

feu II

ohn Sebrino

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
LUIZ CARLOS DE AZEVEDO

LIÇÕES DE HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL ROMANO

1.^a edição, 2.^a tiragem

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tucci, José Rogério Cruz e
Lições de história do processo civil romano / José Rogério Cruz e Tucci, Luiz
Carlos de Azevedo. – 1. ed., 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos
Tribunais, 2001.

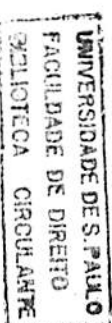
Bibliografia.
ISBN 85-203-1389-2

1. Processo civil (Direito romano) I. Azevedo, Luiz Carlos de II. Título.

96-0448

CDU-347.9 (37) (091)

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil romano : História 347.9 (37) (091)



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL ROMANO

1. Períodos do processo romano — 2. *Ordo iudiciorum privatorum*: iurisdicção dos magistrados e bipartição de instâncias — 3. O *agere* no período das *legis actiones* e o *agere per formulas*: visão introdutória — 4. Unificação de instâncias no período da *cognitio extraordinaria*.

1. Períodos do processo romano

Costuma-se, como é curial, delimitar três grandes períodos do processo civil romano: o das *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*.

O primeiro, em vigor desde os tempos da fundação de Roma (754 a. C.) até os fins da república; o segundo, constituindo com o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum*, teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a. C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum*, do ano 17 a. C., aplicado, já de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d. C.); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, instituído com o advento do principado (27 a. C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente.

É certo que essa demarcação é apenas convencional, porquanto, dentro de cada um destes períodos, é possível encontrar fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares. Assim, verifica-se que, a par do desenvolvimento político de Roma, que foi conhecendo várias modalidades de governo — realza, república, principado

e dominato —, também o processo privado se distendeu em três fases específicas e distintas, embora, em determinados momentos, coexistissem dois sistemas processuais diferentes.

Desse modo, ainda que presentes três períodos bem nítidos: ações da lei e formulário, que compõem a ordem dos juízos privados; e imperial ou da *cognitio extra ordinem*, resta realmente impreciso quando e em que medida cada qual deixou de vigor, cedendo passo ao subsequente.

E isso, dada a flagrante falta de técnica legislativa apurada, possivelmente ocorreu, num primeiro momento, pela praxe judiciária provincial e, ao depois, à época de instauração do principado, pela atividade judiciária do imperador, que ocasionou a implantação da *cognitio*.

Importante testemunho é fornecido por Gaio (l. 4, 30 e 31), ao elucidar que o exacerbado formalismo das *legis actiones* viria, com o passar do tempo, torná-las odiosas, razão pela qual acabaram sendo abolidas pela *lex Aebutia*, e, mais tarde, pelas leis Júlias; não obstante, as ações por dano iminente, a *in iure cessio* e, ainda, aquelas que se processavam perante os tribunais dos centúviro, continuaram a regular-se pelo antigo sistema.

Idêntica imprecisão ocorrerá com o término do período formulário: enquanto vigente este na metrópole, será, passo a passo, substituído nas províncias pelo sistema da *cognitio extraordinaria*, até cair em desuso em todos os territórios imperiais; finalmente, converter-se-á o costume em lei, com as constituições baixadas pelos imperadores Diocleciano, Constante e Constâncio (337-361 d. C.), respectivamente em 294 e 342 da nossa era: a primeira, suprime a divisão do processo nas duas fases que manivera durante toda a vigência do *ordo iudiciorum privatorum*, permitindo-se ao magistrado conhecer diretamente das causas, prática, aliás, já de há muito observada nas províncias; a segunda extingue, por definitivo, o processo formular (C. 3.3.2 e 2.57.1). Em tal conformidade, é possível vislumbrar, no mesmo momento histórico, a praxe simultânea de dois sistemas: um novo, seja em razão do costume adotado, seja por força de lei; e outro, que remanesce, vigindo até completa e total extinção.

2. *Ordo iudiciorum privatorum*: *iurisdictio* dos magistrados e bipartição de instâncias

Formal e substancialmente antinômica ao processo penal romano (*iudicia publica*), a ordem dos juízos privados (*iudicia privata*) englobava os dois primeiros apontados períodos.

A *civitas* romana em seu período de formação, a exemplo de toda sociedade em aurora, também depositava no misticismo religioso significativa parcela da técnica e da praxe judiciária, ainda de organização arcaica, não obstante aspirar fortalecer-se para, em seguida, lograr obediência de seus concidadãos. Por esse fato, foi atribuído aos pontífices o mister de dar forma ao procedimento, através de simbolismos e rituais.

Nasce, assim, em Roma a jurisdição como atividade exclusiva dos pontífices, vocacionada a disciplinar a autotutela dos litigantes.

Dai, por certo, o motivo determinante de que a estrutura jurídica, das *legis actiones* — o mais antigo sistema processual romano — fosse por demais formalista, mormente com aquela casta de sacerdotes detentora do monopólio do direito, que, auxiliando o *rex*, ditava o comportamento dos cidadãos, bem como o solene ritual a ser observado pelos demandantes.

Não se pode, assim, desconhecer o íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*) nos primeiros tempos de Roma. Devido a tal circunstância, agravada pelas trevas que envolvem a história legendária, dada a obscuridade e fragmentação das fontes esclarecedoras desse período, verifica-se uma acentuada incerteza entre os romanistas quanto à delimitação dos poderes do rei.

Todavia, reduzindo os limites entre a fábula e a história, recentes e valiosas pesquisas sobre esse tema demonstram que, como chefe supremo e vitalício, o *rex*, único depositário da *potestas publica*, reunia em suas mãos, por força de seu *imperium*, além dos poderes militares e religiosos, poderes civis, legitimando-o a julgar em primeira e última instância.

Sobre o *imperium*, cuja origem se encontra nos cerimoniais (*fascēs*) do poder supremo e absoluto da época etrusca, v. a admirável síntese de

Lucio Bove. "Imperium", *Novissimo digesto italiano* (Torino), 8/210, (1962); e, partilhando dessa mesma idéia: Ugo Coli, "Sur la notion d'imperium en droit public romain", *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles), 7(1960):370; A. Magdelain, *Recherches sur l'imperium*, Paris, PUF, 1968, p. 32. Em senso contrário, Giuseppe Grosso (*Lezioni di storia del diritto romano*, 5.ª ed., Torino, Giappichelli, 1965, p. 58) ressalta que o significado do termo *imperium* está intimamente ligado ao *rex sacrorum*; tanto é que difícil seria uma individualização do vocábulo, olvidando-se a religião. Sem embargo das opiniões de Torrent (*Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, s/d., 1979, p. 77), negando jurisdição ao *rex* em matéria civil, e de De Martino (*La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937, p. 16) — (mudando, entretanto, seu pensamento, tendo-a mais ampla: *Storia della costituzione romana*, v. 1, 2.ª ed., Napoli, Jovene, 1972, pp. 208 e ss.) —, a maioria da doutrina, fiel à tradição (D. 1.2.2.1, Pomponio, *libro singulati enchiridii*; Cícero, *República*, 5.2.3), considera, nesse particular, o primitivo monarca como um verdadeiro iudex: Ugo Coli, "Monarchia (diritto romano)", *Novissimo digesto italiano* (Torino), 10/840, (1964); Paolo Frezza, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, Studium, 1954, p. 57; Max Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck'sche, 1966, p. 21. Arauto desse entendimento, embora, para sua conclusão, tivesse seguido outra trilha, é Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, v. 1, *Le legis actiones*, Roma, Ricerche, s/d., pp. 67-88.

Ademais, afastada a obsoleta idéia de que o processo romano teria sua origem na vingança privada, a doutrina romanística contemporânea admite que a "intervenção estatal" de época histórica impunha às partes a observância de atos, refletindo um estágio já mais avançado, que, tão-somente, representava simbolicamente a antiga luta entre os litigantes.

Pressupondo, então, que o processo arcaico tenha-se desrolado integralmente frente a uma única autoridade: o *rex, magister populi*, com o andar dos tempos, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tomam-se sempre mais complexos e numerosos reclamando a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais.

Consoante a história tradicional (Dionísio de Halicarnasso, 4.25), perdendo terreno o elemento religioso com a progressiva laicização do direito e com o incremento quantitativo da prática judiciária, o rei Sêrvio Túlio (578-534 a. C.) desmembrou a justiça em pública (reservando para

si o *imperium* sobre as causas de conotação penal — *crimina*) e privada (v., a propósito, Emilio Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1918, p. 1; James Muirhead, *Historical introduction to the private law of Rome*, Edinburgh, Adam and Charles Black, 1886, p. 73).

Assim, a predominância desfrutada durante mais de dois séculos pelos sacerdotes, cederá passo, nas derradeiras décadas da realza e na sucessiva constituição política republicana, aos magistrados públicos (*magistratus publici populi romani*).

Saliente-se que o *imperium*, até então exclusivo do *rex*, é transferido, de forma mais limitada e restrita, aos novos órgãos. Esse poder, no entanto, não pode ser tido como sinônimo de *iurisdicção*, porquanto o conceito desta é distinto daquele de *imperium*.

Enquanto o *imperium* é considerado pela doutrina como um poder unitário e indeterminado, a *iurisdicção* podia ser delegada, como ocorria com os magistrados municipais, que, desprovidos de *imperium*, detinham aquela por delegação do pretor (v., a respeito, De Martino, *La giurisdizione*, cit., p. 255 ss.; Armanca, s/d., 1970, p. 129). V., ainda, Antonio Fernandez de Buján, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, Reus, 1986.

É de ter-se, ainda, presente que a função jurisdicional era faculdade inerente à condição de magistrado, não existindo um poder judicial autonomamente estruturado, porquanto os romanos encartavam o mister de distribuir justiça entre as funções de natureza administrativa.

E, por isso, mesmo sendo uma das formas de manifestação da *potestas publica*, a *iurisdicção*, possuindo característica peculiar ao sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto.

É provavelmente a partir desse momento que o procedimento, apresentando uma discrepância qualitativa de funções, se desenrolava em duas fases distintas: *in iure*, diante do pretor, incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em

seqüência, *apud iudicem*, perante o *iudex unus* ou, nas contravérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos *recuperatores*; ou, ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos *centumviri*. O *iudex*, cidadão romano, tomando conhecimento do litígio a ele submetido, julgava soberanamente, em nome do povo romano, não estando, por isso, subordinado a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico.

Inúmeros romanistas têm procurado descobrir a origem dessa divisão verificada no processo declaratório. Várias são as conjecturas plausíveis, embora nenhuma delas tenha logrado elucidar totalmente a questão. A primeira, seguindo as pegadas dos estudos de Moritz Wlassak, sustenta que a seção de instâncias, existindo desde o tempo da realza, fundava-se num princípio arbitral, como resquício de época primitiva, na qual a controvérsia vinha decidida por um árbitro: H. J. Wolff, "The origin of judicial litigation among the greeks", *Traditio*, 4/32 (1946); E. Costa, *Perfil*, cit., pp. 1 ss.; G. Buigues, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitrio ex compromisso*, Madrid, s/ed., 1990; em parte, Pugliese, *Il processo civile romano*, v. 2, *Il processo formulare*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1963, p. 40; H. F. Jolowicz, "Procedure in iure and apud iudicem, a suggestion", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Bologna), v. 2, Pavia, Fusi, 1935, 57-81; "The iudex and the arbitral principle", *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles), 2/47 e ss. (1949); M. Horvat, "Deux phases du procès romain", *Droit de l'antiquité et sociologie juridique* — Mélanges H. Lévy-Bruhl, Paris, Sirey, 1959, pp. 163 e ss.; André Giffard, *Études de droit romain*, Paris, Cujas, 1932 (reimpr., 1972), p. 16: "... l'institution du juré n'est qu'une survivance ou la réapparition d'anciennes coutumes d'arbitrage". Outra importante teoria, cujo expoente é Leopold Wenger (*Istituzioni di procedura civile romana*, tr. it. R. Orestano, Milano, Giuffrè, 1938, p. 21), situa a bipartição no início da era republicana, como uma reação democrática contra a excessiva autoridade dos reis. Nesse sentido, v. Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, p. 75; H. R. Hoetink, "The origin of the dual mode in roman procedure", *Seminar*, 5/16 e ss. (1947); e, entre nós, Sílvio Meira, *Noções gerais do processo civil romano*, Roma, s/ed., 1963, p. 6. Adotando esse ponto de vista, embora por outro motivo, Pugliese, *Il processo civile romano*, 1/88; e R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 6.^a ed., Paris, Domat-Monichésien, 1947, p. 130, contestam a originária bipartição em razão da natureza religiosa do sacramentum. Max Kaser (*Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, Festschrift für Leopold Wenger, v. 1, München,

Beck'sche, 1944, pp. 124-126) e Pablo Fuenteteca (*Investigaciones de derecho procesal romano*, Salamanca, 1969, pp. 56-57), por outro lado, acreditam na hipótese de a divisão ter sido introduzida pela *actio per arbitrie postulationem*. Isolada é a original opinião de R. Düll, vislumbrando a gênese da instância *apud iudicem*, a exemplo da *provocatio ad populum*, em uma *provocatio sacramento* do magistrado ao *iudex privatus*. Zur Frage der Provokation im römischen Zivilprozess, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* (Weimar), 56/3-4 (1936).

3. O *agere* no período das *legis actiones* e o *agere per formulas*: visão introdutória

A autonomia do processo, tão cara para os cultores da ciência processual de nossos dias, não se denotava, como é cediço, no direito romano. A razão determinante desse fato centra-se na concepção que tinham os juristas romanos da relação entre direito subjetivo material e ação judiciária (*actio*), porquanto, a rigor, as normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas de cunho substancial. E, esta circunstância decorria da visualização que possuíam do fenômeno jurídico, não, como hoje, de um ponto de vista eminentemente sistemático (quase fisiológico), mas, na verdade, de um prisma patológico: "configurava-se o direito subjetivo não pelo aspecto de seu conteúdo substancial, mas sim pela ótica da 'ação' com a qual o titular podia tutelá-lo contra possíveis ofensas. Os romanos não diziam: 'eu tenho um direito' (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam simplesmente: 'eu tenho uma ação'" (Sanfilippo).

E, assim, considerava-se titular da *actio*, não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente, aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material realmente existente.

Idéia que se generalizou, mesmo mais tarde, durante a época clássica, o jurista Celso iria conceituar a *actio* como o direito de alguém perseguir, mediante um processo (*iudicio*), aquilo que lhe é devido (*D. 44.7.51, libro III digestorum*).

Dada essa peculiar característica, a ordem jurídica romana, normemente nesse momento histórico, anterior, portanto, à interven-

ção da atividade criadora do pretor, consistia num sistema de ações antes que um sistema de direitos subjetivos.

Pugliese, a seu turno, tratando da “*actio* e seu conteúdo”, afirma que as fontes romanas provam de modo indiscutível que a *actio* concernia apenas a quem tinha razão, de sorte que o fato de ter ação indicava a titularidade do direito.

Lembre-se que essa doutrina, atravessando os séculos, acabou sendo consolidada no art. 75 do CCb: “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Ação tem aí o significado de ação de direito material, que não se confunde evidentemente com o exercício do direito à jurisdição.

Segundo Gaio (I., 4.11 e 30), tal sistema era assim chamado porque as ações ou eram criadas pelas leis ou estavam ajustadas às mesmas palavras descritas nas leis, e, por isso, imutáveis. Nessa época arcaica, o *agere*, no âmbito das “ações de conhecimento” (*legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e *legis actio per conditionem*), correspondia a uma atuação material, vale dizer, a uma atitude, um agir perante o magistrado que não poderia ser unilateral, devendo efetivar-se oralmente por ambos os litigantes.

Com efeito, após a sua citação (*in ius vocatio*) para comparecer perante o *rex* ou magistrado, o demandado, a menos que oferecesse um *vindex*, estava praticamente obrigado a se apresentar sob pena de ser levado à força (*obtorro collo rapere in ius*).

Vindex, na *manus inieccio vocatio*, era a pessoa que se comprometia pelo comparecimento do demandado, *in iure*, na audiência inaugural. V., a propósito, Alejandro F. Barreiro, “El *vindex* en la *in ius vocatio*”, *Anuario de historia del derecho español* (Madrid), 4/809 e ss. (1971); Luiz Carlos de Azevedo, *O direito de ser citado*, S. Paulo, FIEO-Resenha Universitária, 1980, pp. 114 e ss.. Note-se que a lei das XII tábuas, que regulamentava todo esse procedimento de época arcaica, já dispunha (1.7) que: “o rico será garante do rico; para o pobre qualquer um poderá servir de garante” (*asiduo, vindex asidus; proletario quoi, qui volet vindex esto*).

O *agere*, originariamente, correspondia ao uso da própria força para recuperar ou para obter alguma coisa de outrem. Quando

o processo surge como exigência de ordem e paz social, o *agere* passa a constituir uma retorsão justificada... Nas leis que se seguiram a tal momento, vinham definidas as *causae* que possibilitavam alguém *agere* contra outros (Redenti).

O termo *causa*, documentado por Gaio (I., 4.16) com referência ao processo de época mais antiga, servia para indicar a matéria litigiosa — *causa ex quibus agebatur* —, isto é, o fato, a razão, o fundamento que legitimava o *agere* da parte.

Com a introdução das fórmulas escritas, pela *lex Aebutia*, os *iudicia privata* sofrem grandes transformações, cedendo lugar a uma conceituação das regras do procedimento, menos rígidas e mais adaptadas aos reclamos da comunidade.

Anotando, nessa ordem de idéias, o relevante papel que passa a desempenhar o pretor no âmbito desse novo tipo de processo, ressalta Max Kaser que os inflexíveis esquemas das ações da lei são substituídos pelos procedimentos de conteúdo variável, típicos do processo *per formulas*, e nos quais o magistrado gozava de ampla liberdade.

A fórmula — que altera a característica eminentemente oral do sistema anterior — correspondia ao esquema abstrato contido no edito do pretor, e que servia de paradigma para que, num caso concreto, feitas as adequações necessárias, fosse redigido um documento (*iudicium*) — pelo magistrado com o auxílio das partes —, no qual se fixava o objeto da demanda que devia ser julgada pelo *iudex* popular.

4. Unificação de instâncias no período da *cognitio extraordinaria*

Após a instauração do principado, Otaviano Augusto (27 a. C.-14 d. C.) reorganiza o sistema processual do *ordo iudiciorum* através da *lex Julia privatorum* (17 a. C.).

Introduzido definitivamente o processo formular, em substituição àquele das *legis actiones*, nota-se que a finalidade última de tal reforma não foi tão-só a de racionalizar o regramento

processual vigente, mas certamente a intenção de tolher do arbítrio do pretor o maior número possível de controvérsias, incluídas, de modo especial, aquelas que se fundavam nas normas do *ius honorarium*.

Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio extraordinaria* do *princeps* ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal.

Desse modo, pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstanciava-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*.

Daí, com essa progressiva "oficialização" da administração da justiça por magistrados imperiais, em decorrência da consolidação da *cognitio extra ordinem*, num flagrante e radical contraste com a tradicional estrutura do *ordo*, o processo torna-se totalmente público; e, ao lado então da jurisdição ordinária, pouco a pouco, vai ganhando dimensão um novo sistema processual.

Referências bibliográficas

- Giovanni Pugliese, "Actio" e diritto subiettivo, Milano, Giuffrè, 1939, 2 vs.; Antonio Guarino, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, v. 1, Napoli, Jovene, 1952; Riccardo Orestano, "Azione (storia del problema)", *Enciclopedia del diritto*, 4, 1959; Carlo Augusto Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, v. 1, *Le legis actiones*, Torino, Giappichelli, 1980, Enrico Redenti, "Breve storia semantica di causa in iudicio", *Rivista trimestrale di diritto e*

- procedura civile*, 1961, n. 2; Cesare Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, 4.^a ed., Napoli, Jovene, 1960, p. 101; Geraldo de Ulhoa Cintra, *História da organização judiciária e do processo civil*, v. 1, Rio, Ed. Jur. e Univ., 1970; Luis Carlos Longobardi, *Las magistraturas romanas*, B. Aires, Abeledo-Perrot, 1971; Nicola Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, Giappichelli, 1980.

Referências Bibliográficas

- Giulio Fioretti, *Legis actio sacramento*, Napoli, 1883; Francesco Buonamici, *La storia della procedura civile romana*, Roma, L'Erma, 1971 (reimpr. 1886); Ernest Triandafil, *Histoire des voies d'exécution en droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1914; Paolo Frezza, Ordalia e "legis actio sacramento", *Archivio giuridico Filippo Serafini* (Modena), 142(1): 1952; Arnaldo Biscardi, *La "litis contestatio" nella procedura per "leges actiones"*, Scritti in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, 3/461-472, Napoli, Jovene, 1953; Geraldo de Ulhoa Cintra, *De actione sacramento*, S. Paulo, tese, 1960; Ugo Brasiello, "Actio de arboribus succisis", *Novissimo digesto italiano* (Torino), 1.1:1957; Luiz Carlos de Azevedo, *Da penhora*, S. Paulo, FIEO-Resenha Tributária, 1994; Moacyr Lobo da Costa, "Legis actio per pignoris capionem", *Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1995.

O PROCESSO NO PERÍODO FORMULAR

1. Fontes — 2. Significado do vocábulo *fórmula* — 3. Evolução histórica — 4. Origem e características — 5. Distinção entre *iudicia legitima* e *iudicia imperio continens* — 6. Procedimento *in iure*: a) Introdução da demanda (*editio fórmula* e *in ius vocatio*); b) Atuação processual do demandante e do demandado (*postulationes*); c) Nomeação do juiz e redação da fórmula.

1. Fontes

As fontes de cognição atinentes ao processo formular são bem mais completas do que aquelas referentes ao período anterior.

A narração de Gaio continua sendo fundamental (I., 4.30 ss.). A reconstituição do *editum perpetuum* e muitos fragmentos das obras dos juristas clássicos, recolhidos no Digesto, constituem igualmente importante subsídio para o estudo do processo formular.

Assim também, inúmeras constituições imperiais dos sécs. II e III d. C., inseridas no *Codex* de Justiniano, dizem respeito a esse sistema processual.

Outras informações são ainda fornecidas por diversas fontes literárias.

2. Significado do vocábulo *fórmula*

Fórmula, diminutivo de forma, é palavra grega que significa *modelo*. *Fórmula*, portanto, é um autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os

esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor.

A expressão *processo formular* — salienta Pugliese — é encontrada nas *Institutas* de Gaio, que aludia a *agere*, *litigare per formulam* ou *per formulas* (4.30), em contraposição ao *agere* ou *petere per legis actiones*.

O termo *fórmula* exsurge também em alguns excertos de Paulo, e deveria provavelmente constar de muitos outros, caso os compiladores de época Justinianéia não o tivessem eliminado, visando a adaptar (interpolat) os textos clássicos à terminologia jurídica empregada em época pós-clássica.

Como a *fórmula* deveria conter o esquema inserido abstratamente no edito pretoriano, Gaio considerava equivalente a *litigare per formulas* a expressão *litigare per concepia verba* (l. 4.30).

Para designar a *fórmula*, as fontes utilizam também o vocábulo *iudicium* (senso estático). *Iudicium*, no entanto, possui significado mais amplo, ora indicando o ato de concessão da própria fórmula, outras vezes todo o procedimento (senso dinâmico), ou, ainda, o julgamento proferido pelo *iudex*.

3. Evolução histórica

O processo formular, como os demais sistemas processuais romanos, não ostentou trajetória uniforme. Construído ao longo dos três derradeiros séculos que precederam a nossa era, como resultado de variegados fatores que logo serão examinados, teve seu apogeu e, em seguida, acentuado declínio.

Desse modo, é possível detectar-se três etapas das vicissitudes do processo formular:

a) a primeira, das origens (últimas décadas do III e início do II séc. a. C.) até a sua parcial admissão pela *lex Aebutia* e definitiva oficialização pela *lex Julia iudiciorum privatorum* (17 a. C.). Durante este período, o emprego da fórmula é verossimil-

mente verificado fora de Roma, onde as *legis actiones* jamais vigoraram, e, em seguida, mesmo no âmbito destas, sem contudo suplantá-las por inteiro;

b) a segunda etapa, que se inicia a partir da *lex Julia*, estende-se até à época dos Severos, na aurora do III séc. d. C.. Esse arco temporal coincide com todo o período clássico, no qual o processo formular coexiste com a *cognitio extraordinaria*. É o momento de maturidade do sistema processual ora analisado; e

c) posteriormente, a sua estrutura passa a sofrer inúmeras mutações, com a influência da *cognitio* cada vez mais envolvente, culminando, em 342 d. C., com a proibição definitiva do emprego da fórmula, pela constituição dos imperadores Constante e Constâncio (C. 2.57.1).

4. Origem e características

Como foi paulatina a introdução do processo formular, várias conjecturas foram idealizadas pelos romanistas acerca de sua provável origem.

As primeiras incursões sobre esse tema lastreiam-se num passo de Gaio (l. 4.30), no qual o jurista relata que "todas as ações da lei, pouco a pouco, foram consideradas odiosas, porque, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, quem cometesse o menor equívoco perderia a causa. Por isso vieram abolidas pela *lex Aebutia* e pela duas *lex Juliae*, levando os processos a se realizarem por palavras fixas (*per concepia verba*), vale dizer, por fórmulas (*per formulas*). Em dois únicos casos eram admitidas as ações da lei: na ação por dano iminente (*damni infecti*) e nas ações que se desenrolam (*apud iudicem*) perante o tribunal dos centúviro."

Ao considerar o rigor formal das *legis actiones*, Gaio, com muita certeza, tinha em mente anterior tópico de sua obra (4.11), no qual se refere a um caso em que um cidadão, cujas videiras haviam sido cortadas, agiu contra o culpado, pedindo 25 asses como indenização pelo corte das videiras, mas perdeu a lide, porque a pena de 25 asses era prevista nas XII tábuas pelo corte de árvores e não pelo de videiras.

Analisando todos os aspectos que defluem daquela importante informação, a historiografia moderna conclui que o problema da gênese desse sistema processual pode ser condensado nas seguintes premissas:

- a) o processo formular nasce "no vigor" das ações da lei, como alternativa mais moderna, menos formalista, mais ágil e funcional do que aquelas;
- b) o processo formular, à época de seu surgimento, não teve reconhecimento legislativo (era essencialmente pretoriano), e, portanto, as sentenças pronunciadas pelos seus juízes não ostentavam relevância para o *ius civile*, e, em particular, nos processos entre cidadãos romanos, não poderiam ser equiparadas às sentenças dos juízes que julgavam com base em uma *legis actio*;
- c) a "legalização" do processo formular (isto é, a equiparação de seus efeitos aos das *legis actiones*) adveio com as leis mencionadas por Gaio.

Do ponto de vista da cronologia, essa nova modalidade de processo teria surgido no transcorrer do séc. III a. C., à época da expansão mediterrânea de Roma (1.ª Guerra Púnica — 264-241 a. C.), coincidindo com os problemas gerados pelo comércio internacional. Destinava-se, destarte, a suprir duas graves lacunas das ações da lei: estas não se instauravam quando uma das partes fosse peregrino e também não autorizavam a nomeação de um *iudex* estrangeiro. Assim, o pretor peregrino (242 a. C.) redigia instruções aos *recuperatores* para que pudessem julgar tais controversias, fundadas no *ius gentium* e não nas normas do *ius civile* (Wlassak, Carrelli e Cannata).

Desse modo, quando os magistrados romanos começaram a exercer a *iurisdictio* nos territórios dominados por Roma, isto é, nas províncias, a partir do momento em que foi reconhecido aos estrangeiros um *status* viabilizando a sua participação nos processos judiciais, e quando novas relações sociais foram legalmente reconhecidas, não obstante estranhas ao *ius quiritarium*, as respectivas controversias deviam, à evidência, ser decididas mediante um processo, mas esse não poderia se desenrolar por meio de uma

das *legis actiones*, que eram admitidas, como visto, exclusivamente para os cidadãos romanos.

Todavia, não há provas convincentes, de que o processo observado em Roma, entre o II e o III sécs. tenha se originado da praxe jurídica provincial.

Seja como for, alguns afirmam que pelo fato da criação do pretor urbano ter precedido a instituição da pretura peregrina, o *agere per formulas* teria sido instituído, em Roma, como uma natural evolução das próprias *legis actiones* (Keller), naquelas hipóteses não tipificadas por estas (v.g.: *iudicia bona fidei*), como instrumento complementar, que era concedido pelo pretor urbano ao largo do campo de aplicação do antigo sistema de ações.

O *praetor urbanus*, ao introduzir de forma rudimentar os primeiros elementos do processo formular, teria se socorrido de seu *imperium*, consistente num poder discricionário de comando, que consentia ao magistrado prover como lhe parecesse melhor e oportuno, desde que não violasse nenhuma norma legal.

Particular e muito prestigiada, a esse respeito, é a opinião de Kaser no sentido de que em substituição à *legis actio per conditionem*, a *lex Aebutia* teria introduzido a *condictio certa pecuniae* e a *condictio certa rei* com a mesma estrutura abstrata daquela, facultando aos cidadãos que agissem *per formulas*.

Ao que tudo indica, na verdade, vários fatores convergentes contribuíram para a instituição e ulterior desenvolvimento do processo formular.

Quanto às suas características, é bem de ver que, diferentemente das *legis actiones*, o processo formular não conheceu formas de ação, desenrolando-se sempre segundo um rito padrão. Todavia, inserido ainda na órbita do *ordo iudiciorum privatorum*, o procedimento era igualmente bipartido em duas instâncias.

Este, no entanto, era bem menos formalista e muito mais célere, pois não mais se observava, para a designação do *iudex*, aquela dilação temporal de 30 dias prevista pela *lex Pinaria*.

O processo passa a ser parcialmente escrito, uma vez que a fórmula retira o caráter essencialmente oral de que se revestia o procedimento das ações da lei.

Nota-se, ademais, que, no âmbito do processo formular, o magistrado e os litigantes participam com maior intensidade dos atos procedimentais.

Por fim, a sentença, embora continuasse sendo proferida sem qualquer motivação, passou a ter natureza condenatória (*condemna, si non pareat, absolvito*). A condenação, mesmo nas ações reais, torna-se exclusivamente pecuniária. O réu vencido, caso não restituísse a coisa ao autor, era condenando, após a avaliação do objeto da causa (*litis aestimatio*), a pagar um valor certo (*certa pecunia*) (Gaio, I., 4.48).

* F. L. Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1883 (= *De la procédure civile et des actions chez les romains*, tr. fr. Charles Capmanns, Paris, E. Thorin, 1870; *Il processo civile romano e le azioni*, tr. it. Francesco Filomusi Guelfi, Napoli, Jovene, 1872); Odoardo Carrelli, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, Giuffrè, 1946; Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, v. 2, *Il processo formulare*, Torino, Giapichelli, 1982; Max Kaser, *Die lex Aebutia*, Studi in onore di Emilio Albertario, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953.

5. Distinção entre *iudicia legitima* e *iudicia imperio continens*

Consoante outro esclarecimento de Gaio (I., 4.103-109), a *lex Julia iudiciorum privatorum*, que legalizou o processo formular, teria também introduzido relevante dicotomia entre *iudicia legitima* e *iudicia imperio continens*.

Iudicium legitimum era o processo que se instaurava em Roma ou até uma milha de distância (*pomerium*), instaurado por cidadãos romanos perante um juiz singular (*iudex unus*) também romano. Deveria ser julgado, sob pena de extinção, no máximo dentro de 18 meses. Por ser *legitimum*, seus efeitos eram equiparados àqueles produzidos por uma *legis actio*, ou seja, efeitos civis.

Iudicium imperio continens, por outro lado, era o processo fundado no *imperium* do magistrado e da competência do tribunal dos *recuperatores* ou de um *iudex*, mas integrado por um peregrino (o próprio juiz ou uma das partes), ou, ainda que todos fossem romanos, desde que além do *pomerium*. Era assim denominado porque sua existência se subordinava ao tempo de duração (geralmente um ano) do mandato do magistrado, isto é, durante o tempo em que perdurava o seu respectivo *imperium*.

Nessa derradeira hipótese, os efeitos do julgamento emergiam do direito honorário. Assim, por exemplo, na esfera dos *iudicia imperio continens*, não havia incidência da regra *ne bis in idem* como óbice ao ajuizamento da mesma ação. Foi por esse motivo que se fez necessária a criação, pelo pretor, de uma *exceptio* que tivesse a finalidade de paralisar a segunda atuação do demandante (*exceptio rei in iudicium deductae vel rei indicatae*).

Outros pontos importantes sobre esse tema serão investigados na ocasião em que estudarmos, na próxima lição, os efeitos da *litis contestatio*.

6. Procedimento *in iure*

Amparando-se, em princípio, nos fundamentos do *ius civile*, conservando deste a objetividade e precisão, trouxe o direito honorário um novo sentido ao processo e à organização judiciária, dilatando o espectro da proteção individual e fornecendo flexibilidade necessária à melhor distribuição da justiça.

Marcado por peculiaridades próprias, não obstante bem mais racional e simples, delineava-se complexo o processo formular quanto ao procedimento perante o pretor. Podemos, assim, sectionar este em quatro momentos bem nítidos, a saber: a) a introdução da causa, que compreendia a *editio formula* e a *in ius vocatio*; b) a atuação processual do demandante e do demandado; c) a nomeação do juiz e redação da fórmula; e, por fim, d) a *litis contestatio*.

Vejamos, tanto quanto possível de forma minudente, os três primeiros momentos, já que o derradeiro — o da *litis contestatio* — será examinado em subseqüente oportunidade.

a) Introdução da demanda (*editio formula* e *in ius vocatio*)

A demanda deveria ser aforada perante o magistrado competente: caso fosse ajuizada uma ação perante o pretor urbano, que era (*ratione personae, ratione loci* ou *ratione materiae*) da competência do pretor peregrino, ou vice-versa, todos os atos então realizados eram reputados nulos.

A competência dos pretores (e também de outras magistraturas menos importantes: como, e.g., os *quaestorviri* ou *duoviri iure dicundo*, na Itália; os *proconsules, praetores* e *quaestores*, nas províncias) era fixada em razão da cidadania das partes, do território e, ainda, do objeto do litúgio, sendo absoluta. A *lex Julia iudiciorum privatorum* teria admitido que as partes acordassem em derrogá-la (cf., nesse sentido, Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 310-12; Feliciano Serrao, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 1 e ss.).

Iniciava-se o processo pela *editio formula* que consistia na comunicação prévia da pretensão (*intentio*) do demandante, ao réu, como condição primeira de seu exame pela autoridade. Tratava-se de ato extrajudicial, que devia preceder a citação, e que poderia ser escrito, mediante a entrega de um *instrumentum*.

Lenel acrescenta que, embora silentes as fontes, era de se acreditar que o não cumprimento desta formalidade preliminar resultasse, além da denegação da ação, noutras consequências dirigidas, em retorsão, contra o demandante.

A *editio formula* (às vezes, também denominada de *editio actionis*) constitui, por certo, uma das mais significativas criações do direito pretoriano.

Conforme já se fez referência, no processo pré-clássico não havia necessidade dessa comunicação prévia, sendo que o demandado, ao caminhar pela rua, estava à mercê de ser arrastado pela gola do manto até o pretório, sem mais esta ou aquela formalidade e sem receber qualquer explicação de seu desafeto.

Seguia-se a tradicional *in ius vocatio*, que era igualmente promovida pelo próprio demandante, embora já existisse um maior

e mais acurado controle por parte do pretor no curso dos atos que a completam: não se permite mais o emprego da força, concedendo-se ao autor uma *actio in factum* (de origem pretoriana) contra aquele, que, chamado a juízo, não obedece nem fornece um *vindex* (Gaio, I., 4.46).

Substitui-se a primitiva violência, ficando, todavia, o demandado sujeito ao pagamento de multa, à penhora e até à perda de seus bens, caso insista em não se apresentar (era considerado *latitans* ou *indefensus* — Gaio, I., 3.78). Por outro lado, ensina Gaio que, chamado a juízo o adversário e não sendo possível decidir, no mesmo dia, a questão, deve ele prestar *vadimonium*, isto é, prometer (*mediante stipulatio*) que comparecerá na nova data designada; tais *vadimonia* em alguns casos, são simples; em outros, se realizam mediante caução; em outros, ainda, pelo juramento (I., 4.184-185). Faltando ao compromisso, incorrerá nas sanções do *vadimonium desertum*: o autor poderá, tanto exigir o recebimento da caução (*summa vadimonii*), como pleitear, junto ao pretor, a *missio in possessionem* dos bens do faltoso, com direito a vendê-los em hasta pública, porque resultou evidente o dolo com que agiu (v., amplamente, Luiz Carlos de Azevedo, *O direito de ser citado*, cit., pp. 121-122). O edito pretoriano trouxe, assim, oportunas medidas relacionadas com as várias modalidades de promessas e garantias, fornecendo sucedâneos à rudeza do método anteriormente utilizado para se lograr o comparecimento do demandado em juízo.

Além das aludidas inovações, que representavam boa política e apurada técnica processual, foram consignadas outras exigências, limitando o emprego indiscriminado da citação: assim, não deviam ser chamados a juízo, nem o cônsul, nem o prefeito, nem o pretor, nem o procônsul, nem os demais magistrados que dispunham de *imperium*; tampouco o pontífice, durante o exercício de suas funções sagradas; nem aqueles que, pelo caráter religioso do lugar onde se encontrassem, dali não poderiam ser removidos; nem, ainda, aquele que estava a exercer, no momento, funções públicas; os nubentes; o juiz, no ato de julgar; nem aquele que estava sendo demandado perante o pretor; nem o acompanhante de enterro ou que estivesse assistindo às exéquias de algum familiar morto (D. 2.4.2 Ulpiano, *libro V ad edictum*). Os motivos, como se observa, eram vários e, atravessando os séculos, perduram nas codificações modernas.

Tudo estava a indicar, portanto, a atenta vigilância do pretor sobre a atividade das partes, sendo que, com o tempo, a própria *in ius vocatio*, provavelmente em face dos resquícios de violência que sempre acabava comportando, viria a ser substituída, em várias oportunidades (sobretudo entre pessoas de nível social elevado), e ainda na vigência do processo formular, por nova modalidade de citação: começou a se emprestar à figura do *valimonium* natureza diversa e, de tal sorte, o processo podia ser iniciado com essa promessa judicial, sem que a precedesse qualquer *in ius vocatio*.

Normalmente as partes no processo coincidiam com os sujeitos da relação de direito material. Até mesmo na denominada *actio popularis* (v.g.: *actio de sepulchro violato*, *actio de albo corrupto*, *actio de effusis et deiectis*, *actio edilicia de feris*) o autor atuava em seu próprio nome, defendendo um direito próprio, *uti civis*, coincidente com o interesse público, isto é, de todo o *populus*.

Todavia, no processo formular era permitida a "representação" em juízo, por meio de mandatários (*cognitores* ou *procuratores*), os quais vinham colocar-se no lugar das partes interessadas (Gaio, I, 4.82). Enquanto o *cognitor* deveria ser solenemente nomeado na presença do adversário (I, 4.83), o *procurator ad liem*, pelo contrário, era previamente constituído por meio de mandato (I, 4.84). Este, ademais, deveria prestar garantia, consistente na *satisfactio ratam rem dominum habiurum*, pela qual — segundo Pugliese —, com o aval de um *sponsor*, o mandante ratificaria a atuação do procurador, inviabilizando, destarte, ulterior investida contra o réu.

Desse modo, atribuíam-se *legitimatio ad causam* a quem não era titular do direito subjetivo pleiteado ou contestado. Estes substitutos processuais, na qualidade de terceiros representando as partes, estavam sujeitos a todos os riscos da ação, como se tais partes realmente fossem.

Já se admitia também o *litisconsórcio* (*lis plurium personarum*) ativo, misto e passivo, quer nas ações reais (co-propriedade, composses), quer nas ações pessoais (obrigações indivisíveis, obrigações solidárias).

Mas, acerca dos efeitos decorrentes da citação, posto que já muito modificado o sistema, não há falar, ainda, em contumácia do demandado. E isto, certamente porque, para a celebração da *litis contestatio*, como veremos em imediata sequência, era imperiosa a presença física das partes junto ao pretor e, assim também, a participação ativa e efetiva de ambas no processo.

* Luiz Carlos de Azevedo, *O direito de ser citado*, cit., pp. 118 e ss.; Alejandro F. Barreiro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969; Enrico Redenti, "Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)", *Archivio giuridico Filippo Serafini* (Modena) 79/3 e ss., (1907); Maxime Lemosse, *Éditio actionis et procédure formulaire*, Labeo (Napoli), 21/45 e ss., (1975); *Les deux régimes de l'instance "in iure"*, Labeo, 37/297 e ss.; Enrique Lozano y Cobi, *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, cit..

b) Atuação processual do demandante e do demandado ("posulationes")

Presentes as partes, o demandante, normalmente representado por um *advocatus*, apresentava novamente sua pretensão, desta vez de modo formal (*éditio actionis*), ao pretor e ao réu, apontando a fórmula constante do edito que entendia adequada (*postulatio actionis*), a fim de que o magistrado concedesse a respectiva ação (*dare actionem, iudicium dari*).

Essa atuação do demandante, visando à fixação definitiva de sua pretensão, reclamava especial atenção. Todo cuidado era pouco, posto que o autor corria o risco de cometer algum equívoco, o que lhe acarretava sérias consequências.

Com efeito, poderia deduzir uma *intentio* mais ampla do que permitia o direito de que era titular, e, por isso, perdia a ação (*causa cadere*), não mais podendo agir contra o réu fundado naquele mesmo direito, a menos que se tratasse de ação de boa-fé (*iudicium bona fidei* — originado de contratos consensuais) ou ação com cláusula arbitrária, nas quais era possível a correção do erro, por força do *arbitrium* do juiz, no momento de fixar a condenação.

O fenômeno da *plus* e da *minus petitio* ocupou também a atenção de Gaio (I., 4.52-60): a *plus petitio* re ocorria nos casos em que o autor pedia quantidade maior do que lhe era devida pelo réu; verificava-se a *plus petitio tempore* quando o autor, por exemplo, ajuizava a demanda antes de vencida a dívida; a *plus petitio loco*, na hipótese em que se exigia que o devedor pagasse em local diferente daquele pactuado; e, por fim, a *plus petitio causa*, quando o demandante modificava a causa em que se devia fundar a pretensão. Essa mesma classificação é encontrada nas *Sentenças* de Paulo, I.10.1. Menos frequente e menos importante, a *minus petere* ocorria quando o autor pedisse menos do que lhe era realmente devido, fato esse que não obstava o ajuizamento de nova ação pela diferença, desde que depois de o magistrado deixar o cargo, sob pena de lhe ser oposta, pelo réu, a *exceptio de litis dividuae* (v., sobre esse tema, Giuseppe Provera, "La 'plus petitio' nel processo romano", v. 1, *La procedura formulare*, Torino, Giappichelli, 1958; Ludwig Schnorr von Carosfeld, *Pluspetitio*, Paulys Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft (Stuttgart), 21.1(1951), pp. 616-634; Giuseppina Sacconi, *La "plus petitio" nel processo formulare, Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, Giuffrè, 1977).

No entanto, nas situações em que o autor tinha alguma dúvida quanto à verdadeira posição jurídica do réu (v.g.: herdeiro de apenas uma cota parte ou de todo o patrimônio), permitia-se fosse este interrogado (*interrogatio in iure*), devendo prestar os esclarecimentos necessários para evitar o inconveniente de a *intentio* conter inexactidão.

Na hipótese de não estar prevista no edito ou carcer de algum de seus pressupostos materiais ou processuais, a ação não era concedida pelo pretor (*denegatio actionis*). Note-se que, enquanto a *datio actionis* (*ex edictum* ou *ex decretum*) era um ato decorrente da *iurisdictio* do pretor, a *denegatio*, como ato discricionário, lastreava-se em seu *imperium*, após a devida certificação do direito material deduzido.

Sendo, por outro lado, deferida a preambular solicitação do autor, já efetivada a devida *editio actionis*, passava-se a palavra ao réu, que, geralmente, também era acompanhado por um *advocatus*.

Para exercer o ministério de *advocatus* o cidadão deveria reunir certas condições pessoais e morais, não podendo *postulare pro aliis* os condenados

pela prática de um delito capital, os gladiadores (D. 3.1.1.6, Ulpiano, *libro VI ad edictum*), os cegos, as mulheres e o infame (Gaio, I., 4.182).

Cabia-lhe então apresentar defesa, não devendo se esquecer de opor as *exceptiones* cabíveis, e, neste caso, ganhava o processo seguimento normal. Podia, também, nas ações *bona fidei*, ou seja, nas controversias *pro socio, mandati e negotiorum gestio*, formular um pedido autônomo, decorrente do mesmo negócio jurídico, dando origem a um *iudicium contrarium*, no qual as partes assumiam idêntica posição processual, cada uma representando ambos os papéis, de autor e réu. Assim, a locução *mutua petitio* que aparece nas fontes jurídicas clássicas, para indicar um *iudicium contrarium*, constituía um remédio de natureza reconvenção.

Giuseppe Provera dedicou dois estudos específicos sobre esse tema, aduzindo que a introdução do instituto em apreço somente foi possível graças à liberdade de atuação desfrutada pelo pretor: Linee generali di uno studio di "iudicia contraria", *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma), 8(1):1942; *Contributi alla teoria dei "iudicia contraria"*, Torino, Giappichelli, 1951.

Mas o demandado poderia, outrossim, confessar. A *confessio in iure*, nas ações que tivessem por objeto um crédito de *certa pecunia*, trazia idêntica eficácia de condenação, a qual, o réu a si mesmo acabava impondo. Todavia, a *confessio*, perante o pretor, respeitante a uma obrigação de *incertum*, sem que a soma fosse quantificada pelo réu, possuía, apenas, a eficácia probatória (D. 42.2.6, Ulpiano (*libro V de omnibus tribunalibus*): *Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit*).

Abreviado, igualmente, restava o procedimento se o autor requeresse, ao pretor, fosse deferido ao réu o juramento acerca da dívida (*iusiurandum in iure*). Caso não jurasse a inexistência daquela, o magistrado autorizava ao demandante proceder à execução sobre os bens do devedor.

Não comparecendo, todavia, o demandado, ou porque não se encontra no local onde é proposta a demanda (*absens*); ou porque, ciente da procura, oculta-se à citação (*latitans*); ou, ainda, porque, comparecendo, não se defende como deve, ou, finalmente, por que abandona a promessa

anteriormente prestada (*vadimonium desertum*); hipóteses que ensejavam a *indefensio*, que se equiparava, quanto aos efeitos, à *confessio in iure*; tanto o réu confesso, como o *indefensus* são considerados como se condenados fossem. Ao tratar das diversas regras do direito antigo, o Digesto definiu o indefeso como aquele que se esconde ou ainda aquele que, apresentando-se em juízo, não o aceita ou se nega a apresentar defesa (*D. 50.17.52 Ulpiano, libro XLIV ad edictum*). É bem de ver que, quanto à primeira hipótese, isto é, aquela que diz respeito à não localização do demandado, porque ausente, os efeitos da *indefensio* não seriam excessivamente severos para ele (*v.*, a propósito, Santi Di Paola, *Confessio in iure*, v. I, Milano, Giuffrè, 1952).

* Enilio Betti, *L'effetto della "confessio" e della "infinitio certae pecuniae" nel processo civile romano*, Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, 50(1914-1915); Henry Lévy-Bruhl, *La "denegatio actiones" sous la procedure formulaire*, Lille, 1924; Giuseppe Provera, *Contribui allo studio del "iusiurandum in liem"*, Torino, Giapichelli, 1953; Lauro Chiazzese, *Iusiurandum in liem*, Milano, Giuffrè, 1958; Remo Martini, *Il problema della "causa cognitio praetoria"*, Milano, Giuffrè, 1960.

c) Nomeação do juiz e redação da fórmula

Não tendo se verificado a *confessio*, a *indefensio* ou outra hipótese ensejadora do término do processo, exauridas as respectivas *postulationes* e estando o magistrado informado de todos os pormenores para a redação da fórmula (*causa cognitio*), procedia-se à designação formal (*iudicium dare*) do *iudex unus* ou, eventualmente, do colégio dos *recuperatores*.

Poderia também ocorrer que, antes da escolha do julgador, as partes tivessem de prestar garantia que assegurasse um comportamento leal na fase subsequente, inclusive após a prolação da sentença. Tal garantia (*satisdatio iudicatum solvi*) era efetivada mediante *stipulatio*, prestada por *sponsores*. O juramento de calúnia (*iusiurandum calumnie*) também era um modo pelo qual, no processo formular, as partes afirmavam agir corretamente.

A indicação do órgão julgador resultava de um procedimento conjunto levado a cabo pelo magistrado e pelas partes, sendo aquele, via de regra, escolhido de um elenco de cidadãos que se encontravam aptos a receber aquela importante incumbência.

A lista oficial (*album iudicum*), anualmente renovada (*iudices selecti*), era formada por pessoas do sexo masculino das classes senatorial e equestre (os cavaleiros foram admitidos no *album iudicum* pela *lex Sempronia iudiciaria* do ano 123 a. C.). Nas províncias, os juizes deviam ser cidadãos romanos residentes, que tivessem ilibada reputação e determinada renda anual, sendo que naquelas helenizadas, se o réu fosse grego, grego poderia ser o *iudex* que preenchesse aqueles mesmos requisitos (*v.*, a propósito da composição dos tribunais provinciais, Cruz e Tucci, *Edictos de Augusto aos citineus* (4.º edito), Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal, Rio, Forense, 1983, pp. 17 e ss.).

Havendo recusa do juiz por uma das partes ou pelo próprio pretor, outro devia ser nomeado, podendo o encargo até mesmo ser atribuído a um cidadão estranho àquele rol, desde que reunisse condições para exercê-lo.

Passava-se então à redação da fórmula que, como se sabe, deveria conter os dados necessários para que o *iudex* pudesse desempenhar a sua função.

Questão polêmica envolve a natureza da fórmula. Os romanistas dos fins do século passado, partindo do pressuposto de que o processo formular era estritamente privado, imaginavam que a fórmula também tinha essa natureza, ficando a sua redação a cargo do autor, tendo o réu a faculdade de inserir determinadas cláusulas naquela. Todavia, com o progresso dos estudos sobre o processo romano, concluiu-se ser mista (pública e privada) a natureza da fórmula, uma vez que era elaborada pelo magistrado e pelas partes. Realmente, essa tese, agora dominante, baseia-se, de um lado, no fato de que a *nominatio iudex* (*Titus iudex esto*), no início da fórmula, consistia num ato formal e imperativo (*iussum iudicando*), como, ademais, os próprios termos empregados em sua redação evidenciavam o seu caráter público e jurisdicional. As importantes investigações feitas sobre o texto epigráfico da *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (descoberta em 1760, nas ruínas de Veleia, próxima a Piacenza) demonstram, inclusive, que a fórmula era entregue às partes mediante um *decretum* do magistrado. De outro lado, realçando o aspecto privado da fórmula, além da necessária participação dos litigantes na redação desta, predominava, quanto ao seu conteúdo, o que hoje se denomina de princípio dispositivo, podendo os contendores valerm-se dos argumentos que bem entendessem.

Redigida então a fórmula, pelo magistrado, com a colaboração dos litigantes ("confronto triangular", cf. Pugliese), tornava-se

necessário que o autor obtivesse a adesão do réu (*accipere iudicium*) para que o processo seguisse o programa descrito naquela. Era igualmente necessário que ambas as partes se comprometessem a litigar nos limites expressos na fórmula. O ato processual fadado a materializar a aquiescência do demandado e o compromisso das partes denominava-se *litis contestatio*.

* Jean Mazeaud, *La nomination du iudex unus sous la procédure formulaire a Rome*, Paris, Sirey, 1933.

Referências bibliográficas

Emilio Betti, *Corso di istituzioni di diritto romano*, v. 2, *Il processo*, Padova, Cedam, 1931; André Giffard, *Études de droit romain*, cit.; Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, cit.; Humberto Cuenca, *Proceso civil romano*, B. Aires, Ejea, 1957; Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, v. 2, *Il processo formulare*, cit.; Max Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit.; José Luis Murga Genet, *Derecho romano clasico*, v. 2, *El proceso*, cit..

A FÓRMULA E A LITIS CONTESTATIO

1. *Nominatio iudex* — 2. Partes ordinárias — 3. Partes *adjetas* — 4. *Litis contestatio*: conceito, natureza jurídica e finalidade — 5. Efeitos — 6. Significado da regra *bis de eadem re ne sit actio* — 7. Gênese da teoria dos *tria eadem* — 8. Modificação subjetiva da fórmula (*translatio iudici*).

1. *Nominatio iudex*

A fórmula, como documento escrito, e que deveria ser exibido, pelas partes, ao juiz eleito para dirimir a controvérsia, iniciava-se exatamente com o *datio iudicii*, ou seja, com a sua nomeação: *Titius iudex esto (recuperatores sunt)*.

Após a *nominatio iudex*, fornecendo-nos exemplos concretos, Gaio (I., 4.39) esclarece que eram quatro as partes ordinárias da fórmula (*partes formularum*): *intentio*, *demonstratio*, *adiudicatio* e *condemnatio*.

Explica (I. 4.44), outrossim, que nem sempre encontravam-se reunidas em uma mesma fórmula. Sendo incerta a *intentio*, tomava-se necessária a *demonstratio*. Havia fórmulas constituídas tão-somente pela *intentio*, por meio das quais se pleiteava a declaração de um *status* ou de outra situação que constituía pressuposto para a decisão de um litígio (*praeiudiciales formulae*). Outras fórmulas, como a da *actio iniuriarum*, eram desprovidas de *intentio*, sendo que a *demonstratio* já se incumbia de indicar os elementos fáticos suficientes como premissa da *condemnatio* (Pugliese). As fórmulas das ações divisórias não continham *condemnatio*.