

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente de Direito Civil e Romano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor na Universidade de Brasília.

DIREITO ROMANO

Volume I

(História do Direito Romano – Instituições do Direito Romano:
A) – Parte Geral; B) – Parte Especial: Direito das Coisas)

Nº 3837

10ª edição

revista e acrescentada

FORENSE
Rio de Janeiro
1996

XVII

A TUTELA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

(A organização judiciária dos romanos)

Sumário: 115. A tutela dos direitos subjetivos. 116. Os sistemas de processo civil romano. 117. Origem e evolução prováveis da proteção dos direitos entre os povos primitivos. 118. *Ordo iudiciorum priuatorum*. 119. Os magistrados judiciários. 120. Jurisdição e competência. 121. Os juízes populares e os tribunais permanentes. 122. O funcionamento da Justiça Romana.

115. A TUTELA DOS DIREITOS SUBJETIVOS – Não há direito subjetivo sem ação judicial que o tutele em caso de violação.¹

Protegendo, mediante ação, os direitos subjetivos violados, o Estado impede, por via de regra, que os particulares façam justiça pelas suas próprias mãos. Mas, mesmo no direito moderno, há casos em que a ordem jurídica permite a defesa privada do direito subjetivo: assim, por exemplo, na legítima defesa, que é a reação a um ataque injusto à pessoa ou aos bens. No direito romano, verifica-se que, primitivamente (e disso restam traços na época histórica), era admitida a ampla defesa privada dos direitos subjetivos;² a pouco e pouco, porém, o Estado a vai restringindo, e, no direito clássico, é ela permitida apenas em algumas hipóteses: além da legítima defesa (fundada no princípio *uim ui repellere licet* = é lícito repelir a força pela força),³ admite-se, em geral, a *autodefesa privada ativa* – assim, por exemplo, o proprietário pode expulsar de seu imóvel animais alheios ou pessoas que nele tenham ingressado oculta ou violentamente; ou, então, pode retomar, à força, coisa sua que alguém, sem direito, detenha.⁴ Nos períodos pós-clássico e justinianeu, persiste, com a mesma extensão que tinha no direito

1 Invocando Thon (e a passagem se encontra em *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*, trad. Levi, 2ª ed., p. 238), Ferrara, *Tratato di Diritto Civile italiano*, vol. I, parte I, p. 334, acentua que direito incapaz de fazer-se valer não é somente um direito impotente, mas um nada. Em favor da tese de que há direitos que não têm ou perderam a ação (*direitos mutilados*), vide Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, VI, 2ª ed., § 640, 1, p. 40.

Com relação ao direito romano, vide abaixo a nota 8, *in fine*.

2 A propósito, vide Luzzatto, *Procedura Civile Romana, Parte I, p. 107 e segs.*

3 D. I, 1, 3; e XLIII, 16, 1, 27.

4 D. IX, 2, 39, pr. e 1; XLVII, 2, 60; D. XLVII, 8, 2, 18; Paulo, *Sententiarum ad filium libri*, V, 6, 7.

clássico, a legítima defesa, mas, com relação à *autodefesa privada ativa*, constituições imperiais, seguindo a tendência que surgira no principado, lhe vão paulatinamente criando limitações.⁵

É, portanto, a ação o principal meio de tutela do direito subjetivo. Aliás, é ela⁶ que o distingue do simples *interesse*.⁷ Daí, dizer-se que a ação é um dos elementos essenciais do direito subjetivo.⁸

No direito romano, a vinculação entre o direito subjetivo e a ação é ainda mais evidente do que no direito moderno. Hoje, temos um conceito genérico de ação; em Roma, elas eram típicas, isto é, a cada direito correspondia uma ação específica. Por isso, é certa a afirmação de que, em Roma, não se conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações). Por outro lado, os romanos, ao contrário do que sucede com os modernos, encaravam os direitos antes pelo aspecto processual do que pelo lado material. Em virtude disso, é comum dizer-se que o direito romano era antes um *sistema de ações* do que um *sistema de direitos subjetivos*. E isso se verifica sobretudo no direito clássico, quando a evolução dos institutos jurídicos romanos se faz principalmente pela atuação do pretor no processo.

Por esses motivos – e diversamente do que ocorre no direito moderno –, não é possível estudar-se o direito privado romano sem se conhecer o processo civil.

116. OS SISTEMAS DE PROCESSO CIVIL ROMANO – Os romanos conheceram, sucessivamente, três sistemas de processo civil, a saber:

- a) das *ações da lei* (*legis actiones*);
- b) o *formulário* (*per formulas*); e
- c) o *extraordinário* (*cognitio extraordinaria*).

O sistema das ações da lei foi utilizado no direito pré-clássico; o formulário, no direito clássico; e o extraordinário, no direito pós-clássico. Note-se, porém, que – decorrência, aliás, de uma das características do direito romano: ser infenso

5 Pormenores, a respeito, em Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 197 e segs.

6 A palavra ação pode ser empregada em vários sentidos. João Mendes (*Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª ed., p. 102 e segs.), com base nos princípios da escolástica, a define quanto aos aspectos subjetivo, objetivo, material e formal. Na acepção subjetiva, é o direito de requerer um Juízo aquilo que é devido ao autor; na acepção objetiva, é o remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue outrem a dar ou a fazer aquilo de que tem obrigação perfeita; na acepção material, é o litígio em Juízo acerca de uma relação de direito; e, na acepção formal, é a série ordenada e processual de atos formalizados pela lei, para o litígio em Juízo sobre uma causa ou relação de direito.

No texto, empregamos a palavra *ação* na acepção subjetiva.

7 Cf. Chironi, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, I, 2ª ed., § 21, p. 50.

8 A natureza jurídica da ação é, ainda hoje, problema que não foi solucionado pelos processualistas (entre as inúmeras monografias a respeito, vide Hugo Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, p. 191 e segs.; Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 3 e segs.; Calmon de Passos, *Ação no direito processual civil brasileiro*, p. 7 e segs.). Guarino (*Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. I, p. 389 e segs.), estudando a relação entre direito subjetivo e ação no direito romano, conclui que a tese civilística da ação – segundo a qual a ação é o próprio direito subjetivo em pé de guerra –, atualmente alvo das mais severas críticas, é a que mais limpidamente é confirmada pelo direito romano.

às modificações abruptas – cada um desses sistemas não foi abolido, imediata e radicalmente, pelo que lhe sucedeu. Ao contrário, a substituição foi paulatina: assim, por exemplo, surgido o processo formulário, o sistema das ações da lei continuou a vigorar a seu lado, mas, a pouco e pouco, caiu em desuso.

Antes de estudarmos esses sistemas, é preciso que tomemos conhecimento de como, provavelmente, nasceu o processo civil nos povos primitivos, bem assim da organização judiciária dos romanos (isto é, quais os magistrados e juízes populares que atuavam no processo, e como funcionava a Justiça em Roma).

117. ORIGEM E EVOLUÇÃO PROVÁVEIS DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS ENTRE OS POVOS PRIMITIVOS – Do estudo dos povos primitivos, verifica-se que a tutela dos interesses era, a princípio, feita pelos próprios ofendidos ou, então, pelos grupos a que eles pertenciam – daí, dizer-se que o que havia era a *justiça privada*, e não a *justiça pública*, que é a distribuída pelo Estado. Só muito mais tarde, e em decorrência de longa evolução, é que se passa da *justiça privada* para a *justiça pública*. Conjectura-se, com base em indícios que chegaram até nós, que essa evolução se fez em quatro etapas:

a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado – então incipiente – intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

b) na segunda, surge o *arbitramento facultativo*: a vítima, ao invés de usar da vingança individual ou coletiva⁹ contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

c) na terceira etapa, nasce o *arbitramento obrigatório*: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso, o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada,¹⁰ e, por funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a sentença.¹¹

No direito romano, encontramos exemplos que se enquadram em cada uma dessas quatro etapas: da primeira, na pena de talião (vingança privada: olho por olho, dente por dente), estabelecida ainda na Lei das XII Tábuas;¹² da segunda,

9 A vingança coletiva é a obtida com o auxílio do grupo a que a vítima pertence.

10 Note-se, no entanto, que, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação de árbitro.

11 Sobre essa evolução, vide Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, 6ª ed., § 99, p. 127 e segs.

12 VIII, 2 (ed. Riccobono).

durante toda a evolução do direito romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros, escolhidos, sem a interferência do Estado, pelos litigantes; da terceira, nos dois primeiros sistemas de processo civil romano – o das *legis actiones* e o *per formulas*; e da quarta, no terceiro desse sistemas – a *cognitio extraordinaria*.

118. “ORDO IUDICIORVM PRIVATORVM” – Como acabamos de salientar, o sistema das *legis actiones* e o *per formulas* se enquadram na terceira fase da evolução traçada no número anterior (a do *arbitramento obrigatório*); apenas a *cognitio extraordinaria* é que se ajusta à última dessas etapas (a em que a justiça é pública). Em face disso, a organização da instância¹³ varia com relação aos três sistemas do processo civil romano; nos dois primeiros, vigora o *ordo iudiciorum priuatorum* (ordem dos processos civis); no último, não.

No *ordo iudiciorum priuatorum*, a instância se divide em duas fases sucessivas: 1ª) a *in iure* (a que se desenrola diante do magistrado; *ius*, af em ablativo, tem o significado, nessa expressão, de *tribunal*); 2ª) *apud iudicem* (a que se processa diante do *iudex*, que é um particular, e não funcionário do Estado). Há controvérsia¹⁴ sobre a época em que surgiu, em Roma, essa divisão da instância em duas fases.¹⁵ A maioria dos autores¹⁶ entende que ela data da República, uma vez que, na realeza, o processo se desenrolava apenas diante do rei, não havendo, conseqüentemente, a designação de *iudex*. O que é certo é que ela já existia comprovadamente nos últimos séculos da República.

No processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*), não mais existe a divisão nas fases *in iure* e *apud iudicem*, pois a instância se desenrola inteiramente diante de um juiz que é funcionário do Estado, como sucede em nossos dias.

119. OS MAGISTRADOS JUDICIÁRIOS – Na realeza, segundo tudo indica, era o rei quem distribuía justiça.¹⁷

Na República, esse poder passou, a princípio, aos cônsules, que, sendo dois, o exerciam alternadamente: um, num mês; o outro, no seguinte. Mas, a partir de 367 a.C. (data da criação da pretura), os cônsules se limitam a exercer a jurisdição graciosa (*vide* nº 120), passando a jurisdição contenciosa (*vide* nº 120) a ser exercida pelo pretor e, em parte (quanto às vendas que ocorressem nos mercados públicos), pelos *edis curuis*. De início, a jurisdição do pretor se estendia a todos os territórios submetidos a Roma. Posteriormente, em certas *ciuitates*, os magis-

13 Os processualistas (*vide* Buzaid, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, p. 14 e segs.) divergem quanto ao significado da palavra *instância*. Empregamo-la no sentido de curso legal da causa, desde a citação do réu (que, no sistema das ações da lei e no sistema formulário, era ato extrajudicial) até a sentença.

14 A propósito, *vide* a ampla análise de Pugliese, *Il Processo Civile Romano*, I (*Le legis actiones*), p. 77 e segs.

15 Essa divisão se explica pelo fato de que, no arbitramento obrigatório (uma das etapas de evolução do processo civil), é preciso que o Estado, pelo seu representante, constranja os litigantes a escolherem árbitro; e, posteriormente, que este julgue o litígio.

16 Assim Girard, *Histoire de l'Organisation Judiciaire des Romains*, I, p. 77 e segs.; e Cuq, *Les Institutions Juridiques des Romains*, *L'ancien droit*, 1ª ed., p. 403.

17 *Vide* Girard, *Histoire de l'Organisation Judiciaire des Romains*, I, p. 14 e segs.

trados locais (*duumviri iure dicundo*) passaram a exercê-la; e o pretor, com relação a determinadas regiões da Itália, delegava poderes aos *praefecti iure dicundo*. No século III a.C., há duas inovações: 1ª) em 241 a.C., criou-se a pretura peregrina, para dirimir, em Roma, os litígios entre estrangeiros, ou entre estes e romanos; e 2ª) com o aparecimento das províncias (territórios conquistados fora da Itália), quem nelas exercia a jurisdição eram os governadores e seus questores, que aí desempenhavam as mesmas funções que, em Roma, eram atribuídas aos *edis curuis*.

No principado, já haviam desaparecido os *praefecti iure dicundo* com a concessão, no século I a.C., da cidadania romana a todos os habitantes da Itália; assim, quanto aos litígios de menor importância ocorridos na Itália, processavam-se eles diante dos magistrados municipais; quanto aos de maior importância, a jurisdição era do pretor, devendo, em conseqüência, as partes se deslocarem para Roma. Mas, no tempo dos imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero, surgem, para a Itália, os *iuridici*, magistrados com jurisdição civil em determinadas circunscrições. Ainda no principado, com relação às províncias, é preciso distinguir:

a) nas *senatoriais*, a jurisdição é exercida por um *legatus* (legado) que atua como mandatário do governador (o *procônsul*), e por um questor que, nelas, tem as mesmas atribuições que os *edis curuis* em Roma; e

b) nas *imperiais*, a jurisdição é delegada pelo imperador aos *legati iuridici*, ou aos próprios governadores delas (os *propretores*), que a exercem com a assistência de assessores.

No *dominato*, com o processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*), desaparece, como já salientamos, a divisão da instância nas fases *in iure* e *apud iudicem*, processando-se todo o feito diante de um juiz que é funcionário do Estado. Surge, nesse período, a hierarquização dos juízes, classificando-se eles em inferiores e superiores, a saber:

a) juízes inferiores (julgam, normalmente, em primeira instância) que se denominam *iudices ordinari*, e são:

– em Roma e Constantinopla, o *praefectus urbi* (que substitui o pretor urbano, nessas funções, a partir do século III d.C.); e

– nas províncias, os litígios mais importantes se processam diante do governador (*praeses, rector*), ou dos *iudices pedanei*, por ordem do governador; os litígios menos importantes (os de valor inferior, a princípio, a 50 *solidi* – moedas de ouro – e, depois, a 300) se desenrolam diante de funcionários municipais (os *duumviri iure dicundo*, e, nos fins do *dominato*, o *defensor ciuitatis*);

b) juízes superiores:

– no cimo da escala hierárquica, encontram-se os Imperadores do Oriente e do Ocidente; abaixo deles, os *praefecti praetorio* (que representam os imperadores, razão por que suas decisões são irrecorríveis para aqueles); e, mais abaixo, os *uicarii* (de cujas decisões pode recorrer-se ao imperador).

Ainda no *dominato*, Constantino reconheceu que os bispos tinham jurisdição quando um dos litigantes, durante o processo, pedisse a suspensão dele, a fim de que passasse a correr diante de um bispo, cuja sentença, nesse caso, teria força executória.¹⁸ Mas essa jurisdição foi revogada nos fins do século IV, ou durante o século V d.C.

120. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA – Roma não conheceu o princípio da separação dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Por isso, os magistrados judiciários romanos, além da função de distribuir justiça, desempenhavam também atribuições administrativas e, muitas vezes, militares.

Todo magistrado judiciário estava investido do poder denominado *iurisdictio* (jurisdição).¹⁹

Modernamente, jurisdição se conceitua como o poder do juiz de declarar a vontade da lei, como força vinculante para as partes, nos casos concretos que lhe são submetidos.

No direito romano, o conceito de *iurisdictio* é muito controvertido, e constitui um problema até hoje não resolvido satisfatoriamente. A questão assim se resume. A palavra *iurisdictio* deriva de *ius dicere*, que significa *dizer o direito*, isto é, declarar, com relação a um caso concreto e com efeito vinculante para as partes, a vontade da norma jurídica. Ocorre, no entanto, que esse significado somente se ajusta ao processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*), em que o magistrado – como ocorre atualmente – não apenas conhece do litígio, como também o decide na sentença, onde declara a vontade da lei. O mesmo não sucede, porém, com referência aos sistemas das ações da lei e formulário, porquanto, neles, em virtude da divisão das instâncias nas fases *in iure e apud iudicem*, o magistrado, que tem a *iurisdictio*, não prola a sentença, mas, sim, o *iudex* que não dispõe desse poder. Donde a conclusão evidente: a *iurisdictio*, nesses dois sistemas de processo civil, não dizia respeito à declaração da vontade da lei num caso concreto. Qual, então, o seu conceito? Os autores divergem. A opinião mais comum²⁰ é a de que a *iurisdictio* é o poder de declarar o direito aplicável (mas, não, em princípio, o de julgar) e de organizar o processo civil.²¹

Por outro lado, também é muito discutida a relação entre a *iurisdictio* e o *imperium* (sobre o conceito deste, vide nº 17). Para alguns autores,²² a *iurisdictio*

é apenas um dos aspectos do Poder de comando (isto é, de ordenar que se faça ou que se não faça algo) que o *imperium* representa; segundo outros,²³ *iurisdictio* e *imperium* são poderes independentes um do outro.

A *iurisdictio* – e a distinção é feita num texto do *Digesto* (I, 16, 2, pr.) atribuído ao jurista clássico Marciano, mas que se supeita tenha sido interpolado²⁴ – pode ser:

- a) *uoluntaria* (graciosa); e
- b) *contentiosa* (contenciosa).

A *iurisdictio uoluntaria* (graciosa) é aquela exercida pelo magistrado com o fim, não de dirimir conflito de interesses, mas de realizar negócio jurídico, querido pelas partes, por meio de um processo fictício; assim, por exemplo, a *in iure cessio*, processo fictício mediante o qual se transfere a propriedade de coisa *mancipi* ou *nec mancipi*.

A *iurisdictio contentiosa* (contenciosa) é utilizada para a solução de litígios, e o magistrado a exerce com o emprego – segundo a síntese de texto célebre de Varrão²⁵ – das três seguintes palavras: *do, dico, addico*. *Do* é o termo de que usa o magistrado para ratificar a escolha, pelas partes, do juiz popular que irá julgar a lide (*dare iudicem*); *dico* é a palavra empregada pelo magistrado quando atribui a um dos litigantes a posse provisória da coisa litigiosa (*dicere iudicem*); e *addico* é o vocábulo utilizado pelo magistrado para adjudicar ao autor a coisa litigiosa ou o próprio réu, quando este não se defende convenientemente.

Demais, em certos casos, o magistrado pode *denegare iurisdictionem*, isto é, recusar aos litigantes o direito de iniciar um processo diante dele.

A *iurisdictio contentiosa* não se exerce livremente pelo magistrado. Ao contrário, é ela limitada pela *competência* que pode ser conceituada como a faculdade de exercer a jurisdição num caso determinado.

A competência deve ser analisada quanto às atribuições do magistrado (*competência dos magistrados*) e quanto à situação e à posição dos magistrados e das partes (*competência do foro*).²⁶ A primeira determina o magistrado perante o qual se deve intentar a ação (*magistrado competente*); a segunda, o lugar onde a ação deve ser intentada (*foro competente*).

A competência dos magistrados é determinada em função de vários fatores: território, natureza e valor das causas, condição das pessoas, grau hierárquico de jurisdição. Assim, e a título exemplificativo:

a) *quanto ao território*, o pretor era competente, apenas, na Itália, e, a partir de Marco Aurélio, na *Diocesis Urbica*;²⁷ o governador, dentro de sua província;

18 Portanto, ela teria o mesmo valor das proferidas pelos representantes do Estado, podendo, assim, ser executada à força, se a parte vencida não a quisesse cumprir. A propósito, vide Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, 6ª ed., nº 150, p. 191.

19 Sobre a *iurisdictio*, vide De Martino, *La Guisrdizione nel Diritto Romano*, Padova, 1937; e Lauria, *Iurisdictio, in Studii e Ricordi*, p. 90 e segs.

20 Cf. Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, 6ª ed., p. 131 e segs.; Giffard, *Leçons sur la procédure civile romaine*, p. 16.

21 Gioffredi, *Contributi allo Studio del Processo Civile Romano*, p. 44, sustenta que a *iurisdictio* consiste no "estatuir (*dicere*) um vínculo, um regime jurídico concreto (*ius*) entre os particulares, numa relação atinente a eles, em garantia do interesse público".

22 De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, II, parte I, p. 216; Betti, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, ristampa, § 11, p. 21; Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, p. 28.

23 Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, 6ª ed., p. 131 e segs.

24 Cf. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur supplementum*, I, col. 9; vide, também, Solazzi, "Iurisdictio contentiosa" e "uoluntaria" nelle fonti romane, in *Scritti di Diritto Romano*, III, p. 163 e segs.

25 De língua latina, IV, 30.

26 Seguimos aqui – adaptando-a ao direito romano – a lição de João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª ed., p. 40 e segs.

27 A *Diocesis Urbica* abrangia Roma e determinada faixa de terra em seu poder, mas sua extensão exata é controvertida (cf. Willems, *La Droit Public Romain*, 6ª ed., p. 526).

os magistrados municipais, no território de seu município; o imperador, em todo o Império Romano;

b) quanto à natureza e ao valor das causas, no dominato, existem tribunais eclesiásticos para assuntos relativos à religião; por outro lado, os magistrados municipais, no direito clássico, eram competentes para dirimir conflitos de interesse de valor, conforme a cidade, até 10.000 ou 15.000 sestércios;

c) quanto à condição das pessoas, o pretor urbano era competente para dirimir os litígios entre cidadãos romanos; e o pretor peregrino, entre estrangeiros, ou entre estes e romanos; no dominato, há tribunais de exceção em favor de determinadas classes, como a dos senadores, a dos clérigos, a dos militares; e

d) quanto ao grau hierárquico de jurisdição (fator que somente ocorre na *cognitio extraordinaria*, pois é aí que surge a hierarquização dos magistrados), há os de instância inferior e os de instância superior, cada qual com sua esfera de atribuições.

A competência do foro é, em regra, determinada pelo domicílio²⁸ do réu (*actor sequitur forum rei* = o autor segue o foro do réu). Mas esse princípio comporta exceções, a saber:

a) em virtude do *forum originis* (foro de origem): se o réu, por exemplo, não é domiciliado em Roma, mas originário dela, o magistrado em Roma pode conhecer do processo;

b) em virtude do *forum contractus* (foro do contrato): com relação às obrigações contratuais, presume-se que as partes são concordes em que seja competente, para dirimir os conflitos decorrentes do contrato, o magistrado do lugar em que aquelas obrigações devem ser executadas;

c) em virtude do *forum delicti* ou *maleficii* (foro do delito), quanto às obrigações resultantes de delito, era competente o magistrado do lugar onde ele tivesse sido praticado;

d) em virtude do *forum rei sitae* (foro da situação da coisa): no dominato, quando o objeto do litígio fosse coisa imóvel seria competente para decidi-lo o magistrado do lugar onde se achasse a coisa.

121. OS JUÍZES POPULARES E OS TRIBUNAIS PERMANENTES – Como já foi salientado anteriormente, no sistema das ações da lei e no sistema formulário a fase *apud iudicem* se desenrola diante de um particular (*iudex* = juiz popular),²⁹ que apura a veracidade, ou não, dos fatos alegados pelas partes, e, com base nisso, profere a sentença.

Nem sempre, no entanto, encontramos, na fase *apud iudicem*, o *iudex priuatus*; em certos processos, em lugar dele funcionam tribunais permanentes (isto é, órgãos formados por vários membros, e que existem permanentemente,

28 Sobre domicílio, vide nº 85-a.

29 Juiz popular, expressão empregada por Wenger (*Volksrichter*), in Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht*, 2ª ed., § 5º (do *Abriss des Römischen Zivilprozessrechts*, p. 367, nota 1), para distingui-lo do jurado moderno (*Geschworener*).

ao contrário do *iudex priuatus* que é escolhido, para cada caso, pelas partes litigantes).

Analisemos, pois, em primeiro lugar, a figura do *iudex priuatus*, e, em seguida, a dos tribunais permanentes.

A) O “*iudex priuatus*”

Em geral o *iudex priuatus* é um juiz único (daí, dizer-se *iudex unus*); no entanto, em certos litígios funcionam, na fase *apud iudicem*, ao invés do *iudex unus*, os *recuperatores*, em número de três ou de cinco, que não formam, porém, um tribunal permanente.

O *iudex unus*³⁰ ou é designado de comum acordo, pelas partes, ou, na ausência de concordância, escolhido entre os nomes constantes de uma lista (*album iudicum*), da seguinte maneira: o autor indica, sucessivamente, os nomes de pessoas que figuram no *album iudicum*, e o réu tem o direito de recusar os que não lhe inspiram confiança: a escolha recai no primeiro que, indicado pelo autor, obtém o assentimento do réu. A recusa de todos os nomes da lista é interpretada pelo magistrado como intenção do réu de não se defender convenientemente (*indefensus*) (vide nº 129, B).³¹

As pessoas que integravam o *album iudicum* variaram no decorrer da história de Roma, em virtude de questões de ordem política. A princípio, só os senadores tinham ingresso no *album*; com a lei *Sempronia iudiciaria*, de 123 a.C., passou ele a ser constituído de 300 senadores e de 600 membros da ordem equestre (os cavaleiros); posteriormente, em 108 a.C., a lei *Seruilia Glaucia* eliminou do *album* os senadores, e estabeleceu que nele figurariam os nomes de 540 cidadãos – que não podiam ser filhos de senadores – escolhidos entre os membros da ordem equestre, de 30 a 60 anos, e sem interesses além-mar; nos fins da República, em 70 a.C., passaram a ser incluídos no *album* os nomes de senadores, de membros da ordem equestre e de *tribuni aerarii*. No princípio, de início, o *album* apresentava quatro decúrias de pessoas capazes de ser *iudex*; a partir de Calígula, as decúrias aumentaram para cinco, e eram colocadas em graduação conforme os haveres dos integrantes de cada uma.

Por outro lado, alguns textos, ao invés de aludirem ao *iudex*, se referem ao *arbiter* (árbitro).³² Qual a diferença entre eles? As fontes não nos esclarecem suficientemente sobre esse ponto. Daí, divergirem os romanistas.³³ Segundo

30 Sobre o *iudex unus*, vide J. M. Kelly, *The unus iudex*, in *Studies in the Civil Jurisdiction of the Roman Republic*, ps. 112 a 133.

31 Essa é a opinião dominante, mas os textos não são muito claros a respeito dessa matéria. Plínio, o velho, no prefácio da *Historia Naturalis* nos informa que, em seu tempo, podia sortear-se o juiz popular. Há autores – como Weiss (*Prozessgesetze u. Richterbestellung im Legisaktionenprozesse*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, IL-L (1947), p. 194 e segs.) – que entendem que foi o magistrado quem sempre escolheu o juiz popular.

32 Assim, por exemplo, D. XLIX, 2, 28, 2.

33 Ampla análise da questão se encontra em Pugliese, *Il Processo Civile Romano, I (Le legis actiones)*, p. 169 e segs.

parece, o *arbiter* é o juiz popular que tem de deslocar-se para o lugar do litígio (assim, por exemplo, nas questões sobre limites de terras), e que, em face da natureza dessas lides, tem poderes mais amplos do que o *iudex*.³⁴

Quanto aos *recuperatores*,³⁵ a respeito dos quais sabemos pouco, essa denominação provavelmente resulta de suas atribuições primitivas: depois de guerra, em virtude de tratados internacionais, cabia a eles fazer restituir coisas capturadas ao inimigo, bem como retomar (*recipere*) as de que este se apossara.

Eram eles em número de três ou cinco,³⁶ e, possivelmente até a Lei *Aebutia*, funcionavam, na fase *apud iudicem*, apenas nos litígios entre estrangeiros, ou entre estes e romanos; no período clássico, em certas questões entre romanos. Não se sabe ao certo se eram eles escolhidos pelo pretor peregrino, ou se designado por sorteio, podendo os litigantes recusar os sorteados até determinado número.³⁷

B) Os tribunais permanentes

Nos fins da República e durante o principado, encontram-se em Roma os seguintes tribunais permanentes – surgidos, segundo alguns,³⁸ em época remota – que funcionam, em lugar do *iudex priuatus*, na fase *iudicem* de certas ações:

1ª – os *decemviri stlitibus iudicandis* (tribunal que, na república, julgava as questões relativas aos *status libertatis* e *ciuitatis* da pessoa; no principado, porém, os decênviros perdem essa função, e passam a presidentes das seções em que se dividia o tribunal dos centúviro); e

2ª – os *centumviri*³⁹ (tribunal composto, a princípio, de 105 membros – à razão de 3 para cada uma das 35 tribos romanas,⁴⁰ no tempo do Imperador Trajano, era constituído de mais de 180 membros; esse tribunal era presidido por um pretor – o *praetor hastarius* – e dividido em seções – denominadas *hastae* – sob a presidência, a partir do principado, dos decênviros; por outro lado, embora não se saiba exatamente qual era a competência desse tribunal, a maioria dos

34 Vide, a propósito, Costa, *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, p. 66, nota; Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, p. 57; e Luzzatto, *Procedura Civile Romana*, II, p. 217 e segs.

35 Pormenores em Bonjean, *Traité des Actions*, I, 2ª ed., p. 178 e segs.; Keller, *Der Römische Zivilprozess und die Aktionen*, 4ª ed., § 8º, p. 31 e segs.; e Pugliese, *Recuperatores*, in *Scritti Giuridice Scelti*, I (Direito Romano), p. 415 e segs. Sobre a jurisdição dos *recuperatores*, vide J. M. Kelly, *The Jurisdiction of recuperatores*, in *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, ps. 40 a 70.

36 Alguns autores (Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, § 116, p. 552; e Giffard, *Leçons de Procédure Civile Romaine*, p. 20), ao invés de três ou cinco, aludem a cinco ou sete como o número de *recuperatores* que funcionavam na fase *apud iudicem*.

37 Cf. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2ª ed., p. 808 e segs.

38 Assim, quanto aos decênviros, Nicolau (e autores por ele citados), *Causa Liberalis*, p. 16 e segs.; e, com relação aos centúviro, Niebuhr, *Storia Romana*, trad. Italiana, Pavia, 1833, tomo II, p. 100, Bethmann-Hollweg, *Der Römische Zivilprozess*, I, § 23, p. 56 e segs.; e J. M. Kelly, *The Centumviri*, in *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, ps. 1 a 39.

39 Sobre o tribunal dos *centumviri*, vide Chénon, *Le Tribunal des Centumvirs*, Paris, 1881.

40 Cf. Festo, vb. *Centu viralia*.

autores⁴¹ entende que os *centumviri* podiam julgar qualquer ação real;⁴² o tribunal dos centúviro desapareceu no século III d.C.).⁴³

122. O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA ROMANA – Para estudar o funcionamento da Justiça Romana, é preciso distinguir, de um lado, os sistemas das ações da lei e formulário (nos quais vigorava o *ordo iudiciorum priuatorum*) e, de outro, a *cognitio extraordinaria*.

Nos dois primeiros sistemas, os magistrados judiciários – ao contrário do que ocorria com referência à *iurisdictio uoluntaria* – não exerciam livremente a *iurisdictio contenciosa*, mas estavam adstritos à observância de regras quanto ao tempo, ao lugar e à forma.

Quanto ao tempo para o exercício da jurisdição contenciosa, ele variou muito no decurso da história romana. Primitivamente, não se podia exercer a jurisdição contenciosa nos *dias nefastos* (isto é, os consagrados às festas religiosas pagãs), mas apenas nos *dias fastos*, sendo certo, porém, que o calendário consignava inúmeros dias que não eram propriamente *nefastos*, mas que a jurisdição contenciosa somente podia ser exercida em certas horas. Depois de sucessivos aumentos do número de *dias fastos*, realizados por César, Augusto e Cláudio, o Imperador Marco Aurélio os fixou em 230. Mesmo nos *dias fastos*, porém, a jurisdição contenciosa tinha de ser exercida durante as horas do dia e não à noite.

Quanto ao lugar, vigorava o princípio da ampla publicidade do processo e administrava-se a justiça em Roma, de início, no *comitium* (parte do *forum* onde se reuniam os comícios); ao ar livre, sentando-se o magistrado numa *sella curulis* (cadeira curul) colocada sobre um estrado (*tribunal*); posteriormente, os magistrados passaram a exercer a jurisdição contenciosa em lugares cobertos – as basílicas. Nas províncias, o governador a exercia em qualquer lugar, e periodicamente fazia excursão pelo território da província, distribuindo justiça nas cidades mais importantes.⁴⁴

Quanto à forma, os atos eram praticados oralmente; apenas alguns (como a fórmula) eram escritos. Mas não se sabe se, nestes, a forma escrita era *ad probationem* ou *ad substantiam*.

Por outro lado, com relação aos juízes populares, estavam eles, também, sujeitos à observância de regras de tempo, de lugar e de forma.

Quanto ao tempo, estabelecia a Lei das XII Tábuas⁴⁵ que, se uma das partes não comparecesse até o meio-dia, perderia a causa; demais, os atos processuais

41 Sobre as diferentes teses, vide Nicolau, *Causa Liberalis*, p. 35 e segs.

42 Mas – note-se –, segundo essa tese, tal competência não era exclusiva do tribunal dos centúviro, razão por que cabia aos litigantes escolher se o julgamento, num caso concreto, seria feito pelo *iudex unus* ou pelos *centumviri* (cf. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2ª ed., p. 914).

43 Observa Wenger (*Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, § 5, II, 2, p. 58 – *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. Oretano, § 5, II, 2, p. 57) que os centúviro existem até o século III d.C., e que as referências posteriores não bastam para que se afirme sua existência depois do primeiro terço do mencionado século.

44 A propósito, vide Girard, *Les Assises de Cicéron en Cilicie*, in *Mélanges Boissier*, p. 217 e segs.

45 I, 8 (ed. Riccobono).

diante do *iudex* podiam ser praticados nos dias nefastos, mas até o pôr do sol,⁴⁶ sendo que, se os debates não se concluíssem no mesmo dia, seriam interrompidos ao cair da noite, para prosseguirem em outro dia.

Quanto ao lugar, a Lei das XII Tábuas⁴⁷ indicava o *forum* ou o *comitium*, mas o magistrado podia fixar o local onde o juiz deveria desempenhar suas funções. Os centúviro, a partir de Augusto, se reuniam na Basílica *Iulia*. Em qualquer caso, a audiência era pública.

Com relação à forma, os atos eram orais. É possível, porém, que a sentença do *iudex*, no processo formulário, fosse escrita.⁴⁸

Salienta-se, ainda, que tanto os magistrados judiciários quanto os juízes populares tinham *assessore*s (estes compunham o *consilium*) que, recrutados, em geral, entre os estudiosos de direito, emitiam sua opinião a eles, que, porém, não estavam obrigados a acolhê-la. Também os imperadores tinham um conselho dessa natureza – o *consistorium* (ou *auditorium*) –, constituído dos principais juriconsultos do tempo.

Na *cognitio extraordinaria*, as regras de tempo, lugar e forma para o exercício da jurisdição contenciosa se modificaram.

Com relação ao tempo, Constantino diminuiu os dias úteis para o processo, proibindo a prática de atos judiciais aos domingos; e Teodósio I, tendo sido abolido o culto pagão, reelaborou a lista dos dias feriados, considerando como tais os de festas da Igreja, quando os atos judiciais não podiam ser realizados sob pena de nulidade. Em face dessa reforma, passou a 240 o número de dias úteis para as atividades forenses.

Quanto ao lugar, as audiências dos magistrados deixam de ser públicas, e passam a realizar-se em lugares fechados (*auditoria secreta, tabularia*) especialmente destinados para esse fim, e aonde só têm ingresso o juiz, as partes e certas pessoas; e as cortinas que separavam esses recintos do público somente se abriam quando da leitura da sentença que era, necessariamente, pública. Nas províncias, em face de seu fracionamento e da conseqüente redução de seus territórios, os governadores, em regra, administravam a justiça apenas na capital, não mais excursionando pelo interior.

Finalmente, quanto à forma, a *cognitio extraordinaria* admitia uma série de atos escritos, o que foi um dos motivos para que o processo deixasse de ser – como até então o era – gratuito.

XVIII

A TUTELA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

(As ações da lei – "legis actiones")

Sumário: 123. As características das ações da lei. 124. O desenrolar da instância nas *legis actiones*. 125. As diferentes ações da lei.

123. AS CARACTERÍSTICAS DAS AÇÕES DA LEI – O mais antigo dos sistemas de processo civil romano é o das ações da lei (*legis actiones*)¹, do qual a maior parte das informações de que dispomos provém das Institutas de Gaio (IV, 11 a 29).²

As ações da lei são em geral – e dizemos *em geral* porque uma delas (a *actio per pignoris capionem*) constitui exceção ao que se vai afirmar – submetidas ao *ordo iudiciorum priuatorum*, isto é, processam-se, primeiramente, diante do magistrado (*in iure*), e, depois, do juiz popular (*apud iudicem*).

Quanto à denominação *legis actiones* (ações da lei), já no tempo de Gaio (século II d.C.) não se sabia, com certeza, qual fosse a sua origem. Julgava-se³ que ela decorria ou do fato de as *legis actiones* se originarem da lei, ou, então, da circunstância de elas se conformarem com as palavras da lei.

O processo das ações da lei é todo oral, quer diante do magistrado (*in iure*), quer do juiz popular (*apud iudicem*). Caracteriza-se, principalmente, pela rigidez do formalismo a ser observado pelos litigantes a ponto de alguém – o exemplo é de Gaio⁴ – perder a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavra *uites* (videira), ao invés do termo *arbor* (árvore), como preceituava a Lei das XII

46 Lei das XII Tábuas, I, 9 (ed. Riccobono).

47 I, 7 (ed. Riccobono).

48 Cf. Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 201.

1 É de advertir-se que o sistema das ações da lei, apesar de ser objeto de vários estudos modernos, apresenta uma série de problemas ainda não resolvidos. Para se ter idéia disso, basta consultar a monografia de Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la Loi*, Paris, 1960. Vide também Luzzato, *Procedura Civile Romana*, Parte II (*Le Legis Actiones*), Bologna, 1948; Pugliese, *Il Processo Civile Romano*, I (*Le Legis Actiones*), Roma, 1962; Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, p. 17 e segs., München, 1966; e Murga Germer, *Derecho Romano Clasico – II: El Proceso*, ps. 101 a 157, Zaragoza, 1983. Em nossa exposição, seguimos as teses que nos parecem mais plausíveis.

2 As informações que Gaio nos transmite possivelmente foram colhidas na obra (*Tripertita*) de Sexto Élio Peto Cato (cf. Giffard, *Leçons sur la procédure civile romaine*, p. 27).

3 *Inst.*, IV, 11.

4 *Ibidem*.