, apud CRETTELA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.426.

Depois de organizada a instância *in jure*, ao invés de simples fase de apresentação de pretensões e testemunhas, com a *litis contestatio* há uma aceitação pelo réu da fórmula escrita pelo magistrado e que foi-lhe apresentada. É um verdadeiro contrato judiciário, onde o acordo das partes é manifestado no momento em que o autor dá conhecimento da fórmula ao réu (*edere iudicium*), lendo-a em voz alta e entregando-lhe uma cópia da mesma, ao mesmo tempo em que o réu dá sua anuência (*accipere iudicium*).

São portanto duas suas conseqüências, uma novatória e uma extintiva, sendo que a extintiva, isto é a que extingue o direito anterior do autor dando origem a um novo direito, que é o de condenar o réu a pagar uma soma em dinheiro²¹, é a principal.

4.3.4 Procedimento *in iudicio*

Mesmo no sistema da *legis actiones* a segunda fase do processo, ou seja a fase *apud iudicem* era ligeiramente despida de formalismo. Esta característica da segunda instância é ainda mais evidente no processo formular, afinal, no todo, este era muito menos formal.

Estando perante o juiz, às partes incumbia as alegações feitas ante o magistrado na fase *in jure*. Dois princípios decorrentes do **princípio dispositivo do processo**²², bastante conhecidos e usados em nosso sistema processual, norteavam esta Segunda instância do processo formular. Vejamo-los:

- ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito - o ônus da prova cabia ao autor, isto é "*incumbit ei qui agit*". É dele que surgiu o brocardo jurídico ***Auctori incumbit probatio*** ainda hoje usado.
- ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor – o réu que invocava uma execução, isto é uma defesa passava a ser

²¹ "*Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere*".

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 31^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.374.

como o autor, no sentido que a ele se transferia o encargo da prova. In verbis: *Reus excipiendi fit actor*.

A prova testemunhal já era prioridade no direito antigo e fora conservada no direito clássico. Havia ainda nesta fase a confissão ou *confessio in iudicio* e o juramento probatório. Além do mais, a influência grega, juntamente com necessidades práticas, acabaram por incluir no rol das provas possíveis a *instrumenta* ou a prova por escrito.

Como já mencionado, o juiz romano não era como hodiernamente um funcionário de carreira, especializado em Direito, mas sim um particular. Quando este, por algum motivo, não conseguia formar uma idéia exata sobre a lide poderia eximir-se do julgamento prestando o juramento *sibi non liquere*, isto é afirmava que a questão não era clara. Caso não houvesse esse problema, deveria o *judex* apreciar as provas fornecidas pelas partes, formar sua convicção e proferir a sentença. Porém, estava preso à fórmula, assim como nossos juizes estão presos à lei, por isso poder-se-ia dizer que nesse sentido o processo formular era formalista.

4.3.5 Sentença e execução

A sentença é o momento culminante do processo. É nela que o juiz procura *tribuere cuique suum*, isto é, dar a cada um o que é seu, preceito este contido nos *juris praecepta*.

Em relação à sententia, os textos do Corpus Juris Civilis mencionam o vocábulo *judicare*, tanto para questões reais quanto pessoais. Se a sentença era em favor do *actor*, são mencionados os vocábulos *damnare* e *condemnare*.

Na prolatação da sentença o *judex* seguia a seguinte seqüência: primeiro o juiz decidia sobre a procedência do direito do autor (*pronuntiatio*), logo depois realizava um cálculo estimativo em dinheiro (*litis aestimatio*), porém se houvesse a confissão do réu, ia-se logo para a *aestimatio* sem julgamento. Após a sentença, deixa o juiz de ser juiz, mas sua decisão vai produzir os devidos efeitos jurídicos. Podia ser ela absolutória ou condenatória, visando estabelecer uma situação e consagrar a *res*

judicata, que no direito romano não era absoluta, apenas não permitindo a solicitação de nova fórmula sobre aquela demanda, segundo a regra ***bis de eadem rene sit actio***.

Pronunciada a sentença, se esta fosse condenatória para o réu, substituíam-se a obrigação condicional surgida com a *litis contestatio* pela obrigação de pagar o *quantum* da condenação. Caso, voluntariamente, o réu não pagasse, o autor poderia usar as vias de execução, depois de um prezo de trinta dias, segundo a Lei das XII Tábuas. No processo formular, em decorrência do direito pretoriano, a execução não mais recaía sobre a pessoa do réu, mas sim sobre seus bens (*venditio bonorum*).

4.3.6 Os recursos

À época do período republicano, não havia como hoje recursos tendentes ao reexame das decisões, porém haviam meios excepcionais que se usavam contra a sentença. Eram eles, a *intercessio*, a *revocatio in duplum* e a *restitutio in integrum*, vejamos o que cada uma significava:

- A ***intercessio*** era uma espécie de recurso em que um magistrado, de mesma categoria ou inferior à daquele que proferia uma sentença, vetava a execução do ato.
- Através da ***revocatio in duplum*** o réu condenado tentava pedir a anulação da sentença, que se fosse negada, acarretaria o pagamento em dobro da pena originária.
- Pela ***restitutio in integrum***, a parte que sentia-se prejudicada requeria que as coisas voltassem a seu estado de origem, isto é como achavam-se antes do julgamento.
- A **apelação** foi um recurso ordinário criado no período imperial, de caráter suspensivo, onde recorria-se da decisão do magistrado inferior, que entregara a fórmula, escalonadamente, até os magistrados superiores, até que se chegasse ao topo da pirâmide judiciária: o Imperador.

4.4 Partes integrantes da fórmula

A fórmula era composta de duas partes, uma principal e outra acessória. A parte principal era estereotipada, fixa, ou seja era a mesma para todos os casos. Eram partes principais da fórmula a *institutio judicis*, a *demonstratio*, a *intentio* que podia ser in jus e in factum, in rem e in personam ou certa e incerta, a *adjudicatio* e a *condemnatio*. A parte acessória, era móvel, alterável e variava de acordo com os casos. Eram exemplos de partes acessórias a *exceptio*, a *praescriptio*, a *replicatio*, a *duplicatio* e a *triplicatio*. Qualquer alteração na primeira parte anulava totalmente a fórmula.

4.5 Classificação das ações no processo formular

No direito romano clássico, costumava dividir-se as ações em reais e pessoais, civis e honorárias, de direito estrito e de boa-fé, diretas e úteis, arbitrárias e não-arbitrárias, honorárias in *aequum et bonum conceptae*. Vejamos melhor como se operavam tais divisões:

A divisão entre ações **reais** e **pessoais** é a famosa *summa divisio actionum* do jurisconsulto GAIO, que corresponde atualmente à divisão dos direitos em reais e pessoais. A ação pessoal, como sugere o nome, tinha por finalidade sancionar um direito pessoal, assim como a ação real tutelava direitos reais como os relativos a propriedade.

- As ações **civis** eram as criadas pelo *jus civile*, enquanto que as **honorárias** eram as ações criadas pelo magistrado com fins de sancionar as disposições presentes no seu edito.
- De **direito estrito** eram as ações em que o julgador limitava-se apenas a indagar as pretensões do autor que eram expostas na *intentio*; ao passo que as de **boa-fé**, ou *bonae fidei*, eram as ações em que o juiz poderia recorrer aos preceitos da equidade, temperando, através da mesma o rigor do texto legal diante de um caso concreto.

- **Direta** era a ação intentada quando estavam presentes todas as condições exigidas para o seu exercício. **Útil** era a ação intentada quando uma das condições não se fazia presente.
- A ação **arbitrária** era aquela que continha a cláusula arbitrária, isto é a **cláusula arbitrária**, que autorizava o juiz a pedir que o réu entrasse em acordo com o autor, e para aquele que se propusesse a restituir a coisa litigiosa, ou causadora do litígio.
- Ações **honorárias in aequum et bonum conceptae** eram ações relativas à tutela de interesses morais, da honra e da saúde. Continham elas uma *intentio in factum* e uma *condemnatio*, e eram exemplos destas ações a *actio injuriarum*, a *actio rei uxoriae*, a *actio sepulchri violati* e a *actio de effusis*.

4.6 Processos derivados do *imperium* do pretor

Para finalizarmos este tópico relacionado ao processo formular, nos convém falar sobre alguns processos formulares especiais ou excepcionais. Essa excepcionalidade decorre de sua origem, haja vista são processos que derivavam do *imperium* do pretor.

Como sabido o *imperium* era um poder especial, atribuído a estes magistrados, que lhes dava, a capacidade de ordenar ou proibir certos atos, e a faculdade de intervir nos litígios entre os particulares através da aplicação de interditos, ordenando a celebração de estipulações pretorianas ou intervindo nos casos de *restitutiones in integrum*.

Esses processos excepcionais, fundamentados no *imperium* do pretor eram os interditos, as *restitutiones in integrum*, as estipulações pretorianas e a *missio in possessionem*, os quais veremos pormenorizadamente nos subtópicos abaixo.

4.6.1 Os interditos

Os interditos eram providências autoritárias tomadas pelo pretor, decorrentes do seu *imperium*, com fins de decidir uma controvérsia entre particulares, ordenando ou proibindo algo.

Podiam ser **ordens**(*decreta*), como por exemplo para que fosse exibida ou restituída alguma coisa, como também podiam ser proibições, no sentido estrito(*interdictas*). Daí a divisão em três tipos de interditos: proibitórios, restituitórios e exhibitórios.

Havia também a distinção entre os interditos **simples**, que eram aqueles dirigidos somente à pessoa do réu, e os **duplos** que eram os dirigidos a ambos os litigantes.

4.6.2 A *restitutio in integrum*

A *restitutio in integrum*, dos atos do pretor, eram sem dúvida o mais ousado. Através dela, ele praticamente aniquilava, paralisava o direito civil, transcendendo neste caso a sua função normal de completar ou de interpretar, pela equidade, o rigor da lei aplicada ao caso concreto.

Restituere, não significava restituir, precisamente, mas sim o fato de colocar as coisas *in statum quo ante*, anulando totalmente, isto é *in integrum* o ato executado. Devido a esse caráter aniquilador do direito, fato de extrema gravidade, já que pela *restitutio* todos os efeitos civis do ato eram anulados, é que ela era submetida a regras especiais. As condições para que ela ocorresse eram as seguintes:

- Só podia ser concedida pelo pretor;
- Só podia ser requerida num prazo extremamente curto, isto é imediatamente após o erro, o dolo ou a maioridade;
- Era um "remédio extremo"(ultimum remedium), só podendo ser intentada se não houvesse mais qualquer outro meio;
- Só era concedida após indagação especial(*cognita causa*).

4.6.3 As estipulações pretorianas

As estipulações pretorianas eram promessas verbais, impostas pelo pretor, que fazia nascer entre duas pessoas um vínculo obrigacional, apenas nas hipóteses previstas pelo edito.

Concretizava-se ela mediante uma pergunta seguida de uma resposta. Em vários casos ela era exigida somente de uma pessoa, era a *nuda repromissio*. Outras vezes, a promessa deveria ser também feita pelos devedores acessórios, era a *satisfactio pretoriana*.

4.6.4 A *missio in possessionem*

Era uma espécie de ordem, dada pelo pretor a uma das partes, para que tomasse posse de coisas pertencentes a outra parte.

Por exemplo, em citações e execuções, como medida acautelatória, isto é preventiva, destinada a evitar que o devedor dilapidasse o patrimônio em detrimento do credor. Nas sucessões ela também era usada comumente nos casos de *bonorum possessio*.

5 O PROCESSO EXTRAORDINÁRIO

Na sua primeira fase, o processo civil romano dividia-se em duas instâncias, segundo a ordem, isto é *secundum ordinem*. Era a *ordo judiciorum privatorum*, que caracterizou os processos das ações da lei e formular.

Porém, aos poucos o processo romano foi perdendo seu caráter arbitral, acabava a divisão em duas fases, enquanto o magistrado agora julgava o processo na qualidade de autoridade pública. Acabavam também as condições particulares de lugar e tempo que regiam o processo, ao passo que a justiça deixava seu caráter de gratuidade, passando os litigantes a arcar com despesas processuais.

Abandonado também o formalismo, os julgadores não mais seguiam as regras da antiga *ordo*, constituindo aos poucos um sistema processual livre da ordem, daí a sua denominação de ***cognitio extra ordinem*** ou ***cognitio extraordinaria***.

5.1 Surgimento da ***cognitio extra ordinem***

A origem do processo extra ordinário está no hábito que o imperador possuía, desde o início do império, em julgar pessoalmente os processos desprezando totalmente as formalidades tradicionais e a normas jurídicas vigentes. Além disso, o ***princeps*** confiava a seus funcionários a tarefa de julgarem aqueles litígios existentes entre particulares, desde que estes se relacionassem de forma direta ou indireta com a administração. Desse modo competia ao ***praefectus annonae*** conhecer as causas entre negociantes e armadores. Ao ***praefectus urbi*** competia resolver questões relativas a maus tratos à crianças e escravos, assim como desapossamentos violentos. Já ao ***praefectus praetorio*** cabia o julgamento dos casos mais graves.

Também os cônsules e outros pretores especiais, na aplicação das reformas imperiais desprezavam as regras do processo formular, deliberando ***extra ordinem***. Assim, o processo formular desenvolvia e estabelecia-se cada vez mais, tanto pelo progresso da administração imperial quanto pela decadência dos magistrados que teimavam em ainda aplicar o processo formular.

Os particulares também passavam a preferir o novo sistema processual ***extra ordinem***, sendo encorajados pelos imperadores. Isto se deu primeiramente nas províncias, logo depois tal processo passou a ser bastante acolhido também em roma.

5.2 As inovações na organização judiciária

Diferentemente do direito antigo, neste sistema processual os magistrado não são mais meros particulares indicados pelas partes. São agora agentes especializados no Direito, na qualidade de agentes estatais e dispostos hierarquicamente. Completa-se assim segundo Ada Pellegrini Grinover ²³ "o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a **justiça pública(SIC)**", onde o processo romano

perde seus traços privatísticos para alcançar um sentido publicístico, isto é houve uma estatização da administração do processo.

Como já dito foi extinta a divisão em duas fases. Não há mais as regras de competência, de lugar, e nem mesmo a distinção entre os dias **fastos** e **nefastos**. Só há um julgador, onde os atributos de magistrado e juiz são resumidos na mesma pessoa.

Antes o processo se dava de forma pública, isto é na presença do público, que assistia a tudo. No processo extraordinário, as audiências são mais reservadas aos interessados mais diretos, são quase secretas. O juiz passa a presidir o julgamento no **Forum**, num edifício especial denominado **basilica**, onde havia um compartimento separado por paredes(**cancellae**) – daí o nome Chancelaria – vedadas por cortinas(**vela**), que eram abertas no momento em que eram proferidas as sentenças.

O processo agora não é mais oral, prevalecendo tanto os atos escritos pelos serventuários da justiça quanto pelos advogados. Pela existência de advogados, conclui-se não haver mais o princípio da não-representação. Estes constituem uma classe numerosa, reunida em corporações e com prerrogativas especiais. Desaparece também a gratuidade do processo, haja vista há agora auxiliares e juízes estatais a quem remunerar.

5.3 Os magistrados do processo extraordinário

No alto império, a justiça civil, assim como na república, era realizada por magistrados eleitos e independentes uns dos outros. Já no baixo império, era confiada a funcionários nomeados pelo imperador e submetidos a graduação. Com a hierarquia surgem as apelações contra as decisões e dirigidas à autoridade superior.

Em suma, os magistrados da *cognitio extra ordinem* eram os juízes superiores, os ordinários e os pedâneos. Vejamo-los em seus pormenores.

²³ Ada Pellegrini Grinover, op. cit., 1999, p.23.

Os **superiores**, eram inicialmente os imperadores, capazes de julgar em qualquer instância, porém precipuamente na instância superior, dizendo a última palavra sobre as decisões das causas. Ao lado destes estavam os *praefecti praetorio* e um corpo de auxiliares. Porém, era preferível a apelação ao imperador, pois da decisão dos prefeitos não cabia apelação já que estes julgavam **vice principis**, isto é em lugar do soberano.

Os **ordinários**(*judices ordinari*) ou de direito comum eram autoridades judiciárias, que na hierarquia, ficavam logo abaixo dos juízes superiores. Em Roma e Constantinopla, os juízes ordinários eram os *praefectus urbi*, enquanto que nas províncias era o *praeses provincial* ou *rector*, isto é os governadores da província.

Os **pedâneos** eram assim denominados porque ficavam à **pede** do magistrado, sendo os juízes encarregados de julgar os processos de maior importância, de modo a evitar uma sobrecarga de serviços para os governadores, para os quais se reservavam apenas os processos de maior responsabilidade. Posteriormente, as *causae minoris* foram confiadas aos *duumviri jure dicundo*, e no fim do império aos funcionários municipais denominados de *defensores civitatis*.

5.4 O processo *extra ordinem*

A principal característica do processo extraordinário era o fato dele realizar-se numa só fase, diante de um só magistrado.

Ele iniciava-se com a *litis denuntiatio*, isto é a citação do réu por via administrativa. Posteriormente, ela foi substituída pela citação *ex officio*, encontrada nos processos justinianeus denominados **processos por libelos**.

Os *libellus conventionis* eram escritos feitos pelo autor e remetidos ao juiz que continham resumos das pretensões do autor. O juiz ao recebê-lo, examinava-o, se este não ofendesse nem princípios jurídicos e nem morais, fazia a citação do réu(*conventio* ou *convenire*).

A citação era feita por um agente judiciário, o executor. O réu tinha o prazo de dez dias, que posteriormente fora aumentado para vinte, para realizar a contestação, através da entrega do *libellus contradictionis*.

5.5 Os recursos e o processo de execução

No baixo império, encontramos duas espécies de recursos: a *restitutio in integrum* – ainda presente no processo extraordinário – que era meio excepcional de recorrer, e a apelação que era o meio normal.

Em relação à sentença, se disesse respeito ao próprio objeto da causa, a execução poderia ser feita à força, isto é *manu militari*.

Se a execução não pudesse ser praticada de forma normal, isto é *in natura*, ou em caso de condenações pecuniárias, os recursos poderiam ser:

- Pignus iudicati causa captum, isto é o aprisionamento do devedor.
- Distractio bonorum – quando haviam muitos credores, procedia-se à distractio bonorum, isto é os bens do devedor eram vendidos um após o outro, porém não todos ao mesmo tempo.
- Os devedores insolventes ficariam em prisão pública, jamais em cárcere privado.

5.6 A sentença, sua força jurídica e a coisa julgada

Vimos que no período do processo formular, os poderes do juiz estavam limitados, isto é circunscritos à fórmula, sendo-lhe autorizado executar apenas o que nela estava contido. Já no processo extraordinário a sentença era proferida pelo magistrado, ou também por um de seus delegados, de uma maneira mais livre do que nos períodos antigo e clássico.

Neste novo sistema processual da *cognitio extra ordinem*, o magistrado, assim como hodiernamente, está preso e vinculado à lei. O seu poder de julgar, o seu império judicante provém da confiança nele depositada pelo *princeps* ou Imperador.

As sentenças, proferidas agora pelo julgador, que agora reúne em um só as figuras do *praetor* e do *judex* presentes na fase da *ordo judiciorum privatorum*, trazem contidas em seu âmago a sua força jurídica executória. Como o réu fosse condenado à restituição da coisa – *jussus restituendi* – este poderia ser condenado a uma execução *manu militari*. Caso fosse impossível de se proceder a sentença naturalmente – *in natura* – não havendo o dolo por parte do réu, a sua condenação resumiria-se a perdas e danos, pois se o houvesse, a condenação seria fixada de acordo com o juramento do autor.

A coisa julgada ou *res judicata*, no direito romano encerrava uma presunção de veracidade, isto é *pro veritate habetur*, que determinava que, em princípio, os juízes não erravam, ficando acima de qualquer dúvida ou discussão sobre as controvérsias já decididas. Tal autoridade dos juizes – *auctoritas rei judicandae* – era assegurada pela *exceptio rei judicatae*, que trazia em seu bojo dois aspectos: um positivo, que era a permissão de que num novo processo fosse invocado o conteúdo da sentença anterior, uma espécie de jurisprudência ou mesmo de princípio sumular; e um negativo que impedia o início de um processo, como acontecia em relação à *litis contestatio*.

5.7 Comentários conclusivos à *cognitio extra ordinem*

No baixo império, foram abolidas as fórmulas. A ação era agora dinamizada pelas partes diante do juiz. A *actio* era o direito de requerer o provimento da justiça para a concretização de uma pretensão. Porém, diferentemente de hoje era necessário ter uma ação específica na hora de recorrer-se à justiça.

O processo *extra ordinem* trouxe, como acima visto, inúmeras modificações e inovações processuais, sobretudo no que diz respeito à forma e ao rito, porém influenciando bastante na essência do direito romano. Tal sistema veio a confirmar uma evolução entre os sistemas processuais anteriores sendo a concatenação, a expressão

final de toda essa evolução processual romana, até mesmo por abolir as fórmulas e palavras prescritas, tratando-se de um sistema, um bloco composto.

CONCLUSÃO

Como bem sabido por nós estudantes e admiradores do Direito Romano, tal disciplina é de suma importância para nós e todos aqueles que convivem no seu cotidiano com a praxis jurídica. Sobretudo, para os que operam em ordenamentos jurídicos neolatinos, nos quais se enquadra o brasileiro, o espanhol, o italiano, enfim aqueles que derivam diretamente do sistema jurídico romanista, que começou a ser lapidado a mais de 2000 anos atrás, e nem por isso deixou de ter sua utilidade, já que muitos institutos jurídicos, assim como expressões ainda hoje usadas, senão em sua intacta natureza etimológica, mas em sua tradução literal.

Com o Processo Civil Romano também é assim. Para aqueles que querem entender a fundo os sistemas processuais neolatinos, seus termos – ainda que alguns já estejam sendo aplicados com outros sentidos, seus procedimentos, a origem de muitas ações, é necessário um estudo da sistemática processual romanista. Afinal, quem seria capaz de afirmar que, Carnellucci, ilustre processualista italiano, ao criar a teoria da incumbência do ônus da prova, adotada em nosso Código de Processo Civil, não se baseara nos ensinamentos dos romanos?

Contudo, esperamos ter atingido os objetivos firmados no início do trabalho, e estar contribuindo para o levantamento de novas questões, o enriquecimento do debate, e sobretudo o incentivo à crescente produção científica. Afinal, nada mais fazemos todos os dias do que realizar e produzir ciência, a **Ciência do Direito**.

BIBLIOGRAFIA

CRETTELA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12ª ed., São Paulo: Hemus, 1996.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária/UFC, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução por José Antônio Brandão. 5ª ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979. Tradução de: Lezioni di Filosofia del Diritto.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAIA, T. Lisieux. **Metodologia Básica**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1994.