CARLOS ALEXANDRE BÖTTCHER

IUDICET IUDICARIVE IUBEAT:
REFLEXÕES SOBRE AS ORIGENS DO PROCESSO CIVIL
ROMANO E DA BIPARTIÇÃO

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Doutor, sob a orientação do Prof. Dr. Hécio Maciel França Madeira.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
São Paulo, Brasil, 2012.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	4
1. INTRODUÇÃO.....	6
2. ASPECTOS DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA MONARQUIA E INÍCIO DA REPÚBLICA	9
2.1. Historiografia tradicional.....	9
2.2. Passagem da Monarquia à República: críticas da doutrina à historiografia tradicional	13
2.3. A Religião romana arcaica	21
2.4. <i>Sacerdotium, Rex e Magistratus</i>	26
3. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO	29
3.1. Antigo Direito Babilônico	29
3.2. Antigos Direitos Gregos	33
3.3. Direitos Germânicos	38
4. ORIGENS DO PROCESSO CRIMINAL ROMANO.....	47
4.1. Aspectos gerais	47
4.2. <i>Coercitio</i>	50
4.3. <i>Provocatio ad populum</i>	53
4.4. <i>Crimina e Delicta</i>	57
5. ORIGENS DO PROCESSO CIVIL ROMANO	59
5.1. Aspectos gerais e Defesa privada	59
5.2. Teoria da Arbitragem	61
5.3. Críticas às teorias da Defesa Privada e da Arbitragem.....	62
5.4. Teoria da jurisdição pontifical.....	66
5.5. Teorias do controle progressivo de atos de defesa privada	68
5.6. Teorias da <i>Volksjustiz</i>	69
5.7. Teorias Mistas	72
6. BIPARTIÇÃO DA INSTÂNCIA.....	74
6.1. Aspectos gerais	74
6.2. Fontes	75
6.3. Teoria da Bipartição originária.....	79
6.3.1. M. Wlassak.....	79
6.4. Teorias da Bipartição posterior	81
6.4.1. L. Wenger.....	81
6.4.2. M. Kaser.....	84
6.4.3. G. Broggin.....	91
6.4.4. G. Pugliese	97
6.4.5. Outras teorias	98
7. ESTRUTURA ORIGINÁRIA DAS <i>LEGIS ACTIONES</i> E BIPARTIÇÃO	103
7.1. Aspectos gerais	103
7.2. O <i>Sacramentum</i> e a <i>Legis actio sacramento</i>	107

7.2.1. Caracteres Gerais	107
7.2.2. Fontes	109
7.2.3. Etimologia de <i>Sacramentum</i>	114
7.2.4. Origens do <i>Sacramentum</i>	115
7.2.5. <i>Vindicatio</i>	118
7.2.6. <i>Legis actio sacramento</i> e Bipartição	126
7.3. <i>Legis actio per manus iniunctionem</i>	128
7.3.1. Fontes Principais	128
7.3.2. Caracteres gerais e outras fontes	131
7.4. <i>Legis actio per iudicis arbitrive postulationem</i>	135
7.4.1. Fontes	135
7.4.2. Caracteres gerais	136
8. IURISDICTIO E BIPARTIÇÃO	141
8.1. Aspectos gerais	141
8.2. Etimologia de <i>Iurisdictio</i>	142
8.3. Conteúdo da <i>iurisdictio</i>	147
8.4. <i>Iurisdictio</i> e <i>Imperium</i>	158
8.5. <i>Iurisdictio</i> criminal	165
9. IUDEX E BIPARTIÇÃO	169
9.1. <i>Iudex</i>	169
9.2. <i>Arbiter</i>	170
9.3. <i>Iudex arbiterve</i>	172
10. HIPÓTESE E CONCLUSÕES	176
RESUMO	185
ABSTRACT	186
RIASSUNTO	187
BIBLIOGRAFIA	189
ÍNDICE DAS FONTES	206

ABREVIATURAS

AfO = *Archiv für Orientforschung* (Wien).

AG = *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'* (Modena).

AHDE = *Anuario de historia del derecho español* (Madrid).

ANA = *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* (Napoli).

ANRW = *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* (Berlin-New York).

BCAR = *Bullettino della Commissione Archeologica Comunale* (Roma).

BIDR = *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'* (Roma).

DNP = *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* (Stuttgart-Weimar).

DS = *Daremberg Ch., Saglio E. (org.), Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (Paris).

ED = *Enciclopedia del diritto* (Milano).

EI = *Enciclopedia Italiana* (Roma).

Hermes = *Hermes. Zeitschrift für klassische Philologie* (Berlin) .

Historia = *Historia. Zeitschrift für alte Geschichte* (Tübingen).

HRG = *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (Berlin).

Index = *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* (Camerino).

Iura = *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Napoli).

JRS = *The Journal of Roman Studies* (London).

KLIO = *Klio. Beiträge zur alten Geschichte* (Berlin).

Labeo = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Napoli).

MEFRA = *Mélanges de l'École Française de Rome* (Roma).

NDI = *Nuovo Digesto Italiano* (Torino).

NNDI = *Novissimo Digesto Italiano* (Torino).

RA = *Revue d'assyrologie et d'archeologie orientale* (Paris).

RE = *Pauly-Wissowa. Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart).

RGA = *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* (Berlin/New York).

RHD = *Revue historique du droit français et étranger* (Paris).

RIDA = *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles).

RISG = *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Roma).

SDHI = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma).

TLL = *Thesaurus Linguae Latinae* (Leipzig).

TR = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review* (Leiden).

ZSS = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* (Weimar).

ZSS.GA = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung* (Weimar).

1. INTRODUÇÃO

Por bipartição do processo civil romano, entende-se a divisão do procedimento civil romano em duas fases distintas, a primeira das quais *in iure*, em que havia sistematização da controvérsia pelo magistrado, e a segunda delas *apud iudicem* ou *in iudicio*, em que a lide era decidida pelo *iudex privatus*, que era cidadão sem elevar-se à dignidade de *magistratus*, ou por colégio judicante.

A origem dessa bipartição do processo e suas causas têm sido objeto de inúmeras teorias da romanística a partir do final do século XIX sem que se tivesse chegado a um resultado satisfatório ou definitivo.

Na experiência jurídica romana, a disciplina do processo assume uma importância que vai além da relevância do fenômeno considerado em si mesmo, em razão do específico enquadramento visto na relação entre direito subjetivo e ação segundo opinião dominante. Por essa razão, uma atenção especial da doutrina romanística é dedicada aos aspectos processuais.¹

A reconstrução dos fatos objeto do presente estudo não constitui tarefa simples, porquanto se trata de período da História de Roma, em que restaram poucos registros escritos. Mesmo a historiografia romana surgiu somente no final do século II a.C. Como exemplo, temos Políbio, que escolheu o ano de 220 a.C. para início de suas narrativas históricas.

O problema preliminar de toda disciplina histórica concerne às fontes de cognição e, especialmente na História do Direito Romano, há duas situações bem distintas: a primeira que pode ser considerada como refratária a um estudo documental direto (entre os séculos VIII-IV a.C. aproximadamente) e a segunda, em que se dispõe, em maior ou menor medida, de documentos dignos de fé.²

Mesmo os historiadores da época de Augusto, como Tito Lívio, tinham consciência da pouca fidedignidade dos relatos da história romana mais antiga.³

¹ Neste sentido, M. TALAMANCA, *Processo civile (dir.rom.)*, in ED, 36, 1987, pp.1-2.

² V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7ª ed., Napoli, Jovene, 2003, p.1.

³ No início do Livro VI de *Ab Urbe condita*, Tito Lívio reconhece a escassez de fontes fidedignas do período anterior ao assédio gálico, como se observa a seguir: *res cum vetustate nimia obscuras, velut quae magno ex*

As fontes relativas aos séculos quinto a terceiro a.C. não são contemporâneas, mas sim oriundas da tradição incorporada pela narrativa de escritores posteriores, de sorte que se pode dizer que não há informação absolutamente segura acerca de grande parte do tema.

Os períodos mais remotos somente podem ser deduzidos a partir de elementos indiretos, razão por que dependemos de registros posteriores ao período de seu efetivo surgimento. Ademais, a comparação histórico-jurídica nos permite valorar institutos com os quais outros povos de épocas remotas satisfizeram as suas necessidades jurídicas, método esse com a reserva necessária.

Diferentemente do direito privado, a história do processo romano está mais fortemente ligada à história constitucional de Roma. O que sabemos da história arcaica de Roma, do papel da Realeza, dos fatos de transição para a República, é caracterizado por grande incerteza, que traz necessariamente implicações à história do direito processual.⁴

Embora nos deparemos com esse quadro de escassez de fontes, que dificulta uma resolução incontroversa do problema, temos que a origem e as causas da bipartição do processo civil romano permanecem como atraente enigma da romanística ainda hoje.

No caso da bipartição, existem inúmeras indagações e dúvidas, tais como: é originária, ou seja, teria surgido nos primórdios de Roma? Ou teria sido introduzida posteriormente?

A segunda alternativa pressupõe que anteriormente o processo tenha nascido como uma unidade indivisível, seja perante as autoridades públicas, seja perante um juiz privado. Mas por que o processo teria sido dividido posteriormente? E quando teria ocorrido a divisão, se não originária?

Para tentar entender essas questões, não basta o recurso à doutrina romanística processual, mas sim à história constitucional de Roma. O período da Monarquia romana, a transição para a República e sua efetiva consolidação, além da religião antiga de Roma são questões que concernem diretamente à pesquisa.

intervallo loci vix cernuntur, tum quod parvae et rarae per eadem tempora litterae fuere, una custodia fidelis memoriae rerum gestarum, et quod, etiam si quae in commentaris pontificum aliisque publicis privatisque erant monumentis, incensa urbe pleraeque interiere (as coisas tornam-se obscuras com o longo passar do tempo como se fossem coisas vistas à grande distância, mas principalmente porque a escrita, única custódia fiel da memória dos arquivos, era rara naqueles tempos, e também porque mesmo que houvesse escritos nos comentários dos pontífices ou nos arquivos públicos e privados, pereceram eles, em sua maior parte, quando a cidade foi incendiada).

⁴ M. KASER e K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, C.H.Beck, 1996, p. 25.

É compreensível que não haja respostas absolutamente seguras às perguntas acima, muitas das quais atinentes ao período arcaico da história de Roma e, portanto, carente de fontes. Contudo, é relevante analisar os variados posicionamentos e argumentos expostos até hoje e considerar novos pontos de vista em alguns daqueles apresentados em outros tempos.

Ademais, a dicotomia *público-privado*, que tem permeado a discussão, é tema atual inclusive no tocante à jurisdição.

Com efeito, se por um lado tivemos recente fomento da arbitragem mediante a introdução de alterações legislativas com o escopo de facilitar sua opção pelas partes, por outro temos o princípio constitucional, no hodierno direito brasileiro vigente, de *inafastabilidade da jurisdição*.

2. ASPECTOS DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA MONARQUIA E INÍCIO DA REPÚBLICA

Inicialmente, o presente capítulo visa a analisar aspectos importantes da história constitucional de Roma, ou seja, a gestão do poder nos primeiros séculos a partir de sua fundação com a instituição do regime monárquico, a transição para a República e sua respectiva consolidação em meados do século IV a.C.

Ao lado da historiografia tradicional romana, que é objeto de crítica pela doutrina, tivemos tentativas de reconstrução da passagem da Monarquia para a República. Tais teorias trazem diferentes implicações para o tema principal, à medida que repercutem no titular da jurisdição e consequentemente na questão da bipartição do processo.

2.1. HISTORIOGRAFIA TRADICIONAL

A tradição historiográfica romana⁵ coloca desde as origens da fundação de Roma um rei como chefe da comunidade politicamente organizada e faz durar a Monarquia por dois séculos e meio, ou seja, desde o ano da fundação em 753 a.C. até 510

⁵ Por *historiografia romana tradicional*, entenda-se a tradição incorporada na narrativa dos fatos pelos historiadores romanos. A versão tradicional é repetida, em maior ou menor parte, pelos tratadistas. Em manuais e estudos de História de Roma e História do Direito Romano, vejamos: G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, v. 1, 2ª ed., Firenze, La Nuova Italia, 1956; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, v.1, Milano, Giuffrè, 1939; G. SCHERILLO e A. DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1949; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4ª ed., v.1., Milano, Giuffrè, 1953; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 1965; S.A.B. MEIRA, *História e fontes do direito romano*, São Paulo, Saraiva, 1966; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, v.1, Milano, Giuffrè, 1981; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudez und Rechtsliteratur*, München, C.H. Beck, 1988; M. TALAMANCA (org.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia cit.* (nota 2 *supra*); A. GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 1990; J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, v. 1, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000; W. KUNKEL e M. SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, 14ª ed., Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2005. Em obras de Direito Público Romano e de instituições da Antiguidade, vejamos T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, v.1, 3ª ed., Leipzig, Von S. Hirzel, 1887 e *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893 (também trad. ital. P. BONFANTE, *Disegno del diritto pubblico romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1943); F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, v. 1, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1972; v.2, 2ª ed., 1973; V. GIUFFRÈ, *Il diritto pubblico nell'esperienza romana*, Napoli, Jovene, 1977; W. KUNKEL e R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, II: Die Magistratur*, München, C.H. Beck, 1995; A. BURDESE, *Diritto pubblico romano*, 3ª ed. Torino, UTET, 1987, pp. 55-74; J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 7ª ed., Paris, Montchrestien, 2002; M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2007.

a.C., ano da expulsão do último rei Tarquínio, o Soberbo, com a instauração repentina da República e criação subsequente da Magistratura diárquica consular.⁶

O *rex* era o magistrado único, vitalício e irresponsável. Sua sucessão não se fazia pela hereditariedade ou eleição, mas sim por sua indicação ou *interrex*. O rei tinha o comando supremo do exército, as funções de juiz e sacerdote e amplos poderes administrativos.⁷

O rei não é apenas *ductor*, isto é, condutor, mas sim é aquele que *regit*, ou seja, dirige e regula toda a atividade material e espiritual dos súditos, dentro e fora das *domus*.

A ingerência do rei em cada aspecto da vida dos súditos aproxima sua figura àquela do *pater familias*. Tal ingerência explica-se pela qualidade de sacerdote, com a qual o rei se reveste de forma semelhante ao *pater-dominus*. No mundo antigo, deve ser observado que o poder soberano tem invariavelmente uma base sacra. O rei romano não é um deus nem descendente dos deuses, mas sim um sacerdote, ou seja, intermediário entre os homens e os deuses. Áugures, pontífices e outros sacerdotes eventualmente existentes no tempo do rei são apenas seus auxiliares. O sacerdócio é a realeza em si mesma e por si mesma, o que se comprovaria pela sobrevivência do *sacerdote-rei* na República (*rex sacrorum*).⁸

O poder do soberano sobre os súditos, totalitário como aquele do *pater-dominus* sobre os membros da *domus* e também como aquele do vencedor sobre os vencidos, manifesta-se no dar: a) *imperia*, ou seja, ordens para cumprir; b) *leges*, ou seja, normas para observar; c) *iura*, ou seja, decisões de litígios levadas ao rei. O *dare iura* do rei não tem relação com o *ius dicere* do pretor, pois ainda não existe um *ius* em sentido

⁶ Liv.4.3.9: *Consules in locum regum successisse, nec aut iuris aut maiestatis quicquam habere quod non in regibus ante fuerit* (que os côsules tomaram o posto dos reis, e que não têm algum direito ou majestade que não tenha sido antes dos reis).

⁷ Sobre a História da Monarquia romana e a transição para a República, vejam-se, além da bibliografia indicada (nota 5 *supra*): A. ROSENBERG, v. *Rex*, in *RE*, 1A, pp. 702-721; F. LEIFER, *Studien zum Antiken Ämterwesen, I – Zur Vorgeschichte des römischen Führeramts*, Leipzig, Dieterich, 1931, pp. 100-121; P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, v. 3.1, Milano, Giuffrè, 1948; *Id.*, *Primordia civitatis*, Roma, Apollinaris, 1959; U.COLI, *Regnum*, in *SDHI*, 17, 1951; *Id.*, *Monarchia (diritto romano)*, in *NNDI*, 10; F. DE MARTINO, *Note sul 'regnum'*, in *Iura*, 4, 1953, pp.181-192 (= in *Diritto economia e società nel mondo romano*, v. 4, Napoli, Jovene, 2003, pp.175-185); *Id.*, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in *ANRW*, 1, 1972; S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano: ricerche di storia romana arcaica*, Milano, Rizzoli, 2001 (Catania, 1945); G. WESENBERG, v. *Praetor* in *RE*, 22.2, 1954, pp. 1582-1587; W. KUNKEL, *Zum römischen Königtum*, in *Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1959, pp. 3-22; R. WERNER, *Der Beginn der römischen Republik*, München, R. Oldenbourg, 1963.

⁸ U.COLI, *Monarchia* cit. (nota 7 *supra*), p.840. O autor explica que a concepção romana do rei como sacerdote justifica a ausência de hereditariedade, como verificada na Grécia e no Oriente.

abstrato, que nascerá somente com a *civitas (ius civile)*. O rei decide inspirado pelo sentimento de justiça, que, segundo os antigos, é dote inato de cada rei digno de tal nome.⁹

A Magistratura dos cônsules, por sua vez, teria apresentado desde o início caracteres opostos àqueles do *rex*, como a colegialidade, eletividade e anualidade¹⁰ e teria funcionado quase ininterruptamente de 509 a 451 a.C., salvo em casos de necessidade de conferimento dos poderes a um comandante, o *magister populi*, mais tarde dito *dictator*.

No ano de 451 a.C., em razão de pressões da plebe, houve suspensão da magistratura consular ordinária e o poder foi conferido a um colégio de *decemviri*, também chamado de *legibus scribundis*, a quem foi atribuída a tarefa de preparar um corpo de leis. Restaurada a diarquia consular, em 449 a.C., publicou-se o corpo de normas preparado pelos decênviros, qual seja, a denominada Lei das XII Tábuas.

Contudo, por seguidas pressões da plebe, o regime consular não teria funcionado, tendo sido atribuído o poder supremo aos *tribuni militum* (oficiais do exército), em 444 a.C., que vieram a ser denominados sucessivamente como *tribuni militum consulari potestate*. Nos anos seguintes, recorreu-se a tal expediente cada vez mais frequentemente e de forma ininterrupta de 408 a 367 a.C., salvo um intervalo duvidoso entre 393 e 392 a.C.¹¹

⁹ Conforme U.COLI, *Monarchia* cit. (nota 7 *supra*), p. 840, para quem o rei não tem *imperium* no sentido jurídico do termo apesar de dar *imperia*. Para as principais críticas, vejam-se notas 21 e 23 *infra*. Sobre o *imperium*, vide nota 23 *infra*.

¹⁰ Liv. 2.1.7: *libertatis autem originem inde magis, quia annum imperium consulare factum est, quam quod deminutum quicquam sit e regia potestate numeres* (ademaís, pode-se estabelecer a origem da liberdade mais pelo fato de o *imperium* consular ter-se tornado anual, do que algo que tivesse sido diminuído do poder régio).

¹¹ O discurso levado a cabo por Canuleio, tribuno da plebe, perante o Senado, em que postulava a paridade entre as duas ordens, inclusive no tocante ao acesso à Magistratura suprema, é bem ilustrativo da disputa entre as classes, conforme reportado em Liv. 4.3.4-7: *altera nihil noui ferimus, sed id quod populi est repetimus atque usurpamus, ut quibus uelit populus Romanus honores mandet. Quid tandem est cur caelum ac terras misceant, cur in me impetus modo paene in senatu sit factus, negent se manibus temperaturos, uiolatuosque denuntient sacrosanctam potestatem? Si populo Romano liberum suffragium datur, ut quibus uelit consulatum mandet, et non praeciditur spes plebeio quoque, si dignus summo honore erit, apiscendi summi honoris, stare urbs haec non poterit? de imperio actum est? Et perinde hoc ualet, plebeiusne consul fiat, tamquam seruum aut libertinum aliquis consulem futurum dicat?...*(...com a segunda, não propomos nada de novo, mas reivindicamos e pretendemos aquilo que é um direito do povo, ou seja, que o povo romano deva conferir a quem queira os cargos públicos. Qual motivo existe para que eles devam colocar-se sobre o céu e a terra, por que quase foi feita violência a minha pessoa há pouco no Senado e por que dizem que não se absterão de chegar às vias de fato e ameaçam atacar nosso poder sacrosanto inviolável (*sacrosancta potestas*)? Se ao povo romano se concede liberdade de voto para que confira o consulado a quem o quiser, e nenhum plebeu pode ser excluído da esperança de conseguir aquela honra máxima, se for digno, talvez essa cidade não poderá permanecer em pé? E o fato que possa tornar-se cônsul um plebeu vale como se dissesse que se tornará cônsul um escravo ou um liberto?...).

Somente a partir de 367 a.C., com o acordo patrício-plebeu sancionado pelas Leis *Licinia Sextiae*,¹² segundo o qual um dos postos de cônsul tornou-se acessível aos plebeus, o consulado aparece definitivamente consolidado. Pela tradição, como contrapartida pela admissão dos plebeus a um posto da Magistratura suprema, é criado um novo magistrado, o *praetor* em posição de *collega minor* dos cônsules, que foi reservado aos patrícios¹³ e ao qual foi atribuída a *iurisdictio*.¹⁴

O termo *praetor*¹⁵ não teria sido novo, já que os cônsules eram designados *praetores*¹⁶ e depois da criação do novo *collega*, talvez tenham sido chamados *praetores maximi*¹⁷ ou *maiores*,¹⁸ mas logo se firmou definitivamente a denominação *consules*, permanecendo *praetor* como exclusiva da nova Magistratura jurisdicional.

¹² Liv. 6.34. 5-11; 6.35.6-10; 6.38.4-9; 6.42.4-8.

¹³ Liv. 6.42.11: *uenit cum tamen per dictatorem conditionibus sedatae discordiae sunt, concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno, qui ius in urbe diceret ex Patribus creando* (o ditador oferece as condições, que apaziguam as discórdias: a nobreza permite um cônsul plebeu ao povo, e o povo permite um pretor encarregado de administrar a justiça à nobreza e eleito entre os patrícios).

¹⁴ Liv.7.1.6: *praetorem quidem etiam iura reddentem et collegam consulibus atque iisdem auspiciis creatum, uerecundia inde imposita est senatui ex patribus iubendi aediles curules creari. Primo ut alternis annis ex plebe fierent conuenerat: postea promiscuum fuit* (Um pretor administrava a justiça, colega dos cônsules e criado sob os mesmos auspícios, tanto isso é verdade que o Senado decidiu prescrever que os edis curuis fossem escolhidos entre os patrícios somente. Foi acordado que em um ano a cada dois, eles seriam nomeados entre a plebe. Posteriormente, a magistratura foi comum às duas classes).

¹⁵ Sobre a etimologia de *praetor*, introdução e desenvolvimento dessa Magistratura, vide C.A.BÖTTCHER, *História da Magistratura: o Pretor no Direito Romano*, São Paulo, LTC, 2011, pp. 77-103.

¹⁶ Liv.3.55.12: *quod iis temporibus nondum consulem iudicem, sed praetorem appellari mos fuerit* (então foi costume naqueles tempos ser chamado não de cônsul ou juiz, mas sim de pretor).

¹⁷ Liv.7.3.5-8: *lex vetusta est, priscis litteris verbisque scripta, ut qui praetor maximus sit idibus Septembribus clavum pangat; fixa fuit dextro lateri aedis Iovis optimi maximi, qua parte Minervae templum est. Eum clavum, quia rarae per ea tempora litterae erant, notam numeri annorum fuisse ferunt eoque Minervae templo dicatam legem quia numerus Minervae inventum sit. Volsiniis quoque clavos indices numeri annorum fixos in templo Nortiae, Etruscae deae, comparere diligens talium monumentorum auctor Cincius adfirmat. M. Horatius consul ea lege templum Iovis optimi maximi dedicavit anno post reges exactos; a consulibus postea ad dictatores, quia maius imperium erat, sollemne clavi fingendi translatus est...* (há uma lei antiga escrita em letras e palavras arcaicas, que o supremo magistrado (*praetor maximus*) nos idos de setembro deve afincar o prego. A lei foi fixada no lado direito do templo de Júpiter *Optimus Maximus*, ao lado do templo de Minerva. Dizia-se que aquele prego fixava o número de anos, porque a escrita era rara naqueles tempos e dizia-se que a lei estava no templo de Minerva, porque o número fora por ela inventado. Em Volsci, também são fixados pregos no templo da deusa etrusca Nórícia como indicações do número de anos, como o autor Cíncio afirma, o qual é diligente referência para esses monumentos. O cônsul M. Horácio dedicou o templo de Júpiter Ótimo Máximo a essa lei no ano após a expulsão dos reis. Posteriormente, o ritual de fixar o prego foi transferido dos cônsules ao ditador, porque seu *imperium* era maior...). O fragmento suscitou várias discussões e teorias, as quais também dependem das distintas concepções assumidas acerca das origens da República romana. A propósito, confirmam-se: G. WESENBERG, *Praetor Maximus*, in ZSS, 65, 1947, pp. 319-326; R. WERNER, *Beginn* cit. (nota 7 *supra*), especialmente para questões concernentes ao sistema de datação romano e aos Fastos; A. MOMIGLIANO, '*Praetor Maximus*' e *questioni affini*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, v. 1, Torino, Giappichelli, 1968, pp. 161-175; A. GUARINO, '*Praetor maximus*', in *Labeo*, 15, 1969, pp.199-201; A. MAGDELAIN, *Praetor Maximus et Comitatus Maximus*, in *Iura*, 20.1, 1969, pp. 257-286 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp. 313-339); J.C.RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, Roma, École Française de Rome, 1978, pp. 446-472.

2.2. PASSAGEM DA MONARQUIA À REPÚBLICA: CRÍTICAS DA DOUTRINA À HISTORIOGRAFIA TRADICIONAL

A versão historiográfica tradicional tem sido objeto de inúmeras críticas da doutrina a partir de meados do século XX, já que emergem várias dúvidas e incertezas sobre a posição constitucional do *rex* e de suas funções.¹⁹

Em geral, a versão tradicional tende a antecipar e a atribuir à Monarquia caracteres e institutos que surgiram e consolidaram-se somente na época republicana, já que os escritores romanos viam a constituição régia por meio do *espelho deformante* da constituição republicana. Ademais, em razão da escassez e da incerteza das notícias relativas àquela época antiga, eram levados a reconstruir a estrutura do *regnum* com base nas instituições republicanas.²⁰

De outro lado, a tentativa de contrapor *regnum* e *res publica*, como duas entidades constitucionais nitidamente delineadas e incompatíveis entre si, não foi bem sucedida.²¹ Em razão dessa concepção esquemática, a *civitas* seria posterior ao *regnum*, assim como o *populus*,²² enquanto sujeito de relações estatais. Ambas noções seriam típicas da *respublica*. Na Monarquia, o rei, como o antigo pastor dos povos, seria o único investido de poderes estatais sobre o grupo, que seria constituído de súditos, os quais se encontrariam submetidos ao poder absoluto do monarca sem liberdade e sem direitos. Na *civitas*, ao contrário, os magistrados supremos fariam parte do grupo e não se sobreporiam a ele, enquanto o titular dos poderes estatais seria o povo, advindo a antítese fundamental entre *res propria* do rei e *res publica*.

No entanto, essa concepção é muito rígida do ponto de vista formal para ser compatível com a realidade do desenvolvimento histórico. Não é possível acreditar que a

¹⁸ Fest. v. *Maximum praetorem* p.152 L.: *dici putant ali eum, qui maximi imperi sit; ali, qui[a] aetatis maximae. Pro collegio quidem augurum decretum est, quod in Salutis augurio praetores maiores et minores appellantur, non ad aetatem, sed ad vim imperii pertinere* (alguns consideram que se chama *praetor maximus*, aquele que tem o maior *imperium*, ao passo que para outros aquele de idade mais avançada. Ora, para o colégio dos áugures, foi decidido que no augúrio *salutis*, distinguem-se os pretores em maiores e menores não pela idade, mas sim pela extensão do *imperium*).

¹⁹ Para bibliografia da passagem da Monarquia à República, vide nota 7 *supra*.

²⁰ Neste sentido, G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, Giappichelli, 1980, pp. 31-33.

²¹ Contraposição essa defendida por U. COLI, *Regnum* cit. (nota 7 *supra*), pp. 1-10, que assim resume seu pensamento: *il mio punto di vista è semplice. La 'civitas' e l'ente 'populus R.' appartengono alla seconda fase della storia costituzionale di Roma. La prima fase fu quella del 'regnum'. E la nozione di 'regnum' è incompatibile con le nozioni di 'civitas' e 'populus R.' quale subbietto dei rapporti statuali*. Esse posicionamento foi criticado por J.P.V.D. BALSDON, Resenha (U. COLI, *Regnum* cit. (nota 7 *supra*)), in *Gnomon*, 24, 1952, pp. 285-287 e F. DE MARTINO, *Note* cit. (nota 7 *supra*), p. 181-183.

²² Sobre o *populus*, vide P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, Giappichelli, 1974.

civitas tenha surgido repentinamente, como uma entidade inteiramente contraposta ao *regnum*. Ao contrário, nossos conhecimentos levam-nos a crer que na fase mais evoluída da Monarquia, a etrusca, a antiga federação de vilas tenha já sido transformada em uma organização cidadina, na qual existiam os órgãos fundamentais da *civitas*, tais como o senado, os comícios, o exército, a religião oficial etc. Ademais, vários estudiosos admitem que já na Monarquia haviam sido criados os magistrados maiores, os quais tiveram *imperium* pleno na República. Também é difícil, partindo da hipótese da federação gentilícia como originária estrutura da comunidade, que o poder do rei fosse tão amplo e absoluto. Ao contrário, era frágil e mais semelhante ao poder do chefe de uma liga escolhido de acordo com seus vários membros.²³

Ademais, o valor e o significado da assembleia curiata estão no caráter unitário do *populus*, que constitui o primeiro momento da superação da antiga Monarquia gentilícia, na qual a relação existia entre *patres* e *rex*, e o advento de uma nova fase, na qual a relação ocorria entre *populus*, *cives* e *rex*. Por outro lado, também existem sinais do

²³ F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 217-218. O autor critica as hipóteses de U. COLI, *Regnum* cit. (nota 7 *supra*) sobretudo no sentido da negativa de pertencimento do *imperium* à Monarquia, cabendo ao rei apenas *potestas* sobre os súditos, além de negar a existência da *lex curiata de imperio*. Segundo F. DE MARTINO, o expungir do *imperium* da Monarquia, *mi sembra non solo far violenza alla logica dello sviluppo stesso, ma anche ai dati più sicuri che provano l'esistenza dell'imperium ed il suo carattere etrusco. È infatti difficile ammettere che l'imperium avesse avuto una diversa origine di fronte a prove certe che i segni esteriori di esso erano etruschi. L'esistenza di questi segni non può avere avuto origine in età repubblicana, quando l'influenza etrusca era cessata, in seguito alle vicende storiche generali, che videro la fine dell'egemonia etrusca in Italia.* No sentido do caráter etrusco do *imperium*, P. DE FRANCISCI, *Intorno all'origine etrusca del concetto d'imperium*, in *Studi Etruschi*, 24.2, Firenze, Olschki, 1955-56, pp. 19-43; *Id.*, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 391-406, 491-511. Sobre o *imperium*, em dicionários e enciclopédias, vejam-se: J. TOUTAIN, v. *Imperium* in *DS*, 3.1, pp.418-423; A. ROSENBERG, v. *Imperium*, in *RE*, 9, 1916, pp.1202-1211; L. BOVE, v. *Imperium*, in *NNDI*, 8, pp. 209-212; L. DE LIBERO, v. *Imperium*, in *NDP*, 5, 1998, pp. 955-958; V. COLACINO, v. *AGERE (cum populo, cum plebe, cum patribus)*, in *NNDI*, 1.1, pp.417-420. Em obras de Direito Público Romano e História do Direito Romano, consultem-se: T. MOMMSEN, *Staatsrecht* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp. 22-24 e 116-136; F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München, Duncker & Humboldt, 1914; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota 2 *supra*), pp.31-32; F. DE MARTINO, *Costituzione* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp.97-102, 415-426; G. GROSSO, *Storia* cit. (nota 5 *supra*), pp. 168-173; W. KUNKEL e R. WITTMANN, *Staatsordnung* cit. (nota 5 *supra*), pp.21-28. Estudos monográficos, vejam-se: A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten*, in *ZSS*, 64, 1944, pp. 57-133; G. NOCERA, *Il fondamento del potere dei magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 57, Padova, Cedam, 1946; P. DE FRANCISCI, *Intorno alla natura ed alla storia dell'auspicium imperiumque* in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 397-432; *Id.*, *Arcana* cit. v.3 (nota 7 *supra*), pp. 29-34; P. VOCI, *Per la definizione dell'imperium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v.2, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 65-102; U. COLI, *Sur la notion d'imperium en droit public romain*, in *RIDA*, 7, 1960, pp. 361-387; V. GIUFFRÈ, *Imperia' e Magistratus' in Cicerone*, in *Labeo*, 23, 1977, pp.42-49; J. BLEICKEN, *Zum Begriff der römischen Amtsgewalt. Auspicium-potestas-imperium*, in *Nachrichten der Akademie d. W. in Göttingen, phil.-hist.*, 9, 1981, pp. 257-300 (= in *Gesammelte Schriften*, v.1, Stuttgart, Franz Steiner, 1998, pp.301-344); A. MAGDELAINE, *Recherches sur l'imperium, la loi curiate et les auspices d'investiture. [Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris, série 'Sciences historiques', 12]*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968; *Id.*, *Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats*, in *RHD*, 42, 1963, pp. 198-203 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp. 307-311).

no sentido de que o termo e a noção de *populus*, que é essencial para o conceito de *civitas*, existiam já na época monárquica. Sobretudo a expressão *populus Romanus Quirites* indica uma comunidade, que já tinha sido organizada nas cúrias. A menção a *Quirites* constitui uma especificação muito expressiva do conceito de *populus* como comunidade formada. Certamente a organização territorial colocada na base do sucessivo ordenamento das centúrias libera os indivíduos dos arcaicos vínculos gentilícios, introduzindo-os na vida da cidade como *tribules* e *adsidui*, ou seja, possuidores no território de uma tribo territorial.²⁴

Parte da historiografia atual rejeita os dados tradicionais acerca da origem da República, retardando a data do fim da Monarquia e início do novo regime para meados do século V a. C. sobretudo em razão de problemas de cronologia.²⁵

A reconstrução da história da Magistratura primitiva é inseparável de tais problemas de cronologia. Como se sabe, já há tempos se contesta a verossimilhança dos dados tradicionais, segundo os quais se procedeu à nomeação dos cônsules no ato da expulsão dos reis. Mas os historiadores não foram unânimes nas suas tentativas de reconstrução, já que para alguns o magistrado originário republicano teria sido o ditador, para outros teria havido um colégio de três *praetores*, um dos quais o *praetor maximus*,

²⁴ F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 218-219. O autor considera a assembleia curiata o momento de transição da federação gentilícia para a cidade-estado. Acrescenta que tal reconstrução coincide com os dados que possuímos acerca do desenvolvimento da vida civil, econômica e social de Roma sob os etruscos. Sabe-se que nesse período, as condições de vida mudaram radicalmente, tornando-se Roma uma cidade próspera com seus templos, foro e monumentos públicos, enquanto que a economia arcaica fundada em primitiva produção agrícola evoluiu.

²⁵ Segundo F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 220-221, a revisão crítica de modo independente de teses radicais do passado teve início com K. HANELL, *Das altrömische eponyme Amt*, Lund, Gleerup, 1946; *Id.*, *Probleme der Römischen Fasti*, in E. GJERSTAD (org.), *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandoeuvres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967, pp.175-196, o qual indica três fases nos *Fasti*. O primeiro período de 509 a 452 a.C. pertenceria à época monárquica, considerando também a ausência de elementos de ruptura revolucionária e a persistência da influência etrusca em Roma. Também usaram argumentos históricos com provas de natureza arqueológica na crítica R. BLOCH, *Les origines de Rome*, Paris, Club français du livre, 1959, pp. 89-110, o qual destaca que, segundo a própria tradição, Roma continua a aparecer cidade com influência etrusca e próspera nos primeiros trinta anos depois da expulsão dos reis, em que prossegue a construção de templos, continuando o comércio de importação de cerâmicas de origem grega, a qual cessou bruscamente a partir de 475 a.C. O autor vem a concluir que no ano de 509 a.C. houve alguma comoção interna, o qual não implicou a expulsão dos etruscos. E. GJERSTAD, *Early Rome*, Lund, Gleerup, 1966; *Id.*, *The Origins of the Roman Republic*, in *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandoeuvres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967, por sua vez, parte de estudos da estratigrafia do Foro Romano e do amplo material arqueológico disponível, abaixando a cronologia da Monarquia etrusca e destacando a existência de nomes etruscos nas listas dos cônsules até 448 a.C. R. WERNER, *Beginn* cit. (nota 7 *supra*), p. 241 chega a conclusões análogas em relação à cronologia, mas com variantes das hipóteses de K. HANELL e E. GJERSTAD, admitindo que o *praetor maximus* já teria existido desde o período monárquico, fazendo coincidir o início da República com a grande batalha naval de Cuma em 474 a.C., na qual os etruscos foram derrotados pelos gregos. A respeito do *praetor maximus*, vide nota 17 *supra*.

supondo-se já existente no período monárquico, e para outros teria havido um período de *interregnum*.²⁶

Geralmente se considera que a passagem da Monarquia à República não tenha ocorrido repentinamente em razão da abolição violenta do primeiro regime, mas sim que tenha sido fruto de uma lenta transformação constitucional.²⁷ Imagina-se que os comandantes militares auxiliares do rei tenham paulatinamente usurpado as suas funções e poderes não apenas militares, mas também civis e políticos em geral, limitando-o à esfera meramente religiosa e reduzindo-o às funções sacerdotais de *rex sacrorum*.²⁸

Com efeito, a moderna ciência histórica, em sua maioria, é concorde em reconhecer que o rei foi sucedido pelos *praetores*, mas há diferenças em considerar tal processo como causa ou consequência da queda da Monarquia e também se a Magistratura colegial nasceu de forma revolucionária ou evolucionária.

De qualquer forma, podem ser distinguidos três grupos principais de teorias entre os críticos da tradição:²⁹

²⁶ Segundo F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 221-231; *Id.*, *Costituzione* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp. 215-250. Depois de tecer algumas observações sobre as discussões de cronologia, o autor alega não ser possível concluir que os *Fasti* do período sejam verossímeis e tampouco chegar a uma decisão contrária. Porém, analisa dois pontos específicos: a existência de nomes plebeus entre os magistrados do primeiro período e as consequências da comparação entre os nomes dos decênviros e a lista dos magistrados dos anos precedentes, vindo a compartilhar a opinião de que os *Fasti* não são verossímeis pelo menos para os nomes plebeus do período mais antigo. O mesmo em relação aos nomes dos decênviros do primeiro colégio, já que são todos nomes dos cônsules dos anos anteriores, mas sempre e somente um por ano. Tal circunstância corrobora a hipótese de que não houvesse o regime consular diárquico na época, mas sim aquele da magistratura única ou com colegialidade desigual. O autor alega que razões históricas gerais internas e externas induzem a aceitar substancialmente a narrativa tradicional do período do fim da Monarquia e expulsão dos Tarquínios, ao passo que não acredita que a constituição da República com o regime consular tenha sido introduzida com um golpe por ocasião da queda da Monarquia. Pelas razões internas, os indícios disponíveis induzem a considerar que a cidade-estado formou-se em continuação de um processo histórico, no qual operaram fatores econômicos e sociais e a consolidação da influência etrusca em relação à comunidade primitiva latino-sabina. Se os vilarejos primitivos, onde se localizavam as *gentes*, foram transformados em uma verdadeira cidade com templos e edifícios públicos e um ordenamento unitário do tipo da *civitas* ou *pólis*, isso somente foi possível em consequência de uma profunda transformação da estrutura econômica e da formação das classes sociais, o patriciado e a plebe, que têm um peso decisivo na história da República. Tal transformação econômica está ligada ao desenvolvimento do comércio etrusco em direção à Itália meridional e do nascimento em Roma de atividades econômicas diversas da agricultura, ou seja, artesanais e comerciais. Mas essa vida econômica não era autônoma, mas sim dependente da economia etrusca. Tal dependência foi a causa da grave crise que abateu Roma depois do fim da Monarquia e o progressivo declínio da potência etrusca em relação aos gregos e a outras populações itálicas. Em consequência, adveio declínio da economia mercantil, tornando-se a economia romana quase exclusivamente agrária com produção insuficiente no primeiro período da República.

²⁷ Conforme observado por W. KUNKEL, *Magistratische Gewalt und Senatsherrschaft*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp. 3-22, a continuidade entre o poder do rei e o *imperium* do magistrado é a doutrina cada vez mais dominante.

²⁸ Sobre o *rex sacrorum*, veja-se A. ROSENBERG, v. *rex sacrorum*, in *RE* 1.A1, pp. 721-726.

²⁹ G. WESENBERG, v. *Praetor* cit. (nota 7 *supra*), pp. 1582-1587.

a) sucessão do rei por apenas um magistrado. Na primeira hipótese, imagina-se a passagem da Monarquia mediante a ditadura anual ³⁰ ou semestral. ³¹ Com efeito, é inverossímil que a nova constituição republicana tenha sido formada em todas suas partes repentinamente. Por outro lado, toda a história da Magistratura até 367 a.C. demonstra o seu caráter provisório e instável, não se podendo acreditar na originária existência de uma Magistratura dúplice e colegial, ou seja, o consulado, seja porque a mesma tradição é abundante de dados e indícios, que fazem pensar na existência de outras Magistraturas, seja porque a constituição consular não corresponde às condições históricas gerais e aos interesses da aristocracia patricia, que assumiu o poder depois do final da Monarquia. Tais condições e interesses demandavam um poder central forte e unitário de modo a afrontar as graves dificuldades externas e internas e não um poder colegial, que pela sua própria natureza e pela existência da *intercessio* podia ser paralisante. A história da colegialidade, que a tradição traz sob o véu da paridade política, deve ser coligada a razões políticas e sociais profundas, que requererem a plena titularidade do poder de cada qual, mas também um limite absoluto recíproco mediante a *intercessio*. Destarte, a hipótese mais compatível com as condições históricas é que o primitivo magistrado republicano tenha sido apenas um e o seu poder, como se referem as fontes, tenha sido igual àquele régio por extensão e qualidade, diferenciando-se apenas pela temporalidade. ³²

³⁰ Neste sentido, W. IHNE, *Forschung auf dem Gebiete der römischen Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, H.J. Kessler, 1847; A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte im Zeitalter des Kampfs der Stände*, Tübingen, H. Laupp, 1856. Para W. IHNE, o conceito de uma progressiva passagem da Monarquia à República apresentava-se como a imagem de uma gradual transposição da Monarquia à ditadura e finalmente à colegialidade igual. E tal ditadura aparecia conectada à latina. No mesmo sentido, A. SCHWEGLER também via a passagem da Monarquia à República de forma gradual por meio de uma ditadura anual como a latina. Segundo S. MAZZARINO, *Dalla Monarchia* cit. (nota 7 *supra*), p. 92, essa construção atravessou, apesar de negativas e críticas, a historiografia moderna. Nesta hipótese, aparecia algo de arbitrário e apriorístico e o problema complicava-se sobretudo porque a investigação, especialmente com T. MOMMSEN, mirou sempre mais ao Estado romano isoladamente, distinguindo-o do latino e colocou-se o problema em termos de um contraste muito nítido: evolução ou revolução? T. MOMMSEN tinha acentuado a criatividade do ordenamento constitucional que surgiu com a República. A ditadura romana pareceu-lhe, como o consulado, uma criação nova e original do momento em que se passou da Monarquia à República. Sendo extraordinária e limitada a seis meses, ela não podia derivar de uma magistratura ordinária e anual como a ditadura latina. Nessa hipótese mommseniana, o momento evolutivo estava em segundo plano, já que emergia a ação revolucionária, a criação de uma nova ordem constitucional em Roma delineada desde o início nos seus aspectos precisos. Em suma, segundo T. MOMMSEN, tratava-se não de evolução, mas sim de revolução com características decisivas, enquanto fundação de um Estado com colegialidade igual e ditadura extraordinária para casos de extrema gravidade, de modo que a ditadura romana, extraordinária, e a latina, ordinária e anual, pareciam fatos completamente diversos.

³¹ Conforme E. CIACERI, *Le origini di Roma: la monarchia e la prima fase dell'età repubblicana dal sec. VIII alla metà del sec. V a.C.*, Milano, Dante Alighieri, 1937.

³² F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 233-234; *Id.*, *Costituzione* cit. v. 1 (nota 5 *supra*), pp. 378-406. O autor vê as razões da colegialidade no acordo entre as duas classes para a admissão da plebe no exercício do poder da Magistratura em 367 a.C.

b) dissolução da Monarquia por uma constituição republicana de dois magistrados com poderes desiguais. A menção nas fontes de *praetor maximus*³³ deu ensejo a variadas discussões, servindo inclusive de argumento para a colegialidade diferenciada dos primeiros magistrados republicanos.³⁴

c) uma constituição de três pretores como a forma mais antiga da República romana.³⁵

³³ A propósito, vide nota 17 *supra*.

³⁴ Tanto os modelos de uma ditadura anual e uma colegialidade desigual foram influenciados de um lado pela história constitucional ateniense e de outro por exemplos das antigas magistraturas itálicas, conforme G. WESENBERG, v. *Praetor* cit. (nota 7 *supra*), pp. 1582-1587. Por outro lado, nos últimos tempos, certos autores, que acreditaram na Magistratura suprema única ou com colegialidade desigual, passaram a atribuir fidedignidade à versão tradicional, como V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota 2 *supra*), p. 407, em que aduz *in verità io stesso non saprei oggi negare ogni credito al racconto tradizionale, che pone in gran luce la cacciata della dinastia straniera e fa coincidere questa rivoluzione con la contrazione, storicamente certa anche nel tempo, dell'egemonia etrusca nell'Italia centrale: ma non per questo posso considerare di poco rilievo le circostanze che anch'io ho addotte altra volta in contrario, seguendo una già lunga tradizione scientifica* e F. DE FRANCISCI, *Primordia* (nota 7 *supra*), pp. 760-767, o último dos quais seguindo teoria de P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti del 2º Congresso Nazionale di Studi Romani*, v. 3, Roma, Paolo Cremonese, 1931, p. 94, segundo a qual o ordenamento centuriato implicava duplicação da legião e consequentemente advinha a necessidade de dois comandantes ou dois *praetores* já no período monárquico, remontando ao final do século VI a.C., concluindo que esses *praetores*, *che hanno avuto i loro precedente nell'ultima fase del regnum nascono quindi quali comandanti militari, e il loro numero è collegato con la duplicazione della legio. Tuttavia, mentre, durante il regnum, essi erano ausiliari, probabilmente straordinari, del rex, nella civitas, la cui direzione politica sta ora nelle mani dei patres, essi assumono una nuova posizione perchè divengono un organo di quella e sono nominati annualmente*. F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 236-238 e 246, porém, critica essa construção, aduzindo que o ponto central é o fato de o exército ter permanecido imutável em seus contingentes e na sua composição de quadros durante todo período monárquico, não havendo nenhum indício para se pensar na exigência de uma Magistratura dúplice para o comando de duas legiões. O mesmo para o início da República, pois, ainda que se admita que o exército romano passasse a ser constituído por duas legiões, não significa admitir necessariamente a existência de dois pretores com poderes iguais, ou seja, cônsules. A constituição republicana não exigia absolutamente que os comandantes das legiões fossem de grau semelhante. F. DE MARTINO conclui que os dados trazidos da composição do exército primitivo não autorizam a supor a existência de pretores no período monárquico e tampouco são decisivos para o consulado. Para ele, porém, a afirmação de que tenha havido apenas um magistrado supremo republicano não supera todas as dificuldades, já que a própria variedade de opiniões dos estudiosos é demonstração de quanto o caminho é obscuro. Para o autor, permanecem duas hipóteses fundamentais: uma da ditadura anual, como magistratura anual das origens e outra de um colégio de três pretores, um *maximus* e dois *minores*, permanecendo a discussão de que os primeiros magistrados republicanos tenham precedentes no período monárquico.

³⁵ Neste sentido, a partir de G. DE SANCTIS, *Storia* cit. v. 1 (nota 7 *supra*), p. 397, que reviu toda construção de T. MOMMSEN, retornando à ideia de *evolução*, referindo-se a uma gradual decadência da autoridade régia. Para ele, lentamente, o *rex* tinha decaído para *rex sacrorum* e paulatinamente os cônsules vieram a tomar suas funções estatais. Mas essa passagem gradual não teria ocorrido por meio da ditadura, mas sim por meio de três funcionários ou *praetores*, na origem, chefes das tribos, e depois apenas dois, porque um deles permanecia na cidade como *praetor urbanus* para administrar a justiça. Para S. MAZZARINO, *Dalla Monarchia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 93-94, a reação de G. DE SANCTIS à concepção de T. MOMMSEN fazia-se acompanhar de uma radical revisão da teoria evolutiva, ou seja, a evolução retornava, mas de modo diverso de W. IHNE (vide nota 30 *supra*), pois a passagem do *rex* aos dois cônsules ou *praetores* não tinha acontecido por meio de uma colegialidade desigual intermediária, ou seja, do rei aos dois pretores não se passava por meio do ditador e o seu *magister equitum*, mas sim por meio de três funcionários, já colegiados paritariamente na origem e só diferenciados, posteriormente, em dois *praetores* ou cônsules e um *praetor urbanus* subordinado. Defensores dessa teoria dos três *praetores* foram E. KORNEMANN, *Zur altitalischen Verfassungsgeschichte*, in *Klio*, 14, 1915, pp. 190-206 e K. J. A. BELOCH, *Römische Geschichte: bis zum*

Em suma, não se chegou a um consenso na doutrina, a qual se mostra incerta na reconstrução das fases e do desenvolvimento desta transformação.³⁶

Desenvolvendo a hipótese de que a Magistratura originária republicana tenha sido a ditadura, F. DE MARTINO destaca como as fontes são obscuras e confusas em relação à ditadura arcaica, a qual é apresentada pela tradição como uma restauração provisória da Monarquia por breves períodos de tempo e em circunstâncias de emergência.³⁷ As fontes antigas, porém, indicam apenas que *magister populi*³⁸ era o nome arcaico do ditador.³⁹

Beginn der Punischen Kriege, Berlin, de Gruyter, 1926, p. 232. Segundo G. WESENBERG v. *Praetor* cit. (nota 7 *supra*), pp. 1582-1587, já se antevia um terceiro magistrado, embora não permanente, como colega dois demais, o qual fazia parte do tribunado consular, em T. MOMMSEN, *Staatsrecht* cit. v.2 (nota 5 *supra*), pp. 190-192 e 193-238 e *Abriss* cit. (nota 5 *supra*), pp. 164-168, segundo o qual, com o advento das Leis *Licinia Sextiae* de 367 a.C., esse terceiro posto tornou-se permanente, repartindo a competência entre os três magistrados, tornando-se o terceiro pretor *collega minor* dos demais, que passaram a ser conhecidos como *praetores maximi* ou *consules*. Em suma, a partir desse potencial terceiro magistrado antevisto por T. MOMMSEN, teria surgido tentativa de parte da doutrina de esclarecer que a Magistratura suprema desde o início teria tido três postos e que a partir das leis de 367 a.C., a competência do pretor fora limitada a Roma para a administração da justiça, posicionando-se G. WESENBERG neste grupo de teorias. Outros autores defenderam a existência de três *praetores*, como F. LEIFER, *Studien* cit. (nota 7 *supra*), pp. 27, 93-100; A. HEUSS, *Imperium* cit. (nota 23 *supra*), pp. 57-78; C. GIOFFREDI, *Rex praetores e pontifices nell'evoluzione dal regnum al regime consolare*, in *BCAR*, 71, 1945, pp. 129-135; E. GJERSTAD, *Origins* cit. (nota 25 *supra*), p. 25; A. ALFÖLDI, *Zur Struktur des Römerstaates im 5. Jahrhundert v. Chr.*, in E. GJERSTAD (org.), *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandouevres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967, p. 238 e M. SCARLATA FAZIO, *Dalla magistratura unica alla collegiale*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, v.2, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 539-545, o qual também defendeu a existência de três magistrados desde o início da República e a existência do pretor anteriormene à data de 367 a.C..

³⁶ Também G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 34-35 resume as várias hipóteses doutrinárias para demonstrar as várias divergências. Descreve que muitos estudiosos consideram que o poder real tenha sido usurpado primeiramente pelo *magister populi* na qualidade de comandante militar supremo e depois se tenha passado a uma dualidade colegial com um gradual elevamento da posição subordinada do *magister equitum*. Alguns, por sua vez, consideram o *praetor* comandante da única legião romana, que substituiu o rei nas suas funções políticas, tendo sido duplicado com a exigência de criar uma outra legião, constituindo, assim, a Magistratura colegial dos dois pretores. Uma outra hipótese antevê num primeiro momento uma dupla de magistrados desigual (*praetor maximus-praetor minor*), provavelmente não muito diversa da dupla *magister populi-magister equitum*, e somente com o acordo patrício-plebeu de 367 a.C. teria havido a duplicação da pretura máxima e a formação do colégio consular com *par potestas* entre os dois membros, enquanto que teriam sido atribuídas funções exclusivamente jurisdicionais ao já existente *praetor minor*. G. NICOSIA, *ob.cit.*, pp. 37-40 apresenta também uma sua hipótese de reconstrução, acreditando que o rei tenha sido substituído por um chefe único, mas não vitalício, na pessoa do *magister populi* com toda probabilidade e depois do decenvirato legislativo, os poderes supremos teriam sido conferidos a uma diarquia. A hipótese é semelhante àquela de F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp.217-249.

³⁷ *Cic. de rep.* 2.32.56: *atque his ipsis temporibus dictator etiam est institutus decem fere annis post primos consules, T. Larcius, nouumque id genus imperi uisum est et proximum similitudini regiae* (nessa mesma época, cerca de dez anos depois da nomeação dos primeiros cônsules, foi instituído o ditador pela primeira vez na pessoa de T. Lárccio, cujo *imperium* pareceu de um gênero novo e ao mesmo tempo próximo daquele do rei); *Liv.* 8.32.3.

³⁸ Sobre o *magister populi*, vide G. VALDITARA, *Studi sul magister populi. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani*, Milano, Giuffrè, 1989.

³⁹ *Cic. de rep.* 1.40.63; *de leg.* 3.3.9, 4.10; *de fin.* 3.22.75, *Varr. ling.lat.* 5.82; 6.61. *Fest. v. optima lex* p. 216L: *in magistro populi faciundo, qui vulgo dictator appellatur, quam plenissimum posset ius eius esse significabatur, ut fuit Mani Valerii. M. F. Volusinae gentis, qui primus magister a populo creatus est.*

Aceitando-se também a existência de um *praetor maximus* e supondo que o magistrado republicano originário seja o *magister populi*, tenta-se estabelecer a relação entre ambos.⁴⁰ O *magister populi*, que sucedeu o rei, tinha os mesmos poderes e a mesma posição constitucional, salvo o caráter temporário da Magistratura e a dependência do Senado. O *imperium* não tinha limites constitucionais, que tiveram início, segundo a tradição, com a primeira *lex Valeria de provocatione*⁴¹ do início da República. Como consequência, na época decenviral, foi abolido o magistrado ordinário com *imperium* ilimitado, ou seja, o *magister populi*, e foi introduzido um novo magistrado sujeito à *provocatio ad populum*, o qual teve o nome de *praetor maximus* e teve nas suas dependências um *praetor minor*. De tal transformação constitucional, derivou também a origem da ditadura como magistratura extraordinária. A colegialidade desigual desapareceu das fontes, porque pertencia ao primeiro período incerto e confuso da República e porque estava em contraste com a constituição do período mais recente. Porém, os indícios que permaneceram, como o *praetor maximus* e a proibição de nomear magistrados *sine provocatione*, são bem significativos.⁴²

Sob o ponto de vista político e jurídico, a instituição dos *tribuni militum consulari potestate* prepara os acordos, que resultaram nas Leis *Liciniae Sextiae* de 367 a.C., sobre a parificação política das classes para a Magistratura superior. Com elas, pode-se considerar quase concluído o longo período de formação da constituição republicana, a qual foi o resultado da luta de classes, abrindo a via para a formação de uma nova aristocracia, a *nobilitas* patrício-plebeia.⁴³

Postquam vero provocatio ab eo magistratu ad populum data est, quae ante non erat, desitum est adici "ut optima lege", ut pote imminuto iure priorum magistrorum.

⁴⁰ *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp.242-244. F. DE MARTINO considera difícil acreditar que se trata de duas diferentes denominações de uma magistratura apenas.

⁴¹ Sobre a *provocatio ad populum*, vide item 4.3 *infra*. F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 245-246; *Id.*, *Costituzione* cit. v. 1 (nota *supra*) pp. 165-171, 357-360, porém, acredita que tais limites tenham sido introduzidos com uma das leis *Valeriae Horatie* do período decenviral, a qual não dispunha que o *imperium* do magistrado fosse sujeito à *provocatio ad populum*, mas sim estabelecia a proibição de proceder à *creatio* de magistrados não sujeitos à *provocatio*, a qual se tornou obrigatória depois que a Lei das XII Tábuas tinham reconhecido a competência da assembleia centuriata para os processos capitais.

⁴² F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 244-246. O autor considera difícil dizer se já eram atribuídos poderes de caráter jurisdicional a um ou outro pretor. Ele observa, porém, que os escritores latinos falam do pretor como se fosse mencionado na Lei das XII Tábuas, de modo que o mais importante é destacar que se o *praetor* já existe na Lei das XII Tábuas, a *lex Valeria de provocatione* teve o objetivo de reforçar a nova Magistratura e de sancionar a definitiva transformação do *magister populi* em magistrado extraordinário livre da *provocatio*.

⁴³ F. DE MARTINO, *Origine* cit. (nota 7 *supra*), pp. 246-249. O autor lembra que a instituição dos decênviros, que não foram apenas legisladores, mas constituíram um colégio de magistrados, que assumiu o poder, além das transformações jurídicas e constitucionais que seguiram, foram um momento importante da luta entre patrício e plebeus. Porém, tais lutas continuaram por cerca de oitenta anos, até as leis *Liciniae Sextiae*, que tiveram como objeto a solicitação plebeia de uma diversa configuração do Estado, que implicasse paridade

2.3. A RELIGIÃO ROMANA ARCAICA

Neste subitem, tratar-se-á da religião romana arcaica ⁴⁴ e a relação entre religião e direito.

Pode-se falar das relações entre Religião e Direito sob dois aspectos. Se a religião se dirige somente à consciência do homem, prescrevendo-lhe ações conforme as regras do direito positivo, favorece a aplicação desse, mas dele permanece distinta. Se a religião, além de prescrever uma determinada conduta, também tem a forma de colocá-la em prática, como quando a religião é função de Estado, os sacerdotes são órgãos públicos e a força estatal sanciona os preceitos religiosos, tal como ocorria com os Romanos, que reconheciam requisitos de juridicidade na norma religiosa. De fato, trata-se de constatação comum que, perante os povos arcaicos, a religião tenha eficácia constitutiva em relação a alguns preceitos, o que é enunciado, frequentemente, pela existência de uma mescla entre direito e religião, fundando-se tal observação em experiências históricas e etnológicas. ⁴⁵

das classes no governo. Abriu-se, pois, um longo período de instabilidade constitucional, durante o qual se procedeu à nomeação de magistrados ordinários, ou seja, dos dois *praetores* patrícios com poderes desiguais, ou se atribuía o *imperium* aos *tribuni militum*, os comandantes das seções do exército, que podiam ser também plebeus.

⁴⁴ Sobre problemas gerais da ciência das religiões, vejam-se G. VAN DER LEEUW, *Phénoménologie de la religion*, Paris, 1948; G. MENSCHING, *Allgemeine Religionsgeschichte*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1940; *Id.*, *Soziologie der Religion*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1947; M.P. NILSSON, *Geschichte der griechischen Religion*, München, C.H.Beck, 1941, pp. 34-58. Sobre a religião romana, vejam-se: G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München, C.H. Beck, 1912; F. ALTHEIM, *Römische Religionsgeschichte*, Berlin, de Gruyter, 1931; A. GRENIER, *Les religions étrusque et romaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1948; H. WAGENVOORT, *Wesenszüge altrömischer Religion*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp. 348-376; H. HOMMEL, *Vesta und die frühromische Religion*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp.397-420; R. SCHILLING, *La situation des études relatives à la religion romaine de la République (1950-1970)*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp. 317-347, inclusive para maiores indicações bibliográficas.

⁴⁵ P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 19, 1953 (=in *Studi di Diritto Romano*, v. 1, Padova, Cedam, 1985, pp. 213-216). Para o autor, os problemas concernentes ao mais antigo ordenamento religioso romano podem ser assim delineados: a) individualização dos preceitos e institutos, que devem ser qualificados como devidos à religião, sendo ponto conexo se essas disposições podem ser enquadradas de qualquer forma dentro de um sistema, ou seja, um ordenamento religioso; b) qualificação de ordenamento religioso, ou seja, pesquisa sobre a questão de poder ser-lhe reconhecido o caráter de juridicidade; c) relação entre ordenamento religioso e ordenamento não religioso, ou seja, se o ordenamento religioso é exaustivo por si só ou se coexiste integrando-se com um outro de caráter diverso; d) origem histórica e fundamento ideal do ordenamento religioso romano; e) seu desenvolvimento e exaustivo esgotamento. Esses problemas foram considerados pelos estudiosos de maneira variada. Para P. VOCI, em geral, pode-se dizer que o problema da extensão tenha sido mais estudado e resolvido no sentido afirmativo, ou seja, admitiu-se um âmbito notável de institutos munidos de caráter religioso, opinião essa dominante. Contudo, os outros problemas foram menos estudados pela doutrina. O primeiro tratado rigoroso sobre o argumento deve-se a R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 1, 6ª ed., Leipzig, Breitkopf

No tocante às relações entre Direito e Religião, a doutrina romanística foi muito influenciada pela hipótese de T. MOMMSEN, o qual reconheceu a contribuição da religião e ao mesmo tempo fixou os respectivos âmbitos. Para o autor, existe uma fundamental diferença entre a Monarquia e a República, à medida que a primeira concentra os poderes civil e religioso nas mesmas mãos, ao passo que a segunda estabelece a separação entre ambos. Deste modo, as normas da religião intervêm quando há necessidade de preencher uma lacuna do direito. Porém, como o chefe político também é o sumo sacerdote, as sanções provêm do mesmo órgão, acarretando que a pena de morte seja concebida como sacrifício. Para T. MOMMSEN, religião não é direito, e somente pode ocorrer que determinada sanção tenha fundo religioso, porque há coincidência entre as figuras de chefe político e religioso. Não se coloca o problema da qualificação de juridicidade da norma religiosa, justamente porque o que é religião não é direito.⁴⁶

Estudos posteriores objetivaram novamente estabelecer o âmbito das influências religiosas e começaram a mencionar a magia, advindo várias contribuições tendentes a reconhecer a relevante influência da religião.⁴⁷

Essa nítida separação entre Direito e Religião representa muito provavelmente uma transferência de ideias liberais para esse campo. A ideologia liberal propugna o princípio da separação da Religião do Direito, pois aquela é um fato de consciência e deve permanecer como tal, não podendo impor-se, salvo com a persuasão privada de qualquer apoio secular. O princípio liberal, porém, não pode ser adotado como modelo de conhecimento para definir a religião em suas manifestações históricas.⁴⁸

und Härtel, 1907, pp. 265-311, que enumera uma série de casos, em que a influência da religião é visível, ocupando-se também da relação entre os institutos de origem religiosa e aqueles de origem diversa e admitindo a coexistência de um ordenamento jurídico e de um ordenamento religioso. Para D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, trad. port. Fernando de Aguiar, *A cidade antiga*, 5ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2004, todo o direito privado e público é relacionado a origens religiosas. Como é cediço, sua obra é caracterizada não apenas por esse nítido posicionamento religioso, mas também pelo fundamento comparatístico, já que os antigos direitos romano, grego, indiano são explicados do mesmo ponto de vista.

⁴⁶ *Staatsrecht* cit. v. 2.1 (nota 5 *supra*), pp. 13, 18, 42, 50. Porém, o isolamento (*Isolierung*) antevisto por T. MOMMSEN entre Direito e Religião também foi objeto de críticas. A propósito, vide item 2.4 *infra*.

⁴⁷ A propósito, confira-se a bibliografia indicada por P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), p. 219, n.22. Também vê a religião como ordenamento independente M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*, Weimar, Böhlau Nachfolger, 1943; *Id.*, *Das altrömische Ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 337; *Id.*, *Religione e diritto in Roma Arcaica*, in *Annali Catania*, 3, 1949, o qual faz a distinção entre direito sacro (*sakrales Recht*) e direito profano (*weltliches Recht*), mas vê os dois ordenamentos como não coordenados no sentido de que um preencha as lacunas do outro, sendo, ao contrário, concorrentes entre si, vindo a concluir no mesmo sentido de T. MOMMSEN, ou seja, de que a religião não dita um dever jurídico ao homem.

⁴⁸ P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 220-223. O autor coloca três pontos de partida para um exame isento acerca da exata qualificação do significado da religião: a) a uma norma não se podem negar os dados essenciais da juridicidade, mesmo se presentes, no seu aspecto funcional, caracteres esses que a

Vejamos, pois, em breves linhas, o ordenamento religioso romano com suas ideias fundamentais e seu funcionamento. É comumente considerado que a religião romana tenha um aspecto jurídico, o qual se vê, frequentemente, pelo fato de que a relação entre o homem e o além é nítida e rigorosa, ou seja, o romano dá ao além para receber (*do ut des*) e dá com fórmulas em que são definidos, com precisão, os deveres recíprocos do homem e do deus.⁴⁹

O ordenamento religioso romano baseia-se em três ideias fundamentais: a *pax deorum*, a solidariedade de grupo e o legalismo.⁵⁰

a) *Pax deorum*⁵¹ é a situação pela qual os deuses estão em *amicitia* com os homens, aos quais concedem os benefícios que esses esperam daqueles. A religião romana não é de ímpetos, mas de equilíbrio, em que as relações entre os deuses e os homens são reguladas de forma em grande parte definida, sendo claro o que os homens desejam dos deuses e o que os deuses desejam dos homens. Quando os homens cumprem os seus deveres de *iustitia adversus deos*,⁵² existe a *pax deorum*, ou seja, o estado de *pietas*⁵³ do povo romano.⁵⁴

afastam da nossa experiência jurídica atual; b) a opinião contrária de que direito e religião são momentos distintos do espírito e excluem-se reciprocamente deve ser considerada falaz; c) a contrapenetração do direito e religião é, fenomenologicamente, uma experiência de incontestável importância, que deve ser apreciada na sua particularidade histórica sem contaminações de ideias provenientes de experiências distintas. Para ele, podem coexistir religião e direito em apenas uma norma idêntica. Sob o aspecto fenomenológico, a determinação de uma esfera, que seja exclusiva da religião, é impossível de ser encontrada, pois a religião quanto mais intensamente é vivida, tanto mais constitui a essência de cada ato humano, o que vale tanto para a religião individual, quanto para a social. No segundo caso, ocorre um fenômeno paralelo, pois a religião é regulada e regulante segundo um ordenamento que une todos os membros da comunidade. São, pois, situações históricas diversas, mas não uma diferença natural entre direito e religião. P. VOCI conclui que uma norma religiosa, em que ocorram os dados essenciais da juridicidade, não apenas se pode, mas também se deve definir como jurídica, já que a referência à religião seria genérica e não incluiria uma qualificação exauriente em si mesma, enquanto que a referência à categoria do direito importa uma qualificação específica, e assim torna possível uma definição correta. Tal definição segundo a categoria da juridicidade não exclui, naturalmente, a referência à particularidade da norma, ou seja, não exclui a consideração fenomenológica dela. E tal consideração pode ser concluída na seguinte comparação. Enquanto o direito prescreve ao homem: *deve comportar-se assim, porque todos seus semelhantes pretendem isso de você*, a norma arcaica de origem religiosa diz: *você deve comportar-se assim, porque os deuses assim querem e se não se comportar do modo estabelecido, os deuses vingam-se de você e de nós (responsabilidade coletiva), do qual decorre o dever comum de intervir e punir*, ou seja, a impossibilidade de conceber as consequências do ilícito como coisas que se regulam diretamente entre a divindade e o indivíduo, do qual decorre a juridicidade do ordenamento e da sanção.

⁴⁹ G. WISSOWA, *Religion* cit. (nota 44 *supra*), p. 382, 394-398. Segundo P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 223-224, porém, tal qualificação não tem sido bem aceita, já que o utilitarismo e a precisão não são circunstâncias, que tenham elementos essenciais de juridicidade pela sua própria natureza, e ultimamente se tem colocado em dúvida se a fórmula *do ut des* informa por si mesma o espírito da oração romana.

⁵⁰ P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 224-226.

⁵¹ Liv.3.7.7; 3.5.14; 3.8.1; Cic. *Rab.perd.* 2.5; Gell. 13.23.13.

⁵² Cic. *de nat.deor.* 1.41.116.

⁵³ Segundo A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine – Histoire des Mots*, 4ª ed., Paris, Klincksieck, 1979, pp. 510-511, *pietas* é derivado de *pius*, que significa *pio*, em sentido sacro e

b) A *pietas* é um estado coletivo, já que seu sujeito é toda a comunidade. Pode-se falar de solidariedade de grupo, a qual tem dois aspectos. O primeiro deles é o culto realizado pela comunidade, não tendo muita importância a devoção individual. O segundo aspecto, por sua vez, implica que o ato realizado por um só indivíduo pode perturbar a *pax deorum* relativa a todos, pois existe uma regra de responsabilidade coletiva, pela qual a *pax deorum* é indivisível. Essa é a razão por que a religião romana é decididamente uma religião de Estado, de sorte que é natural que os interesses coletivos sejam tutelados por ele. O princípio da responsabilidade coletiva é composto do seguinte aforisma: a *pax deorum* pode ser perturbada por um apenas, mas deve ser restabelecida em benefício de todos, porque, em caso contrário, os deuses mandam danos, que atingem todos. A ideia de responsabilidade coletiva está entre as mais tenazes do paganismo.⁵⁵

c) *Legalismo religioso* é o conjunto de regras que ensina a manter a *pax deorum*, o qual contém normas relativas ao culto e outras que regulam o comportamento do homem em relação aos semelhantes. As infrações a elas são concebidas como rituais e as sanções a elas são religiosas. A regulamentação minuciosa de cada ato humano é característica do legalismo e sob esse aspecto encontram-se situações análogas perante os hindus, os persas, os hebreus e os maometanos. Entre os gregos e os romanos, também está presente o legalismo apesar de em menor medida. O legalismo em Roma, prescrevendo a

profano, atributo daquele que cumpre seus deveres em relação aos deuses, em relação aos pais. Tem frequentemente o sentido de *purificar, realizar um sacrifício, expiar. Pietas* em relação aos deuses, aos genitores, por sua vez, aparece como sentimento do dever, surgindo na época imperial o sentido de *ter piedade de alguém*.

⁵⁴ Conforme P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 226-243, a *pax deorum* assegura uma vida civil ordenada ao povo romano com a ausência dos danos que são temidos por toda comunidade. Ademais, permite-lhe pedir aos deuses os favores de que tem necessidade. As relações com os deuses ocorrem por meio do sacrifício e da prece, sendo ambos atos conexos, já que não existem independentemente. Segundo a opinião tradicional, o sacrifício era visto com o princípio *do ut des* (vide nota 49 *supra*), vendo-se nele o *contratualismo* dos romanos. Posteriormente, a tendência foi interpretar o sacrifício do ponto de vista mágico, pois estabelece uma corrente de *potência* do homem ao deus, corrente essa que torna aquele mais forte. P. VOCI, porém, prefere a interpretação de que se trata de um apelo à *iustitia* do deus invocado. O sacrifício e a prece podem ser executados por quem se encontre em condições de pureza ritual, ou seja, somente quem é puro pode ter relações com os deuses. Em sentido estrito, a pureza ritual é uma condição meramente física. Em sentido amplo, a pureza ritual é de quem cumpriu certos preceitos de índole moral. Em geral, é ritualmente puro quem obedecer aos preceitos da mais variada natureza ditados pelo legalismo religioso. A impureza exclui *ipso iure* o sujeito da possibilidade de comunicar-se com os deuses. P. VOCI, *ob.cit.*, pp. 230-236 elenca vários casos de impureza, de como extirpá-la, sendo a principal delas o *piaculum* ou sacrifício expiatório. Também elenca os casos inextirpáveis para os quais se prevê a exclusão da comunidade pela *consecratio capitis* ou eventualmente a *consecratio capitis et bonorum*. A propósito, vide item 4.1 *infra* e nota 128 *infra*.

⁵⁵ As turbações da *pax deorum* com as relativas consequências são muito retratadas pelos analistas romanos, havendo inúmeras menções em Tito Lívio, conforme P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), p. 225, n. 8.

conduta em relação aos deuses, determina tanto normas de decisiva importância social, quanto normas que sejam obstáculos à livre atividade dos homens.⁵⁶

A *pax deorum* é objeto de cuidado constante por parte de um sacerdócio bem organizado, o qual é emanção direta do Estado para cumprimento do interesse coletivo.

Entre os sacerdotes, que estão em contato mais próximo com as divindades, destaca-se o *flamen Dialis*,⁵⁷ que é o sacerdote do maior deus da cidade. As várias prescrições a ele atinentes têm, em grande parte, o objetivo de mantê-lo sempre *feriatus*, ou seja, como deve encontrar-se em dia de festa. Ele é sempre ritualmente puro e portanto está em permanente possibilidade de comunhão com o divino, de modo que é o melhor intermediário entre o deus e os homens.

Outrossim, havia o colégio pontifical. Os pontífices tinham específicas atribuições rituais, mas sua importância estava mais naquilo que sabiam do que faziam. Conheciam as formas exatas dos cultos, sabiam como interpretar os sinais mais variados mandados pelos deuses, custodiavam o calendário. Também eram competentes em matéria de expiações e sacrifícios, sendo de seu conhecimento toda teoria da pureza. Destarte, são os naturais depositários da *pax deorum*. Com sua competência teórica e de consulta, compreende-se a importância de sua obra para o direito público e privado. O julgamento da necessidade da expiação e sua forma faz que o colégio se pronuncie sobre uma série de questões: nomeação e competência dos magistrados, culpas deles e dos demais cidadãos. O conhecimento do calendário permite-lhes o controle religioso de cada ato público. A

⁵⁶ P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), p. 244-247 procura fixar, de forma esquemática, os pontos que fazem parte do legalismo religioso: a) as proposições relativas aos deuses, como o número deles e a esfera de cada qual; b) as proposições relativas às coisas sacras; c) as proposições relativas aos ritos: sacrifícios, preces, festas, jogos etc; d) proposições relativas aos atos contrários à religião e, especificadamente, conexas com a ordem dos sacerdócios ou ordem das coisas sacras ou ordem dos ritos ou ordem moral e política. Um certo ato pode ser atraído à órbita sacra por meio do juramento, de modo que todos casos de juramento entram no âmbito do legalismo religioso. Para o autor, não há dúvida de que o legalismo religioso deva receber a qualificação de ordenamento composto por institutos que são fundados em princípios comuns e ligados entre si em um sistema. Porém, não compreende todo o ordenamento da *civitas*, já que nem todos institutos jurídicos têm fundamento e caráter religioso. Portanto, existe uma duplicidade de ordenamentos, tendo cada qual características próprias. P. VOCI, *ob.cit.*, pp.248-270 analisa a disciplina do legalismo religioso incorporada nas *leges regiae* atribuídas sobretudo ao rei Numa Pompílio, que é visto na tradição romana como o segundo fundador da cidade com as leis e a religião. As várias normas a ele atribuídas têm em comum a presença de dois elementos entrelaçados entre si: religioso-ritual e ético-jurídico. Apesar das dúvidas trazidas pela crítica moderna à tradição, para P. VOCI, não há dúvidas em relação a três pontos: a) ao *rex* coube um poder de ordenação; b) o *rex* usou desse poder, emanando disposições normativas; c) essas disposições tiveram que ser reunidas e custodiadas nos arquivos dos pontífices. A propósito, das *leges regiae*, vide nota 122 *infra*.

⁵⁷ Gell. 10.15-16.

custódia das formas rituais torna-os os letrados da comunidade e portanto os guardiões dos documentos escritos e formulários de todo tipo.⁵⁸

Em suma, o direito sacro é parte do ordenamento da *civitas* e é uma emanção de sua autoridade, a qual pode ditar normas de âmbito religioso ou profano.⁵⁹

2.4. SACERDOTIUM, REX E MAGISTRATUS

Neste item, trataremos das relações da religião com a Monarquia e a Magistratura republicana, além do *ius publicum*.

Não se duvida de que os elementos religiosos tenham sido dominantes na organização política de Roma, pelo menos mais antiga.⁶⁰

Em relação à figura do antigo *rex*, não é incorreto qualificá-lo de *rei-sacerdote*. Porém, tal qualificação pode dar margem a equívoco, já que o sacerdócio é função específica, que se dirige a determinada realidade, ao passo que, no antigo *rex*, ele aparece como manifestação necessária de sua posição soberana.⁶¹

O rei não reveste as duas funções de chefe político e sacerdote, mas sim concentra em si a máxima sacralidade e, pois, o poder mais elevado, manifestando-o perante os demais membros da comunidade. Porém, essa mesma *humanidade* da religião,

⁵⁸ Nesse sentido, P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 242-243 e F. ALTHEIM, *Religionsgeschichte* cit. (nota 44 *supra*), p. 199.

⁵⁹ O que tem dois aspectos de grande importância, segundo P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), p. 276. De um lado, a ideia de simples contraposição entre religião e direito mostra-se falaz. De outro lado, a juridicidade das normas do ordenamento religioso demonstra falsa a ideia, segundo a qual o direito privado romano subtrai-se à influência do legislador e a *patria potestas* é intangível, pois é o próprio ordenamento religioso, que a limita e até mesmo a protege em determinados casos.

⁶⁰ Para aprofundamento sobre o direito sacro e religião romana, além da bibliografia indicada (nota 44 *supra*), vejam-se: J. BLEICKEN, *Kollisionen zwischen sacrum und publicum. Eine Studie zum Verfall der altrömischen Religion*, in *Hermes*, 85, 1957, pp. 446-480 (= in *Gesammelte Schriften*, v. 1, Stuttgart, Franz Steiner, 1998, pp.431-465), que estuda a *provocatio* contra o pontífice máximo e a *obnuntiatio*; R. DÜLL, *Rechtsprobleme im Bereich des römischen Sakralrechts*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp. 283-294; B. GLADIGOW, *Die sakrale Funktion der Liktoren. Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation*, in *ANRW*, 1.2, 1972, pp. 295-313.

⁶¹ Para C. GIOFFREDI, *Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani*, in *Iura*, 9, 1958, pp. 23-25, a diferenciação não é sutileza, porque assim se entende como as atribuições do rei, somente por aproximação, podem ser definidas como sacerdotais e como, de fato, o verdadeiro sacerdócio logo se afirma de forma autônoma em relação à autoridade política. É provável que o chefe de uma comunidade primitiva se imponha e seja reconhecido como tal em razão de seus atributos intelectuais e físicos, os quais são entendidos como manifestações intensas da força misteriosa que anima as coisas. Deste modo, pode ser explicado como o rei, de um lado, seja visto como personificação da divindade, intérprete da vontade divina, representante dos deuses perante a comunidade e, de outro lado, como deve demonstrar, por meio dos ritos, a assistência divina permanente. Como exemplos, o triunfador, que aparece como o próprio Júpiter no triunfo, a qualificação de *optimus augur*, os quais fazem do rei primitivo mais do que um sacerdote, mas sim um personagem sacro.

essa sacralidade, mas não autêntica religiosidade do chefe político, acabam por gerar a distinção entre as funções sacrais e sociais e a figura do sacerdote. A diversidade dos fins leva à diferenciação das funções. Quando qualquer das funções, sociais ou sacras, adquire tecnicismo, mesmo por necessidades práticas, vem a dividir-se.⁶²

O magistrado republicano, por sua vez, tem *auspicium*⁶³ e cumpre atos de culto, sendo ambas funções relevantes. O *auspicium* compete ao magistrado em vista a finalidades práticas, não estritamente culturais, que deve cumprir.⁶⁴

Emblemática neste sentido, a definição extraída do Digesto acerca da distinção entre Direito Público e Direito Privado.

D.1.1.1.2 (Ulp. *1 inst.*): *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius es quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit...*

⁶² C. GIOFFREDI, *Attribuzioni sacrali* cit. (nota 61 *supra*), pp. 23-24. O autor exemplifica com a necessidade de o *rex* ter que deixar a cidade, invadindo território do povo vizinho e travando guerra com o inimigo, de modo a não poder subtrair-se das interdições impostas a quem personifica a divindade, quais sejam, de não afastar-se do lugar de culto e de manter-se em estado de pureza ritual. Logo, não pode cultivar o complexo de conhecimentos técnicos, que se tornam cada vez mais elaborados. C. GIOFFREDI acredita que o processo de laicização já esteja em curso durante o período monárquico ao confinar a figura do rei como personagem puramente sacro. Com efeito, já na Monarquia, o *flamen dialis* é considerado incorporação do deus, portador de energia sacra, que é vinculado a várias interdições, que não mais incidiam sobre o rei. A propósito, vide nota 60 *supra*. A capacidade de entender os sinais divinos torna-se uma ciência e por isso não pode mais ser possuída pelo chefe político, mas sim por quem se dedica a seu estudo e a sua elaboração: os áugures. Para o autor, a consolidação do colégio pontifical e particularmente do *pontifex maximus*, como sumo sacerdote, conclui o processo de laicização do *rex*. No entanto, acreditamos ser prematura a referência à conclusão de processo de laicização já na Monarquia, sobretudo considerando a relação entre direito e religião exposta no item 2.3 *supra* e a seguir.

⁶³ Sobre o *auspicium* e o direito augural, vejam-se: G. WISSOWA, v. *Auspicium*, in *RE*, 2.2, pp.2580-2587; A. BOUCHÉ-LECLERCQ, v. *Auspicia*, in *DS*, 1.1, pp.580-585; F.M. DE ROBERTIS, v. *Auspicia*, in *NNDI*, 1, pp. 1546-1547; T. MOMMSEN, *Staatsrecht* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp.76-116; C. GIOFFREDI, *Attribuzioni sacrali* cit. (nota 61 *supra*), pp. 22-49; P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, Giappichelli, 1960; P. DE FRANCISCI, *Auspicium imperiumque* cit. (nota 23 *supra*), pp. 397-432; A. MAGDELAIN, *Auspicia ad patres redeunt*, in *Hommages à J. Bayet (Collection Latomus, 70)*, 1964, pp.427-473 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp.341-383); J. LINDERSKI, *The Augural Law*, in *ANRW*, 16.3, 1986, pp. 2146-2312; W. KUNKEL e R. WITTMANN, *Staatsordnung* cit. (nota 5 *supra*), pp. 28-38; J. BLEICKEN, *Amtsgewalt* cit (nota 23 *supra*), pp. 3-24.

⁶⁴ Não obstante, C. GIOFFREDI, *Attribuzioni sacrali* cit. (nota 61 *supra*), pp. 25-26 afirma que falta rastro de intrínseca capacidade sacra do magistrado e que o *auspicium* implica apenas a capacidade que cada privado possui. Mesmo os ritos religiosos que intervêm no ato da eleição não são tais a dar ao magistrado uma veste sacral.

D.1.1.1.2 (Ulp. *1 inst.*): o estudo [do direito] têm duas posições, público e privado. O direito público é aquele que concerne ao Estado romano, ao passo que o privado à utilidade dos indivíduos. Logo, são alguns de utilidade pública, outros privada. O direito público compõe-se das coisas sacras, dos sacerdócios e das Magistraturas...⁶⁵

A definição do Direito Público de Ulpiano suscita controvérsia justamente por envolver elementos (*sacra, sacerdotibus*), que seriam com ele incompatíveis no direito moderno.⁶⁶

Com efeito, o sistema romano antigo, seja pré-cristão ou cristão, não conheceu o isolamento de Direito em relação à Religião ou à Moral, que caracteriza as sociedades contemporâneas, de modo que não seria correto distinguir *magistratus* e *sacerdotia* ou *sacerdotium* e *imperium* com a moderna contraposição entre *religião* e *política*.

Contudo, sacerdócios e magistraturas distinguem-se nitidamente pelo menos desde o início da República pelo diverso fundamento do poder: divino para os primeiros e populares para os segundos. Os *auspicia populi* são fundamento dos *auspicia magistratuum*, ou seja, apenas auspícios dos magistrados, e não dos sacerdotes, encontram sua base nos *auspicia* dos Quirites.⁶⁷

Em suma, temos que ter presente a forte conexão entre os elementos religioso e jurídico no âmbito do Direito Público romano, o que também concerne à questão das origens do processo civil.

⁶⁵ Sobre Ulpiano, veja-se P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in *SDHI*, 34, 1968, pp. 363-375.

⁶⁶ Conforme visto acima (nota 46 *supra*), T. MOMMSEN, baseado no liberalismo do século XIX, delimitou bem claramente os campos do Direito e da Religião entre os romanos, considerando-os separados entre si. É o chamado *Isolierung* (isolamento) por parte da doutrina. Tal posição é criticada por P. CATALANO e P. SINISCALCO, *Laicità tra diritto e religione. Documento introduttivo del XIV Seminario*, in *Index*, 23, 1995, pp. 461-469, que consideram que o sistema romano antigo, seja pré-cristão ou cristão, não conhece o isolamento do direito em relação à moral ou à religião. Sobre a distinção entre direito público e direito privado, veja-se M. KASER, *'Ius publicum' und 'ius privatum'*, in *ZSS*, 103, 1986, pp.1-10.

⁶⁷ Nesse sentido, P. CATALANO, *Elementi romani della cosiddetta laicità*, in *Index*, 23, 1995, pp.477-480; *Id.* e P. SINISCALCO, *Laicità tra diritto e religione* cit. (nota 66 *supra*), pp. 462-463.

3. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO

No presente capítulo, tentaremos analisar, ainda que sucintamente, aspectos da administração da Justiça em sistemas jurídicos antigos diversos do romano, a fim de verificarmos se podemos extrair elementos para subsidiar a resolução do problema principal.

3.1. ANTIGO DIREITO BABILÔNICO

A conservação do Código de Hamurábi e de arquivos de natureza judiciária permite-nos conhecer parte considerável do antigo direito babilônico.⁶⁸

Os antigos reis mesopotâmicos ocupavam-se, pessoalmente, da distribuição da justiça, o que é bem documentado pelas atividades do rei Hamurábi, o qual demonstrava muita diligência no exercício da função. Ele não só proferia as decisões pessoalmente, mas também desejava ser informado dos julgamentos em casos delegados. O rei pronunciava julgamentos em casos específicos, nos quais as partes dirigiam-se a ele para tanto. Se um litigante levasse o caso perante o rei, a causa podia ser examinada e julgada em três diferentes maneiras: o próprio rei instruía o caso e proferia o julgamento final; o rei decidia em relação à questão de direito e enviava o caso para decisão das questões de fato aos juízes locais ou autoridades; o rei enviava o caso inteiro para os juízes locais.⁶⁹

⁶⁸ Sobre o antigo direito babilônico, vejam-se: R.F. HARPER, *The Code of Hammurabi, King of Babylon, about 2250 B. C. : autographed text, transliteration, translation, glossary, index of subjects, lists of proper names, signs, numerals, corrections and erasures, with map, frontispiece and photograph of text*, 2ª ed., Chicago, University Press, 1904 (reimpressão microfilme, Ann Arbor, University Microfilms, 1959); A. WALTHER, *Das altbabylonische Gerichtswesen*, Leipzig, J.C. Hinrich, 1917; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, Leipzig, Veit, 1917; J.G.LAUTNER, *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrechte*, Leipzig, Theodor Weicher, 1922; E. CUQ, *Études sur le droit babylonien: les lois Assyriennes et les lois hittites*, Paris, Geuthner, 1929; C. WUNSCH, *Und die Richter berieten... Streitfälle in Babylon aus der Zeit Neriglissars und Nabonids*, in *AfO*, 44-45, 1997-1998, pp. 59-100; *Id.*, *Die Richter des Nabonid*, in *Assyriologica et Semitica. Festschrift für Joachim Oelsner*, Münster, Ugarit, 2000; F. JOANNÈS (org.), *Rendre la justice em Mésopotamie. Archives judiciaires du Proche-Orient ancien (III – I millénaires avant J.-C)*, Saint-Denis, PUV, 2000; E. DOMBRADI, *Die Darstellung des Rechtsaustrags in den Altbabylonischen Prozessurkunden*, Stuttgart, Franz Steiner, 1996; H.D. VIEL, *Der Codex Hammurapi*, Göttingen, Ruprecht, 2002; W. SOMMERFELD, *Der Beginn des offiziellen Richteramts im Alten Orient*, in J.HENGSTL e U. SICK (org.), *Recht gestern und heute. Festschrift zum 85.Geburtstag von Richard Haase*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2006, pp.3-20.

⁶⁹ W.F.LEEMANS, *King Hammurapi as Judge*, in *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David dedicatae*, v.2, Leiden, E.J.Brill, 1968, pp. 105-129; *Id.*, *Hammurapi's Babylon, centre of trade, Administration and Justice*, in *Sumer*, 41, 1985, pp. 91-96. Em sentido diverso, E. DOMBRADI, *Darstellung cit.* (nota 68 *supra*),

Os órgãos da jurisdição na época do antigo direito mesopotâmico eram variados. Preponderantemente, era exercida por colégios de juízes, os quais eram designados de acordo com a sede, circunscrição ou local do litígio.

Ao lado deles, havia diferentes órgãos e funcionários, que exerciam a jurisdição e também o próprio rei. Essencialmente, os juízes exerciam a jurisdição em conjunto com membros da comunidade local ou com funcionários nos casos concernentes a interesses da administração real.

Ocasionalmente, os juízes delegavam a produção das provas ou todo o processo aos anciãos, sobretudo quando a instrução exigisse o testemunho ou conhecimento do próprio local. Às vezes, chamavam a *cidade (alum)*, o *distrito (babtum)* ou a *câmara de comércio (karum)*, os quais não julgavam sozinhos diversamente dos anciãos ou da assembleia popular. O compartilhamento da jurisdição com os diversos órgãos é influenciado pelas tradições locais e pelo objeto do litígio.⁷⁰

Característico do processo babilônico era o denominado *Beweisurteil*,⁷¹ o qual podia ensejar uma bipartição do processo legal.

Em uma primeira fase, o objeto da causa era conhecido sob o ponto de vista de ele conter o fundamento para condenação do réu, ou seja, se pressupunha a cognição de todos fatos relevantes para a decisão.

Caso o tribunal já chegasse a um resultado negativo, podia rejeitar a demanda de produção de provas e proferir um julgamento final contrário ao autor.

p. 216 formula hipótese genérica, que necessitaria de demonstração, no sentido de que grande parte da correspondência de Hamurábi não espelha a *jurisdição civil ordinária*, mas sim outro campo, que poderia ser denominado de *jurisdição administrativa real*.

⁷⁰ E. DOMBRADI, *Darstellung* cit. (nota 68 *supra*), pp. 211, 222-230; *Id.*, *Das altbabylonische Urteil: Mediation oder res iudicata? Zur Stellung des Keilschriftrechts zwischen Rechtsanthropologie und Rechtsgeschichte*, in C. WILCKE (org.), *Das geistige Erfassen der Welt im Alten Orient. Sprache. Religion, Kultur und Gesellschaft*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007, pp. 249-253.

⁷¹ O termo *Beweisurteil*, traduzido literalmente como *sentença (julgamento) de prova*, foi introduzido pela doutrina alemã para qualificar tipo de decisão judicial incompleta. Segundo J.G.LAUTNER, *Altbabylonischen Prozeßrecht* cit. (nota 68 *supra*), p. 38, ao lado de sentença final ou terminativa (*Endurteil*) ou sentença condenatória (*Leistungsurteil*), as fontes do período trazem claros exemplos de sentença de prova (*Beweisurteil*), ou seja, decisões por meio das quais o Tribunal limita-se ao tema da prova, verificando o meio de prova e atribuindo-a a uma das partes. Para G. RIES, *Altbabylonische Beweisurteile*, in ZSS, 106, 1989, pp. 56-57, o signo distintivo de um *Beweisurteil* mostra uma formulação esquemática: *o réu é julgado pela pretensão válida formulada pelo autor, se for produzida prova para os seguintes fatos, seguindo-se a formulação dos temas da prova. A sentença da prova é*, pois, somente o primeiro passo para a solução do litígio. Somente em conexão com a produção das provas, ele pode cumprir sua tarefa de decisão final válida do conflito. Propomos uma tradução livre de *Beweisurteil*, inclusive para facilitar a compreensão de seu teor, como *decisão saneadora vinculante*.

Se a fundamentação da demanda precisasse ser verificada, o próprio tribunal podia produzir as provas e prolatar julgamento final. Mas o tribunal podia também encerrar sua atividade, acolhendo a fundamentação da demanda ao proferir uma *decisão saneadora vinculante (Beweisurteil)*, no qual fixava os pontos de prova decisivos a serem produzidos. Logo, seguia-se a segunda fase do processo, que era dedicada à colheita das provas de acordo com o plano fixado pelo *Beweisurteil*. Caso a produção das provas fosse desfavorável, resultava do próprio texto da *decisão saneadora vinculante (Beweisurteil)* a rejeição da demanda. Ao contrário, se as provas fossem bem sucedidas, seguia-se a condenação do réu sem novo julgamento.⁷²

Também são encontradas essas modalidades de decisão (*Beweisurteile*) nos antigos direitos egípcio e grego.

O processo formular romano também apresenta na essência o mesmo princípio, já que a tarefa do magistrado não era a verificação dos fatos, mas sim o enquadramento jurídico da tese do processo, que era concluído com a redação da fórmula, sendo as provas produzidas na segunda fase do processo.⁷³

Era frequente a eleição do rei pelas partes para composição do litígio, já que quanto maior a autoridade do homem escolhido como juiz, mais frequentemente era eleito para esse ofício, parecendo ser evidente, a priori, que a decisão proferida pelo rei escolhido pelas partes não era passível de ser recusada.⁷⁴

Nas fontes, encontram-se reis atuando como juízes antes mesmo da era de Hamurábi. Com os tribunais reais, desenvolveu-se a ideia de obrigatoriedade da decisão ou da força jurídica vinculativa. Embora não se possa precisar o lapso temporal a partir de quando a obrigatoriedade do julgamento tenha tido início, uma decisão proferida pelo próprio rei Hamurábi mostra esse caráter, além de não haver qualquer exemplo de recusa de uma decisão real. A jurisdição do rei também conheceu a citação pelo próprio tribunal em vez da citação privada, que ocorria nos tribunais populares, além de ter sido possível a

⁷² G. RIES, *Beweisurteile* cit. (nota 71 *supra*), pp. 56-57.

⁷³ Segundo G. RIES, *Beweisurteile* cit. (nota 71 *supra*), pp. 57-58, 80, os *Beweisurteile* limitavam-se a processos, nos quais a prova era produzida por meio de juramento, ao qual estavam ligados certos rituais e talvez fosse interesse dos sacerdotes manter sob seu próprio controle tal meio de prova. Conclui com a assertiva de que os julgamentos de prova do antigo direito babilônico são um resultado da separação e da cooperação dos poderes religioso e laico.

⁷⁴ Neste sentido, J.G.LAUTNER, *Altbabylonischen Prozeßrecht* cit. (nota 68 *supra*), p. 5, em que se lê: *je größer die Autorität des zum Schiedsrichter erwählten Mannes ist, und je öfter jemand zu diesem Amte ausersehen wird, eine um so größere Bedeutung muß seinem Schiedsspruche beigelegt werden. Es ist von vornherein einleuchtend, daß der Rechtsspruch des zum Schiedsrichter gewählten Königs nur schwer abgelehnt werden konnte und daß wohl schon in sehr früher Zeit eine solche Ablehnung überhaupt nicht mehr möglich war.*

condução coercitiva da parte recalcitrante. A jurisdição real contrastava com o processo perante os tribunais populares e corrobora a ideia de um direito processual de natureza pública.⁷⁵

A administração da justiça era, pois, feita tanto por conselhos de anciãos, quanto por juízes do rei de forma itinerante, os quais vêm a fixar-se na capital, já que o tamanho do Império torna mais difíceis os deslocamentos pessoais. Provavelmente, porém, os juízes exercem a jurisdição local em nome do rei.

Também característica da Justiça mesopotâmica era a distinção entre as instituições encarregadas de instruir o processo e aquelas que julgavam. Salvo no caso do rei, em geral, os juízes conheciam da causa colegialmente.⁷⁶

No antigo direito babilônico, inicialmente se reconheceu que a controvérsia encerrava-se sobretudo por meio de proposta de solução do litígio formulada pelo juiz, à qual se submetiam as partes.⁷⁷

Diante do caráter vinculativo do processo babilônico reconhecido por J.G. LAUTNER, a menção a *caráter arbitral*⁷⁸ deve ser interpretada *cum gano salis*, pois não há prova da existência de *contrato de arbitragem* como meio de formação do processo. Com efeito, o processo perante os tribunais reais mostra o poder ampliado do juiz em razão da impossibilidade de recusa da proposta de solução do litígio pelas partes e o

⁷⁵ J.G.LAUTNER, *Altbabylonischen Prozeßrecht* cit. (nota 68 *supra*), pp.83-86. O autor também cita outras fontes, que corroboram sua tese da força vinculativa dos julgamentos reais. A natureza da sentença proferida no direito babilônico é discutida por E. DOMBRANDI, *Das altbabylonische Urteil* cit. (nota 70 *supra*), pp. 245-279.

⁷⁶ S. LAFONT, *Considérations sur la pratique judiciaire en Mésopotamie*, in F. JOANNES (org.), *Rendre la justice en Mésopotamie. Archives judiciaires du Proche-Orient ancien (III – I millénaires avant J.-C)*, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes, 2000, pp.15-34.

⁷⁷ Essa é a opinião de J.G.LAUTNER, *Altbabylonischen Prozeßrecht* cit. (nota 68 *supra*), pp. 66-67, que observou, nas fontes analisadas, o denominado *duppi lâ ragâmim*, ou seja, uma espécie de *termo de renúncia* (*Urkunde des Nichtklagens*), em que o litigante renuncia à pretensão depois do julgamento e o juramento dessa renúncia é tomado a termo no documento em questão. Em consequência, o autor conclui que o julgamento não representa ainda o término do processo, o qual somente ocorria com o contrato das partes e tinha eficácia com a renúncia da pretensão, supondo que o processo babilônico antigo tinha caráter de processo arbitral. O autor critica as posições de E. CUQ, *Essai sur l'organisation judiciaire de la Chaldée à l'époque de la première dynastie babylonienne*, in *RA (Revue d'assyrologie et d'archéologie orientale)*, 7.2, 1910, pp. 65-101, por não ter reconhecido a função de renúncia jurada da demanda e por atribuir caráter de decisão final obrigatória à pronúncia do juiz. Essa opinião de J.G. LAUTNER, contudo, é objeto de críticas, conforme nota 79 *infra*.

⁷⁸ J.G.LAUTNER, *Altbabylonischen Prozeßrecht* cit. (nota 68 *supra*), p. 3, em que se lê *damit ist aber zugleich die Vermutung ausgesprochen, daß der altbabylonische Prozeß den Charakter eines schiedsgerichtlichen Verfahrens hatte oder doch von diesem Verfahren seinen Ausgang genommen hatte*.

desenvolvimento conduz a um puro processo estatal, em que as atividades do juiz não mais necessitam da colaboração das partes para vinculá-las.⁷⁹

3.2. ANTIGOS DIREITOS GREGOS

Para buscarmos elementos, que possam ser úteis à nossa pesquisa, também temos que investigar os direitos gregos arcaicos no tocante à administração da justiça.⁸⁰

⁷⁹ Neste sentido, A. STEINVENTER, *Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischen Rechte*, München, C.H.Beck, 1925, pp.7-9. Para corroborar a ideia de poder ampliado do rei e consequentemente o caráter obrigatório da decisão proferida pelo tribunal real, o autor menciona o papiro (Ostr. Bodl.1169) reportado por P.M. MEYER, *Juristischer Papyrusbericht III (Mai 1922 bis Oktober 1923)*, in ZSS, 44, 1924, p. 612. Também se opuseram ao atribuído caráter arbitral E. DOMBRADI, *Darstellung* cit. (nota 68 *supra*), p.383 e G. RIES, *Resenha* (E. DOMBRADI, *Darstellung* cit. (nota 68 *supra*)), in ZSS, 116, 1989, p. 316.

⁸⁰ Para os direitos gregos e direitos antigos comparados, vejam-se: R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig, S. Hirzel, 1907; K. LATTE, *Heiliges Recht. Untersuchungen zur Geschichte der sakralen Rechtsformen in Griechenland*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920; V. EHRENBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum: Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis*, Leipzig, Hirzel, 1921; E. WEISS, *Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Leipzig, Felix Meiner, 1923; *Id.*, *Die grosse Inschrift von Gortyn und ihre Bestimmungen über Selbsthilfe und Prozess*, in *Pragmateiai tes Akademias Athenon*, 14.2, Athenai, 1948, pp. 1-28; R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht: ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitrariae, Verfahren in iure und exceptio*, München, C.H.Beck, 1931, pp.112-123; *Id.*, *Vom vindex zum iudex (Fortsetzung und Schluß)*, in ZSS, 55, 1935, pp.9-35; P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1948; L. GERNET, *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, in *L'Année Sociologique* (3^a série, 1948-1949), Paris, 1951, pp. 21-119 (= in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, François Maspero, 1968, pp. 175-260); *Id.*, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955; *Id.*, *Sur la notion du jugement en droit grec*, in *Droit et société* cit., pp. 61-81 (também trad. ital. *Sulla nozione di giudizio in diritto greco*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 69-116); G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, in ZSS, 87, 1970, pp. 426-444; *Id.*, *Eigentumsstreit und Statusprozess in der Grossen Gesetzesinschrift aus Gortyn*, in *Dike*, 5, 2002, pp. 95-109; *Id.*, *Rechtsstreit im archaischen Griechenland: Parallelen im Alten Orient?*, in M. WITTE e M.T. FÖGEN (org.), *Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike und im Alten Orient*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2005, pp. 29-43; *Id.*, *Der Reinigungsseid im archaischen griechischen Rechtsstreit und seine Parallelen im Alten Orient*, in R. ROLLINGER e H. BARTA, *Rechtsgeschichte und Interkulturalität. Zum Verhältnis des östlichen Mittelmeerraums und 'Europas' im Altertum*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007, pp. 179-195; E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, Giuffrè, 1976; *Id.*, *Meccanismi decisionali e processo nei poemi omerici (Aspetti del fenomeno processuale in Omero)*, in *Symposion*, 2, 1974, Köln-Wien, Böhlau, 1979, pp. 69-83; *Id.*, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, Giuffrè, 1979; M. TALAMANCA, *"Dikazein" e "krinein" alle origini dell'attività giurisdizionale in Grecia*, in *Symposion*, 2, 1974, Köln-Wien, Böhlau, 1979, pp. 103-135; A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982; *Id.*, *Scritti di diritto greco*, Milano, Giuffrè, 1999; D. COHEN, *Greek law: Problems and Methods*, in ZSS, 106, 1989, pp. 81-105; E. RUSCHENBUSCH, *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen*, in *Symposion* 1977, Köln, 1982; K.J.HÖLKESKAMP, *Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im Archaischen Griechenland*, Stuttgart, Franz Steiner, 1999; A. MAFFI, *Processo di status e rivendicazione in proprietà nel Codice di Gortina: 'diadikasia' o azione delittuale?*, in *Dike*, 5, 2002, pp. 111-134; *Id.*, *Funzione giurisdizionale e regimi politici nella Grecia arcaica e classica*, in S. CATALDI (org.), *Poleis e Politeiai. Atti del Convegno Internazionale di Storia Greca (Torino, 29-31 maggio 2002)*, Alessandria, D'Orso, 2004, pp. 305-314; *Id.*, *Studi sulla giurisdizione nei regni hellenistici*, in *Symposion*, 2003 (2006), pp. 301-314; H. J. WOLFF, *The origin of Judicial Litigation among the Greeks*, in *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History*,

Segundo antiga tese, o processo grego, na origem, não tem como escopo a verificação da verdade por parte do juiz, mas sim a execução de um cerimonial de forma a convencer a parte ofendida a renunciar à vingança. Esse objetivo seria atingido por meio de provas e da pronúncia do juiz de eficácia sacra. Portanto, o juramento da parte é o meio de prova decisivo até a progressiva desvinculação da esfera religiosa, chegando-se à livre valoração da prova pelos juízes.⁸¹

Grande parte da doutrina acredita que o rei (βασιλεύς) ainda não dispusesse de poder jurisdicional vinculativo das partes. Porém, as partes recorriam a ele para que mediasse um conflito ou o julgasse.⁸²

A ideia de que a jurisdição estatal obrigatória tenha-se desenvolvido organicamente a partir de contratos de arbitragem e de tribunais arbitrais fora também atribuída a outros sistemas jurídicos e esse processo foi visto como um típico, talvez universal caráter do desenvolvimento do direito.⁸³

Apesar dos argumentos aparentemente convincentes, é dificilmente concebível um processo de consolidação gradual e ininterrupto e a transformação da arbitragem privada em um processo obrigatório perante juízes estatais. Seria contrário à própria natureza humana supor que somente a coação da opinião pública, por maior que fosse, seria apta a eliminar a violência e criar um sistema de direito e ordenamento, segundo o qual os litigantes submeter-se-iam voluntariamente a tribunal arbitral, cumprindo as decisões proferidas.

Se diverso fosse, indaga-se por qual razão o Estado teria considerado necessário reforçar um tal sistema de arbitragem privada sem atrito com sua própria autoridade. Essas considerações de natureza psicológica encontram sua confirmação em dados objetivos da História do Direito.

Thought and Religion, 4, 1946 (= *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des Hellenistisch-Römischen Ägypten*, Weimar, Böhlau, 1961); *Id.*, *Polis und civitas*, in *ZSS*, 94, 1978, pp.1-14.

⁸¹ K. LATTE, *Heiliges Recht* cit. (nota 80 *supra*), pp. 3-47.

⁸² Neste sentido, A. STEINWENTER, *Streitbeendigung* cit. (nota 79 *supra*), p.31, em que se lê: *sicher aber hat keiner der homerischen βασιλεῖς eine Königsgerichtsbarkeit in dem Sinne ausgeübt, daß er Rechtssprüche, mit staatlichem Zwange bekleidet, erlassen hätte. Vielmehr war ihre richterliche Funktion in Streitigkeiten die das öffentliche Interesse nicht unmittelbar berührten, in Zivilsachen, wenn wir so sagen dürfen, zunächst wohl an die Voraussetzung geknüpft, daß sich die Parteien an den König mit der Bitte um Schlichtung oder Entscheidung ihres Rechtsstreites wandten*. O autor sustenta que as partes decidem livremente e de comum acordo investir um terceiro na tarefa de julgar. Somente depois dessa justiça arbitral, ter-se-ia passado à jurisdição estatal, em que há imposição de uma sentença vinculante às partes.

⁸³ H. J. WOLFF, *Ursprung* cit. (nota 80 *supra*), pp. 2-3.

O recurso à jurisdição arbitral implica a renúncia da autodefesa e a disposição de cumprimento voluntário e pacífico da decisão do árbitro. Se a instituição da justiça pública tivesse significado nada mais do que a transformação da jurisdição arbitral em uma jurisdição estatal obrigatória e atribuição de autoridade ao julgamento, a autodefesa teria que desaparecer completamente. Contudo, na realidade, a autodefesa permaneceu estável até muito tempo, tendo-se conservado como meio legal de introdução do processo e da execução do julgado.

Portanto, segundo H.J. WOLFF, a questão acerca da origem do processo perante tribunais públicos deve ser considerada ainda aberta. O autor reconhece, porém, que a jurisdição arbitral privada e o processo perante juízes estatais não representam duas etapas de um desenvolvimento único, mas sim acontecimentos paralelos e objetivamente diversos. Como principal conclusão, o autor constatou que o processo judicial estatal não se desenvolveu a partir da consolidação e transformação da jurisdição arbitral voluntária, mas sim que se tornou necessário por meio da substituição da autodefesa incontrolada pela autodefesa controlada. Uma autoridade política, à qual fosse atribuída a manutenção da paz interna e cuja autoridade baseava-se no reconhecimento dos membros da comunidade protegia os indivíduos, na origem, somente quando eram vítimas de uma agressão e buscavam ajuda contra atos de violência alheios. A autoridade garantia a proteção somente à medida que a comunidade, quer em seu conjunto, quer representada por um membro ou mais, não tivesse considerado justificado o ato de defesa privada ou a própria vítima da agressão não se recusasse a levar seu caso a um juiz imparcial.

A justiça arbitral, ou seja, a função voluntária de autodefesa e submissão a um juízo imparcial com o escopo de composição pacífica representou um surgimento paralelo. Mas seu verdadeiro campo de atuação teria sido uma sociedade sem Estado, que não dispunha de nenhum aparato para submissão da autodefesa desenfreada.⁸⁴

Objeto de discussão na doutrina é o exato teor da cena de julgamento descrita por Homero,⁸⁵ como parte do denominado *Escudo de Aquiles*,⁸⁶ a qual suscitou diversas interpretações.⁸⁷

⁸⁴ H. J. WOLFF, *Ursprung* cit. (nota 80 *supra*), pp. 2-90. Em sentido parcialmente convergente, E. CANTARELLA, *Modelli giurisdizionali omerici: il giudice unico, la giustizia dei vecchi*, in *Symposion*, 13, 1997, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2001, pp. 3-19, que formula a hipótese de coexistência por alguns séculos do processo perante os anciãos e o *basileus*, acreditando em divisão de competência por matéria.

⁸⁵ *Iliada*, 18.497-508. Com efeito, a relevância deve-se ao fato de se tratar da principal fonte relativa à administração da justiça no período arcaico grego. O texto descreve a seguinte cena: perante o povo reunido na *ágorá* (*agorá*), desenvolve-se uma demanda entre duas pessoas por causa da *ποινή* (*poínē*) de um morto.

A cena representava verdadeiro julgamento de processo público e não arbitragem privada, cuja autoridade repousava no poder do Estado, o que seria confirmado pelas solenes formalidades, que acompanham a emissão da pronúncia, como publicidade, presença dos arautos, cetros do poder na mão dos anciãos, além de a demanda ter sido proposta não por aquele que pretende o pagamento da *ποινή* (*poiné*), mas sim por aquele que sustenta já tê-la pago, evitando o exercício da autodefesa pelo adversário.⁸⁸ Tratava-se, pois, de processo laico, cuja origem não era a arbitragem privada, mas sim o controle público da autodefesa.⁸⁹

Para colocar fim à controvérsia, essas pessoas recorrem a um *ἵστωρ* (*hístōr*). O povo aclama, apoiando um ou outro dos litigantes. Os arautos retêm a multidão. Os anciãos sentam-se sobre pedras lisas, em círculo tendo na mão os bastões dos arautos, e um depois do outro realizam uma atividade indicada com o verbo *δικάζειν*. No meio deles, há dois talentos de ouro a serem dados a quem exprimir a *δίκη* mais justa.

⁸⁶ A. STEINWENTER, *Streitbeendigung* cit. (nota 79 *supra*), pp. 29-48; H. J. WOLFF, *Ursprung* cit. (nota 80 *supra*), pp. 6-33; A. STEINWENTER, *Die Gerichtszene auf dem Schild des Achilles*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948; E. CANTARELLA, *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, 16, 1972, pp. 247-267, com copiosa indicação bibliográfica na nota 1; *Id.*, *Dispute settlement in Homer: once again on the shield of Achilles*, in *Droits Antiques et Société. Mélanges en l'honneur Panayotis D. Dimakis*, Athens, Sakkoulas, 2002, pp. 147-165, para indicação bibliográfica mais recente.

⁸⁷ Conforme E. CANTARELLA, *Scudo di Achille* cit. (nota 86 *supra*), pp. 247-248, a interpretação do texto ensejou uma vastíssima literatura e vários problemas, dentre os quais: qual é o objeto do litígio? É resolvido por meio de arbitragem privada ou com um verdadeiro processo público? Quem é o *ἵστωρ* (*hístōr*) que aparece no verso 501 e qual papel tem na solução da controvérsia? Quais são suas relações com os anciãos? O que representam os dois talentos e a quem são destinados?

⁸⁸ Neste sentido, a opinião de H. J. WOLFF, *Ursprung* cit. (nota 83 *supra*), pp. 6-33; *Id.*, *Nochmals zum Schild des Achilles*, in *Iura*, 1, 1950, pp. 272-275, a qual é apoiada por E. CANTARELLA, *Scudo di Achille* cit. (nota 86 *supra*), pp. 251-256. M. BOHÁČEK, *Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans*, in *Iura*, 3, 1952, pp. 191-215 também sustentou que os anciãos (*γέροντες*) fossem o órgão julgante. Tal teoria prevaleceu durante mais de vinte anos até a teoria da arbitragem voluntária ter sido retomada por H. HOMMEL, *Die Gerichtszene auf dem Schild des Achilleus. Zur Pflege des Rechts in homerischer Zeit*, in *Politeia und Res Publica. Beiträge zum Verständnis von Politik, Recht und Staat in der Antike. Dem Andenken Rudolf Starks gewidmet*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1969, pp. 11-38. Antes dele, porém, a teoria arbitral já fora defendida por: R.J. BONNER, *The Administration of Justice in the Age of Homer*, in *Classical Philology*, 6, 1911, pp. 12-36; A. STEINWENTER, *Streitbeendigung* cit. (nota 79 *supra*), pp. 29-48; R.J. BONNER e G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, v. 1, Chicago, University Press, 1930, pp. 27-43, em que se lê: *unquestionably, voluntary arbitration was the first step in a systematic administration of justice. This, too, must at first have been an informal procedure.....But a more formal stage had already been reached in the time of the Homeric Greeks. They had a system of challenge and wager for the purpose of inducing a reluctant opponent to submit to arbitration. It was only a question of time until arbitration became obligatory in case either party desired it. Naturally the disputants would seek to obtain the services of a person who had a reputation for impartiality and wisdom, without regard to rank or official position. But the prestige of the king must have marked him as the natural arbitrator.*

⁸⁹ E. CANTARELLA, *Dispute* cit. (nota 86 *supra*), pp. 147-165. Depois de H. HOMMEL, conforme nota 88 *supra*, M. GAGARIN, *Early Greek Law*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 1986, pp. 42-43 também defendeu a tese arbitral, aduzindo que as lides na Grécia arcaica eram voluntariamente submetidas à resolução de um *basileus* ou de um grupo de juízes. Como cada litigante proclamava ter razão, o julgador propunha para as partes uma solução, envolvendo algum compromisso aceitável por ambos litigantes. M. GAGARIN, *ob. cit.*, p. 31, n. 36 baseia-se em prova antropológica no sentido de que os dois litigantes parecem acreditar que a solução apropriada e correta da causa existe e a tarefa dos juízes é encontrá-la. As partes iriam de um ancião da comunidade a outro até que eles descobrissem algum que pudesse penetrar os detalhes do caso e fazer emergir a solução correta. A teoria da arbitragem e o uso da antropologia sem o esgotamento das fontes gregas e sem levar em consideração o direito comparado,

A autorização implícita ou explícita para o uso privado da força pela parte ofendida é observada pelos antropólogos em várias culturas, cujo poder central não tem suficiente força coercitiva.⁹⁰ Mas tal sistema de autorização pode ocorrer em sociedades aparentemente organizadas e desenvolvidas.⁹¹ Logo, onde houver sistema de autorização

sobretudo cuneiforme do Oriente Próximo, são criticados por G. THÜR, *δικάζειν* cit (nota 80 *supra*), pp. 432-441; *Id.*, *Oath and Dispute Settlement in Ancient Greek Law*, in L. FOXHALL and A.D.E. LEWIS (org.), *Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 57-72, o qual formula hipótese diversa. Segundo tal hipótese, o processo judicial consistia, originalmente, em uma autorização ao autor para usar força privada contra seu oponente depois de uma autoridade ter decidido sobre a legalidade da autodefesa no caso concreto. Embora tenha aceito a hipótese de H.J. WOLFF no tocante à origem do processo, G. THÜR dele discordou em relação à solução da causa pelo veredito dos anciãos, que refletia a vontade popular expressa pela multidão, aclamando o ancião, que tinha manifestado sua opinião com as razões mais convincentes. Para G. THÜR, portanto, os magistrados não solucionavam os casos pessoalmente, mas sim formulavam um juramento e decidiam qual dos litigantes tinha que realizá-lo. A lide era resolvida por um *Beweisurteil* e os litigantes eram autorizados a usar força privada somente depois de terem obtido a legitimação divina pelo juramento. E. CANTARELLA, *ob.cit.*, pp. 155-164, critica a hipótese, formulando outra em que inclui paralelo com a *legis actio sacramento in rem* do direito romano, concluindo que a cena do Escudo de Aquiles retrata a resolução de uma controvérsia laica em uso em uma comunidade do final da civilização micênica, comunidades essas, que já tinham reconhecido algumas competências dos anciãos, como representação em embaixadas internacionais e o poder jurisdicional, que na pólis ateniense era tarefa dos Aerópagos, o mais antigo conselho dos anciãos. Referido processo civil teria originado do controle da autodefesa e não da arbitragem privada.

⁹⁰ Como no caso dos esquimós estudado por E.A. HOEBEL, *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*, Cambridge, Harvard University, 1967, pp. 67-99. O consentimento da comunidade é percebido sobretudo no caso de execução pública: *the important element is that the executioner, who undertakes the slaying, seeks and obtains, in advance, community approval for his act of riddance. When such approval is obtained no blood revenge may be taken on the executioner, for his act is not murder. It is the execution of a public sentence in the name of the people, and the responsibility is theirs. Furthermore, revenge is precluded for the simple reason that unanimous consent involves also the consent of the murderer's relatives, if any be in the community.*

⁹¹ O exemplo é trazido por D. COHEN, *Law, Violence and Community in classical Athens*, Cambridge, University Press, 1995, pp. 14-15, em relação ao Japão, no qual a vingança foi proibida somente no ano de 1873, antes do qual o interessado solicitava permissão escrita da autoridade pública competente para perseguir e matar o inimigo por um decreto emitido pelo governo japonês com o seguinte teor traduzido em inglês: *The right to punish a murderer lies with the Government. However, since ancient times it has been customarily regarded as the duty of a son or younger brother to avenge the murder of a father or elder brother. While this is a natural expression of the deepest human feelings, it is ultimately a serious breach of the law on account of private enmity, a usurpation for private purposes of public authority...it is therefore decreed that vengeance shall be strictly prohibited.* A prática anterior (*Kataki-uchi*) era de os indivíduos requererem autorização oficial das autoridades judiciárias para executar vingança, principalmente para o assassino de um membro da família imediata. Assim agindo, eles recebiam apoio governamental e gozavam de admiração pública. Em um caso, duas crianças órfãs esperaram onze anos até que fossem maiores para procurar vingança e formularam a solicitação às autoridades competentes, que deliberaram, segundo tradução em inglês: *concerning your request that you and your brother Seitaro be given leave to track down and kill Takizawa Kyuemon, the enemy of your late father Yagobe, instructions have been issued that you be given leave as requested... If all goes well and you succeed in killing your enemy, you must comply with the regulations and report the circumstances to the local officials...The allotment of rice to support your family will be continued so you need have no worries to distract you from the achievement of your goal.* Há séculos já dispunha o Japão de instituições centralizadas para administração da justiça e a explicação para tal mudança decorre da abertura para o Ocidente depois da restauração Meiji em 1865. Para aprofundamento da questão, veja-se D. MILLS, *Kataki-uchi: the practice of blood revenge in pre-modern Japan*, in *Modern Asian Studies*, 10, 1976, pp. 525-542.

para uso da força, os indivíduos, que dela fazem uso, não mais atuam como vingadores privados, mas sim como agentes de tal pública autorização.⁹²

3.3. DIREITOS GERMÂNICOS

Prosseguindo nos estudos comparatísticos no que concerne à investigação em curso, examinamos os direitos germânicos.⁹³

⁹² Neste sentido, E. CANTARELLA, *Dispute cit.* (nota 86 *supra*), pp.163-164, para quem, no caso da cena do escudo de Aquiles, caso o veredito dos anciãos fosse *não*, ou seja, se entendessem que a *poiné* não tinha sido paga por inteiro, os parentes da vítima eram reconhecidos como *agentes sociais* autorizados a usar força privada contra o assassino. Se o veredito fosse *sim*, o assassino, enquanto *agente social*, estava autorizado a usar força física para evitar a realização da vingança pelos parentes da vítima. Em ambos casos, o uso da força física era completamente legal.

⁹³ Sobre os direitos germânicos, vejamos: M.A.von BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, v.1 (*Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter: von fünften bis achten Jahrhundert: die Staaten der Völkerwanderung*), Bonn, Marcus, 1868; J.W. PLANCK, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter: Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen*, Braunschweig, C.A. Schwetschke und Sohn, 1879; H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Leipzig, Dunckler & Humblot, 1906; R. SCHRÖDER e E. KÜNBBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Leipzig, von Veit, 1919; K. MAURER, *Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte (Altisländisches Strafrecht und Gerichtswesen)*, v.5, Leipzig, A. Deichert, 1910; F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 105-138; H. PLANITZ e K.A. ECKHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz-Köln, Böhlau, 1961; H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, v.1, Karlsruhe, C.F.Müller, 1962; E. EBEL, *Jacob Grimms Deutsche Altertumskunde*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1974; H. MITTEIS e H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 15ª ed., München, C.H. Beck, 1978; H. BECK (org), *Germanen. Germania, Germanische Altertumskunde*, Berlin-New York-de Gruyter, 1998; K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, v. 1, 13ª ed., Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2008; *Id.*, *Die Sippe im germanischen Recht*, in *ZSS.GA*, 77, 1960, pp. 1-25 (= in *Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, pp. 13-34); *Id.*, *'Rechtsfindung': Die Mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung*, in *Festschrift für Hermann Heimpel*, v.3, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, pp. 498-517 (= in *Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, pp.311-333). Em verbetes de enciclopédias, inclusive para bibliografia ulterior, confirmam-se: W. STAMMLER, A. ERLER e E. KAUFMANN (org.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Berlin, Erich Schmidt, 1971-1997 e H. BECK e H. JANKUHN (org.), *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde (RGA)*, 2ª ed., Berlin-New York, De Gruyter, 1973-2007. De ambos dicionários, podemos destacar os seguintes verbetes: W. KROGMANN, v. *Asega*, in *HRG*, 1, 1978, pp. 239-242; U. KORNBLUM, v. *Beweis*, in *HRG*, 1, 1978, pp.401-408; G. DILCHER, v. *Eid*, in *HRG*, 1, 1978, pp. 862-870; R. SCHEYHING, v. *Eideshelfer*, in *HRG*, 1, 1978, pp. 870-872; G. BUCHDA, v. *Gerichtsverfahren*, in *HRG*, 1, 1978, pp.1551-1563; A. ERLER, v. *Gottesurteil*, in *HRG*, 1, 1978, pp. 1769-1773; C. SCHOTT, v. *Lex Alamanorum*, in *HRG*, 2, pp.1879-1886; H. SIEMS, v. *Lex Baiuvariorum*, in *HRG*, 2, pp.1887-1901; H. NEHLSSEN, v. *Lex Burgundionum*, in *HRG*, 2, pp. 1901-1915; *Id.*, v. *Lex Visigothorum*, in *HRG*, 2, pp. 1966-1979; H. SIEMS, v. *Lex Frisionum*, in *HRG*, 2, pp. 1916-1922; *Id.*, v. *Lex Romana Visigothorum*, in *HRG*, 2, pp. 1940-1949; R. SCHMIDT-WIEGAND, v. *Lex Ribuariorum*, in *HRG*, 2, pp. 1923-1927; *Id.*, v. *Lex Salica*, in *HRG*, pp. 1949-1962; *Id.*, v. *Lex Saxonum*, in *HRG*, 2, pp. 1962-1965; *Id.*, v. *Rachinburgen*, in *RGA*, 24, pp.47-49; G. von OLBERG, v. *Rachinbürgen*, in *HRG*, 4, pp.127-131; H. EHRHARDT, v. *Rechtssprecher*, in *HRG*, 4, pp.360-363; G. KOCHER, v. *Richter*, in *HRG*, 4, pp.1033-1040; E. KAUFMANN, v. *Richterrecht*, in *HRG*, 4, pp.1054-1057; *Id.*, v. *Sippe*, in *HRG*, 4, pp. 1668-1670; *Id.*, v. *Urteilsfindung-Urteilsschelte*, in *HRG*, 5, pp.619-622; F. BATTENBERG, v. *Schöffen*, *Schöffengericht*, in

Embora não pertença aos direitos antigos em sentido próprio, os direitos germânicos podem fornecer elementos para a comparação em curso.⁹⁴

A autodefesa também se fazia presente no processo germânico no início de seu desenvolvimento e permanece por muito tempo na forma da *faida*,⁹⁵ da citação e da penhora privadas.

Para o processo do período germânico antigo, há escassez de fontes contemporâneas. Porém, a comparação crítica dos institutos processuais presentes nas fontes mais antigas permite-nos o conhecimento de determinados princípios, dentre os quais encontramos a publicidade e a oralidade do procedimento, o princípio dispositivo das partes e a rigidez da forma.

À medida que o processo lida com violações de direito indenizáveis, teve como objetivo um compromisso no lugar do litígio para resolver a controvérsia das partes. Pela sentença do tribunal, impõe-se às partes firmarem um compromisso de expiação (*Sühnevertrag*).⁹⁶ Modelo da expiação judicial deve ter sido a expiação extrajudicial. Nos

HRG, 4, pp.1463-1469; W. SCHILD, v. *Wergeld*, in HRG, 5, pp.1268-1271; *Id.*, v. *Zweikampf*, in HRG, 5, pp.1835-1847; H. BECK e G. KÖBLER, v. *Asega*, in RGA, 1, pp. 454-457; H. LÜCK, v. *Recht*, in RGA, v. 24, pp. 209-224.

⁹⁴ A. STEINWENTER, *Streitbeendigung* cit. (nota 79 *supra*), pp. 9-16. O autor assevera que se trata de demonstrar as características do direito da Alta Idade Média, no qual se sobressai o direito franco em razão da natureza das fontes e da doutrina, embora o quadro não seja uniforme. As fontes, principalmente as do direito franco, também reportam mais sobre o processo público popular ou os tribunais reais do que tribunais da *sippe* ou outros tribunais privados dos tempos mais antigos. A autodefesa também se fazia presente no processo germânico no início de seu desenvolvimento na forma da *faida*. Para o autor, que constrói seu sistema do direito grego com fundamento na teoria arbitral, o processo dos direitos germânicos, seja em disputas individuais ou coletivas, seja perante os tribunais populares, não pode ser entendido como processo estatal, já que aparenta mais ser uma luta das partes, que se desenvolve perante a comunidade e cujo escopo é estabelecer um compromisso no lugar do litígio para o ressarcimento. O tribunal do período germânico arcaico e o tribunal popular das épocas francas mais antigas não têm natureza de órgãos decisórios com caráter de autoridade, mas sim como uma espécie de instância de conciliação para a composição do litígio, que verifica os fundamentos jurídicos para a reconciliação das partes e inflige com vigor a celebração de um compromisso de reparação do dano (*Sühnevertrag*). Não obstante, não compartilhamos, integralmente, da opinião do autor, já que procura enquadrar toda teoria do processo a partir da arbitragem privada, vindo a negar até mesmo o caráter público dos tribunais populares.

⁹⁵ A respeito da *faida*, vejam-se: J. GRIMM e W. GRIMM, v. *Fehde*, in *Deutsches Wörterbuch*, v.3, Leipzig, S. Hirzel, pp. 1417-1418, que trazem os sinônimos latinos *inimicitia*, *discordia*, *odium*, além das formas nas demais línguas germânicas *fêhida*, *gifêhida*, *vêhede*, *gevêhede*; F. KLUGE e E. SEEBOLD, v. *Fehde*, in *Etymologisches Wörterbuch der Deutschen Sprache*, 25ª ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2011, p.284; E. MEINEKE e E. KAUFMANN, v. *Fehde*, in RGA, 8, pp. 279-285; E. KAUFMANN, v. *Fehde*, in HRG, 1, pp. 1083-1093; H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.221-231.

⁹⁶ A própria sentença é designada como *Sühne* (expiação, punição, castigo, conciliação), *sôna*, *suona*, e o juiz como *Sühner*, *sôneo*, *sônari*, e julgar como *sônjan*, *gasônjan*. A respeito, vejam-se: E. KAUFMANN, v. *Sühne*, *Sühneverträge*, in HRG, v.5, pp. 72-76; J. GRIMM e W. GRIMM, v. *Sühne*, in *Wörterbuch* cit. (nota 95 *supra*), p. 1012-1022, que demonstra a variação de significados e uso da palavra, trazendo vários exemplos, cujos principais são: 1) *Iudicium*, *Gericht*, *Urteil* (julgamento, tribunal, sentença), 2) Conciliação do tráfego jurídico (*rechtshändeln*), contrato, paz; 3) Composição; 4) Perdão esperado pela pessoa ofendida; 5) Prestação pela qual o ofensor indeniza o ofendido; 6) Valor ou pena a ser pago pelo causador do dano.

casos em que não havia tal composição, a comunidade chamada pelo ofendido fazia valer uma reparação compulsória e aquele, que se recusasse a fazer frente à reparação imposta, era excluído da comunidade e declarado inimigo. Perante o tribunal, o autor propõe a demanda sob invocação dos deuses pagãos em formas jurídicas tradicionais, algumas das quais seguramente remontam a época muito arcaicas.⁹⁷

A sentença é pronunciada antes da produção das provas.⁹⁸ Caso a defesa do acusado faça necessária tal produção, a questão da prova torna-se componente do compromisso de expiação (*Sühnevertrag*) imposto pela sentença. Se o acusado tiver que comprovar, a sentença impõe-lhe o comprometimento de produzir a prova determinada ou realizar a pretensão do autor.

A característica do direito de prova germânico é explicada pelo fato de que a prova, em tempos arcaicos, fundamentava-se no livre acordo das partes, e também de que tal acordo da prova seria trazido do negócio jurídico ao processo judicial. Com a celebração de um negócio jurídico ou realização de determinado ato jurídico, podia-se acordar imediatamente a forma, pela qual o prova do negócio ou do ato jurídicos seria feita, caso houvesse litígio. Na celebração do negócio jurídico, os contraentes interpelavam as testemunhas presentes no sentido de que eventualmente teriam que prestar juramento para verificação do conteúdo do negócio.⁹⁹

Os meios de prova reconhecidos no direito germânico são o juramento e o juízo de Deus, os quais se baseiam em fundamento sacro. Sua força probatória tem como pressuposto o temor dos resultados da falta de verdade, acreditando-se que, com o cumprimento de determinadas ações, tais resultados apareceriam.

O juramento¹⁰⁰ era uma auto-maldição condicionada, segundo o qual aquele que jurava inseria para veracidade de sua palavra sua própria salvação ou um

⁹⁷ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp. 251-255. Como o costume, em casos de homicídio, de litigar *com o morto*. Nessas causas, o corpo devia ser trazido perante o tribunal, em que os parentes consanguíneos do assassinado também levavam espadas empunhadas, sob a pronúncia das palavras solenes em direção ao juiz. O morto servia originariamente não como *corpus delicti*, mas sim estava na base do processo a concepção de que o próprio morto requer compensação, enquanto o autor aparece apenas como tutor do morto. Tal concepção desenvolveu-se a partir do animismo, ou seja, na crença da animação do corpo depois da morte.

⁹⁸ Em germânico ocidental, a sentença é denominada *Urteil*, mesma forma do alemão moderno. Nas demais línguas germânicas, era denominada *urteili*, *urdêli*, *ordêl*, *ordál*, conforme H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), p. 255, nt.22.

⁹⁹ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp. 255-256.

¹⁰⁰ Para juramento, a palavra do germânico comum era *Eid*, que permanece no alemão moderno, tendo variações nas demais línguas germânicas modernas e antigas, tais quais *aips*, *eid*, *êth*, *ád*, *eidr*, *eed*, *oath*, tendo o significado básico de *ligamen*, segundo H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*),

determinado bem. O juramento era prestado com palavras místicas e de caráter mágico e vinculativo. *Schwören* (jurar) significava originariamente o recitar misterioso cantarolado dessas fórmulas místicas. Devia tocar um objeto, que se relacionasse com as divindades invocadas ou que, no caso de perjúrio, trouxesse a morte ou o sofrimento a ela inerente.¹⁰¹ O juramento mais solene era prestado, em época pagã, em um círculo, no qual se imergia no sangue do animal sacrificado. O juramento era prestado pela parte ou pela testemunha, podendo o primeiro ser único ou com auxiliares (*coniuratores*, *consacramentales*).¹⁰² O juramento do auxiliar significava que o juramento da parte era verdadeiro e puro. Originariamente, era juramento de estirpe. Em tempos mais antigos, somente era prestado por membros agnáticos da mesma *sippe* e posteriormente por *amigos de sangue*. O juramento apresentava uma certa concepção ordálica, que remonta a tempos imemoriais, sobretudo pela crença de que a maldição do perjúrio se faz valer imediatamente e que o perjúrio proposital não acontece em razão dos efeitos sobrenaturais.¹⁰³

Os juízos de deus (*Gottesurteile*) ou ordálias são muito provavelmente um produto jurídico de base indo-germânica. Os monumentos escritos latinos da época franca apresentam, em seu lugar, as expressões *iudicium*, *examen*, *Dei iudicium*, *iudicium divinum*.¹⁰⁴ A ordália baseia-se na crença de que o resultado da ação ordálica revelará a verdade ou inverdade de determinada afirmação. O pensamento de que tal revelação acontece por meio da cooperação divina, deve, na origem, ter pressuposto, da mesma forma que no juramento, que se tratava de uma *forma de juramento qualificada*. As ordálias mais significativas são a ordália da sorte (*Losordal*), a indagação aos poderes naturais do fogo e da água e o duelo, cujo uso era variável nos diversos direitos germânicos. O caráter comum germânico das ordálias veio a ser duvidado e discutido.¹⁰⁵

p.257. Vide também J. GRIMM e W. GRIMM, v. *Eid*, in *Wörterbuch* cit. (nota 95 *supra*), p. 82. Para estudo do juramento na Antiguidade, veja-se R. HIRZEL, *Der Eid. Ein Beitrag zu seiner Geschichte*, Leipzig, S. Hirzel, 1902.

¹⁰¹ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.256-257. Isso porque como efeito do perjúrio não se pensava sempre na intervenção dos deuses. A magia do juramento conhecia também outra forma de maldição. Contudo, cada toque representativo dessa vinculação sobrenatural produzia o *mysterium sacramenti* (*Lex Frisionum* IX 2) e outorgava ao juramento sua força mágica.

¹⁰² Demais denominações *gleido* (antigo alto-alemão), *aid*, *aido*, *aydo* (longobardo), *geeide* (médio alto-alemão), *hamêdja* (francônico), *aéwda*, *aéwdaman* (anglo-saxão), segundo H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), p. 260, nt. 40.

¹⁰³ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.260-261.

¹⁰⁴ Francos e frísios utilizam tanto para o juízo de deus, quanto para a sentença do tribunal, a palavra *ordêl*. Os anglo-saxões, ao contrário, limitam a denominação *ordâl* (latinizada como *ordalium*) aos juízos de deus, o que deu ensejo à adoção do termo *Ordalien* na doutrina alemã.

¹⁰⁵ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp. 261-263. O autor rechaça a hipótese que anteviu a origem da ordália como importação do Oriente, como um empréstimo indireto da Índia. Contra essa posição, tempos a grande frequência da prova da caldeira (*Kesselfang*) e da ordália da sorte (*Losordal*).

O juízo de deus mais importante dos homens livres era o duelo,¹⁰⁶ sobre o qual se discute se deve ser entendido, de fato, como um juízo de deus ou apenas um meio de prova. O duelo transforma-se em ordália somente quando atinge o propósito de lhe ser atribuído tal caráter, ou seja, de antever, com seu êxito, a prova da verdade ou inverdade, do jurídico ou do antijurídico, o que se faz presente entre os germanos ocidentais indubitavelmente. As fontes do período franco denominam-no *iudicium Dei* e expressam a concepção de que Deus concederá a vitória à verdade e ao direito.¹⁰⁷

É muito provável que desde o período pagão, o duelo já fosse visto como ordália, já que para os germânicos religião e luta estavam ligadas, o duelo fora usado como oráculo e a ideia de ordália estende-se a batalhas e guerras. Da mesma forma, o uso de fórmulas e meios mágicos, que se tenta proibir no período cristão, remonta a uma atuação sacral pagã do duelo.

A ordália servia nos direitos mais antigos não somente como meio de prova, mas também foi utilizada para descobrir a vontade dos deuses, se o suspeito criminoso ou inimigo capturado seriam aceitos como sacrifício a eles.¹⁰⁸

A administração da justiça era uma tarefa do povo, que formou os tribunais públicos. Ao lado dele, sobressai-se ainda como resquício de atividades pré-estatais da *sippe*, cuja jurisdição entra na constituição do tribunal. Porém, esses resquícios da justiça da *sippe* encontram-se em permanente declínio. O juiz conduzia a presidência do tribunal público, mas ele próprio não dizia o direito, mas sim o povo participante do tribunal. O juiz era um *indagador* do direito. Nas assembleias populares dos estados monárquicos, o rei

A primeira constitia em ferver água numa caldeira e o produtor da prova nela introduzia o braço nu para retirar um anel ou pedra. Depois de determinado período, aparecendo estar sãos mão e braço, a prova era considerada bem sucedida. Essa ordália é atestada desde o século sexto e está presente em vários povos germânicos, de modo que o autor exclui a hipótese de ter sido introduzida pelas costas mediterrâneas a partir de um instituto jurídico indiano. O mesmo se diga em relação à sorte (*Los*), que era usada como oráculo em tempo pagão. Discute-se também acerca da ordália nos direitos da antiguidade, inclusive no direito romano. A propósito, veja-se R. HIRZEL, *Eid cit.* (nota 100 *supra*). Para a ordália no direito romano, vide notas 292 e 351 *infra*.

¹⁰⁶ A respeito do duelo, vejamos: W. SCHILD, v. *Zweikampf* cit. (nota 93 *supra*), pp.1835-1847. Em estudo do duelo nos direitos português e espanhol levada a efeito por L. CABRAL DE MONCADA, *O duelo na vida do direito*, in *AHDE*, 2, 1925, pp.213-232 e *AHDE* 3, 1926, pp.69-88, o autor demonstra como o direito de autodefesa da aristocracia ibérica foi gradualmente restringido para certos casos e, ao mesmo tempo, reduzido a um duelo formalizado para ser combatido sob supervisão.

¹⁰⁷ Copiosas as fontes nesse sentido, conforme reportadas por H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), p.264, nt. 60, dentre as quais: Lex Alam.81: *et testificent Deum creatorem, ut, cui sit iustitia, illi donet Deus victoriam*; Lex Baiuw. 2.1: *exeant in campo et cui Deus dederit victoriam, illi credite*; 17.2: *Sponde mihi pugnam duorum et manifestet Deus, si mendacium an veritatem iurasti contra me*; Lex Burg. 45: *Deo iudicante confligat*; Ed. Liut. 21: *purificet se ad legem Dei*; Fredegar 4.51: *iudicium Dei, his duobus confligantibus, cognoscatur, utrum...*

¹⁰⁸ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.263-266.

também era juiz, enquanto que nos estados populares, propriamente ditos, um dos príncipes realizava a atividade de juiz.

O tribunal germânico reunia-se sob céu aberto, principalmente nos lugares de culto e de oferta de sacrifícios, em que também se realizavam as assembleias políticas, que podiam coincidir com aquelas do tribunal. A assembleia do tribunal era introduzida mediante uma cerimônia solene sob a proteção da divindade, a qual era acompanhada de um cercamento dos locais do tribunal por ramos e cordas ou estacas e cordas. Desde os tempos mais antigos, podem-se distinguir já dois tipos de assembleias do tribunal popular: ordinária (*echte Ding*) e extraordinária (*gebotene Ding*). As primeiras ocorriam em períodos determinados sem necessidade de convocação dos membros da comunidade, ao passo que as segundas ocorriam conforme a necessidade mediante a convocação dos obrigados. O juiz conduzia as atividades do tribunal e era circundado pelo povo. Na origem, talvez o próprio juiz tenha formulado proposta de sentença à comunidade e mais tarde, de qualquer forma, solicitava uma proposta perante os demais membros do tribunal. A proposta exigia a aquiescência de toda comunidade presente para se tornar sentença, a qual era pronunciada pelo juiz.¹⁰⁹ A colaboração decisiva da comunidade no julgamento como *consilium* e *auctoritas* do príncipe é atestada nas fontes.¹¹⁰

Para o período mais arcaico, deve ser considerado certo que tanto o juiz quanto a comunidade participavam da elaboração da decisão. Porém, nos períodos sucessivos, o juiz, na maioria das tribos germânicas, não participa do julgamento, no tocante à verificação de seu objeto, que é muito mais tarefa da comunidade. Porém, o juiz emite um comando jurídico correspondente ao julgamento e, em algumas comunidades, há um juiz, que efetivamente profere a decisão.¹¹¹

Em suma, de acordo com cada direito, havia órgãos diversos encarregados da jurisdição, que não excluía a atuação da comunidade.¹¹²

¹⁰⁹ H. CONRAD, *Rechtsgeschichte* cit., v. 1 (nota 93 *supra*), pp.27-28.

¹¹⁰ Tac.*Germ.*12: *eliguntur in iisdem conciliis et principes, qui iura per pagos vicosque reddunt, centeni singulis ex plebe comites consilium simul et auctoritas assunt.* O príncipe também aparece como aquele que diz o direito em outra fonte latina, a saber, Caes. *de bello gall.* 6.23: *principes regionum arque pagorum inter suos ius dicunt, controversiasque minuunt.*

¹¹¹ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp. 202-203. Em sentido contrário, M.A.von BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozeß* cit. v.1 (nota 93 *supra*), pp.102-103, que limitava a atividade do juiz à presidência e condução do processo.

¹¹² Perante os francos, o julgamento era proferido pelos denominados *Rachinburgos* (*Rachinburgen*), que eram muito provavelmente um conselho da comunidade nomeado pelo juiz. *Rachinburgo* deriva de *ragin*, *rahin*, que significa *Rat* (conselho) no alemão moderno e *burgjo*, que significa *Bürge* (garante) no alemão moderno, segundo H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), p.204. Segundo F. KLUGE e E.

Cotejando as fontes latinas ¹¹³ com o quadro geral da antiga administração da justiça pelos povos germânicos, ¹¹⁴ verifica-se que o *consilium*, que o príncipe extrai da centúria, corresponde à proposta de julgamento, que a *auctoritas* corresponde à aquiescência da comunidade e que o *ius dicere, reddere* corresponde ao comando jurídico do juiz.

O juiz e a comunidade não estão, a princípio, em grande oposição, mas sim atuam juntos, de modo a realizar o julgamento. O juiz tinha o direito, que provinha da comunidade, de solicitar um julgamento. Ele podia colocar a questão a uma maioria de membros da comunidade, mas também podia solicitar uma proposta de solução a um dos membros presentes. ¹¹⁵

Por outro lado, paulatinamente, torna-se frequente o costume de o causador do dano, devedor da multa fixada, ser efetivamente condenado. Porém, isso não significa mais do que a verificação de que para cada ação de determinado tipo incide uma multa correspondente. A obrigação de pagar a multa, contudo, não é criada pela pronúncia da sentença, mas sim necessita um compromisso ou, de qualquer forma, uma promessa do

SEEBOLD, *Etymologisches Wörterbuch* cit. (nota 95 *supra*), p. 163, o *Bürge* é originalmente uma espécie de fiador que garante a um vingador para que o perseguido responda por sua ação ou se coloque contra a vingança. Apesar da semelhança entre *Bürge* (garante) e *Bürger* (cidadão), a etimologia indica origens diversas. Perante os bávaros e suábios, ao lado do juiz presidente, há um locutor ou indicador do direito, chamado *iudex*, e em antigo alto-alemão denominado *êsago, êteilo, urteilo*, o qual apresentava uma proposta de sentença com comando judicial. Entre os alamanos, encontramos também o *Judex*, que era denominado como *julgador* (Lex Alam. 42.1), mas que devia ser aparentado ao *Judex* bávaro e não a um verdadeiro juiz. Entre os frísios, além do juiz e da comunidade, conhece-se uma figura específica, escolhida pelo povo, e denominada *iudex, âsega*, que não é como o *iudex* bávaro, mas sim um julgador monocrático. O *âsega* proferia o julgamento depois de ser instado pelo juiz, colhe o juramento e tem participação no valor da multa reconhecida. A proposta de julgamento do *âsega* necessitava do consentimento da comunidade. Nos antigos direitos saxônicos, havia os *vicinantes, pagenses, convicini*, ou seja, membros da comunidade, que proferiam a decisão e percebiam uma taxa. Para os longobardos, não havia distinção entre juiz e julgador, sendo a sentença proferida por juiz único ou colégio de juizes, ao passo que a comunidade era limitada a uma assistência passiva. A mais antiga justiça nórdica, por sua vez, baseia-se, em sua origem, na assembleia popular sob a presidência de um juiz. É peculiar no norte, com exceção da Dinamarca, o ofício de um *dizedor da lei* (*Gesetzsprecher*), que é obrigado de tempos em tempos a proferir pronunciamentos públicos sobre o direito vigente. Ademais, é partícipe na administração da justiça e tem semelhança com o *dizedor do direito* (*Rechtssprecher*) frísio e bávaro. Porém, sua posição apresenta várias diferenças nos direitos nórdicos. Como exemplos, o *lögmaðr* norueguês que se transformou de um auxiliar perito a um julgador. Um desenvolvimento similar aparenta ter tido o *laghmapr* sueco, que conseguiu a colocação como juiz monocrático ao lado do qual o povo não mais teve participação na jurisdição.

¹¹³ Vide nota 110 *supra*.

¹¹⁴ Vide nota 112 *supra*.

¹¹⁵ H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.208-209. Segundo o autor, esse último caso veio a ocorrer mais tarde na Alemanha com os tribunais reais sobretudo nos lugares, em que não houve instituição de um tribunal do júri. A formulação do quesito (*Urteilsfrage*) era, na origem, apenas um direito e não uma obrigação do juiz, e a sentença provinha da aquiescência da comunidade seguramente quando a proposta de julgamento partia do próprio juiz. Sob esse fundamento, algumas tribos chegaram a uma específica divisão das funções do julgamento. Entre os francos, o juiz nomeava antes ou na abertura da audiência uma comissão julgadora da comunidade, os *Rachimburgos* (vide nota 112 *supra*), do qual derivou um colégio permanente de jurados, o *tribunal do júri* (*Schöffentum*) sob Carlos Magno.

causador do dano, e permanece ainda por muito tempo um difícil problema persuadir o agente a essa promessa e a seu cumprimento. Como originalmente não era a pronúncia da sentença que criava a obrigação de pagamento, resulta mais claro que a sentença frequentemente era proferida, antes de decidir, se o imputado realmente cometera o ato, para a qual se pretendia o pagamento da multa.

A sentença contém, nesses casos, dois pronunciamentos, o primeiro dos quais no sentido de que o imputado deve purificar-se da censura contra ele erigida ou, por outro lado, que a multa não é aplicável. Não é a sentença, que decide o litígio, mas sim o processo sucessivo, o qual não se baseia em provas objetivas de autoria do fato. Ao contrário, a prova expressava-se por meio de um juramento de purificação (*Reinigungseid*), que o imputado precisava prestar com um determinado número de auxiliares, duelo ou uma outra forma de juízo de Deus, que clamava por um poder superior para decidir. A justiça era marcada por formalismo sobretudo no tocante ao uso rígido de palavras de cunho místico. Tal formalismo, por meio do qual as divindades eram chamadas para auxiliar, garantia aos litigantes a paz pelo menos durante o processo, ao qual ainda não era atribuído poder estatal. Por trás do equilíbrio pacífico por meio do pagamento da multa, havia como alternativa a vingança de sangue.¹¹⁶

O processo germânico não conhecia uma verdadeira execução. Se o condenado tivesse-se obrigado a satisfazer o credor por meio do compromisso, o credor podia penhorar extrajudicialmente, mediante certas formalidades. Os direitos nórdicos e germânicos ocidentais conheciam também uma pena de banimento para quem se recusasse a prometer cumprir a sentença ou firmar o compromisso.¹¹⁷

A comparatística vê similitudes entre os caracteres do julgamento do processo germânico e aquele babilônico. A sentença, mesmo contendo um comando, não

¹¹⁶ K. KROESCHELL, *Rechtsgeschichte* cit. (nota 93 *supra*), pp. 36-37. Para o autor, mesmo o processo já em curso é marcado com frequência por discussões violentas. Ademais, é questionável se a faida deve ser antevista em todos estados iniciais da humanidade, a denominada *guerra de todos contra todos* (*bellum omnium contra omnes*). A pesquisa etnológica trouxe vários testemunhos de que a vingança sangüinária aparece principalmente em povos migrantes e guerreiros, cuja riqueza consiste no gado, enquanto outros povos teriam preferido formas pacíficas de resolução de conflitos. De qualquer maneira, deve-se admitir, que além da faida, também a composição pacífica se fazia presente em um processo nos tempos mais antigos.

¹¹⁷ Neste sentido, H. BRUNNER, *Rechtsgeschichte* cit. v. 1 (nota 93 *supra*), pp.266.267. Para R. SCHRÖDER e E. KÜNBBERG, *Rechtsgeschichte* cit. (nota 93 *supra*), p. 95, uma execução de sentença judicial era conhecida pelos germânicos somente em caso de pena de morte e também mediante uma prova ordálica no sentido de indagar se a vítima do sacrifício seria aprazível aos deuses.

indica que o processo esteja completamente encerrado. De forma semelhante ao processo babilônico, só se efetiva a conclusão da causa por meio de um contrato entre as partes.¹¹⁸

¹¹⁸ Segundo A. STEINWENTER, *Streitbeendigung* cit. (nota 79 *supra*), pp.10-12, trata-se de um compromisso de composição, um pacto de paz, que é essencialmente uma promessa de perseverar na decisão do tribunal e de não querer contestá-la novamente. Esses compromissos demonstram não apenas o efeito reflexo da sentença no sentido de que um outro tribunal poderia julgar diferentemente a causa já conhecida sem a existência de um contrato como esse, mas também o efeito preclusivo, por meio do qual em um segundo processo *de eadem re*, o réu deve rechaçar a resposta e a parte violada do contrato expõe as sanções. No direito franco, tal compromisso recebe o nome de *securitas*, cujas funções são semelhantes àsquelas do *duppu-lâ-ragâmin* babilônico. A propósito, vide nota 77 *supra*. Para o autor, a diferença entre ambos consistiria no fato de que no antigo processo babilônico, as propostas de julgamento e o pacto de paz não podiam ser recusados pelas partes, ao passo que no processo germânico sim, mas com desvantagens jurídicas, já que os recalcitrantes seriam expostos a meios coercitivos indiretos. Já o processo dos tribunais reais francos e no direito longobardo mostra a crescente estatização do processo, no qual o *imperium* do juiz torna supérflua a submissão das partes.

4. ORIGENS DO PROCESSO CRIMINAL ROMANO

4.1. ASPECTOS GERAIS

Dentro da pesquisa levada a efeito sobre a origem do processo romano e as causas da bipartição, urge também investigarmos o início da persecução criminal em Roma¹¹⁹ e sobretudo suas eventuais relações com a justiça civil.

Na época da Monarquia em Roma, as fontes não permitem uma reconstrução absolutamente segura acerca do modo de exercício do poder punitivo pelo *rex*. Com efeito, nossos conhecimentos acerca da administração da justiça criminal pelo rei dependem da narrativa tradicional mais recente, de modo que se faz mister a busca de outras fontes indiretas integradas com os descobrimentos arqueológicos. Coordenando esses testemunhos com os dados da narrativa tradicional, é possível extrairmos importantes elementos de conhecimento.¹²⁰

Na origem, a comunidade intervém raramente na repressão dos crimes, que permanece em grande parte nas mãos dos ofendidos, às vezes com base no talião e no costume do resgate. Somente em casos específicos, em que o fato criminoso aparece como um infração à *pax deorum*,¹²¹ ou seja, à paz que deve subsistir em relação aos deuses, a *civitas* considera necessário intervir para restabelecimento da ordem. Como o rei, sacerdote máximo da comunidade, é o natural depositário da paz perante os deuses, cabe a ele aplicar as sanções de natureza religiosa em relação àquele, cujo comportamento causou a exposição de todo grupo à cólera divina.

¹¹⁹ Sobre o Direito Penal e o Processo Penal romanos, vejam-se: A.W.ZUMPT, *Der Criminalprocess der römischen Republik*, Leipzig, B.G. Teubner, 1871; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899; J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Oxford, Clarendon, 1912 (reimp. Amsterdam, Rodopi, 1969); M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 42-63; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1962; U. COLI, *Regnum* cit. (nota 7 *supra*), pp. 114-123; P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*); C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, Appolinaris, 1955, pp. 4-16; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, 69, 1966, pp. 342-354; J. ZLINSZKY, *La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires*, in *RIDA*, 37, 1990, pp. 463-475; B. SANTALUCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in *ED*, 36, 1987, pp. 318-360; *Id.*, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª ed, Milano, Giuffrè, 1998, inclusive para ulterior bibliografia.

¹²⁰ Além da bibliografia indicada na nota anterior, para o início da repressão criminal em Roma, confira-se a bibliografia indicada em B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p.1, nota 1. Para o autor, apesar de tais elementos não possibilitarem que se atinjam conclusões seguras em relação a vários detalhes, permitem encontrar o caminho para uma reconstrução do conjunto próxima da realidade.

¹²¹ Sobre a *pax deorum*, vide item 2.3 e nota 54 *supra*.

As denominadas *leges regiae*,¹²² que estão entre as poucas fontes dessa época remota e que sobreviveram até o início do Principado, conservam muitos traços de um sistema punitivo fundado na expiação sacral.¹²³ Admite-se, pois, que tais leis régias não tenham sido *leges rogatae*, mas sim ordenanças ditadas pelo próprio soberano em razão de seu *imperium*.

Na parte verossímil das *leges regiae*, a crítica moderna antevê as fontes mais antigas do direito criminal romano, já que o conteúdo essencialmente religioso da maior parte das disposições não é apto a pôr em dúvida o caráter normativo, tratando-se de preceitos emanados do soberano, que acumula a função de sacerdote supremo e chefe político.

As leis em questão não configuram um sistema orgânico de normas, deixando ampla margem à livre coerção do monarca e à perseguição privada do grupo ofendido. Geralmente prescrevem o cumprimento de determinados atos, anunciando as sanções de caráter sacro e regulando o exercício da vingança. Entre as disposições do primeiro grupo, encontram-se preceitos voltados à perseguição dos crimes atinentes à esfera religiosa e de comportamentos lesivos de relações fundamentais da comunidade, como de família e de clientela, reprimidos originariamente no âmbito doméstico. Em alguns casos, a normativa régia limita-se a acolher os antigos costumes gentílicos, mas, na maioria deles, a antiga perseguição familiar ou grupal cede lugar à perseguição estatal fundada no conceito de expiação religiosa.¹²⁴

¹²² Sobre as *leges regiae* (leis régias), cuja existência foi colocada em dúvida pela doutrina, vejam-se: M. VOIGT, *Über die leges regiae*, Leipzig, 1879; S. TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze, Olschki, 1973; K. BUJUKLIC, *Leges regiae: pro et contra*, in *RIDA*, 45, 1998; O. DILIBERTO, *Una sconosciuta monografia ottocentesca sulle leges regiae: il Dritto [sic] Papsiano di Domenico Cassini*, in *Fides. Humanitas. Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Scientifica, 2007; D. MANTOVANI, *Le due serie di 'leges regiae'*, in *Seminario Complutense de Derecho Romano*, 15, 2003; G. FRANCIOSI, *Leges regiae*, Napoli, Jovene, 2003; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 4, nt. 4 para ulterior indicação bibliográfica.

¹²³ Segundo B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 2-3, a existência das *leges regiae*, não apenas em forma de preceitos consuetudinários, mas sim de leis escritas não pode mais ser colocada em dúvida em razão de um dado epigráfico contemporâneo e concreto, qual seja, a inscrição conservada embaixo do *Lapis Niger* do *Comitium*. Estudos realizados demonstraram que a inscrição pertencia à segunda pavimentação da área datável por volta do segundo quarto do século VI a.C. Portanto, da época régia, tratando-se muito provavelmente de ordenança de um soberano etrusco. Tal epígrafe comprovaria, pois, a existência de leis escritas e o aspecto de preceitos religiosos corrobora a figura do rei inserido na esfera sacra. Tais estudos mencionados foram realizados por F. COARELLI, *Il Foro Romano*, v.1, Roma, Quasar, 1983, pp. 178-188, que propõe uma reconstrução da inscrição do texto, observando que nela podem-se distinguir dois momentos: o sacrifício do *rex* e a atividade jurisdicional. A respeito, vide ainda R. E. PALMER, *The king and the comitium: a study of Rome's oldest document*, Wiesbaden, Steiner, 1969.

¹²⁴ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 4-6. Como exemplo dos antigos *mores gentílicos*, o autor recorda a lei atribuída a Rômulo, que concede ao marido, assistido pelo *consilium*

Infrações de intensidade menor implicavam ao transgressor a obrigação do *piaculum*, ou seja, uma oferta expiatória consistente no sacrifício de um animal ou na destinação de uma parte do patrimônio em benefício do culto da divindade ofendida.¹²⁵

Porém, nem sempre um mero *piaculum* é suficiente a acalmar a ira dos deuses. As culpas mais graves não admitem expiação (*scelus inexpiabile*) e o próprio transgressor é chamado a responder com sua pessoa e eventualmente seus bens à divindade ofendida.

As fontes testemunham duas formas distintas de pena sacral ou *supplicium*, como é designada. A primeira delas implicava o abandono do culpado (*consecratio capitis*) e às vezes também de tudo que lhe pertencesse ao deus ultrajado (*consecratio capitis et bonorum*), ao passo que a segunda implicava a morte do ofensor como sacrifício expiatório (*deo necari*).¹²⁶ No caso da primeira, havia a característica fórmula *sacer esto*,¹²⁷ implicando a *consecratio* o afastamento do culpado da comunidade e o seu abandono à vingança da divindade ofendida. Como *homo sacer*, não goza mais de nenhuma proteção divina ou humana e qualquer um pode assassiná-lo sem incorrer na sanção do homicídio.¹²⁸ A segunda, por sua vez, é prevista para alguns crimes considerados lesivos à religião e à comunidade, os quais, em razão do dano social que acarretam, empenham a própria comunidade na realização das consequências concretas da maldição divina. Como

doméstico, o poder de punir o adultério ou outra culpa grave da mulher com a morte. Para a questão, vide a bibliografia indicada pelo autor na nt. 5.

¹²⁵ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 6-7 reporta vários exemplos nesse sentido inclusive com indicação de fontes e bibliografia.

¹²⁶ P. VOCI, *Diritto sacro* cit. (nota 45 *supra*), pp. 234-236; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 7-8.

¹²⁷ A respeito, vide P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 142-148; S.A.B. MEIRA, *O homo sacer no antigo direito romano*, in *Romanitas*, 2, 1959, pp. 76-97; L. GAROFALO, *Sulla condizione di homo sacer in età arcaica*, in *SDHI*, 56, 1990; R. FIORI, *Homo sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, Jovene, 1996. Para ulterior bibliografia, vide B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 8, nt. 13.

¹²⁸ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 8-11. Porém, a religião não prevê a exigência de placar a ira dos deuses mediante o sacrifício ritual do culpado e embora admita que a *consecratio* tenha como consequência última e normal a morte do *homo sacer*, não consente a sua imolação à guisa de vítima sacrificial por obra dos órgãos da comunidade. Como exemplos, temos a violação de fé do patrono em relação ao cliente e vice-versa, caso de violência do filho contra o pai ou da nora contra o sogro, que leis atribuídas a Rômulo e a Sêrvio Túlio punem com a *consecratio* às divindades do lar. Embora haja controvérsia se o culpado incorresse na pena *ipso iure* ou por meio de processo, o autor defende a segunda alternativa. Nesse mesmo sentido, R. FIORI, *Homo sacer* cit. (nota 127 *supra*), pp. 489-494. Segundo M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), p. 46, o efeito da *sacratio* é a entrega do agente aos deuses por causa de seu ato, o qual ofendeu de tal forma a divindade, como o delito privado (*iniuria*) ofendia os homens. O decaimento do *sacer*, por causa de sua ação, à divindade fazia que essa adquiria sobre ele um poder de captura da mesma forma que nos delitos privados, o ofendido obtinha um poder privado de captura sobre o agente.

exemplo típico, temos a *perduellio*, crime contra os deuses protetores da *civitas* e ao mesmo tempo contra o agrupamento social.¹²⁹

Por outro lado, havia a possibilidade de perseguição privada, por parte do grupo ofendido, em caso de homicídio voluntário de um homem livre também regulada pelas *leges regiae* com fins sacros purificadores.¹³⁰ A controvertida sanção *parcidas esto* parece que deve ser interpretada no sentido de determinar aos parentes do falecido que matassem o assassino, com o objetivo de impedir que, na situação de impureza derivada do sangue derramado, eles se satisfizessem com a composição pecuniária. Referida norma representou um grande progresso na evolução do direito criminal romano não apenas pela distinção entre ato voluntário e involuntário, mas também por abrir caminho para avocação pelo Estado da perseguição do homicídio. Com efeito, de um lado transforma o homicídio voluntário em crime não suscetível de composição pecuniária e por outro fixa um limite à indiscriminada reação dos parentes da vítima, consentindo que possam exercer a vingança somente no caso de o homicida ter agido voluntariamente, o que coloca a base para uma gradual configuração do homicídio como crime de interesse público.¹³¹

4.2. COERCITIO

A intervenção punitiva do Estado não aparece sempre ligada à ideia de purificação da coletividade perante a cólera divina.

Ao lado dos crimes sancionados com a *sacertas* ou por meio da obrigação sacra da vingança, havia outros fatos criminosos contrários à própria existência do agrupamento social, que foram objeto de perseguição pública não com fins purificadores, mas sim pelo princípio de que a resposta da ofensa é uma outra ofensa. Dentre tais crimes, a *proditio* ou a traição com o inimigo e uma ampla gama de ilícitos suscetíveis de colocar em perigo a integridade do *populus* organizado militarmente, como a defecção de um

¹²⁹ Segundo B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 13-14.

¹³⁰ A norma é atribuída ao rei Numa e é referida por Fest. v. *parrici(di) questores* p. 247L: *...si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parcidas esto*.

¹³¹ Neste sentido B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 15-19. O real significado do termo *parcidas* e a fórmula *parcidas esto* são ainda objeto de vivo debate na doutrina, prevalecendo a opinião que atribui ao termo *parcidas* um valor essencialmente passivo, vislumbrando na expressão *parcidas esto* a cláusula sancionatória da *lex* em questão, equivalendo a *seja morto por representação*. Para as diversas opiniões e bibliografia, vide nts. 32-39.

aliado (*defectio*) e os mais graves delitos militares (deserção, *seditio*, passagem ao inimigo etc).¹³²

Na persecução de tais ilícitos, o rei não atuava como sacerdote, mas sim como comandante militar e exercia o poder ilimitado de coerção derivado de seu *imperium*.¹³³ Ele não era vinculado por normas ou procedimento, sendo livre para adotar todos os meios, que lhe parecessem necessários, para a repressão do crime. A pena tem caráter laico e não sacro, consistindo de regra na fustigação e sucessiva decapitação com o machado.¹³⁴

Tal atividade, porém, não é considerada exercício de uma verdadeira função jurisdicional, mas sim manifestação da faculdade de reprimir incluída no supremo poder de comando (*imperium*),¹³⁵ ou seja, a *coercitio*.¹³⁶

Desde muito remotamente, houve a necessidade do processo para verificar a *consecratio*, de onde teria tido início a jurisdição estatal criminal de natureza não militar, cuja forma não é conhecida com precisão, podendo-se presumir que o rei se valesse de conselho dos sacerdotes, para tal verificação. A origem dessa jurisdição remonta à *consecratio*, porque, em tempos arcaicos, todos crimes que não lesionassem o interesse do indivíduo, mas sim do conjunto dos cidadãos, compreendiam uma ofensa à divindade. Devido às inconveniências, que a cognição de uma *consecratio* imediata ao ato trazia consigo e ao esmorecimento do prestígio do ordenamento sacro, resultou necessária a jurisdição estatal, que inicialmente verificava o ingresso da *consecratio* e posteriormente a existência dos pressupostos para a execução sacra.¹³⁷

¹³² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 19.

¹³³ Para bibliografia sobre o *imperium*, vide nota 23 *supra*.

¹³⁴ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp. 20-21. O autor refere-se ao célebre episódio de condenação à morte pronunciada pelos primeiros cônsules e por eles executada, anteriormente à introdução da *provocatio ad populum*, em relação aos filhos de Bruto e de outros conjurados para a restauração dos Tarquínios.

¹³⁵ Essa a opinião de B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 21; *Id.*, *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura*, 35, 1984, pp. 47-72 (= in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, Cedam, 2009, pp. 115-138). M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 42-43 distingue as duas raízes da jurisdição criminal: uma militar secularizada e outra sacra. No tocante à primeira, não a considera *iudicatio*, mas tão somente *coercitio*, punição do desobediente, que traz em seu bojo caráter de natureza mais policial e administrativa do que judicial propriamente dita. No tocante à segunda de natureza sacra, por sua vez, considera que as medidas devam ser consideradas de caráter jurisdicional, ainda que de espécie diversa, criticando posicionamento de T. MOMMSEN, que pretendia retratar o castigo sacral somente como precursor da repressão criminal. Sobre a questão da existência de *iurisdictio* criminal, vide item 8.5 *infra*.

¹³⁶ Sobre a *coercitio*, veja-se M. A. DE DOMINICIS, *Coercitio*, in *NNDI*, 3, 1957, pp. 417-426, inclusive para indicação bibliográfica.

¹³⁷ M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 51-54.

No tocante ao modo de exercício do poder punitivo régio, as fontes¹³⁸ não permitem inferir com segurança se o rei julgava sozinho ou mediante consulta ao conselho de anciãos, ou mesmo com a participação de tal conselho. Contudo, parece provável que se valesse de auxiliares conhecidos por *quaestores parricidii*¹³⁹ e *duumviri perduellionis*,¹⁴⁰ os primeiros dos quais incumbidos de verificar a existência de dolo no homicídio e de supervisionar o exercício da vingança perante o povo, ao passo que os segundos constituíam um tribunal extraordinário com a incumbência de averiguar a responsabilidade, procedendo à imediata execução capital do réu em flagrante do crime de alta traição (*perduellio*).¹⁴¹

Embora não haja precisão nas fontes, parece provável que os *quaestores parricidii* exerciam funções de caráter inquisitório, ou seja, instrução do processo e propositura da acusação perante o julgamento popular. Os *duumviri perduellionis*, por sua vez, atuavam somente em caso de flagrante, situação em que a persecução criminal ocorria sem a participação da assembleia popular. Diferentemente dos *quaestores parricidii*, que eram auxiliares estáveis do rei e posteriormente dos cônsules e tinham competência limitada à instrução do processo e à proposta da pena, os *duumviri* eram nomeados caso a caso e procediam de modo direto e imediato contra o culpado.¹⁴²

¹³⁸ Liv. 1.49.4; Dion.Hal. 2.14.1, 4.25.2.

¹³⁹ D.1.2.2.23 (Pomp l.s. Ench.): *Et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussi populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent: hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum* (E porque, como dissemos, não era permitido pela lei que os cônsules julgassem à pena de morte os cidadãos romanos sem consentimento do povo, razão por que foram designados questores pelo povo, que conhecessem das causas capitais. Eles eram chamados *quaestores parricidii*, aos quais menciona a lei das Doze Tábuas); Fest. v. *quaestores* p.310 L: *quaestores <dicebantur, qui quaerent de rebus> capitalibus, unde <iidem etiam in XII quaestores parri>cidi appellantur* (diziam-se questores, aqueles que investigavam as causas capitais, de onde igualmente eram chamados *quaestores parricidi* na Lei das XII Tábuas); Varr.ling. 5.81: *quaestores a qu(a)erendo, qui conquirent publicas pecunias et maleficia, quae triumviri capitales nunc conquirunt; ab his postea qui quaestionum iudicia exercent quaes(i)tores dicti* (Os questores são chamados assim de *quaerere* (investigar), porque investigam as divisas públicas e os delitos ora investigados pelos *triumviri capitales*. Posteriormente, por causa deles, os juízes encarregados da instrução dos processos foram chamados de *quaesitores* (inquisidores)).

¹⁴⁰ Fest. v. *sororium tigillum* 380, 16 L: *accusatus tamen parricidi apud duumviros, damnatusque provocavit ad populum* (ainda que acusado de parricídio perante os *duumviri*, o condenado podia valer-se da *provocatio ad populum*); Cic. *Rab.perd.* 12; *de orat.* 156; Liv. 1.26.5; 6.20.12.

¹⁴¹ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p.22.

¹⁴² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p.47-55. W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp.37-45, no capítulo *Die Quaestores Parricidii und das Strafrecht der Zwölftafelzeit*, analisa as polémicas envolvendo a figura dos *quaestores parricidi* e a natureza do *parricidium* a partir de dois testemunhos anteriores à Lei das XII Tábuas. Em suas pesquisas, W. KUNKEL chegou a vários resultados distintos de T. MOMMSEN e seguidores. Em resenha à sua obra, G. CRIFÒ, *Il processo criminale presillano*, in *Labeo*, 10, 1964, pp. 90-116 enuncia os resultados obtidos, dos quais destacamos os seguintes: a) o processo comicial foi sempre apenas um processo político; b) o processo penal comum realizava-se perante uma *quaestio* presidida pelo *praetor* e era introduzido pela acusação privada; c) a *provocatio* não era um meio de impugnação, mas um mero protesto contra o abuso da *coercitio* do magistrado; d) o direito penal das

Importante vitória na luta de classes foi o reconhecimento, em 450 a.C., na Lei das XII Tábuas, de que a única sede competente para pronunciar a condenação à morte de um cidadão era a assembleia das centúrias (*de capitis civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*).¹⁴³

4.3. PROVOCATIO AD POPULUM

Importante instituto surgido na passagem da Monarquia à República foi a *provocatio ad populum*, a qual foi reafirmada na Lei das XII Tábuas,¹⁴⁴ cuja natureza tem suscitado polêmicas na romanística.¹⁴⁵

XII Tábuas era dominado pelo princípio da vingança privada consentida por um veredito judicial, que poderia ter sido executada pelos *quaestores parricidii*; e) o processo penal capital criado pelas XII Tábuas era um processo de acusação privada, provavelmente na forma de uma *legis actio sacramenti*; f) o *iudicium publicum* origina-se no processo penal extraordinário: ao lado das *quaestiones extraordinariae* para casos políticos relevantes, colocam-se as *quaestiones* relativas a medidas de polícia, ou seja, são processos perante um magistrado vinculado ao veredito emanado por seu *consilium*, transformando-se em processo inspirado no princípio da acusação popular. Muitos dos resultados são objeto de crítica por G. CRIFÒ. J. ERMANN, *Strafprozess, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2000, pp.1-6 também reconhece que o quadro do processo criminal romano mudou essencialmente depois das pesquisas de W. KUNKEL.

¹⁴³ *Comitia centuriata* ou *comitatus maximus*.

¹⁴⁴ D.1.2.2.16 (Pomp.l.s. enchir.): *exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei publicae consulerent. Qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi: solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent* (Depois da expulsão dos reis, foram introduzidos dois cônsules, aos quais se determinou que coubesse o sumo direito. Foram assim denominados em razão da tarefa de cuidado da *res publica*. Para que não postulassem para si o poder régio sobre todas as coisas, determinou-se por lei que houvesse a *provocatio* contra eles e que não pudessem reprimir contra a vida do cidadão romano sem ordem do povo. Somente lhes restou a possibilidade da coerção à força e o comando para que [o cidadão] fosse conduzido à cadeia pública); Cic. *de rep.* 2.54: *provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales, itemque ab omni iudicio poenaeque prouocari licere indicant XII tabulae conpluribus legibus...* (ora, esse direito de *provocatio* existia mesmo contra o julgamento dos reis; é o que mostram claramente os livros dos pontífices e o que também indicam os livros dos áugures. Do mesmo modo, várias disposições legais das doze Tábuas nos ensinam que se podia fazer uso da *provocatio* em todo julgamento penal...); Liv. 1.26.6-8: *lex horrendi carminis erat: 'duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris prouocarit, prouocatione certato; si uincerent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; uerberato uel intra pomerium uel extra pomerium'. Hac lege duumviri creati, qui se absoluerent non rebanantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex iis 'Publi Horati, tibi perduellionem iudico' inquit. 'I, lictor, colliga manus'. Accesserat lictor inciebatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, 'Prouoco' inquit. Itaque prouocatione certatum ad populum est. A tradição, colhida dessas fontes citadas, remonta ao tempo dos reis ou à passagem à República o direito do cidadão ameaçado de pena capital de invocar o julgamento da assembleia popular, muito embora a data de introdução da *provocatio* seja objeto de discussão na doutrina.*

¹⁴⁵ Sobre a *provocatio ad populum*, vejam-se: T. MOMMSEN, *Staatsrecht* cit. v.1 (nota 5 *supra*), p. 141; *Id.*, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), pp. 41, 56, 162; A. HEUSS, *Imperium* cit. (nota 23 *supra*), pp. 104-125; G. GROSSO, *Monarchia, provocatio e processo popolare*, in *Studi in onore di Pietro Di Francisci*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 1-9; J. BLEICKEN, *Provocatio*, in *RE*, 23.2, 1959, pp. 2444-2464; *Id.*, *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, in *ZSS*, 76, 1959, pp. 324-377; W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*).

A mudança constitucional havida com a passagem da Monarquia à República levou a uma nítida separação entre as funções religiosas e político-militares anteriormente reunidas na pessoa do rei. A suprema dignidade sacerdotal passou ao *rex sacrorum* e mais tarde ao chefe do colégio dos pontífices, o *pontifex maximus*. Ao primeiro magistrado da República, foi atribuído o comando do homens armados com a faculdade de exercitar aquele amplo poder de *coercitio* perante os concidadãos. A preocupação de manter o poder do supremo magistrado dentro de certos limites, evitando a tirania, começou provavelmente a partir de então perante os patrícios, à cuja iniciativa remontava a abolição da Monarquia. Destarte, apareceu como idônea garantia a subordinação das medidas mais graves e repressivas, primeiramente a pena de morte, ao julgamento do povo reunido em assembleia, nascendo a *provocatio ad populum*.¹⁴⁶

A *provocatio ad populum* fora definida como um apelo do cidadão aos demais concidadãos ou como direito do *civis* de obter a instauração de um *iudicium populi* perante o comício centuriado para ver cessada a sanção capital, a *verberatio* (fustigação) e, em seguida, também a aplicação de multas superiores à máxima cominada mediante *iudicium magistratus*. Tal instituto era inconcebível contra as decisões do *rex* e por isso foi colocado em relação direta com o enfraquecimento da Magistratura suprema por ocasião da queda da Monarquia, sendo idôneo a destacar a ligação necessária entre o princípio democrático e o poder exclusivo da coletividade sobre a vida e a morte do cidadão. Segundo esse posicionamento, o próprio Direito Penal Público teria tido início com a *lex Valeria* de 509 a.C., que teria instituído a *provocatio ad populum*.¹⁴⁷

supra), pp.24-33; J. MARTIN, *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes*, 98, 1970, p. 76; M.G. BIANCHINI, *Sui rapporti tra 'provocatio' ed 'intercessio'*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1972, p. 105; A. W. LINTOTT, *Provocatio. From the Struggle of the Orders to the Principate*, in *ANRW*, 1.2, 1972; *Id.*, *Provocatio e iudicium populi dopo Kunkel*, in B. SANTALUCIA (org.), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, Iuss, 2009; A. MAGDELAIN, *Provocatio*, in *Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias*, v. 1, Madrid, Benal, 1988, pp. 407-423 (=in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp.567-588); M. HUMBERT, *Le tribunat de la plèbe et le tribunat du peuple: remarques sur le histoire de la provocatio ad populum*, in *MEFRA*, 100, 1988, pp. 431-503; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma Repubblicana*, Pisa, Pacini, 1996, pp.16-35, 49-84; .B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale cit.* (nota 119 *supra*), pp. 29-46; E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, Jovene, 2008.

¹⁴⁶ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale cit.* (nota 119 *supra*), pp. 29-31.

¹⁴⁷ T. MOMMSEN, *Staatsrecht cit.* v.1 (nota 5 *supra*), p. 141; v.3, p.302; *Id.*, *Strafrecht cit.* (nota 119 *supra*), pp. 41, 56, 162. Tal posição foi amplamente criticada por W. KUNKEL, *Untersuchungen cit.* (nota 119 *supra*), pp. 24-33, que negou o caráter de meio de impugnação de uma decisão do magistrado, vendo na *provocatio* instituição especificamente política surgida das lutas entre patriciado e plebe. A opinião de T. MOMMSEN, que define a *provocatio* como *apelo ao povo*, também é criticada por B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale cit.* (nota 119 *supra*), p. 39, já que não é oposta contra julgamento anterior do magistrado, considerando-a como ato de oposição à *coercitio* do magistrado acompanhado do pedido de instauração de processo perante as assembleias populares. Para A. MAGDELAIN, *Provocatio cit.* (nota 145 *supra*), pp. 407-

Dois efeitos estariam relacionados à *provocatio* nessa visão. Em primeiro lugar, a distinção entre *coercitio* e *iudicatio*, ou seja, entre os poderes disciplinar e jurisdicional,¹⁴⁸ enquanto partes do todo constituído pelo *imperium*, mas distintas em razão do cabimento da *provocatio*, isto é, do caráter definitivo da sanção ou não. Em segundo lugar, a perda da função jurisdicional por parte dos cônsules. Para T. MOMMSEN, apesar de a jurisdição não poder basear-se em algo diverso do que no *imperium*, do qual os cônsules foram os únicos titulares por muito tempo, a exigência de evitar os possíveis conflitos deles com o povo ter-se-ia tornado tão premente, de modo a sugerir que os supremos magistrados transferissem-na aos *quaestores*¹⁴⁹ no tocante aos delitos mais graves estranhos ao âmbito político-militar e aos *duumviri perduellionis*¹⁵⁰ nos casos excepcionais de *perduellio*.¹⁵¹

Os romanos consideravam a *provocatio* um dos pilares da constituição republicana, por meio do qual o cidadão perseguido pela coerção do magistrado titular de *imperium*, podia subtrair-se à morte ou à fustigação, que precedia a execução capital, pedindo a instauração de um processo perante as assembleias populares (*comitia*).¹⁵²

A hipótese difusa de que a *provocatio* teria originariamente constituído uma arma de defesa da plebe contra o patriciado não é confirmada pelas fontes.¹⁵³ Ao

423, o magistrado superior não fora privado da coerção capital, mas sim teria renunciado a usá-la para não ser desaprovado pelo povo. Ao subordinar a *coercitio* capital à *provocatio*, a lei teve por efeito prático suspender seu exercício até o primeiro limite militar.

¹⁴⁸ A respeito da existência de jurisdição criminal, vide item 8.3 *infra*.

¹⁴⁹ Vide nota 139 *supra*.

¹⁵⁰ Vide nota 140 *supra*.

¹⁵¹ *Staatsrecht* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp. 137, 140, nt. 3; v.2, pp. 110, 537-540; *Id.*, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), pp. 35, 63, 155. Para análise mais detalhada do pensamento de T. MOMMSEN acerca da *provocatio*, vide C. VENTURINI, *Processo penale* cit. (nota 145 *supra*), pp.16-26.

¹⁵² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 31.

¹⁵³ Segundo B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 31. Tal hipótese fora aventada por J. BLEICKEN, *Provocation* cit. (nota 145 *supra*), p. 324-377, que via uma fisionomia de remédio informal de natureza política, pelo qual era possível ao plebeu, graças ao *auxilium* do tribuno da plebe, obter uma pronúncia a favor do *consilium plebis*. Em adesão a ele, W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp.24-33 defendeu que a *provocatio* teria sido formada inicialmente ao longo do antagonismo patricio-plebeu como remédio de natureza política contro os abusos da *coercitio* exercida pelos titulares do *imperium*. Segundo B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 39, tal tese de W. KUNKEL no sentido de a *provocatio* ser instituição política, privada de qualquer relação com o processo comicial está apoiada em bases frágeis, pois além da dificuldade genérica de admitir que um regime como aquele indicado tenha podido ser imposto pela plebe ao patriciado na fase inicial da República caracterizada pela oligarquia patricia, deve ser observado que se a *provocatio* fosse efetivamente configurada como tal, teria constituído remédio substancialmente coincidente com o *auxilium tribunicium*, ao passo que os antigos falam em dois baluartes para a defesa da liberdade, afirmação essa plenamente confirmada pela casuística das fontes, em que *auxilium tribunicium* e *provocatio* são apresentados como meios de defesa concorrentes, mas nitidamente distintos entre si. A propósito das fontes, Liv. 3.45.8: *duae arces libertatis tuendae*. Também Liv. 3.53.4; 3.55.6: *...cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent* (...depois de ter assegurado garantias à plebe, de um lado, mediante o *auxilium* tribunício, do outro mediante a *provocatio*); 3.67.9.

contrário, pode-se arguir que tenha sido um remédio introduzido pelo patriciado no seu próprio interesse para acautelar-se contra os possíveis abusos dos seus magistrados.¹⁵⁴

Até a metade do século II a.C., manteve-se o sistema dos delitos e das penas públicas previstos na Lei das XII Tábuas, a partir de quando começaram a surgir novas figuras de crime. Mais relevante, porém, é o surgimento de novas disposições legais com o escopo de reforçar a garantia da *provocatio ad populum*, como a *Lex Valeria* de 300 a.C.¹⁵⁵ e as *leges Porciae*,¹⁵⁶ estendendo-a a outros tipos penais para os quais era inadmissível.¹⁵⁷

Ao lado dos *quaestores* e *duumviri*, com o tempo, adquirem uma importância sempre crescente os tribunos da plebe. Embora seja discutida a data em que conseguiram a faculdade de intentar os processos criminais perante as assembleias populares, é provável que lhes fosse admissível instaurar tais processos com proposta de pena capital perante a assembleia competente, ou seja, o comício centuriato, já por volta da metade do século V a. C. O papel dos tribunos transformou-se, pois, da antiga perseguição dos ofensores de sua pessoa e das prerrogativas dos plebeus perante a própria assembleia plebeia, passaram paulatinamente à perseguição capital dos mais graves crimes perante os comícios centuriatos, terminando por assumir a titularidade da acusação também nos casos de competência dos *duumviri*.¹⁵⁸

Por meio de interpretação extensiva do conceito de abuso de poder, o crime de *perduellio* passou a abarcar tudo o que os tribunos conseguiam incluir como tal.¹⁵⁹

A Lei das XII Tábuas, além de ratificar o direito à *provocatio*, impôs a regra de que quando estivesse em causa o *caput* do cidadão, a decisão devia ser tomada pelos comícios centuriatos. Tal inovação teve como precedente uma *lex sacrata*, ou seja, uma

¹⁵⁴ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 31.

¹⁵⁵ Liv.10.9.3-5.

¹⁵⁶ Cic. *de rep.*2.54: *leges Porciae quae tres sunt trium Porciorum*. A abrangência de mencionada legislação é muito discutida na doutrina.

¹⁵⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp.69-72.

¹⁵⁸ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), pp.78-80. Para F. DE MARTINO, *Costituzione* cit. v.1 (nota 5 *supra*), pp. 367-369, mesmo depois da Lei das XII Tábuas, houve vários processos capitais tribunicios. A. MAGDELAIN, *Praetor maximus* cit. (nota 17 *supra*), p.336, nt.97 considera o processo do antigo decênviro Ápio Cláudio como uma transição do tribunal revolucionário da plebe à competência exclusiva dos comícios centuriatos em matéria de pena capital (Liv. 3.56.2; 3.56.10).

¹⁵⁹ J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München, C.H. Beck, 1955, p. 125. O autor elenca alguns casos, que foram subsumidos no conceito de *perduellio*, pp.120-121. C.H. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflicher Abgrenzung bis zum Anfang der Republik*, München, 1938, p.280 realizou classificação dos vários casos subsumidos, tais como culpa grave de magistrados no exercício das suas funções e do comando militar, ofensas aos tribunos da plebe, morte de cidadãos sem processo, dentre outros (Liv. 26. 3. 9-12).

deliberação jurada da comunidade plebeia.¹⁶⁰ Isso induz a considerar que anteriormente à Lei das XII Tábuas, os processos capitais fossem empregados como arma política do patriciado e que a plebe insistia para sua transferência da assembleia por cúrias, em que os patrícios dominavam, à assembleia por centúrias.¹⁶¹

4.4. *CRIMINA E DELICTA*

No sistema da Lei das XII Tábuas, foi-se delineando a distinção fundamental, que caracteriza o direito penal romano da época clássica, entre delitos públicos, conhecidos tecnicamente como *crimina*, perseguidos pelo Estado por meio dos órgãos investidos de jurisdição criminal e sancionados como pena pública, corporal ou pecuniária, e delitos privados, qualificados como *delicta* ou *maleficia*, perseguidos pelo ofendido nas formas do processo privado e sancionados com pena privada, sempre pecuniária, devida exclusivamente à vítima. Contudo, não é sempre simples estabelecer qual era de uma modalidade e qual de outra, não havendo consenso entre os autores.¹⁶²

Crimen provém de *χρῖναι*, *cernere*, ou seja, *peneirar e separar*. O ilícito, com exceção de seu exercício, não se denomina *crimen* e tampouco o exercício de uma pretensão, abstraindo da ilicitude. O uso existente da palavra próximo à jurisdição é comum às línguas latina e grega, de modo que *crimen* torna-se a imputação de um ilícito, uma palavra processual, um tipo submetido ao juiz para decisão.¹⁶³ O uso do vocábulo restringe-se à matéria penal, vindo a significar *imputação*, *processo penal* e na linguagem sucessiva, o próprio crime, que forma o título da imputação e do processo. Em tal acepção, a palavra é comuníssima também nas fontes jurídicas, em que se refere quase exclusivamente aos crimes, que são objeto de persecução pública (*crimina publica*, *extraordinaria*).¹⁶⁴

¹⁶⁰ Cic. Sest. 65: *cum et sacratis legibus et duodecim tabulis sanctum esset ut ne cui privilegium inrogari liceret neve de capire nisi comitiis centuriatis rogari*.

¹⁶¹ Apesar dessa observação, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p. 41 minimiza o aspecto de luta das ordens, conforme nota 153 *supra*.

¹⁶² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 119 *supra*), p.66-67.

¹⁶³ Conforme T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), p. 9. De forma semelhante, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1976, pp. 18-19 (= in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*) define *crimen* como objeto de investigação e decisão, matéria submetida à decisão do juiz.

¹⁶⁴ C. FERRINI, *Diritto penale* cit. (nota 163 *supra*), pp. 18-19.

Delictum, por sua vez, significa, etimologicamente *falta*, designando a *falta eticamente reprovável*.¹⁶⁵ Talvez, na origem, a omissão do que era devido fazer em contraposição ao ato culpável positivo (*maleficum*, *facinus*). Nas fontes, é adotado em geral como significado de *crime*. Contudo, prevalentemente, para indicar os delitos privados em contraposição a *crimen*. Não é raro que *delictum* se refira aos delitos públicos e extraordinários, mas é mais raro que *crimen* indique o delito privado. De qualquer forma, não se encontra a forma *delictum publicum* e tampouco *crimen privatum* no direito clássico.¹⁶⁶ Ao contrário, são frequentes as contraposições entre ambos.¹⁶⁷

¹⁶⁵ T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), p. 10.

¹⁶⁶ C. FERRINI, *Diritto penale* cit. (nota 163 *supra*), pp. 19. O autor relembra as rubricas do Digesto: *de privatis delictis* (D. 47.1) e *de extraordinariis criminibus* (47.11).

¹⁶⁷ D. 21.1.17.18 (Ulp. 1 *ed.cur.*): *Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quaecumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus, ex quibus agitur iudiciis noxalibus: denique specialiter cabetur infra de capitalibus fraudibus*; D.4.8.32.6 (Paul. 13 *ed.*): *Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem*.

5. ORIGENS DO PROCESSO CIVIL ROMANO

5.1. ASPECTOS GERAIS E DEFESA PRIVADA

Passemos, pois, à análise da origem do processo civil romano.

O problema das origens do processo civil propõe todas as dificuldades conexas com tal tipo de questão. As formas originárias da tutela dos direitos entrelaçam-se profundamente com os aspectos, também problemáticos, da origem da comunidade e da sua primitiva constituição. Metodologicamente, deve-se evitar o anacronismo de projetar muito para trás situações que são próprias do meio e do final da República romana. Na experiência processual romana, não há dúvida de que o problema da origem da tutela jurisdicional dos direitos é estritamente conexo com a criação das *legis actiones*.¹⁶⁸

De outro lado, enquanto os problemas relativos à evolução constitucional do período arcaico foram amplamente debatidos pela doutrina, dando ensejo a críticas da versão fornecida pela tradição e a uma série de hipóteses reconstrutivas em relação à individualização dos magistrados que sucederam o rei, ao afrontar o problema das origens do processo em coligação com a *iurisdictio* e seus órgãos, a doutrina não se preocupou em conectar adequadamente as configurações propostas com o quadro concreto da evolução constitucional. Conexão essa necessária para tentar superar a dificuldade derivada da impressionante defasagem entre a origem antiquíssima dos esquemas processuais das *legis actiones*, cujos mecanismos de funcionamento maduros pressupõem intervenção de um órgão do poder político e a data mais recente à qual remonta a instituição de magistrado com funções de *iurisdictio*.¹⁶⁹

Acerca da origem do processo romano, foram criadas várias hipóteses partindo da tese de que as *legis actiones* teriam derivado de formas primitivas de defesa privada.¹⁷⁰

¹⁶⁸ M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), pp. 4-5 inclusive para copiosa bibliografia em ordem cronológica sobre o processo civil romano. Também P. FREZZA, *Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto*, in ANRW, 1.2, 1972, pp. 163-196 (= in *Scritti*, v.1, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis Mursia, 2000); M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 174-207; J. JUNCKER, *Haftung und Prozessbegründung im altrömischen Rechtsgang*, in *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, Berlin, Julius Springer, 1927, pp. 194-260.

¹⁶⁹ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 40-41.

¹⁷⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I - Le legis actiones*, Roma, Ricerche, 1961-1962, pp. 28-32, 77-111 elenca os vários autores e teorias. Também G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 27-62,

R. VON JHERING teve a primazia de ter formulado pela primeira vez em modo orgânico a hipótese de que o processo romano primitivo teria sido um sistema de defesa privada.¹⁷¹

Quase todos autores posteriores, que se ocuparam das ações mais antigas, trouxeram contribuições à mesma tese, desenvolvendo um ou outro aspecto.¹⁷²

Em meados do século XIX, provavelmente como substrato ideológico dessa concepção, estava a ideia iluminista e individualista, que percebia na vontade individual e na atividade meramente privada o fator preeminente da civilização e também das instituições jurídicas.¹⁷³

Porém, podem-se distinguir duas posições contrapostas no tocante ao problema da origem do processo e da *iurisdictio*: muitos consideram a *iurisdictio* como atribuição originária do chefe político desde a figura do rei, passando a seus sucessores magistrados, ao passo que outros autores assumem como ponto de partida a posição de que o processo romano teria nascido fora de um controle direto do poder político, buscando-se reconstruir a origem da *iurisdictio*, como intervenção paulatina de tal poder político na atividade privada das partes.¹⁷⁴

o qual classifica em dois grandes grupos as teorias acerca da origem do processo civil romano: de um lado, aqueles que veem a *iurisdictio* como atribuição originária do chefe político, desde a figura do *rex*, passando pelos magistrados sucessores e ao pretor; de outro lado, aqueles que veem o nascimento do processo fora de um controle do poder político, dividindo-os em três filões principais: origem arbitral de M. WLASSAK, a jurisdição pontifical de F. DE MARTINO e a tese do progressivo enquadramento dos atos de defesa privada. G. NICOSIA não vê prova ou indício convincente do exercício da *iurisdictio* pelo rei ou magistrados, reputando ser necessário analisar a hipótese nos esquemas de funcionamento das mais antigas *legis actiones*. Para I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, Jovene, 1984, p. 9, a raiz do problema estaria no modo de entender o conceito de defesa privada, o qual não deve ser relacionado a *defesa arbitrária* ou *extrajurídica*, mas sim a defesa executada pelo indivíduo segundo esquemas e formas predispostas pelo costume e pela religião e progressivamente controlados por órgãos, que hoje chamaríamos de públicos. S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della 'manumissio vindicta'*, Milano, Giuffrè, 1967 nega a existência de uma fase primordial de luta processual com caráter de exercício arbitrário das próprias razões. Sobre a violência real ou fictícia, vide C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 151-174.

¹⁷¹ *Geist des römischen Rechts* cit. (nota 45 *supra*), p.118-ss dedica um capítulo de sua obra ao *sistema da autodefesa* (*System der Selbsthilfe*), dedicando um subitem às *formas e extensão da autodefesa legal* (*Die Formen und der Umfang der legalen Selbsthilfe*), pp.150-167.

¹⁷² Para uma lista de autores, confirmam-se: G. BROGGINI, *Vindex und Iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, 76, 1959, p. 115, nt. 10 (=in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 99, nt.10) e G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 60, nt. 38.

¹⁷³ Conforme observado por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 28-32.

¹⁷⁴ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 41-42. Segundo ele, a posição que considera a *iurisdictio* como atribuição originária do chefe político desde o *rex* pode ser considerada a mais antiga e era seguida de forma acrítica pelos autores mais antigos do século XIX, tendo sido abandonada em um segundo momento em razão de dois fatores concomitantes. De um lado, a crítica histórica, que colocou em discussão o quadro da Monarquia romana fornecido pelo conto tradicional, pondo em evidência como esse quadro era viciado pela tendência de antecipar ao *rex* configurações e funções desenvolvidas somente com a República.

5.2. TEORIA DA ARBITRAGEM

Importante tese atribuiu a origem do processo civil romano à arbitragem, primeiramente facultativa e posteriormente obrigatória, a qual ensejou grande desenvolvimento nos estudos do processo civil romano e teve muitos seguidores.

Referida tese foi introduzida por M. WLASSAK, que se refere a um contrato entre as partes, presumivelmente originário de período pré-estatal, o qual teve disciplina obrigatória somente posteriormente.¹⁷⁵ O autor ressalta que o processo arbitral originário era facultativo e tornou-se obrigatório pela introdução do comando jurisdicional estatal.¹⁷⁶

Partindo de uma análise da natureza da *litis contestatio*, M. WLASSAK sustentou que os persistentes aspectos privatísticos, como acordo das partes, escolha do juiz privado, natureza privada do *iudicium*, bipartição do processo explicavam-se com a admissão de que esse era derivado da arbitragem privada e da recepção no âmbito do ordenamento estatal.¹⁷⁷

A mesma inspiração ideológica da primeira tese da autodefesa encontra-se nesta tese da arbitragem, não sendo ambas incompatíveis entre si. De fato, a arbitragem, enquanto acordo, funda-se no valor concedido à vontade individual e à atividade privada,

De outro lado, a revisão profunda ocorrida no campo do processo civil romano pelas pesquisas de M. WLASSAK e a difusão de suas ideias acerca da origem arbitral, colocando em crise a possibilidade de conciliar o caráter privado do processo romano com o suposto poder de *iurisdictio* do rei. Porém, nas últimas décadas, tornou-se novamente dominante a ideia de que cabia ao rei a *iurisdictio*, que se articula em duas linhas principais. Na primeira delas, ao rei caberia um poder de *iurisdictio* mais pleno e completo do que aquele cabente aos magistrados republicanos, já que teria tido a tarefa de julgar, de modo que a bipartição remontaria à passagem da *iurisdictio* do rei aos magistrados e teria sido uma introdução de uma limitação ao poder político. Na segunda delas, a bipartição seria originária e teria existido desde o início pelo menos no sentido de que teria havido a faculdade do rei de delegar a um privado a função de julgar no mérito. Para ele, não existem provas ou indícios convincentes do exercício da função jurisdicional pelo rei e por seus sucessores, quer cônsules, *magister populi*, *dictator* e *tribuni militum consulari potestate*.

¹⁷⁵ *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, Kais.Akademie der Wissenschaften in Wien, 1917, p.222, em que se lê *ihr zufolge beruht der klassische Formelprozess auf einem, vermutlich aus vorstaatlicher Zeit stammenden, später unter obrigkeitliche Zucht gebrachten Parteienvertrag, nach dessen Vorschriften ein von den Streitenden als Richter angenommener Privatmann zum Prüfen und Urteilen berufen ist*.

¹⁷⁶ *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, Akademie der Wissenschaften in Wien, 1921, p.247, na qual se lê *hält man eine streng stufenmäßige Entwicklung für wahrscheinlich, so wäre das Ursprüngliche ein Schiedsverfahren gewesen, das ganz und gar nicht selbst überlassen, seine Ziele ohne jede Unterstützung durch das Gemeinwesen zu erreichen sucht. Ein konkurrierendes staatlich überwacht Spruchgericht hätte es in jener Urzeit für Privatsachen noch nicht gegeben. Der nächste Schritt wäre dann die Einfügung des Judikationsbefehls oder – wie das Edikt sich ausdrückt – des amtlichen ‘Zwanges’ gegen die Schiedsrichter gewesen, die ‘Arbitrium rezipiert’ hatten*.

¹⁷⁷ No entanto, M. WLASSAK é criticado, uma vez que, depois de ter esclarecido o caráter convencional da *litis contestatio* do processo formular, atribuiu erroneamente tal caráter também à *litis contestatio* das *legis actiones*, que teria outra natureza, conforme G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 53-54 e outros autores, conforme críticas expostas nos capítulos seguintes.

não havendo uma verdadeira oposição entre ambas teorias, mesmo porque a primeira (autodefesa) refere-se às *legis actiones* executivas, ao passo que a segunda (arbitragem) refere-se às *legis actiones* de conhecimento.¹⁷⁸

Embora tenha havido vários defensores, as teorias da autodefesa e da arbitragem foram objeto de inúmeras contestações na doutrina, destacando-se H. LÉVY-BRUHL, P. NOAILLES, G. BROGGINI, os quais, partindo de diversos pontos de vista e desenvolvendo argumentações variadas, chegaram a uma conclusão negativa concorde: uma fase de defesa privada nunca existiu na história romana; a estrutura e as formas das *legis actiones* mais antigas não foram influenciadas pela defesa privada, nem contêm traços ou reminiscências dela. Uma plataforma comum desses opositores é a contestação do que consideram um pressuposto da teoria adversária, ou seja, a existência de um período histórico, em que as relações entre os homens não fossem reguladas pelo direito ou preceitos análogos e que faltasse, pois, uma sociedade organizada, ainda que embrionariamente. Por mais que se retroaja na história romana, sempre se encontra uma organização social fundada nos costumes, ritos e crenças religiosas.¹⁷⁹ No item seguinte, explicitaremos tais posições.

5.3. CRÍTICAS ÀS TEORIAS DA DEFESA PRIVADA E DA ARBITRAGEM

H. LÉVY-BRUHL observa que o processo implica a intervenção do grupo social, ou seja, todo processo exprime, pelo menos teoricamente, a opinião da comunidade em relação ao julgamento, que é seu normal resultado. Essa circunstância distingue o processo da arbitragem privada, em que não há participação do grupo, mas sim de um terceiro. Tal participação não aparece sempre de forma clara, mas está presente em todos tipos de processo. Em algumas sociedades, o julgamento é proferido pelo conjunto do grupo social a partir da reunião de todos homens livres em assembleia, ao passo que, em outras sociedades, é o chefe do grupo que tem competência para exprimir a opinião comum

¹⁷⁸ Conforme observado por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 28-32. Essa opinião também é manifestada por G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau, 1957, p. 5, nt. 13, que vê influências do contratualismo de Rousseau na teoria de M. WLASSAK. Contudo, há que se ter presente que a distinção entre ações *executivas* e *de conhecimento* é moderna, não sendo propriamente aplicável às *legis actiones*. A propósito, vide nota *infra*.

¹⁷⁹ Para um resumo crítico das várias opiniões e bibliografia, veja-se G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 29-32, nn. 40-54. Para bibliografia mais completa, veja-se M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp.16-21.

e que profere a sentença. Em outros, são os sacerdotes que representam a coletividade por serem os intermediários dos deuses.

O autor critica a teoria da defesa privada por partir da ideia de que, em época primitiva, a coletividade não existe ou não tem autoridade sobre seus membros e que, quando um indivíduo sente-se lesado, tem livre ação para sua reação passional. Contudo, sendo o homem um animal social, sua existência isolada é insignificante em relação ao grupo do qual faz parte, sendo suas iniciativas individuais mais restritas do que a unidade social. Para o autor, a doutrina da justiça privada parte de premissas inexatas.¹⁸⁰

H. LÉVY-BRUHL distingue três situações de acordo com o campo do litígio: no interior de um grupo restrito, entre dois membros de grupos estrangeiros entre si e entre pessoas pertencentes a um mesmo grupo político, mas de grupos domésticos diversos.¹⁸¹

A primeira situação ocorre com frequência em sociedades antigas, já que os grupos sociais são mais coerentes do que os atuais, tendo uma base familiar e política. A solidariedade que une seus membros é estrita e o poder do chefe é muito alto. Quando ocorre um litígio no interior do grupo, não há processo, pois a contenda é regulada por decisão do chefe que julga soberanamente, não dando margem à defesa privada.

Na segunda situação, a contenda pode surgir entre pessoas pertencentes a grupos estrangeiros entre si. Também não há processo, já que implicaria uma intervenção da autoridade pública, que se imporia sobre ambas partes, a qual não existe. Ainda que estejamos na presença de atos de defesa privada, em sentido amplo, o mais frequente, em razão da solidariedade que une os membros do grupo, é que o grupo social inteiro assumirá a causa da vítima, de modo que se tenha uma contenda coletiva e não privada, ou seja, uma guerra.

O terceiro caso, em que a disputa nasce entre duas pessoas pertencentes a grupos familiares diferentes, mas a uma mesma organização política, é o mais frequente. Como exemplo, dois romanos, que não são da mesma *gens*, no período arcaico. Esse caso pressupõe a existência de uma organização de poder que vincule os grupos doméstico-políticos. A justiça privada poderia existir de forma variada de acordo com o grau de autoridade de que o poder político dispusesse em relação aos diferentes grupos específicos por ele governados. Em princípio, desde que exista um poder central, a justiça puramente

¹⁸⁰ *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, pp.5-9.

¹⁸¹ H. LEVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp.7-9. O autor combate a doutrina de que o processo apresenta-se sempre sob o aspecto de uma luta entre duas ou mais pessoas, como um duelo ou um combate.

privada cessa de vigor entre os indivíduos e os grupos, pois a primeira função desse poder é manter a ordem pública. As disputas são regulamentadas e deixam de pautar-se no regime da força.

H. LÉVY-BRUHL contesta a opinião geral dos romanistas de que a *legis actio sacramentum in rem*¹⁸² apresente certos traços de combate simulado entre os litigantes, enquanto sobrevivência de um combate real, que se desenvolvia antes da intervenção da justiça pública, quando as disputas eram decididas pela violência, e que a criação da justiça estatal teria deixado subsistir essa querela entre os litigantes, o que seria testemunho irrefutável do regime da justiça privada.¹⁸³

A própria descrição da *legis actio sacramentum in rem* por Gaio¹⁸⁴ conteria os elementos de prova do simulacro de combate entre os litigantes, a saber: a) o emprego da *festuca*, já que tal vara ou bastão poderia servir a usos variados, fazendo o papel de arma ofensiva ou defensiva, o que poderia ser lembrança do tempo em que se valiam dela para golpear o adversário; b) a ordem do pretor: *mittite ambo hominem*, que representaria a autoridade tomada pela justiça estatal, fazendo reinar a ordem e substituindo a violência privada por uma instância organizada. A esses elementos, acrescenta-se a expressão *consertio manuum*,¹⁸⁵ que é dada por certos textos a essa fase do processo real,¹⁸⁶ a qual significaria o *bater-se* ou *chegar às vias de fato*.¹⁸⁷

P. NOAILLES opôs-se à tese da autodefesa e do processo arbitral, vendo a origem do direito em Roma no *ritus* das partes litigantes, que interpretavam a vontade da divindade. O ato ritual teria raízes muito mais profundas nas crenças religiosas dos romanos. O rito teria tido em todos atos um efeito criativo, realizando o direito. O autor critica o equívoco da concepção privatística por sua grande simplicidade e falta de fundamentação, que impediu o desenvolvimento da pesquisa da origem da justiça no

¹⁸² Sobre a *legis actio sacramentum in rem*, vide item 7.2 *infra*.

¹⁸³ *Le simulacre de combat dans le Sacramentum in rem*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 3, Milano, Fratelli Treves, 1930, pp. 81-90 (= in *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934, pp. 171-180).

¹⁸⁴ G. 4.16; vide item 7.2.2 *infra*.

¹⁸⁵ A respeito, vide notas 376 e 376 *infra*.

¹⁸⁶ Gell. 20.10.7-9; Varr. *ling.lat.* 6.64; Lex XII Tab. 6.6.

¹⁸⁷ H. LÉVY-BRUHL, *Simulacre* cit. (nota 183 *supra*), pp.84-90 analisa esses três elementos para concluir que nenhum deles contém a prova de um simulacro de combate entre os litigantes. Em relação ao primeiro, pela leitura do texto de Gaio, segundo a qual a *festuca* é dirigida à coisa e não ao adversário, simbolizando o justo domínio, o que é afirmado pelo próprio Gaio. Em relação ao segundo elemento, pelo fato de a frase do pretor não conter qualquer indício de que tenha sido substitutiva de uma atividade realizada pelas partes completamente privada. Em relação ao último elemento, por considerar *consertio manuum* como sinônimo de *correptio manuum*, designando o gesto, por parte de ambos litigantes, de agarrar em sua mão o objeto litigioso, ou seja, o rito de apreensão da coisa.

direito romano. Critica a teoria da justiça privada por considerar a intervenção do magistrado como um elemento fortuito ou accidental, que veio a sobrepor-se artificialmente à ação das partes. Na verdade, o estabelecimento da jurisdição civil modificou o papel de todos, transformando alguns em juiz e outros em partes, mas as formas pressupunham que já estivessem reunidos ainda que com objetivos diversos de julgar e de ser julgado. Quando se fala de justiça privada ou *Selbshilfe* na expressão alemã, subentende-se que, no estado primitivo do grupo social, a jurisdição civil ainda não criada teria sido substituída pela força material ou pelo combate.

P. NOAILLES constrói sua teoria a partir da análise e interpretação das palavras da *vindicatio*, ressaltando que os procedimentos primitivos eram manifestação de força ritual, colocando tal força a serviço do direito. Tratava-se de pura força espiritual, que derivava da observação dos ritos e se fundava, em última análise, na religião. O ato ritual retira sua força daquilo que originalmente era um ato de religião. Os procedimentos foram, num estágio inicial, atos de direito sacro e baseavam-se na crença de que os deuses assistem os homens nos negócios públicos e privados, sendo de suprema importância obedecer à vontade dos deuses. As palavras, os gestos, os ritos foram criados para evidenciar a vontade divina, fazendo-a aparecer, pois o rito cria o direito.¹⁸⁸

G. BROGGINI, a seu turno, também trouxe inúmeros argumentos contrários à teoria de M. WLASSAK, ressaltando que a jurisdição plena atribuída aos reis e aos magistrados do início da República fora transmitida pela tradição romana, criticando a leitura incorreta das fontes.¹⁸⁹

Com fundamento nas pesquisas etimológicas desenvolvidas pelos filólogos em oposição à opinião tradicional de que *vindex* era formado de *vim* e *dicere*,¹⁹⁰ G. BROGGINI sustentou que o *vindex* era o representante da família agnática, normalmente seu próprio chefe, o qual afirmava o pertencimento àquela família de uma coisa ou pessoa reclamada pelo representante de uma outra família agnática, exercitando a *vindicatio* ou *contravindicatio*, ou contra uma pessoa considerada culpada de um delito e, como tal,

¹⁸⁸ *Du Droit sacré au Droit Civil. Cours de Droit Romain Approfondi. 1941-1942*, Paris, Sirey, 1949, pp. 80-87; *Id.*, *Vindicta*, in *RHD*, 19/20, 1940-1941, pp. 1-57 (= in *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris, Belles Lettres, 1948, pp. 45-90); *Id.*, *Manum injicere*, in *RHD*, 21, 1942, pp. 1-34 (= *Fas et Jus* ob.cit., pp. 147-186). O autor elenca as hipóteses acerca da etimologia de *vindex*, encampando aquela de *vim dicere*. No entanto, ressalta que a dificuldade, entre os juristas, consiste na definição de *vis*, que tem significado de *força* e *violência*, podendo evocar a ideia de coação não somente física, mas também moral e religiosa. Conclui que todas *vindicationes* são manifestação de força, que coage, mas que não se emprega em ato de violência, refutando a hipótese de que são a figura de um antigo combate real.

¹⁸⁹ *Iudex arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp.53-93; *Id.*, *Vindex und Iudex* cit. (nota 172 *supra*), pp. 113-148.

¹⁹⁰ Para etimologia de *vindex*, vide nota 356 *infra*.

submetida à *manus iniectio*. Em ambos casos, a questão resolvia-se com o *sacramentum* por meio da *legis actio sacramento in rem*.

O esboço do processo romano primitivo delineado por ele teve o mérito de chamar a atenção para o fato de que as controvérsias de então não tinham como protagonistas indivíduos isolados, mas sim os chefes e representantes dos grupos familiares, cujos membros faziam-se presentes e participavam mais ou menos ativamente da disputa judicial e extrajudicial. Outrossim, antes da fundação da comunidade romana, existiam outras no mesmo território governadas por uma organização pelo menos religiosa ou jurídico-religiosa, já que as *legis actiones* não surgiram em um ambiente estranho ao direito e dominado pelo indiscriminado emprego da força bruta, mas em uma sociedade, em que já havia disciplina.¹⁹¹

5.4. TEORIA DA JURISDIÇÃO PONTIFICAL

Nesse grupo, incluem-se os autores que, compartilhando o posicionamento que atribui caráter arbitral ao mais antigo processo romano, destacam os aspectos sacro-religiosos do procedimento, em especial da *legis actio sacramento*, e geralmente atribuem aos pontífices a tarefa, que será, em um segundo momento, exercida pelos magistrados providos de *iurisdictio*.

F. DE MARTINO foi quem desenvolveu de forma mais completa tal teoria.¹⁹² Para ele, somente se pode falar de *iurisdictio*, no sentido próprio entendido pelos romanos, a partir das Leis *Liciniae-Sextiae* de 367 a.C., as quais, segundo a tradição, teriam criado o pretor, mas que, na verdade, teriam introduzido uma função nova (*iurisdictio*), atribuindo-a ao já existente *praetor*. Para a época precedente, havia intervenção nos litígios dos órgãos

¹⁹¹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.32-48. Segundo ele, os processos de *pignoris capio* e de *manus iniectio*, por terem caráter executivo, podem mais facilmente conter traços e reminiscências de defesa privada. Porém, mesmo nas demais ações da lei, podem-se encontrar elementos que recordam a defesa privada, o que ocorre devido ao fato de que se trata de elementos ou partes, que têm sinais executivos, como a *in ius vocatio*. O autor também sustentou que o rito fora modelado com base em uma luta e objetivou representá-la e configurá-la e que as ações da lei mais antigas relacionavam-se com a defesa privada, trazendo outros exemplos, que contribuiriam a aparecer injustificada a oposição de alguns autores à tese de que a defesa privada teria um papel primário na formação das primeiras ações da lei. Ao lado da defesa privada, G. PUGLIESE também ressalta o caráter religioso das primeiras ações da lei, sobretudo o *sacramentum*, aduzindo que tais fenômenos históricos complexos não podem ser atribuídos a um único fator.

¹⁹² *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937.

sacerdotais, especialmente dos pontífices, intervenção essa de caráter religioso, mas também de caráter constitutivo do julgamento e de formulação da norma aplicável.

Referida tese não teve seguidores, tanto no tocante à negação da existência de verdadeira *iurisdictio* antes de 367 a.C., quanto em relação à atribuição de uma originária função correspondente à jurisdicional aos pontífices.¹⁹³

M. SARGENTI tentou orientar-se nesta mesma direção no tocante à inexistência de *iurisdictio* originária.¹⁹⁴

Ainda que a influência dos pontífices no campo do direito e do processo tenha sido enorme e tenha sido mantida até tarde em alguns aspectos, entende-se não ser plausível que a atividade por eles desenvolvida possa ser considerada de natureza jurisdicional, mesmo porque as fontes não se referem a *ius dicere* ou *iuris dictio* em referência à atividade dos pontífices, mas tão somente a *iuris interpretatio*.¹⁹⁵

Recentemente, houve outros posicionamentos em defesa da jurisdição pontifical.¹⁹⁶

¹⁹³ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 53-54.

¹⁹⁴ *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, v.3, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1973, pp. 1157-1193.

¹⁹⁵ Nesse sentido, G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 54-55. No entanto, o autor antevê alguns elementos de verdade na teoria em questão sobretudo no tocante à ideia de que a *iurisdictio*, enquanto função institucionalmente atribuída a um órgão do poder político, não seja originária, mas seja de origem relativamente recente, podendo ter sido definitivamente consolidada por volta de 367 a.C.

¹⁹⁶ Nesse sentido, R. E. MITCHELL, *Patricians and Plebeians. The origin of the Roman state*, Cornell University, Ithaca, 1990, pp. 170-ss, o qual trouxe dois argumentos a favor: os pontífices tinham a *expertise* e autoridade para administrar a justiça e o uso da *legis actio sacramento* claramente tem significado religioso. O. TELLEGEN-COUPERUS, *Pontiff, praetor and iurisdictio in the Roman Republic*, in *TR*, 74, 2006, pp.31-44, por sua vez, traz outros argumentos para defender a existência de jurisdição dos pontífices até 200 a.C, o principal deles a partir de D. 1.2.2.6 (Pomp. *l.s. Ench.*), cujo final tem o seguinte teor: *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur quis quoquo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est* (em relação a todas essas leis, contudo, a ciência da interpretação e a condução das ações pertencia ao Colégio de pontífices, um dos quais era designado cada ano para presidir os pleitos privados. E o povo seguiu essa prática por quase cem anos), defendendo que o verbo *praeesse* significava *presidir, regular, superintender*, com uso ligado à *iurisdictio* ou ao tribunal, como em algumas outras fontes (D.2.1.10; D.39.3.26; D.5.1.1). No entanto, grande parte dos autores traduz *praeesse privatis* como *aconselhar os privados em seus problemas*, o que faz parte da interpretação atribuída pela maior parte dos romanistas ao papel dos pontífices. A autora traz outros argumentos como o desenvolvimento histórico, em que sempre se viu íntima conexão entre os sacerdotes e os magistrados e invoca a comparação do caso do Colégio dos Feciais para transferência da jurisdição ao pretor. Para F. SCHULZ, *History of Roman legal science*, Oxford, Clarendon, 1946, p. 7, os sacerdotes eram homens de alta posição social, cuja situação econômica possibilitava-lhes assumir tarefas públicas sem compensação pecuniária. De regra, teriam sido magistrados antes de tornarem-se sacerdotes. A interação entre sacerdotes e magistrados também foi objeto do estudo de G.J. SZEMLER, *The priests of the Roman republic. A study of interaction between Priesthoods and Magistracies*, Bruxelles, Latomus, 1972.

5.5. TEORIAS DO CONTROLE PROGRESSIVO DE ATOS DE DEFESA PRIVADA

Esse grupo de teorias concebe a origem do processo romano como o enquadramento de atos de exercício da defesa privada dentro de formalidades rituais ou prescritas e paulatinamente dentro de controles crescentes. São vários os autores, que se dedicaram à teoria do controle progressivo da autodefesa.

Tal linha de pensamento parte de duas premissas principais. De um lado, a constatação de que o reconhecimento da legitimidade da defesa privada no exercício do próprio direito, mantida até tarde, aparece muito mais difundida na época antiga. De outro lado, a consideração da rudimentariedade da primitiva organização político-estatal, razão por que se explica a gradual intervenção dos órgãos da comunidade nas controvérsias entre privados e o desenvolvimento de controle dos atos de defesa privada com sua progressiva limitação.¹⁹⁷

Neste grupo de teorias, destaca-se G.I. LUZZATTO, que anteviu uma evolução distinta da arbitragem facultativa e obrigatória, considerando o antigo procedimento *per legis actiones* como o enquadramento de atos de defesa privada entre esquemas legais e formas rigidamente predeterminadas pela lei ou pelo costume, desenvolvendo-se a arbitragem somente num segundo momento, em que o procedimento *per legis actiones* já se constituía há tempo e já recebera a própria sanção legal. Para fundamentar essa tese, o autor menciona não apenas os indícios, que permitem atribuir prioridade histórica ao procedimento *per manus iniunctionem* e *per pignoris capionem*, mas também à própria estrutura da outra *legis actio* mais antiga, a *legis actio sacramento*, que, em origem, também seria executiva, e na qual o recurso ao juiz-árbitro dar-se-ia somente por via indireta e incidental.¹⁹⁸

G.I. LUZZATTO apresenta três fases de evolução histórica em sua tese.

Num primeiro período, a comunidade ter-se-ia limitado a impor o enquadramento da defesa privada dentro de um ritual caracterizado pelo cumprimento de determinadas formalidades e pela pronúncia de palavras solenes. Nessa primeira fase de desenvolvimento, tais atos de natureza executiva eram praticados fora do controle de órgão estatal.

¹⁹⁷ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 56-57.

¹⁹⁸ *Procedura civile romana. II – Le legis actiones*, Bologna, UPEB, 1948, p. 05-06; *Id.*, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozeß*, in *ZSS*, 73, 1956, pp. 29-67; *Id.*, *Procedura civile romana. I – Esercizio dei diritto e difesa privata*, Bologna, Cesare Zuffi, 1948, pp. 102-106.

Na segunda fase, o Estado teria prescrito que essas atividades de execução formal não poderiam desenvolver-se *extrajudicialmente*, mas sim *in iure*, ou seja, perante o magistrado, que *ius dicit*, o qual teria a tarefa de pronunciar a *addictio*, além de indicar as formalidades e controlá-las.

Na terceira fase, admitindo-se a possibilidade de a parte contrária opor-se à ação executiva, abriu-se caminho para um processo de cognição, de modo que a intervenção do magistrado enseja a nomeação formal de um juiz escolhido pelas partes (*dare iudicem*) para julgamento da causa. Nessa fase de desenvolvimento, o processo teria assumido o caráter de arbitragem.

Não obstante os méritos da tese, ela é criticada por descuidar do aspecto sacro da *legis actio sacramento* e da própria evolução histórica do processo romano. Também não consegue explicar de forma satisfatória o porquê da atribuição do julgamento a uma pessoa diversa do magistrado e portanto a origem da bipartição do processo. Em outras palavras, não se vê qual a coerência de inserir a admissão do juiz privado para julgamento no momento em que o Estado assumia o controle do processo. Também não se preocupa com o problema do surgimento da função da *iurisdictio* e com os órgãos titulares dessa função.¹⁹⁹

5.6. TEORIA DA VOLKSJUSTIZ

Uma variante independente das várias hipóteses é denominada de *Volksjustiz* (Justiça do povo).²⁰⁰ Tal teoria procura delinear em modo mais articulado a defesa privada de onde partiria o desenvolvimento que leva à instauração de formas processuais, pressupondo uma direta participação da coletividade, seja na constatação do ilícito, seja na imposição da sanção, sem que para isso se possa extrair uma competência

¹⁹⁹ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 58-60.

²⁰⁰ O termo *Volksjustiz* foi empregado em estudo realizado por H. USENER, *Italische Volksjustiz. Ein Versuch*, in *Rheinischen Museum für Philologie*, 56, 1901, pp. 1-28, segundo o qual a noção tradicional de *Volksjustiz* coloca por meio de sua denominação uma oposição contra a jurisdição legalmente organizada pelo Estado. Para ele, há violações de costumes e de direitos, para os quais os tribunais mostram-se tão impotentes e que a voz do povo é decisiva para a condenação.

específica de órgãos da comunidade em relação à tutela jurisdicional dos direitos. Em suma, uma autodefesa controlada pela coletividade.²⁰¹

O estágio, que procedeu à formação da *civitas* romana e do qual são testemunho as antiquíssimas formas executivas, conheceu processos coletivos populares para determinação do direito. Um controle social da pretensão individual precedeu a execução, pois jamais a ação privada poderia realizar o direito sem o consentimento do grupo social. O sistema do controle coletivo das pretensões foi possível no interior de um grupo social limitado, seja o grupo familiar, seja a *civitas* primitiva, de modo que sempre o indivíduo que o compõe sente-se sujeito a uma ordem social imposta.²⁰²

B. ALBANESE apresentou a tese de que o procedimento *per legis actiones* remontava a eras anteriores a uma época cívica. Para tal suposição, há que se ter presente o *sacramentum*, que era o núcleo essencial da única *legis actio generalis*²⁰³ e aplicável a qualquer tipo de controvérsia. Para o autor, o *sacramentum*²⁰⁴ era um ato acompanhado de juramento, com o qual se operava a consagração de algo, provavelmente de si mesmo nas origens e depois de objetos, a uma divindade. Tal mecanismo remonta a uma fase histórica, em que a solução dos litígios não se buscava por meio de critérios racionais e técnicos, mas sim por meio de outras formas destinadas a estabelecer a conformidade ou não com a vontade divina. Esse sistema não pressupõe a formação da *civitas*, sendo suficiente apenas a existência de populações ligadas a uma cultura comum. Em segundo lugar, também se

²⁰¹ M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), pp.6-8. Para M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp.27-28, resquícios de um processo coletivo com iniciativa própria para a perseguição dos direitos privados, perante o qual não incide nenhum poder jurisdicional superior, podem ser reconhecidos em específicos processos antigos, os quais podem ter-se mantido, possivelmente, ao lado do processo público. Nos casos, em que a violação de direito é evidente, atribui-se ao ofendido a execução sem processo estatal, à medida que certas formalidades sejam observadas como garantia da juridicidade. Contudo, permanece duvidoso se pode ser concluído que essas manifestações resultaram um processo coletivo, o qual também teria nascido nos casos ordinários, em que a situação não se mostrava evidente, e do qual o processo estatal supervisor procederia historicamente. Para M. KASER, a denominação *Volksjustiz* é claramente portadora de mal-entendido. Como *Volksjustiz*, inclui-se o *fur manifestus* já conhecido na Lei das XII Tábuas 8.12-13, que é capturado de noite ou que se defende com a arma para matar. Por meio do *endoplorare*, os vizinhos devem ser imediatamente chamados, para que possam testemunhar a juridicidade dessa morte. Em tais casos, o *fur manifestus* pego em flagrante em tempos arcaicos tinha sua conduta verificada pelo tribunal *ad hoc* dos vizinhos convocados. Igualmente, quando sua ação era investigada pela antiquíssima perquisição domiciliar da *quaestio lance et licio* (L. XII Tab. 8.14).

²⁰² G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 11, 1960, pp.353-354 (=in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 140-141). O autor aduz ser necessário substituir a noção de defesa privada por aquela de justiça popular, acrescentando que a distinção entre formas processuais executivas e formas de cognição não deve ser vista na perspectiva de uma sucessão histórica da execução direta à execução interrompida pelo processo, conforme proposto por G.I. LUZZATTO, *Selbshilfe* cit. (nota 198 *supra*), pp. 51-67, já que os procedimentos coletivos de cognição podem também diminuir-se e reduzir-se a uma simples invocação de intervenção da coletividade ou de seus representantes, como no *endoplorare* no *furtum manifestum* noturno ou com mão armada.

²⁰³ G.4.13: *sacramenti actio generalis erat*.

²⁰⁴ Sobre o *sacramentum*, vide item 7.2 *infra*.

pode conjecturar possível a existência de um procedimento com *verba* solenes e gestos rituais e concluído com a aplicação de uma sanção pessoal, ou seja, também em época pré-cívica parece possível a existência de um *lege agere per manus iniunctionem*. Do mesmo modo, também parece possível um *lege agere per pignoris capionem* no âmbito de relações patrimoniais privadas em casos não conhecidos.²⁰⁵

Neste contexto, o autor rejeita as conjecturas de existência de uma solução primitiva dos litígios privados por meio de procedimentos arbitrais no âmbito de organismos familiares pré-cívicos pela ausência de qualquer menção nas fontes e também de recurso a um livre exercício das próprias razões (autodefesa), ainda que reconheça a existência de tais elementos de autodefesa nas ações da lei mencionadas.²⁰⁶

Mesmo que antes do nascimento da organização cívica devessem existir modos de composição das controvérsias entre os cidadãos, que podiam ser controlados pela comunidade, eles dificilmente poderiam ser definidos como processos, se se admitir que só há *processo* quando os modos de composição dos conflitos são controlados por órgãos da comunidade política e por eles recepcionados ou determinados por força da autoridade.

A tese de que o poder político tenha-se introduzido em um *processo* nascido essencialmente como privado poderia ser acolhida somente no sentido de que a autodefesa, sobre a qual o poder político intervém, deve ser considerada típica da época pré-cívica, mas a constituição da organização cívica pressupõe e implica necessariamente a assunção do controle e a regulamentação da autodefesa, pelo menos com o fim de assegurar a paz social ou defesa da ordem interna, a qual, juntamente com a defesa militar em relação ao exterior, constituiu desde os primórdios da comunidade politicamente organizada uma exigência primária da sobrevivência da própria comunidade.²⁰⁷

Antes da intervenção dos órgãos da comunidade não se pode falar de *processo*, mas apenas de forma de composição das controvérsias, de autodefesa dos

²⁰⁵ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, Palumbo, 1987, pp.10-11.

²⁰⁶ *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), p. 12. Segundo o autor, a conjectura de mera autodefesa sem qualquer valoração sacral cogente, controle social determinante por meio de testemunhos ou regras de forma e de conteúdo seria uma operação intelectual dificilmente concebível como reconstrução histórica, ainda que conjectural. Seria uma fase anárquica, dificilmente imaginável. Em se tratando de lide e não de luta, necessário pressupor a existência dos fatores estruturais mencionados nas três ações da lei consideradas.

²⁰⁷ I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 12-14. Neste sentido, U. COLI, *Regnum* cit. (nota 7 *supra*); P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), p. 557. A defesa da ordem interna não se realiza apenas por meio da repressão *criminal*, mas mais genericamente na prevenção de cada turbação da paz social e portanto também aquelas que podem derivar de uma autodefesa indisciplinada. O exercício arbitrário das próprias razões daria lugar a perturbações da ordem pública, chegando-se a um *bellum omnium contra omnes*.

direitos. Somente com a sobreposição da autoridade *estatal* sobre a autotutela, haverá processo. É a função de controle e de garantia de objetividade e de conservação da paz social, que individualiza o conceito de jurisdição. É preciso que a correção dos atos seja supervisionada por um órgão da coletividade. Em suma, não há uma origem privada do processo com uma introdução sucessiva do *Estado*, mas se tem o nascimento do processo somente quando o Estado, utilizando os elementos privados existentes, sobrepõe-se às modalidades de defesa dos direitos e à solução das controvérsias respectivas.²⁰⁸

5.7. TEORIAS MISTAS

Ao lado dos dois posicionamentos teóricos fundamentais, quais sejam, de um lado, a origem privada do processo romano com a sucessiva intervenção de órgãos da comunidade politicamente organizada e do outro, a origem dos mais antigos sistemas processuais com base numa função de *iurisdictio* originária e pertencente aos órgãos da comunidade, houve teorias, que tentaram conciliar ambas posições.²⁰⁹

O caso mais evidente nesse sentido é de L.WENGER, que constrói a evolução do processo civil romano a partir da autodefesa privada permitida, passando pela autodefesa proibida e defesa estatal. Embora admita a possibilidade de escolha de um terceiro árbitro, o autor mostra-se cético em relação à existência do processo arbitral, questionando a necessidade da boa vontade das partes, a obrigação do árbitro de assumir o encargo e a forma de execução.²¹⁰ O autor acredita na jurisdição plena do rei e dos magistrados com essa função na República.²¹¹

M. KASER, por sua vez, reputa que o antigo poder jurisdicional romano, seus titulares, seu conteúdo e limites continuam desconhecidos e que com alguma certeza

²⁰⁸ I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 16-17.

²⁰⁹ G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 60-61 considera ambos posicionamentos excludentes entre si e a tentativa de conciliar ambas tendências opostas incoerente em razão de contradição lógica. O autor destaca que aqueles que pesquisaram as raízes de uma origem privada foram movidos principalmente pela extrema fraqueza e escassa credibilidade dos indícios que deveriam fazer pensar a uma originária *iurisdictio* do *rex* e sucessores; e que, por outro lado, é justamente por isso que as várias tentativas de explicação em termos de origem privada não convenceram muito, preferindo outros acreditar na suposição de uma originária *iurisdictio* do rei passada a seus sucessores.

²¹⁰ *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925, pp. 6-10 e 22-24.

²¹¹ *Hausgewalt und Staatsgewalt*, in *Miscellanea Fr. Ehrle*, v.2, Roma, Tipografia del Senato, 1924, p.45. No mesmo sentido, V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, Anonima Romana, 1936, p.120 e P.F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p.22, nt.1, e pp. 81-86 para quem *la doctrine romaine représente le roi comme jugeant lui-même les procès civils*.

pode-se pesquisar o mais antigo senhor da justiça na figura do rei. A doutrina dominante atual não mais vê o rei como déspota autoritário, mas sim como mero órgão de comando com limitada esfera de atuação, à qual pertencem também as tarefas jurisdicionais ao lado daquelas religiosas e militares. Como exceção, somente o último rei Tarquínio, o Soberbo, é visto com poderes ilimitados. Ademais, segundo a concepção romana, o rei não era apenas eleito pelos deuses pela *inauguratio*, mas também equipado de poderes sobrenaturais. Dessas raízes sacras, deriva o carisma, que o capacita a suas tarefas militares e específicas. Segundo tal interpretação, deve-se admitir que também o exercício da jurisdição tenha buscado poder sobrenatural.²¹²

G. NICOSIA reconhece que o processo é um mecanismo predisposto para a atuação e defesa das pretensões individuais e portanto um canal obrigatório para a resolução das controvérsias. Porém, são vários os modos e as formas pelas quais esse fenômeno realizou-se e tais modos foram determinados por uma série de fatores sociais, políticos, culturais e religiosos de cada comunidade. Para o autor, o processo romano desenvolveu-se por um longo período de tempo segundo regras precisamente estabelecidas e rigorosas formalidades rituais, cuja observância era assegurada pelo controle social, mas sem qualquer intervenção de órgãos do poder público. Portanto, processo e *iurisdictio* são fenômenos que podem ter-se desenvolvido em épocas diversas e seja a estatalidade do processo, seja a unitariedade da jurisdição, são fruto de uma evolução histórica, que tem origem na sistematização justianeia da práxis consolidada por meio da *cognitio extra ordinem*.²¹³

Expostas as principais teorias acerca da origem do processo romano, vejamos aquelas atinentes à sua bipartição.

²¹² *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 30-31.

²¹³ *Processo privato* cit. (nota 5 *supra*), pp. 5-8, 179-182. O autor sustenta, ainda, que a doutrina não deu importância suficiente ao lapso temporal existente entre a origem do procedimento baseado no *sacramentum*, enquanto uma das formas processuais mais antigas, e a criação de uma magistratura investida da tarefa de *ius dicere*. Portanto, a estrutura do processo romano sofreu, nos primeiros séculos de vida da *civitas*, modificações relevantes e é justamente no curso dessa evolução que deveria ser buscado o ponto de partida da *iurisdictio*. Embora considere a posição de G. NICOSIA original e sugestiva, I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 11-12 não compartilha a concepção de que a observância das regras rituais e das formalidades era imposta por meio de mero controle social e a ideia de que a intervenção dos órgãos do poder público tenha-se verificado em época posterior à Lei das XII Tábuas e somente por volta de 367 a.C.

6. BIPARTIÇÃO DA INSTÂNCIA

6.1. ASPECTOS GERAIS

A origem da bipartição do processo civil romano e suas causas foram objeto de várias teorias na doutrina, as quais dependem do posicionamento assumido em relação à origem do próprio processo.

Pela exposição de Gaio, a bipartição aparece também como própria do processo das *legis actiones* e não apenas no período seguinte do processo formular. O procedimento era bipartido em uma fase *in iure*, ou seja, perante o tribunal do magistrado, em que era sistematizada a controvérsia, e em uma fase *apud iudicem* ou *in iudicio*, em que a controvérsia era decidida com base naquela sistematização pelo *iudex privatus*, que permanece um simples cidadão sem elevar-se à dignidade de órgão público, ou por um colégio de juízes que se reveste de tal dignidade como os decênviro e os centúnviro.²¹⁴

As várias teorias acerca da origem da bipartição podem ser reunidas em dois grandes grupos, o segundo dos quais subdividido, da seguinte forma:²¹⁵

A) A bipartição é originária no sentido de que o processo romano nasceu e permaneceu bipartido até a *cognitio extra ordinem*.²¹⁶

B) Originariamente, e certamente por todo período monárquico, o processo desenvolvia-se integralmente perante o rei e em segundo momento, coincidente para a maioria com o advento da República, tornou-se bipartido. Porém, os defensores desse desenvolvimento dividem-se de acordo com o momento e os motivos da passagem da unidade à bipartição, visto que:

B1) segundo alguns, o processo teria sido unitário e teria sido desenvolvido perante o rei, magistrado ou pontífices por longo período sempre que tivesse permanecido

²¹⁴ M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), p. 22 e nt. 148, segundo o qual, Gaio, ao tratar das *legis actiones* (4.2-29), dá por fato sabido a bipartição e não se anuncia, conscientemente, a distinção entre as duas fases, o que corresponde à circunstância de que trata somente da fase *in iure* do processo. Isso confirma o quanto Gaio sentia a bipartição como algo absolutamente natural ao processo romano, seja das *legis actiones*, seja do formular.

²¹⁵ De maneira resumida, mas sem referência aos autores, F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma, I – Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, Jovene, 2006, pp.427-428 elenca os grupos de argumentos das várias teorias, ora expostos.

²¹⁶ Opinião atribuída a M. WLASSAK com vários seguidores, conforme item 6.3.1 *infra*.

baseado em princípios, crenças e ritos religiosos como a *legis actio sacramenti*, enquanto teria tido desenvolvimento em duas fases (*in iure* e *apud iudicem*), quando se tivesse desvincilhado da ritualidade sacra e tivesse sido laicizado como na *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*. De qualquer maneira, ter-se-ia tornado sempre bipartido em consequência da laicização também no *agere sacramento*, havendo discussão em relação ao momento, em que essa geral laicização teria ocorrido.²¹⁷

B2) segundo outros, a bipartição, uma vez introduzida, teria abarcado todos os processos, tivessem eles forma e conteúdo sacral ou já laicizados. Do mesmo modo, também se discute o momento, em que teria sido introduzida.²¹⁸

6.2. FONTES

Encontramos a principal fonte da bipartição do processo no historiador Dionísio de Halicarnasso.

Vejamos os textos:

Dion. 4.25.1-2: `O dè• TÚllioj oÙk ™n toÚtoij mÒnon toçj politeÚmasi dhmotikŒj ín ™d»lwsen, ™n oŒj ™dŒkei t»n te tÁj boulÁj ™xous...an ka^ t³⁄₄n tîn patrik...wn dunaste...an ™lattoàn, øll| ka^ ™n oŒj t³⁄₄n basilik³⁄₄n ørc³⁄₄n ™me...wsen aÙtŒj ~autoà t³⁄₄n ¹m...seian tÁj ™xous...aj øfelŒmenoij. tîn gl'r prŒ aÙtoà basilšwn jpsaj øxioÚntwn ™f' ~autoÝj ¥gein t|j d...kaj ka^ p£nta t| ™gkl»mata t£ t' £dia ka^ t| koin| prŒj tŒn ~autîn trŒpon dikazŒntwn ™ke<noj dielèn øpŒ tîn „diwtikîn t| dhmŒsia, tîn mèn e„j tŒ koinŒn ferŒntwn ødikhm£twn aÙtŒj ™poie<to t|j diagnèseij, tîn d' „diwtikîn „diètaj œtaxen eĩnai dikast£j, Órouj ka^ kanŒnaj aÙtoçj t£xaj, oþj aÙtŒj œgraye nŒmouj.

²¹⁷ Neste sentido, M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, v.1, München, 1944, pp. 106-128 (= in *Ausgewählte Schriften*, v.2, Jovene, Napoli, 1976, pp.385-409).

²¹⁸ Para os vários autores e bibliografia, confirmam-se G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), p.79-87 e M. KASER, *Prätor und Judex im römischen Zivilprozess*, in *TR*, 32.1, 1964, p.331, nt. 2

Dion. 4.25.1-2: *O [rei] Túlio mostrou-se um amigo do povo, não apenas nessas medidas pelas quais ele pareceu diminuir a autoridade do Senado e o poder dos patrícios, mas também naquelas em que ele diminuiu o poder real, privando-se dele. Ao contrário, os reis antes dele [Sérvio Túlio] acreditaram ser apropriado ter todas causas analisadas por eles e resolviam todos os processos tanto privados, quanto públicos, como eles próprios classificavam, ao passo que ele [Sérvio Túlio], fazendo uma distinção entre processos públicos e privados, conheceu de todos crimes que afetavam o povo, mas nas causas privadas designou pessoas privadas para serem juízes, prescrevendo-lhes como normas e padrões as leis que ele mesmo havia estabelecido.*

Dion. 4.36: ... ka[^] aÙtÕj[™] xhtazÒmhn prîtoj oœj érisa kat[!] tîn ¥llwn dika...oij éesper „dièthj peiqÒmenojo^ž tîn t' çdikhm£tw n oÙc jþ£ntwn aÙtÕj[™] ginÒmhn dikast»j, çll[!] t[!]j „diwtik[!]j <d...kas> Øm<n çþšdwka diaginèskein, Ò tîn œmprosçen oÙde[^]j[™] po...hse basilšwn.

Dion. 4.36: ... e em relação a essas regras de justiça, que eu prescrevi para os outros, eu me mostrei como o primeiro a prestar obediência, como qualquer cidadão. Nem me fiz juiz de todos tipos de crime, mas eu restabeleci as causas com natureza privada a sua jurisdição, algo que nenhum dos reis anteriores o fez.

A narrativa é desacreditada por muitos autores,²¹⁹ que consideram a visão anacronista do historiador, destacando principalmente a aparente contradição com o fragmento seguinte:

²¹⁹ Detre os quais T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), p. 5, que duvida da verossimilhança do relato histórico, atribuindo-o ao último período da República. Com o auxílio de disciplinas auxiliares, a recente tendência é considerar verossímeis quer as *leges regiae*, quer os *commentarii regum*. A propósito, vide A. von PREMERSTEIN, v. *Commentarii*, in *RE*, 4.1., 1900, pp. 728-729, o qual menciona que desde o início da República, a tradição cita os *commentarii regum*, quer sacros, quer com normativa jurídica. Tais comentários teriam realmente existido, consistindo em *schemata* e instruções para a execução dos negócios sacros e jurídicos, os quais ainda teriam sido usados pelos sábios da era de Augusto. Não obstante, grande parte da doutrina duvida de sua existência. Dentre as citações de fontes no verbete mencionado, aquela que nos interessa é atinente ao *ex commentariis Servii Tullii*, nos quais há informação de eleição dos primeiros cônsules. Tal menção encontra-se em Liv. 1.60.4: *duo consules inde comitiis centuriatis a praefecto urbis ex commentariis Ser. Tulli creati sunt, L. Iunius Brutus e L. Tarquinius Collatinus* (dois cônsules foram escolhidos nos comícios centuriatos, sob a presidência do prefeito da cidade, de acordo com os comentários do [rei] Sérvio Túlio: Lúcio Júnio Bruto e Lúcio Tarquínio Colatino). O texto de Lívio é objeto de discussão atinente à passagem da Monarquia à República, conforme item 2.2 *supra*. A respeito da situação historiográfica acerca dos *commentarii*, vide G. VALDITARA, *Magister populi* cit. (nota 38 *supra*), p. 267, nt. 6. Sobre o rei Sérvio Túlio, vejam-se: R. THOMSEN, *King Servius Tullius: a historical synthesis*, Copenhagen, Gyldendal, 1980; E. FRIEZER, *De ordening van Servius Tullius*, Dissertation, Fac. Letteren en Wijsbegeerte,

Dion. 10.1.2:... ϕλλι τῷ μὲν ϕρκαον of basilej aÙtîn œtatton toçj deomšnoij tļj d...kaj, ka^ tῷ dikaiwqèn Øp' ™ke...nwn toàto nÒmoj Ān. æj d' ™paÚsanto monarcoÚmenoi, toçj kat' ™niautŌn ØpateÚousin ϕnškeito t£ te ¥lla tîn basilšwn œrga ka^ ¹ toà dika...ou di£gnwsij, ka^ toçj ϕmfisbhtoàsi prŌj ϕll»louj Øpèr Ðtoud»tinoj ™ke«noi t! d...kaia of diairoàntej Āsan.

Dion. 10.1.2: *mas primeiramente os reis distribuíaam justiça para aqueles que a procuravam e o que quer que decretassem era lei. Depois, eles [os romanos] pararam de ser governados pelos reis e dentre as demais funções reais, aquela de decidir o que é justo foi transferida aos cônsules anuais, e eram eles que decidiam o que era justo entre os litigantes em qualquer assunto.*

No fragmento 4.25, Dionísio havia atribuído a origem da bipartição ao rei Sérvio Túlio. Porém, ao descrever os fatos do ano de 461 a.C., no fragmento 10.1.2, dá a entender que a decisão dos litígios passou dos reis aos cônsules com a instauração da República. A contradição pode ser explicada com algumas hipóteses: a) uso acrítico das fontes ao descrever os fatos do reinado de Sérvio Túlio e a reconstrução dos acontecimentos de 461 a.C.; b) desatenção do historiador em relação à bipartição indicada ao narrar os fatos de 461 a.C., considerando-a um fato secundário, tendo em vista os fins da luta pela reforma constitucional e para o ingresso no ordenamento das aspirações plebeias.²²⁰

P. BONFANTE considera duvidosa a intervenção do rei nas controvérsias civis e se a tradição diz que Sérvio Túlio instituiu primeiramente a divisão do procedimento *in iure* e *in iudicio*, é muito provável que não se tratasse de uma renúncia parcial da jurisdição por parte do Estado, mas sim uma primeira conquista desse, que assume, pelo menos, a tarefa de ordenar o processo.²²¹

Nesse mesmo sentido, M. WLASSAK considera legendária essa passagem.²²²

Também encontramos referência à distribuição da justiça pelo rei Sérvio Túlio em Tito Lívio e em Cícero:

Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 1957; R.M. OLGIVE, *Commentary on Livy books 1-5*, Oxford, Clarendon, 1970, pp.156-194; J.C. RICHARD, *L'oeuvre de Servius Tullius: essai de mise au point*, in *RHD*, 61, 1983, pp. 181-193.

²²⁰ Nesse sentido, F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), pp.428-429.

²²¹ *Storia* cit. (nota 5 *supra*), p.79.

²²² *Zum römischen Provinzialprozess*, Wien, Akademie der Wissenschaften in Wien, 1919, p. 12, nt. 3.

Liv. 1.41.5: *interim Ser. Tullio iubere populum dicto audientem esse; eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse.*

Liv. 1.41.5: enquanto isso ela [Tanaquil] ordenou que o povo devia obedecer a Sêrvio Túlio, que distribuiria justiça e executaria as outras atividades do rei.

Cic. de rep. 5.2.3: *... quod ius priuati petere solebant a regibus; ob easque causas agri arui et arbusti et pascui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla priuati negoti cura a populorum rebus abduceret. Nec uero quisquam priuatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. Et mihi quidem uidetur Numa noster maxime tenuisse hunc morem ueterem Graeciae regum. Nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt; illa autem diuturna pax Numae mater huic urbi iuris et religionis fuit. Qui legum etiam scriptor fuit, quas scitis extare, quod quidem huius ciuis proprium de quo agimus...*

Cic. de rep. 5.2.3: ...os cidadãos costumavam postular esse direito aos reis. Por isso, reservavam-se os terrenos vastos e férteis, campos cultivados, pomares e pastagens, para as propriedades do reino, que deviam ser cultivadas sem que os próprios reis deles se ocupassem ou trabalhassem, pois se desejava que eles não se distraíssem dos negócios públicos por nenhum fato concernente a seus interesses privados. Ao contrário, não havia nenhum cidadão a atuar como juiz ou árbitro em uma causa, mas todos litígios eram submetidos aos julgamentos dos reis. E me parece de fato que especialmente o nosso Numa tenha seguido esse antigo costume dos reis gregos. De fato, se os outros reis se liberavam dessa função, conduziam guerras em grande parte de seus reinos e neles exercitavam os direitos. Ao contrário, essa longa paz do reino de Numa foi a mãe do direito e da religião de nossa cidade. Também foi ele redator das leis, que conservamos, como sabem. Eis uma das atividades próprias do cidadão da qual ora tratamos...

Cic. *de rep.* 2.21.38: *sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interisset Seruiusque, ut ante dixi, regnare coepisset, non iussu sed uoluntate arque concessu ciuium, quod, cum Tarquinius ex uulnere aeger fuisset et uiuere falso diceretur, ille regio ornatu ius dixisset obaeratosque pecunia sua liberauisset multaque comitate usus iussu Tarquini se ius dicere probauisset...*

Cic. *de rep.* 2.21.38: assim que Tarquínio veio a perecer em uma emboscada dos filhos de Anco, Sêrvio começa a reinar, como já disse, sem que uma decisão tivesse sido tomada pelos cidadãos, mas em conformidade com sua vontade e consentimento. De fato, enquanto se pretendia falsamente que Tarquínio estivesse sofrendo de algum ferimento, mas que estivesse ainda vivo, Sêrvio, vestido com as insígnias reais, pôs-se a administrar a justiça, tendo liberado os devedores, pagando seus débitos e, por sua grande benevolência, fez aceitar a ideia de que ele administrava a justiça sob ordem de Tarquínio...

Grande parte da doutrina considera essas fontes uma prova limitada, pois não se apoiavam na visão das fontes diretas do período arcaico, mas sim somente na lenda histórica, a qual, no passar dos séculos, torna-se cada vez mais simplificada e talvez até tenha tomado modelos de origem estrangeira, sobretudo grega.²²³

6.3. TEORIA DA BIPARTIÇÃO ORIGINÁRIA

6.3.1. M. WLASSAK

M. WLASSAK reputava que a bipartição era essencial ao sistema das *legis actiones*, visto que explicava inclusive suas origens, ante o princípio arbitral.²²⁴

Segundo o autor, as raízes do processo civil romano estavam em um primitivo procedimento arbitral privado, que apenas posteriormente, com o fortalecimento do poder estatal, foi submetido a controle público.

Mesmo o processo estatal desenvolvido deixa transparecer sua origem no processo arbitral claramente: liberdade de escolha do juiz por ambas partes, a mera coação indireta com a qual a contestação do réu torna-se assegurada, e finalmente o caráter

²²³ M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 109-110.

²²⁴ Vide notas 175 e 176 *supra*.

contratual da *litis contestatio*, em que as partes submetiam-se à decisão do *iudex* como uma espécie de contrato de arbitragem.²²⁵

Nas suas pesquisas sobre a *litis contestatio*, M. WLASSAK veio a concluir que a divisão do processo era obrigatória, à medida que sem aquela não se podia passar à fase *apud iudicem* e portanto pronunciar uma sentença. O autor sustentava que a bipartição remontava aos primeiros processos romanos e que sua razão estava justamente no caráter semiarbitral daqueles processos.

Tal posicionamento influenciou grande parte da doutrina, prevalecendo, por mais de meio século, a opinião de que a bipartição era originária no processo civil romano.

Contudo, essa teoria recebeu inúmeras críticas, já que esse processo arbitral primitivo pressupõe uma situação pré-estatal, em que seus membros ora vivem em comunidade pacífica, ora em luta constante entre si, sendo ambas hipóteses irrealistas. Uma vida comunitária em paz sem uma autoridade, que se preocupasse em compor os litígios, não teria consistência histórica. Quem acredita no processo arbitral, subestima a animosidade das partes litigantes e sua desconfiança, que em tempos primitivos eram ainda maiores. Uma vida comum pacífica sem autoridade seria impensável, seja ela permanente ou transitória, a qual obrigasse o ofensor a submeter-se a uma decisão. Não se trata de processo arbitral, mas sim de obrigação de submeter-se ao tribunal e igualmente de reparar o dano. Outra construção irreal seria o estágio inicial de violência sem regras, na qual teria dominado a autodefesa. Contudo, um procedimento que mereça o nome de processo é impensável sem uma mínima medida de poder emanado da autoridade.²²⁶

A tendência começou a mudar em meados do século vinte, visto que muitos autores sustentaram, em modos variados, a tese da unidade originária do processo e a atribuição ao rei ou mesmo aos magistrados republicanos da tarefa de julgar.

²²⁵ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift Windscheid*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1889, pp.135-138; *Id.*, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, v.2, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888, pp. 192-218; *Id.*, *Provinzialprozess* cit. (nota 222 *supra*), p.12, n.3. Para seguidores desta opinião, confira-se a bibliografia indicada em G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), p.79, nt.126.

²²⁶ M. KASER, *Prätor und Iudex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 333-335. O autor acrescenta que a *sociedade sem estado* (*staatlose Gesellschaft*) de lavradores pacíficos pertence ao reino da fantasia poética, como em Hesíodo ou a *aurea aetas* de Ovídio. Também exemplifica com um simples desaparecimento de animal, que seguisse rebanho estranho ao próprio, cuja consequência seria a violência com a disputa de grupos rivais, a qual se tornaria ainda maior sem uma autoridade protetora.

6.4. TEORIAS DA BIPARTIÇÃO POSTERIOR

6.4.1. L. WENGER

Não obstante a prevalência da teoria arbitral de M. WLASSAK durante várias décadas, L. WENGER veio a refutá-la ²²⁷ e posteriormente aumentaram as posições contrárias àquela teoria. Embora o segundo considerasse inabalável a teoria do primeiro relativa à *litiscontestatio*, enquanto contrato arbitral das partes para o processo formular, questionou se elas teriam um papel tão decisivo desde a origem. ²²⁸

O autor colocou em dúvida a existência de contrato arbitral desde o início do processo civil, mesmo porque teria tido seu âmbito limitado. No interior da família, o *pater familias* decidia os litígios entre os filhos. Entre o titular da *potestas* e os subordinados, não havia processo e, na família estendida, apresentava-se uma organização monárquico-patriarcal. Destarte, restariam os litígios privados entre *patres familias* independentes com ocupação econômica eminentemente agrária, tendo por objeto a propriedade de terra e de gado.

Por conseguinte, não é verossímil que o rurícula que se sentisse lesionado em seu direito procurasse um terceiro para conseguir uma decisão jurídica vinculativa, à qual se obrigariam as partes solenemente. A admissão dessa tese para o início de Roma implica a transposição de ambiente citadino e comercial para um sociedade agrária. Em suma, com fundamento na organização familiar romana e na estrutura meramente agrária em seus primórdios, L. WENGER defendeu a hipótese de que o queixoso dirigia-se ao *pater*

²²⁷ Hausgewalt cit. (nota 211 *supra*), pp.44-45; *Id.*, Institutionen cit. (nota 210 *supra*) p. 22-23 e 50, n.72, na qual colocava o seguinte questionamento: *wie sollen wir uns einen Taquinus Superbus vorstellen, der in Privatsachen nicht entscheiden durfte?*

²²⁸ Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948, pp.47-50. O autor questiona como se pode explicar o contrastante surgimento não econômico, segundo a visão atual, de duas instâncias separadas, que lidam com o mesmo objeto, de modo a finalmente um litígio privado ter sua solução e também como um eminente povo de juristas pode ter chegado a uma tão complicada máquina processual. Descreve duas orientações principais em relação à bipartição. A primeira vê na bipartição um surgimento orgânico ligado ao processo, considerando uma característica do pensamento jurídico processual romano e de outros sistemas iniciais do direito comparado. A outra orientação, por sua vez, considera um de ambos fatores primário e o outro posterior, ou seja, historicamente secundário.) Segundo opinião da segunda corrente, um original tribunal arbitral precedeu um processo estatal, de modo que anteriormente o *ius* fazia-se valer perante o *iudicium* ou por meio de uma jurisdição plena única em um somente um processo *in iure*, o qual enfraqueceu-se, posteriormente, por meio da delegação de parte desse poder jurisdicional aos juízes, cindindo-se numa fase *apud iudicem*.

famílias ou ao chefe da *gens* e, finalmente, ao rei, duvidando do caráter arbitrário original.

229

Contra a posição dominante, L. WENGER defendeu a tese de que no período monárquico, o processo desenvolvia-se em uma única fase perante o rei, o qual decidia a lide no mérito. Se ambas partes dirigiam-se ao rei, esse apareceria como árbitro. Porém, se apenas o demandante tivesse interesse no litígio e não seu opositor, esse teria que submeter-se ao tribunal real.

O *imperium* do rei no período etrusco não era desprovido do poder jurisdicional. Com esse reconhecimento, caem por terra as teorias, que veem a função jurisdicional do rei como lendária ou mesmo a existência de servidores à sua disposição. Neste sentido, L. WENGER imaginava uma aproximação do tribunal real com a ideia arbitral, quando ambas partes solicitavam uma decisão. Claramente, os queixosos pretendiam que os reis, ainda que não tivessem plena sabedoria, não proferissem apenas decisão salomônica, mas sim um juiz régio, mesmo que acreditasse não ter conhecimento para determinado julgamento ou mais frequentemente tempo ou vontade para o exercício próprio da jurisdição. Logo, o rei delegava a um árbitro a verificação da coisa litigiosa, tendo assim início a bipartição, encarregando-lhe de proferir a decisão, seja para estimar a coisa, seja para dividi-la.²³⁰

A hipótese de um original processo privado arbitral, por excluir qualquer ingerência real ou estatal, não resolve a questão da força executiva de sua decisão e mesmo a oposição de uma das partes.²³¹

L. WENGER defende que a bipartição atribuída ao rei Sêrvio Túlio tenha tido natureza democrática. O Estado proíbe a autodefesa, com a qual sua estabilidade é incompatível.

O processo bipartido é visto como uma interpenetração do processo privado arbitral com aquele do rei, no qual, depois da queda da Monarquia, a nobreza patrícia teria

²²⁹ L. WENGER, *Zweigeteilten* cit. (nota 228 *supra*), pp. 50-52.

²³⁰ L. WENGER, *Zweigeteilten* cit. (nota 228 *supra*), pp. 50-54. O autor atribui o mérito dessa hipótese a M. KASER. Segundo L. WENGER, a diferença da hipótese consiste no fato de que a *communis opinio* considerava o *arbiter* como um homem escolhido pelas partes de comum acordo, ao passo que, segundo sua visão, consistia num *iudex datus*, um auxiliar do rei e conseqüentemente do magistrado jurisdicional.

²³¹ L. WENGER, *Zweigeteilten* cit. (nota 228 *supra*), p. 56, o qual critica a posição daqueles que acreditam que a atividade arbitral das partes tenha precedido a jurisdição estatal em todo lugar e tampouco que cada atividade bilateral das partes tenha origem no processo arbitral, mesmo porque a teoria do contrato arbitral é uma construção complicada, que não deve ser admitida como regra para as relações primitivas sem a arte dos juristas.

mantido a introdução do processo na mão do Estado, mas teria transferido o julgamento para um juiz leigo ou jurado, ou seja, uma espécie de compromisso republicano ou democrático, que visava a limitar o poder absoluto do rei.

Desenvolvendo sua anterior opinião, L. WENGER considerou que a bipartição permanecera por muito tempo uma faculdade do magistrado e não uma sua obrigação, já que não estava ligada a nenhuma prescrição legal. Existindo a possibilidade de divisão, à medida que o magistrado fazia uso dela, separava-se o processo *in iure* daquele *apud iudicem*. O magistrado continuava com a jurisdição em sua integralidade e estava em suas mãos decidir diretamente ou servir-se de um auxiliar. Com a sobrecarga de feitos, a delegação dos casos pelo pretor torna-se regra. A obrigatoriedade da divisão, por sua vez, somente viria a ocorrer em meados do século II a.C, sob influência das ideologias democráticas importadas dos gregos, constituindo uma garantia dos cidadãos perante o *imperium* do magistrado, por ocasião do advento da *lex Aebutia*.²³²

A ideia democrática é objeto de críticas.²³³ De fato, à primeira vista, para o observador moderno, a bipartição pode parecer um ideal democrático com a administração da justiça por leigos. No entanto, os romanos não conheceram nenhum princípio de divisão dos poderes e tampouco garantias constitucionais para a independência do juiz profissional. Contudo, asseguravam a imparcialidade do juiz, de modo que confiavam o julgamento ao privado não vinculado politicamente, o qual era escolhido livremente pelas

²³² L. WENGER, *Zweigeteilten* cit. (nota 228 *supra*), pp. 56-66. Embora o próprio autor reconheça, num primeiro momento, ser difícil especificar a data de quando tal delegação ter-se-ia tornado regra em razão da escassez de fontes, o que é minimizado por ele, já que se tratava de faculdade do titular da jurisdição postular um auxiliar. Num processo puro estatal perante o rei, cônsul ou pretor, logo se desenvolveu a possibilidade da divisão do processo pelo recurso a um órgão auxiliar, surgindo a divisão em caráter facultativo. No processo clássico, o autor segue a teoria de M. WLASSAK, em que as partes acordam acerca da pessoa do juiz, que podia ser qualquer cidadão sem limitação de capacidade.

²³³ Das quais, destacam-se P. KOSCHAKER, Resenha (A. STEINVENTER, *Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischen Rechte*, München, C.H.Beck, 1925), in *ZSS*, 47, 1927, pp. 509-510, em que assevera que o *imperium* abarca todas funções estatais, mas somente aquelas que em determinada época são compreendidas como tal, acrescentando que temos que contar com a possibilidade ou mesmo probabilidade de que a proteção jurídica estatal em causas privadas na época da realeza e talvez até mesmo posteriormente ainda não tenha ingressado como função estatal na concepção dos romanos da época. Com essa ponderação, considera eliminado o questionamento de L. WENGER no tocante ao rei etrusco mencionado na nota 227 *supra*. E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padova, Antonio Milani, 1927, p. 118, n.5, por sua vez, considera que as ponderações de L. WENGER pecam por não distinguirem entre *iudicatio* penal-pública e *iurisdictio* em matéria de direito privado e por valorizarem de forma exagerada o alcance da denominada revolução republicana. H.F. JOLOWICZ, *Procedure 'in iure' and 'apud iudicem'. A suggestion*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, v. 2, Pavia, Fratelli Fusi, 1935, pp. 57-81 também refuta a hipótese de L. WENGER, levantando três objeções: a *plena iudicatio* do *rex* fundamenta-se em débil autoridade; a falta de verossimilhança de que a revolução, que colocou fim ao regime monárquico, tenha tido caráter democrático, mesmo porque o *iudex privatus* permaneceu patricio até o período dos Gracos; a introdução da *provocatio* em data posterior à expulsão dos reis.

partes e que era obrigado, por meio de seu juramento, somente à verdade e às leis. Porém, não é sustentável essa explicação *democrática*, já que a bipartição remontaria pelo menos ao início da República, em que Roma ainda estava distante dessas concepções democráticas, sendo seu regime mais próximo a uma oligarquia, segundo a divisão aristotélica.²³⁴

6.4.2. M. KASER

Segundo M. KASER, para esclarecer a jurisdição dos reis em tempos remotos, não se deve pensar em plenos poderes deles, como se reinassem absolutos e tampouco no último rei de ascendência etrusca, já que a opinião dominante é no sentido de que os reis itálicos eram providos de poderes específicos e limitados.²³⁵

Também traz a observação no sentido de que a atividade de proferir julgamento não pertencia às funções, que estavam contidas no pleno poder estatal necessária e conceitualmente.²³⁶

Considerando possível a jurisdição dos reis, deve-se derivá-la da essência do processo romano arcaico. Não faltam dados no sentido de que os romanos tenham-se valido de meios sacros no julgamento em seus primórdios, como o fizeram outros povos. De maneira mais significativa, isso é comprovado pelo uso do *sacramentum*,²³⁷ que era originariamente um juramento no processo com o qual ambas partes reforçavam seus argumentos, podendo-se considerar que esses *sacramenta* tenham sido usados, inicialmente, para encontrar o julgamento indicado por uma das divindades, o qual provavelmente consistiria na verificação mecânica de qual das partes não teria direito de acordo com os sinais divinos. Esse processo de exploração da opinião divina era sacro e

²³⁴ Nesse sentido, M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), p. 331, o qual acrescenta que o juiz era escolhido exatamente da camada mais alta, duvidando que as partes então tivessem liberdade para escolher outro de sua preferência. Também questiona a *teoria democrática* daqueles que defendem que a introdução do juiz ter-se-ia tornado obrigatória a partir da *Lex Aebutia* já no final da República, visto não existir qualquer prova disso. Acrescenta não haver razão para duvidar de que a obrigação do pretor em nomear juiz privado há tempos ocorria em razão de comando jurídico não escrito.

²³⁵ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 336-337.

²³⁶ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), p. 336. O autor deduz essa observação ao objetar a conclusão de A. STEINWENTER, Resenha (G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau, 1957), in *TR*, 27, 1959, p. 208, no sentido de que no tempo do *déspota* Hamurábi, havia tribunal popular, cujas sentenças somente vinculavam as partes, se fossem por elas reconhecidas. No entanto, M. KASER havia concluído diversamente, com base no direito comparado, no sentido de que o poder jurisdicional constitui função ordinária de cada titular de poder de comando de determinada comunidade, in *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), p. 110.

²³⁷ Sobre o *sacramentum*, vide item 7.2 *infra*.

pressupunha conhecimento sacerdotal ao lado da autoridade do tribunal. A reunião dessas capacidades pelo *rex* está de acordo com o modelo da realeza romana.²³⁸

Esse estado transformou-se paulatinamente com a busca pela racionalização do julgamento, mas se continuou procurando receber os sinais dos deuses para a decisão correta, interpretando-os, razão por que é possível que o julgamento tenha ainda permanecido com os reis. Porém, o ponto de mudança teria sido alcançado com a racionalização do direito e sua descoberta, a partir da qual pode ter surgido o processo bipartido.²³⁹

Para refutar a teoria arbitral, M. KASER extrai importantes conclusões em relação ao tribunal dos centúviro.²⁴⁰ A existência desse tribunal permanente não é adequada à teoria arbitral.²⁴¹ Com efeito, o uso da lança (*hasta*), enquanto antigo símbolo de poder, e a vinculação desse tribunal ao processo da *legis actio sacramento* testemunham sua antiguidade. A competência dos centúviro é atestada de maneira verossímil para casos de herança (*hereditatis petito* e *querela inofficiosi testamenti*), litígios sobre a propriedade fundiária e possivelmente em processos de estado, o que também pode levar à conclusão de que o titular da jurisdição sentia-se igualmente ameaçado pela vingança dos súditos e por isso tendia a conceder o julgamento a uma maioria de votos e clãs.²⁴²

²³⁸ No sentido da função sacra da realeza, P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp.503-510, 528-545; U. COLI, *Le origini della civitas romana secondo De Francisci*, in *Studi Senesi*, 71, 1959, pp. 24-33 (= in *Scritti di diritto romano*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1973, pp.687-692); W. KUNKEL, *Königtum* cit. (nota 7 *supra*), pp. 3-22.

²³⁹ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp.337-338. O autor destaca as contribuições dos estudos de direito penal romano arcaico de W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*). Uma dessas contribuições consiste no fato de o julgamento à pena de morte ter sido tomado por um *consilium* formado por membros de todos clãs, de sorte que a autoria da decisão era dividida, diminuindo o perigo da vingança pelos demais componentes do clã. E o carisma sacral do rei poderia torná-lo protegido dessa ameaçadora vingança dos clãs. É possível que já na realeza, o rei cedia o julgamento em processos capitais, o que pode ser atestado pela denominação de *iudices* dos titulares do poder supremo republicano. Se o magistrado supremo republicano era chamado *iudex* e por ele já eram nomeados diversos julgadores também conhecidos como *iudices*, pode-se concluir que o portador do poder supremo fora também julgador. Varr. *ling.lat.* 6.88: vide nota 266 *infra*; Liv. 3.55.12: vide nota 16 *supra*.

²⁴⁰ Sobre os centúviro, vide L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, Giuffrè, 2002, inclusive pp. 523-526 para indicação bibliográfica.

²⁴¹ Para M. WLASSAK, v. *Centumviri*, in *RE*, 3, pp. 1935-1952, o tribunal dos centúviro fora criado somente no final da República e aparelhado a partir do modelo das *quaestiones* criminais. Essa opinião, porém, encontra-se superada na doutrina. W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp. 115-119, por sua vez, defende a existência do tribunal dos centúviro já no período arcaico. Contudo, não há consenso na doutrina acerca da data da criação do tribunal dos centúviro, conforme L. GAGLIARDI. *Decemviri e Centumviri* cit. (nota 240 *supra*), pp. 99-112.

²⁴² M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp.343-344, o qual atribui essa delegação do julgamento com base no mesmo motivo proposto por W. KUNKEL, qual seja, evitar a vingança dos clãs, já que se tratava de questões relevantes, que envolviam herança, propriedade e liberdade. Vide nota 239 *supra*.

No entanto, para casos menores, deve ter havido outras razões para que o julgamento fosse delegado a terceiros pelo titular da jurisdição. Com o crescimento populacional e o aumento dos litígios, o pretor não mais tinha condições de decidi-los todos, de sorte que delegava parte dos processos a terceiros, sobretudo no tocante à produção da prova e o conexo julgamento, permanecendo no controle da sistematização da controvérsia. Para essa *teoria da desoneração (Entlastungstheorie)*, encontramos as fontes sobre os *arbitri*,²⁴³ que funcionavam como inspetores judiciais, atividades essas que exigiam tempo.²⁴⁴

Ao lado do *arbiter*, havia o *iudex* como juiz de outro tipo, cujo campo de atuação era a *legis actio sacramento* a partir da qual lhe incumbia decidir apenas entre duas posições contraditórias entre si qual era a justa. Ainda que a admissão do *iudex privatus* nesses casos também representasse desoneração do pretor, o motivo decisivo para essa divisão do processo pode ser perquirido em outra direção.

O julgamento tomado pelo *iudex* é diverso dos demais negócios do pretor. O pretor é homem de Estado e político, que toma decisões que lhe parecem necessárias ao interesse do Estado, como comandos, proibições e permissões. Certamente essas medidas também abarcavam decisões de questões jurídicas. Mas a atenção principal estava na atuação de sua vontade. Por atrás do comando, está o poder estatal, que exige obediência, mesmo quando a decisão proferida no caso concreto possa ser injusta ou incorreta.

O julgamento não representa decisão de vontade, mas sim de conhecimento. O *iudex* não deve ordenar o que acontecerá, mas tão somente reconhecer, o que é certo. Essa atividade cognitiva é bem pronunciada na *legis actio sacramento*,²⁴⁵ em que há rígida alternativa entre o *sacramentum iustum* de um e o *iniustum* de outro. A atividade do julgador completa-se com essa verificação, advindo as consequências jurídicas do ordenamento. Diante da abundância dos litígios civis, o pretor deve ter logo sentido a função cognitiva pura do julgamento como estranha a seus deveres de ofício. Mas também por motivos práticos, pois toda decisão de conhecimento corre perigo do erro, de modo que o pretor estaria ameaçado de perda de prestígio, caso proferisse julgamento incorreto.²⁴⁶

²⁴³ A respeito do *arbiter*, vide os itens 9.2 e 9.3 *infra*.

²⁴⁴ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp.344-345. A questão da divisão de trabalho entre o magistrado e o *iudex* privado já era vista como causa para a distinção entre os procedimentos *in iure* e *apud iudicem* por J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems* cit. (nota 119 *supra*), pp. 60-64, 73-76.

²⁴⁵ A respeito, vide item 7.2 *infra*.

²⁴⁶ Conforme M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 345-346.

Ademais, em período remoto, o conhecimento do direito era reservado aos sacerdotes, que tinham elaborado as fórmulas dos atos jurídicos e do processo judicial e somente eles sabiam como interpretar tais fórmulas e as leis. O magistrado, que era jurista leigo, valia-se muitas vezes de um círculo de conselheiros (*consilium*)²⁴⁷ composto de membros por ele escolhidos. Parece claro que o pretor tenha encontrado suporte no aconselhamento dos sacerdotes para o exercício da jurisdição. Quanto mais o conhecimento jurídico tornava-se técnico, mais fortemente o pretor dependia desse aconselhamento especializado.

M. KASER coloca dois questionamentos: existem indícios de que também o *iudex* e talvez os árbitros tenham funcionado alguma vez como *consilium* do pretor? O pretor escolhia o *iudex* ou *arbiter* livremente ou estava vinculado a determinados grupos ou a proposta das partes? Na Lei das XII Tábuas, já era conhecida a figura do *iudex*, da qual extrai seu nome a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* prevista nessa lei. Mesmo a mais antiga *legis actio sacramento* conhecia a *iudicis datio*.²⁴⁸

No período das *legis actiones*, a escolha do *iudex* cabia ao próprio pretor, que o escolhia da classe senatorial, da qual se esperava a autoridade exigida para a judicatura e o acesso ao conhecimento jurídico pontifical. Pela situação social da antiga República, não havia sentido em proceder-se de modo diferente, mesmo quando se admitisse a vontade das partes em alguns casos. Paulatinamente, houve uma flexibilização da limitação de escolha do *iudex* somente da classe senatorial e mais tarde da equestre.²⁴⁹

O *iudex* não é um homem de confiança das partes, mas sim do pretor. Como o próprio pretor, é um membro da mais alta classe social, que impõe respeito e reverência por sua posição de poder na sociedade.

²⁴⁷ Segundo W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), o *consilium* do magistrado decidia sobre a culpa do imputado, em matéria criminal, na República e mesmo no Principado, estando o magistrado vinculado a essa decisão. Referido posicionamento é refutado por C. CRIFÒ, *Sul 'consilium' del magistrato*, in *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, Bulzoni, 1996, pp. 125-145, o qual conclui que o magistrado não era vinculado juridicamente ao parecer do *consilium*, dando razão a T. MOMMSEN e não a W. KUNKEL.

²⁴⁸ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 348-352. Em estudo anterior, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 117-118, o autor acreditava que o texto da Lei das XII Tábuas 1.6-9 demonstrava ainda um processo não bipartido. Porém, veio a aduzir não haver testemunho de processo unitário na Lei das XII Tábuas, antevendo o retorno da decisão ao pretor em caso de contumácia, já que o *addicere* não competia ao *iudex*.

²⁴⁹ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 357-358. Sobre a escolha do *iudex*, vide nota 543 *infra*.

O pretor nunca insistiu em proferir o julgamento por si próprio, mas sim procurou delegar a atividade aos *iudices*. Dentre os motivos, destacam-se dois, que se completam entre si.

Na esfera criminal, desde tempos remotos, talvez mesmo na realeza, pretendia-se atribuir o julgamento a uma maioria de pessoas possivelmente de todos grupos políticos de poder, a fim de se precaver da possível vingança. Esse motivo também deve ter contribuído na esfera civil com o tribunal dos centúnvios, pois concernia à existência pessoal e econômica.²⁵⁰

Em relação a outros casos civis, o pretor delegou o julgamento a pessoas notáveis não somente para desonerar-se da grande carga de casos, mas também porque o julgamento e a decisão são atividades de carácter específico, que se destacam de sua típica esfera de ação. Em termos atuais, o pretor reconhecia como mais adequado a seu campo de atuação o poder executivo e não aquele cognitivo, podendo confiar essa atividade àqueles da mesma posição, pois sabia que o conhecimento especializado dos juristas, inicialmente os sacerdotes e depois os leigos, podia ajudá-lo.²⁵¹

Na falta de fontes em sentido contrário, M. KASER admitiu que, no período da Lei das XII Tábuas, a divisão da instância já se havia completado. Num período intermediário, supõe-se que o próprio magistrado tenha anunciado a decisão tomada pelo *iudex*, o que é apoiado pela praxe duradoura dos tribunais coletivos (centúnvios e *quaestiones*).

Literalmente, *iudex* é aquele, que *ius dicit*, que diz, pois, o que é direito no caso concreto.²⁵² Isso faz tanto aquele que toma a decisão, quanto aquele que a anuncia. Como os altos magistrados do início da República chamavam-se *iudices*, deve-se inferir que também anunciavam o julgamento. Porém, precipitado pensar que a denominação *iudex* teria somente passado ao juiz, quando também lhe competiu publicizar o resultado do julgamento.

A própria Lei das XII Tábuas continha a denominação *iudex arbiterve*, entendendo-se somente os juízes.²⁵³ Em tempos remotos, tanto o magistrado, quanto o juiz, eram denominados *iudex*, o que pode ser provavelmente um sinal de período de

²⁵⁰ Conforme exposto nas notas 239 e 242 *supra*.

²⁵¹ M. KASER, *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 358-359.

²⁵² Sobre a etimologia mais pormenorizada de *iudex*, vide item 8.2 *infra*.

²⁵³ Sobre as relações entre *arbiter* e *iudex*, vide item 9.3 *infra*.

transição, em que a tomada da decisão e o anúncio do julgamento não mais estavam unidos em uma só pessoa, como no início no rei ou magistrado e tampouco já estavam tais funções reunidas na pessoa do *iudex privatus* como posteriormente.

Ao lado da tomada de decisão, com o tempo, o pretor também deixou o respectivo anúncio ao juiz singular, o que pode ser explicado pela necessidade de desoneração. O pretor não mais tomava parte do processo perante o *iudex*, de modo que também podia delegar-lhe essa comunicação da decisão. Talvez o impulso para tal tenha partido dos longos e detalhados debates dos árbitros. De qualquer forma, um último controle era tomado pelo pretor, já que a sentença devia ser-lhe referida na admissão da *legis actio per manus iniunctionem*.²⁵⁴

O não reconhecimento do magistrado como julgador já no período da Lei das XII Tábuas não significa que não tivesse plenos poderes nesse campo. Cabia a ele principalmente a decisão sobre a admissão de um processo e sobre seu conteúdo. Também cabia ao pretor fiscalizar o processo e afastar qualquer abuso de poder. Contudo, seus poderes eram limitados. O reconhecimento de que sem qualquer autoridade não pode haver processo legal não deve suscitar o posicionamento extremo contrário no sentido de que o pretor era provido de um poder supremo sobre as fases do processo. O Estado limita sua tarefa no exercício do poder de vincular regras e formas e evitar abusos, o que pode ser inferido da citação e da execução, que eram atos de natureza privada e só vêm a ser publicizados na fase da cognição extraordinária do Principado. Em suma, para M. KASER, no correto significado do conteúdo e das limitações da jurisdição pretoriana está a chave para a completa compreensão do caráter do direito processual romano.²⁵⁵

Em sistematização posterior,²⁵⁶ M. KASER procurou sintetizar os motivos da bipartição, aduzindo que devessem ser perquiridos na exigência das partes de um julgamento objetivo por um juiz imparcial, assim como a hipótese da função dos titulares da jurisdição. Conforme visto acima, também relevante a antiguidade da corte dos centúviro, em cujas sessões decidiam sob a presidência do pretor ou de seu representante, o qual anunciava a sentença. Tratava-se de casos civis relativos a matéria hereditária, propriedade fundiária e liberdade da pessoa, em que frequentemente estava em discussão a existência econômica ou jurídica de uma das partes. Destarte, pode-se entender

²⁵⁴ *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 359-360. Sobre a *legis actio per munus iniunctionem*, vide item 7.3 *infra*.

²⁵⁵ *Prätor und Judex* cit. (nota 218 *supra*), pp. 360-361.

²⁵⁶ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 46-48.

que tais decisões fossem tomadas por um grande número de julgadores para aumentar a imparcialidade.

Tais argumentos são corroborados pela atrativa hipótese do julgamento do *parricidium*, o qual era inicialmente perseguido por queixa privada em forma processual civil e que era decidido por um *consilium* composto por vários membros, talvez os próprios centúviro, cabendo ao titular da jurisdição o mero anúncio da sentença.

O direito comparado também se mostra favorável a uma tal explicação: um julgamento por meio de determinado órgão e não por meio do titular da jurisdição, que somente conduz o processo, recolhe a decisão e anuncia, encontra-se, independentemente da forma do Estado, nos antigos direitos babilônico,²⁵⁷ grego²⁵⁸ e germânicos,²⁵⁹ seja com vários julgadores, seja com apenas um.

A delegação do julgamento a apenas um juiz pode ter ocorrido em alguns litígios menores, nos quais as partes de comum acordo reportavam-se ao titular da jurisdição para introdução de tal julgador, o que não deve ser confundido com a refutada teoria arbitral. Tampouco estava o magistrado vinculado à proposta das partes. Se tal proposta fosse adequada e o *iudex* pertencesse à camada social mais elevada, que dispunha de autoridade pessoal e era partícipe do aconselhamento jurídico dos sacerdotes, era escolhido como juiz pelo pretor, porque vinha de encontro à confiança das partes.

À medida que o direito desenvolvia-se como matéria especializada do sacerdócio, com mais disposição, o titular da jurisdição, seja o pretor, seja seus antecessores, terá delegado o poder de julgamento. Soma-se a isso o afã do magistrado em desonerar-se do permanente aumento de suas funções.²⁶⁰ Para os litígios envolvendo herança, divisão e estimativa, havia a introdução dos *arbitri* como juízes de liquidação, dos quais se exigia certo conhecimento específico. Como nesses processos, os magistrados também delegavam a produção das provas aos juízes e com o tempo também lhe atribuíram o anúncio da sentença. O magistrado limitou-se, em razão disso, à admissão do processo e à respectiva supervisão, além da tentativa de conciliar as partes.

²⁵⁷ Vide item 3.1 *supra*.

²⁵⁸ Vide item 3.2 *supra*.

²⁵⁹ Vide item 3.3 *supra*.

²⁶⁰ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p. 47, nt. 12.

Se o pretor, presumivelmente, já dispunha em tempos remotos do poder de julgar, sua obrigação de designar um tribunal para julgamento da causa ter-se-á já afirmado prematuramente como princípio vinculante do *mos maiorum*.

Em suma, M. KASER conclui que a designação do juiz era acima de tudo uma mera função do pretor e somente mais tarde tornou-se obrigatória, não havendo nenhuma relação com as ideias democráticas.²⁶¹

6.4.3. G. BROGGINI

G. BROGGINI acredita na plena jurisdição atribuída aos reis, a qual além de ser transmitida pela tradição romana, também tem sido reconhecida por teorias mais recentes.²⁶²

Muitos autores fizeram analogia com o *meddix* osco,²⁶³ o qual era o mais alto magistrado das comunidades oscas da Itália meridional, exercendo as funções de sacerdote, comandante do exército e juiz, sendo de supor a proximidade com o antigo *iudex* romano.²⁶⁴

²⁶¹ *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp.47-48.

²⁶² *Iudex arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), p. 53.

²⁶³ Fest. v. *meddix* p.110L: *meddix apud Oscos nomen magistratus est* (*Meddix* é o nome do magistrado perante os oscos); Liv. 26.6.13: *medix tuticus, qui summus magistratus apud Campanos est, eo anno Seppius Loesius erat* (O *medix tuticus*, que é o sumo magistrado perante os campanos, era Sépio Loésio nesse ano).

²⁶⁴ P.F.GIRARD, *Histoire* cit. (nota 211 *supra*), pp.287-295 dedicou algumas páginas ao *meddix*, elencando as variações de denominação (*meddix*, *meddix tuticus*, *meddix aticus*, *meddix degetasius*) e as inscrições encontradas (como em Cápuia, Pompeia, Herculano etc). Segundo ele, em todos casos, os *meddices* exerciam o conjunto das funções dos magistrados em todas matérias, sobretudo de justiça civil, criminal ou administrativa, as quais eles conservavam provavelmente durante um ano, como os magistrados romanos republicanos. S. WEINSTOCK, *Zur oskischen Magistratur*, in *Klio*, 24, 1931, pp. 235-246, define o *meddix tuticus* como o mais alto magistrado (*summus magistratus*) dessas comunidades oscas com cargo anual. Em razão da etimologia, o autor também vê proximidade com *iudex* (vide nota 450 *infra*), acreditando que *meddix tuticus* do osco possa ser traduzido em latim como *magistratus publicus*. Para C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), pp.61-63, *meddix* equivale a *iudex*, já que *med* (em umbro *mers*) corresponde a *ius*, da mesma forma que *iudex* provém de *dicere* (vide item 8.2 *infra*), sendo a única qualificação dos magistrados oscos, ainda que se mencionem em *meddix tuticus* e *meddix summus*. Apesar de o *meddix* também ter atribuições militares, assumiu a denominação da jurisdição civil, que é função frequente e de grande relevância social. Admitida uma comunhão de costumes e concepção dos antigos povos itálicos, entende-se o porquê da qualificação de *iudex* do magistrado supremo romano. G. DEVOTO, *Gli antichi italici*, Firenze, Vallecchi, 1931, pp. 263-271, ao analisar os povos itálicos, observa não haver traços da palavra *rex* além do espaço geográfico do Lácio, mas sim um chefe de Estado com denominação de *thiuda* derivada do gótico *thiudans*, ou seja, povo. Em forma itálica, um derivado que indique *povo* é *touta*, *toutiko*, a qual se forma como atributo do primeiro magistrado itálico na fórmula *meddix tuticus*, acreditando que o nome era derivado da autoridade do povo. Para G. DEVOTO, o *meddix* é, perante os itálicos, o chefe da cidade-estado e de acordo com a origem da palavra, aquele que faz conhecer a lei e que exerce a justiça. O termo talvez demonstre o caráter menos militar do Estado itálico na sobrevivência do vocábulo judiciário para indicar a Magistratura suprema, o que não aconteceu em Roma, porque, ao lado do sinônimo *iudex*, outros termos como *consul* e *praetor* tiveram logo a supremacia. G. DEVOTO também observa a difusão do termo *meddix* na Itália meridional, aduzindo que a equivalência latina seja *praetor*. Os poderes do *meddix* eram muito amplos,

O *ius dicere* é uma função atribuída ao magistrado, sobre a qual as fontes e os intérpretes são unânimes, e o *qui ius dicet* é chamado originalmente de *iudex*. O vocábulo mais novo *iudicare* é derivado de um mais antigo *ius dicere*.²⁶⁵ A convocação dos romanos ao comício com as palavras *ad iudices* também é recordada.²⁶⁶

Para o autor, o processo romano era originalmente unitário, de modo que a pronúncia da decisão era levada a cabo por parte do magistrado. O *ius dicere* clássico do magistrado aponta para um estágio mais antigo de seu direto poder jurisdicional. Nesse

pois era o chefe político, militar e judiciário. Importantes estudos sobre o *meddix*, encontramos em A. ROSENBERG, *Der Staat der alten Italiker: Untersuchungen über die ursprüngliche Verfassung der Latiner, Osker und Etrusker*, Berlin, Weidmann, 1913, pp. 15-30 (também trad. ital. L. CAPPELLETTI e F. SENATORE, *Lo Stato degli antichi italici: ricerche sulla costituzione originaria di Latini, Osci ed Etruschi*, Roma, Scienze e Lettere, 2011), o qual apresentou estudo inovativo ao tentar traçar as linhas institucionais comuns do povo itálico em conjunto com aquelas romanas. O autor construiu um modelo de colegialidade desigual a partir de um *meddix tuticus* jurisdicional e epônimo e um *meddix* de grau inferior a ele subordinado. Depois de analisar as principais magistraturas itálicas, A. ROSENBERG exprime sua admiração pela capacidade de Roma de acolher elementos dos outros povos itálicos, modificando-os. Da queda da Monarquia, a constituição romana acolhe o princípio do magistrado etrusco (*zilah*) com *imperium*, mitigando-o com aquele da colegialidade osco-umbra (*meddices*, *marones*), criando não uma dupla desigual, mas sim dois magistrados dotados de *imperium* na mesma medida (*consules*). As conclusões do autor foram objeto de várias discussões, cujos desdobramentos foram analisadas por F. SENATORE, *Der Staat der alten Italiker nella storia degli studi sull'Italia antica*, in *ob. cit.*, pp. 233-310. A respeito, vide também E. CAMPANILE e C. LETTA, *Studi sulle magistrature indigene e municipali in area italica*, Pisa, Giardini, 1974. A mencionada tradução italiana de L. CAPPELLETTI e F. SENATORE contém ampla atualização bibliográfica sobre o tema, pp. 129-169.

²⁶⁵ Varr.*ling.lat.*6.61: *hinc iudicare quod tunc ius dicatur, hinc iudex quod iudicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit* (De aqui *iudicare* (julgar), porque então o direito é pronunciado (ditado). De aqui *iudex* (juiz), porque julga, tendo recebido o poder, ou seja, resolve [as controvérsias], dizendo (pronunciando) certas palavras). G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp. 19-20 defende que Varrão quisesse dizer *tunc ius dicebatur, nunc iudicatur* (então o direito era dito, agora é julgado), pressupondo *nunc iudex, tunc magistratus* (agora o juiz, antes o magistrado), ou seja, ao lado de uma frase no passado, um preciso retrato do processo presente. Ao passado *ius dicere*, evidentemente do magistrado, no sentido de *iudicare*, opõe-se um atual *iudicare* do juiz, de modo que a continuidade entre a plena *iurisdictio* do pretor e o poder de decisão do juiz é assegurada pela transmissão da função instrutória e decisória do pretor ao juiz: *accepta potestate a praetore*.

²⁶⁶ Varr.*ling.lat.*6.88: *In commentariis consularibus scriptum sic inueni: 'Qui exercitum imperaturus erit, accenso dicit hoc: Calpurni, uoca inlicium omnes Quirites huc ad me. Accensus dicit sic: Omnes Quirites, inlicium uisite huc ad iudices. C. Calpurni, consul dicit, uoca ad conuentionem omnes Quirites huc ad me. Accensus dicit sic: Omnes Quirites, ite ad conuentionem huc ad iudices. Dein consul eloquitur ad exercitum: Impero qua conuenit ad comitia centuriata* (Nos comentários dos cônsules, encontrei escrito assim: 'aquele que estará para organizar o exército, diga assim a seu auxiliar: G. Calpúrnio, convoca todos os quirites para assembleia aqui perante mim. O auxiliar diz assim: todos quirites, dirigi-vos em assembleia aqui perante os *iudices*. G. Calpúrnio, diz o cônsul, convoca em assembleia todos quirites aqui perante mim. O auxiliar diz: todos quirites, vinde em assembleia perante os *iudices*. Depois o cônsul diz ao exército: ordeno que vos reunis nos comícios centuriatos). Segundo G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp. 53-57, esse testemunho afasta a teoria de F. DE MARTINO, *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), p. 17 de que a palavra *iudex* fosse restrita à jurisdição criminal. Também invoca Cic.*de leg.*3.3.8: *iuris disceptator qui privata iudicet iudicare iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto* (Intérprete do direito seja o pretor, que julgue ou que ordene que se julguem as causas privadas. Seja ele o depositário do *ius civile*). A ideia da delegação (*iudicari iubeat*) inclui a plena jurisdição do magistrado. A constituição do *iudex* como representante do magistrado e a instrução desse por meio do *iudicium* (fórmula concreta) são para Cícero, assim como para qualquer outro cidadão do final da República, os dois únicos e exclusivos aspectos do vínculo publicístico entre as atos processuais *in iure* e *apud iudicem*. Para Cícero, *iudicare iubere* tem a acepção geral do decreto do magistrado, que denota a representação. Mesmo nos casos de consenso das partes, o *iudex* era dado pelo magistrado. O decreto chama-se *dare iudicem*.

período arcaico, a bipartição, se não totalmente excluída, era apenas facultativa, já que o magistrado podia, mas não tinha o dever, de fazer uso dessa instituição.²⁶⁷

G. BROGGINI refere-se a dois argumentos essenciais para a unidade originária do processo romano: a) a *addictio* do magistrado como julgamento final;²⁶⁸ b) a *cognitio* do magistrado na *legis actio sacramenti*.²⁶⁹

a) a *addictio* do magistrado como julgamento final: na *in iure cessio*, vislumbra-se a forma de um processo litigioso. Seguindo-se o ritual da *in iure cessio* e com a ausência de defesa do réu, tem-se como consequência processual a *addictio*.²⁷⁰ Apesar de G. BROGGINI não acreditar na completa assimilação do *indefensus* ao *confessus*, a *addictio* era também consequência do primeiro. Destarte, irrelevante seria discutir o processo contumacial da Lei das XII Tábuas,²⁷¹ mesmo porque todos esforços para relacionar essa disposição ao processo *apud iudicem* fracassaram com o uso da mais alta palavra técnica do pretor: *addico*. Depois de ter verificado a existência do *addicere* do magistrado em geral para casos de réu indefeso ou contumaz, quer se tratasse de processo *in rem*, quer *in personam*, presume-se que a *addictio* no processo unitário apresentava-se como regra.²⁷² O que deve ser acentuado não é o *praesenti* da frase da Lei das XII Tábuas, mas sim a

²⁶⁷ G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), p. 59.

²⁶⁸ Um exemplo de *addictio* encontramos em G. 1.134: *et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante praetore uindicanti filius addicitur aut non remancipatur patri, et ab eo uindicat is qui adoptat apud quem in tertia mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari...*(e duas manumissões intermediárias são feitas, como se costumam fazer, quando o pai emancipa o filho de modo a torná-lo *sui iuris*. Depois, ou é remancipado ao pai, sendo reivindicando pelo adotante contra o pai, perante o pretor, como se fosse seu próprio filho, e não havendo contra-reivindicação, o filho é adjudicado ao reivindicante pelo pretor. Ou não é remancipado a pai e o adotante, com quem se encontra o filho reivindica contra o pai, em terceira *mancipatio*. Porém, é mais cômodo que ele seja remancipado ao pai).

²⁶⁹ Sobre a *legis actio sacramenti*, vide item 7.2 *infra*.

²⁷⁰ As formalidades da *in iure cessio* são descritas em G. 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi romani ueluti praetorem uel apud praesidem provinciae, is cui in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IVRE QUIRITIV MEVM ESSE AIO. Deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum qui cedit an contra uindicet; quo negante aut tacente, tunc ei qui uindicauerit eam rem addicit; idque legis actio uocatur. Hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum* (A *in iure cessio* é feita assim: perante um magistrado do povo romano, como o pretor ou perante o governador de província, aquele ao qual a coisa é cedida no tribunal [*in iure*], tomando a coisa, assim diz: DIGO QUE ESTE ESCRAVO É MEU PELO DIREITO DOS QUIRITES. A seguir, depois de ter reivindicado a coisa, o pretor indaga àquele que cede, para contravindicar. Se ele se defende ou permanece em silêncio, o pretor adjudica a coisa ao vindicante. Isso é chamado de ação da lei [*legis actio*]. Isso também pode ser feito nas províncias perante os governadores).

²⁷¹ L. XII Tab. 1.8: *post meridiem praesenti litem addicitur*. Para G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), p. 62, tal discussão seria supérflua depois das considerações de M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), p. 117; *Id.*, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), p. 109.

²⁷² G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp.62-63, reconhecendo que já tinham abordado tal questão M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), p. 110 e A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in *RISG*, 3, 1949, p. 455; *Id.*, *La 'litis contestatio' nell'ordo iudiciorum. Lezioni di diritto romano*, Siena, Università degli Studi, 1953, pp. 27, 75.

addictio, que ocorre em caso de não comparecimento do réu sem *causae cognitio*, o que seria possível tanto para os processos *in rem*, quanto *in personam*.²⁷³

b) a *cognitio* do magistrado na *legis actio sacramenti*:²⁷⁴ o cerne da *actio sacramenti in rem* está originalmente no procedimento *in iure*, não sendo sequer imaginável um procedimento *apud iudicem* sucessivo.²⁷⁵ Indubitavelmente, o pretor comanda a cena do processo. O elo entre os litigantes e a coisa não é colocado sob a razão das partes, mas sim sob o poder do magistrado, já que o primeiro ato processual é a interrupção pretoriana das alegações de disputa,²⁷⁶ de modo que a figura principal é o terceiro, que ordena a paz. A pronúncia das *certa verba* das partes tinha que, necessariamente, ser seguida pelas *sollemnia verba* do pretor, o qual não era nenhum fantoche para ser obrigado a pronunciá-las. A concessão da tutela não era a consequência incondicional da pronúncia dos *certa verba*, já que nenhum cidadão podia obrigar o pretor a dizer o direito, de modo que *denegatio actionis*, *non dare iudicem*, *non dicere ius*, *non addicere litem* são situações decorrentes do próprio poder do magistrado. Por outro lado, o *agere* das partes sem a participação do magistrado não configurava nenhum processo, visto que perante ele o processo tinha início e fim. Os sinais das formas processuais da *actio sacramenti* tornam visíveis a unidade original do processo.²⁷⁷

A sucessiva bipartição, por sua vez, teria ocorrido por exigências de caráter prático, fazendo aparecer o *iudex* como delegado do magistrado.

G. BROGGINI distingue a bipartição facultativa da obrigatória.²⁷⁸

A facultativa já teria ocorrido em época anterior à Lei das XII Tábuas. Desde mui remotamente, não era possível a um único pretor resolver todos litígios privados no curso de poucos *dies fasti*, considerando o desenvolvimento das relações dos

²⁷³ G. BROGGINI, *Iudex Arbitrarius* cit. (nota 178 *supra*), pp. 63-67 critica a limitação ao processo *in rem* proposta por M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), p. 110, o qual definia a *lis* como a coisa litigiosa corpórea, argumentando que a natureza do julgamento é a mesma e que não haveria razão para excluir o processo de responsabilidade por delito da pronúncia de *addictio* do magistrado, que recaía, inicialmente, sobre a própria pessoa do ofensor. O processo *in personam* bipartido pressupõe a união das funções decisórias atinentes ao juiz e de estimativa do árbitro na mesma pessoa, que originalmente somente era denominada *iudex*.

²⁷⁴ Vide item 7.2 *infra*.

²⁷⁵ Isso já fora reconhecido por M. KASER, *Eigentum und Besitz* cit. (nota 47 *supra*), pp. 53-80

²⁷⁶ Com a frase *mittite ambo hominem* de G. 4.16: vide item 7.2.2 *infra*.

²⁷⁷ G. BROGGINI, *Iudex Arbitrarius* cit. (nota 178 *supra*), pp. 75-83 analisa os atos da ação em tela, que indicariam a unidade original do processo. A propósito, vide item 7.2 *infra*. Também analisa a Lex XII Tab. 1.7: *ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto* para inferir que a bipartição era facultativa, ou seja *in comitio* (perante o Magistrado) ou *in foro* (perante um *iudex*). G. BROGGINI encontra outro argumento probatório para a antiga unidade do processo a partir da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. A propósito, vide nota 217 *supra* e item 7.4 *infra*.

²⁷⁸ G. BROGGINI, *Iudex Arbitrarius* cit. (nota 178 *supra*), pp. 83-93.

romanos. Deste modo, essa bipartição facultativa ou fática teria como causa a exigência prática de aliviar o magistrado da sobrecarga de processos, permitindo-lhe delegar a decisão da controvérsia a um senador ou membro de seu *consilium* por ele mesmo escolhido. Eles conduziam as complicadas e longas instruções processuais, das quais extraíam as consequências jurídicas. A decisão do juiz era designada pelas fontes por *iudicatum*.²⁷⁹ Paralelamente, o magistrado podia nomear, em vez de um *iudex*, um árbitro com função estimatória, o qual pronunciaria uma *damni decisio* e não um *iudicatum*.²⁸⁰

A proximidade das relações entre o pretor e o *iudex* também se expressa na condução de todo processo pelo magistrado. Essa condução mostra-se não apenas no primeiro ato de transmissão do poder, mas também no curso de todo procedimento *apud iudicem*. Entre as duas fases, não teria havido nenhuma separação temporal e o *iudex* teria permanecido sempre sob a supervisão do pretor até a pronúncia do *iudicatum*, podendo as partes solicitar a intervenção do magistrado, sem dificuldade, contra qualquer medida processual arbitrária do juiz.

As figuras do *arbiter* e do *iudex*, porém, são diversas, não havendo entre ambos uma continuidade histórica ou um movimento de desenvolvimento.²⁸¹

Em suma, a bipartição facultativa desde o início mostrou-se em duas formas diversas. De um lado, foi introduzido um *iudex privatus* pelo pretor com o encargo de conduzir o processo da *actio sacramenti* e proferir o respectivo julgamento (*datio iudicis*).

²⁷⁹ Lex XII Tab. 3.1; 3.3; 3.5; 9.3.

²⁸⁰ Fest. v. *vindiciae* p.518 L: *si vindiciam falsam tulit, si velit is [prae]tor arbitros tris dato, eorum arbitrio [rei et] fructus duplione damnum decideto*.

²⁸¹ G. BROGGINI, *Iudex Arbitrerie* cit. (nota 178 *supra*), pp.85-86. O autor critica a tentativa de M. KASER (vide item 6.4.2 *supra*) de esclarecer o início da bipartição a partir de um *iter* determinado. Os germes da divisão estariam na precedente delegação do magistrado a um terceiro para mera instrução probatória ou estimativa. A primeira figura desse processo dividido seria o *arbiter* neste sentido tradicional: um perito, que tinha que decidir sobre o *quanto* e não sobre o *se*. Em seguida, surgiria a bipartição com a separação de específicos procedimentos do processo unitário. Ao lado do pretor como juiz principal do processo, atuava para o desempenho de funções específicas um juiz de instrução, que estava à disposição do magistrado para decisões interlocutórias (produção de provas, estimativas), embora o julgamento final neste primeiro período ainda proviesse do magistrado. Segundo M. KASER, bastaria atribuir ao *arbiter* verdadeiras funções de juiz, ou seja, decisórias, e já estava dado o passo para o *iudex privatus*, ou seja, o *iudex privatus* proviria de um anterior *arbiter* no sentido de um perito com funções de estimativa. Esse quadro, porém, é rejeitado por G. BROGGINI, *ob.cit.*, que considera correta, porém, a constatação de que, no tempo da Lei das XII Tábuas, atuava ao lado do *iudex privatus*, um *arbiter* nomeado pelo magistrado com funções de estimativa e um outro *arbiter* com funções decisórias, o *arbiter* da *legis actio postulatatio*. Enquanto que a função de estimativa já era exercida em período muito antigo, como a função desse primeiro *arbiter* demonstra, aparece o *arbiter* com função decisória somente na Lei das XII Tábuas. Se um desenvolvimento da figura do *arbiter* deve assim ser deduzido, então tal figura vai do *arbiter* sem função decisória ao *arbiter* de estimativa e ao *arbiter* de função decisória. Nesse desenvolvimento, não se encontra a figura do *iudex*, já que sua história corre paralelamente, não podendo ser visto como sucessor do *arbiter*. Para G. BROGGINI, se a hipótese de M.KASER fosse fundada, o *arbiter* teria que ser absorvido pelo juiz já no tempo da Lei das XII Tábuas. Porém, sabe-se que o *arbiter* manteve suas características específicas e sua competência diferenciada durante todo o tempo da República.

Essa bipartição torna-se dominante posteriormente. De outro lado, foi introduzido um *arbiter* pelo pretor com a função de realizar estimativa, nos casos de *actio in rem* em razão da impossibilidade de devolução da coisa ou no processo de delito para fixar o valor da indenização, quando o ordenamento jurídico tinha imposto tal obrigação (*arbitri, arbitrorum datio*).

Enquanto a *datio iudicis* substituiu o exercício da jurisdição do magistrado, excluindo-a, e a (*ad-*)*judicatio* substituiu a *iuris dictio* e a *addictio* do magistrado, a *datio arbitri* realizava novas tarefas separadas do poder jurisdicional do magistrado. Somente com a Lei das XII Tábuas, o *arbiter* é munido de tarefas decisórias, sendo nomeado como juiz, embora continuasse ainda como *arbiter*. Essa segunda modalidade da bipartição praticamente se amalgamou com a primeira durante o período das *legis actiones*.²⁸²

Portanto, o *arbiter* não teria desenvolvido função conexa como aquela entre o magistrado e o *iudex*, mas sim teria sido um órgão judicante paralelo a ele.

No final da República, a bipartição estava profundamente enraizada, sendo retratada nas fontes como necessária ou obrigatória. Nesse período, há um pensamento generalizado de que o pretor não mais podia exercer esse poder jurisdicional latente e não mais o exercia efetivamente. A *iurisdictio* pretoriana é reconhecida, nessa época, especialmente com o ato principal do pretor, qual seja, *iudicii datio*.

G. BROGGINI atribui a primeira bipartição obrigatória ao advento da *iudicis arbitrive postulatio*.²⁸³

O autor refuta as hipóteses de bipartição obrigatória atribuída à *lex Aebutia*,²⁸⁴ à evolução democrática²⁸⁵ e à influência grega.²⁸⁶

²⁸² G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp. 85-86. Primeiramente, esse fenômeno teria ocorrido no processo de delito, em que a fixação da indenização era imposta ao juiz pelo pretor, de modo que tinha que *damnare* e simultaneamente estimar a *damnatio*, ou seja, *damni decisio*. Em seguida, também para a ação real, em que a condenação na restituição da coisa, pelo menos como possível julgamento final, foi mantida ao longo de todo período das *legis actiones*.

²⁸³ A propósito, vide nota 217 *supra* e item 7.4 *infra*, especialmente as notas 412 e 413 *infra*.

²⁸⁴ A hipótese foi levantada por L. WENGER, *Zweigeteilten* cit. (nota 228 *supra*), p. 47 e 58, sendo criticada por G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp.88-89, para quem a *lex Aebutia* somente revogou a *legis actio per conditionem* e sua substituição pelas *formulae* correspondentes, negando qualquer papel da lei na bipartição. Por outro lado, coloca como seguro que o processo formular seria impensável sem a bipartição.

²⁸⁵ Delineada por A. BISCARDI, *Formula e processo* cit. (nota 272 *supra*), p. 461. Como ponto de partida do processo de democratização, o autor faz uso da antiga hipótese de existência da jurisdição dos pontífices nas causas privadas. Com a publicação do *ius Flavianum*, o magistrado sentiu-se desobrigado a escolher um *iudex* do colégio dos pontífices e a pressão da plebe obrigou-lhe a escolher um cidadão proposto pelas próprias partes para o ofício de *iudex*. Sobre *iurisdictio* pontifical, vide item 5.4 *supra*.

²⁸⁶ Defendida, dentre outros, por R. DÜLL, *Iudicet iudicare iubeat*, in ZSS, 71, 1954, p. 348.

Por conseguinte, pode-se dizer que G. BROGGINI responde ao *quando* e não ao *porquê* da bipartição obrigatória.

6.4.4. G. PUGLIESE

G. PUGLIESE, sem pretender resolver o problema da bipartição, estabelece alguns pontos em relação a essa questão:²⁸⁷

a) negativa da originariedade da bipartição sob o argumento da natureza religiosa do julgamento dos *sacramenta*, ou seja, até que o julgamento tenha tido essa natureza, não havia espaço para a nomeação do *iudex*, mas provia o rei em virtude de sua investidura e de seus poderes religiosos;

b) recurso geral ao *iudex*, que parece previsto na Lei das XII Tábuas, ou seja, não apenas a *iudicis arbitriue postulatio*, mas também a *legis actio sacramenti* desenvolviam-se em duas fases;

c) facultatividade da bipartição, na origem, porquanto não teria sido imposta por uma lei, mas sim pela práxis constante, a qual deu lugar a uma norma consuetudinária, que impunha a bipartição, ao passo que, ao mesmo tempo, o magistrado também teria perdido a atitude e os instrumentos para tratar o mérito da causa. A bipartição era, portanto, necessária, tendo sido facultativa somente no início por período breve e impreciso;

d) em relação à cronologia, a bipartição já teria sido plenamente estabelecida no sistema da Lei das XII Tábuas e não existia no período da Monarquia ou em grande parte dela. É possível que já se conhecesse no período régio a figura do *arbiter*, ao qual se recorria quando havia necessidade de julgamento técnico ou de estimativa da coisa, o que levaria a crer que razões práticas tivessem favorecido a bipartição. Contudo, razões histórico-políticas conexas com a laicização do processo e com a passagem do reino à República podem ter contribuído.

O autor antevê uma hipótese para a bipartição do conjunto de acontecimentos. O *sacramentum* não teria perdido seu aspecto religioso pelo menos até quando as partes, em vez de vincularem animais a um eventual sacrifício, limitaram-se a depositar a soma de dinheiro.²⁸⁸ Mesmo depois, o invólucro religioso não desapareceu

²⁸⁷ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.87-100.

²⁸⁸ A propósito, vide item 7.2.4 *infra*.

completamente, visto que a soma continuou a ser depositada perante os pontífices e a ser empregada nas coisas divinas.

Na época da instauração da República, a forma da *legis actio sacramenti* era ainda religiosa. Como uma das diferenças entre o rei e os magistrados republicanos era a competência religiosa, pode-se supor que os magistrados, ao herdarem do rei a tarefa de dirigir os processos, tenham-se reconhecido incapazes de decidir a respeito dos *sacramenta* e tenham devolvido o ofício a um juiz dotado de competência religiosa e provavelmente escolhido nos colégios sacerdotais.

Porém, a natureza religiosa do julgamento tinha sido praticamente desprovida de conteúdo, pois o julgamento não mais consistia em uma manifestação ou interpretação da vontade divina, mas sim tinha conteúdo humano ou racional. A laicização havia começado a operar a partir do interior da ação, deixando a forma inalterada.

Do ponto de vista político, o caráter laico ou religioso do juiz era indiferente, visto que os sacerdotes não constituíam uma força política autônoma, mas sim pertenciam à mesma classe dirigente, ou seja, ao patriciado, cujo objetivo, depois da instauração da República, foi afirmar o próprio poder oligárquico, tanto em relação aos magistrados, quanto em relação às classes inferiores. A atribuição da função de julgar tanto a um sacerdote quanto a um laico satisfazia ambos interesses políticos, pois, de uma lado, limitava os magistrados e por outro lado, continuava a fornecer um instrumento eficaz de supremacia sobre a plebe.

Portanto, se razões de caráter político-constitucional contribuíram para causar a bipartição do processo, não devem ser reconhecidas em ideais ou princípios democráticos, mas sim nas exigências da oligarquia patrícia.²⁸⁹

6.4.5. OUTRAS TEORIAS

H.F. JOLOWICZ lançou a hipótese acerca da origem da bipartição na ordinária dicotomia entre julgamento intermediário (*medial judgment* ou *Beweisurteil*)²⁹⁰ concernente às provas na fase *in iure* e julgamento final na fase *apud iudicem*, analisando, a título comparativo, o desenvolvimento do direito inglês e as atividades do júri.

²⁸⁹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 96-99.

²⁹⁰ Sobre o *Beweisurteil*, vide nota 71 *supra*.

O autor também compara o *istor* homérico²⁹¹ com o júri inglês em sua forma original, ou seja, não como se fosse um banco de jurados julgadores, mas sim um grupo de vizinhos, que pronunciava seu veredito a partir do conhecimento próprio das circunstâncias do caso. Assim, o júri formava sua opinião por meio de juramento, ordália, duelo ou outro meio formal de prova, como se fizesse parte de um sistema jurídico primitivo. Conforme a função da prova no processo arcaico, o veredito do júri acarretava diretamente a decisão.²⁹²

H.R. HOETINK parte da possibilidade de que a bipartição teria tido origem no início da República e não teria existido no período régio,²⁹³ não atribuindo fidedignidade às fontes tradicionais.²⁹⁴ Para o autor, que não se afasta da concepção arbitral de M. WLASSAK, o *iudex* romano é o árbitro eleito pelos litigantes e não pode ao mesmo tempo ser delegado do pretor. Segundo H.R. HOETINK, havia acordo geral entre os autores no sentido de que a origem da bipartição devia repousar na fusão entre a arbitragem privada e a administração pública da justiça, o que não teria ocorrido repentinamente, mas sim gradualmente em um longo processo histórico, que colocou as

²⁹¹ Vide item 3.2 *supra*.

²⁹² *Procedure* cit. (nota 233 *supra*), pp. 67-81. O próprio H.F. JOLOWICZ ressalta que a opinião dominante não aceita sua teoria, porque considera inapropriada a associação do *iudex* romano com métodos formais de prova. Refere-se ao processo germânico, babilônico e grego para defender a existência de ordálias e juramentos. Segundo ele, apenas P. BONFANTE, *Il Codice di Hammurabi e le XII Tavole*, in *Mélanges de Droit Romain dédiés a Georges Cornil*, v. 1, Paris, Sirey, 1926, p. 125, anteviu a divisão do processo romano como fundamentalmente idêntica aos demais processos em que os procedimentos são divididos entre aqueles que preparam a questão para decisão e aqueles que a decidem, aduzindo que *questa divisione non è propriamente una particolarità, ma è nelle sue basi un fenomeno universale. Lo Stato primitivo presso qualunque popolo non ha assunto che una fase del processo, e in sulle prime assai timidamente, cioè quella che con parola romana potremmo dire la 'ordinatio iudicii'; ma la seconda fase, l'indagine della verità e della ragione, esso l'ha regolarmente rimessa a forze occulte e superiori, vale a dire al caso: l'ordalia, il duello giudiziario, il giudizio di Dio, la sorte. Il giudice non è strumento della ricerca della verità, ma della sua constatazione, o meglio della constatazione di una verità simbolica e a ogni modo formale*. Porém, acrescenta que o Código de Hamurábi conhece o juízo de Deus, ao passo que, na Lei das XII Tábuas, não há nenhum traço de juízos divinos ou de outras formas de limitação religiosa do livre convencimento do juiz. A respeito da questão das ordálias no direito romano, vide nota 351 *infra*.

²⁹³ *The origin of the dual mode of Roman procedure*, in *Annual extraordinary number of The Jurist*, 5, 1947, pp. 16-30 (= in *Opera Selecta. Etudes de droit romain et d'histoire du droit/Studies in Roman law and legal history*, Zutphen-Holland, Terra, 1986, pp. 117-132). Como ponto de partida, o autor valeu-se do estudo de H.F. JOLOWICZ, *Procedure* cit. (nota 233 *supra*).

²⁹⁴ D.1.2.2.1: *et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur* (E no início da nossa *civitas*, o povo ordenou suas relações primeiramente sem lei ou direito certos. Tudo era governado pelos reis com a própria mão); Cic. *de rep.* 5.2.3: vide item 6.2 *supra*; Dion.4.25.2 e 4.36.2: vide item 6.2 *supra*. Segundo H.R. HOETINK, a maioria dos estudiosos tende a considerar essas antigas fontes não confiáveis, já que no século I a.C., os romanos não dispunham de informação confiável concernente à constituição monárquica e a visão dos autores é provavelmente mais baseada em hipóteses elaboradas do que em provas históricas a eles disponíveis. H.R. HOETINK acredita que Cícero possa ter encontrado a ideia de *iudicia regia* do rei Numa, como um imitador dos reis gregos, já que possui as mesmas atribuições de acordo com Aristóteles, Pol. 3.10 (1.1285b).

autoridades públicas em pé de igualdade com o processo arbitral meramente privado e voluntário na origem.

H.R. HOETINK coloca duas objeções ao que denomina *communis opinio*:²⁹⁵ se é provável que Roma tenha sido regida pelos tiranos etruscos durante certo tempo, indaga se sob tal despotismo teria existido arbitragem privada para casos civis com a qual o rei etrusco não tinha qualquer relação. Ademais, o estudo do direito comparado teria mostrado que onde quer que se encontre a arbitragem privada, ela é caracterizada por extremo formalismo. Não se afastando da opinião comum da época, o autor limita-se a combinar os dois dados, quais sejam, a admissão de que antes da República, Roma esteve sob o jugo dos reis etruscos, que exerceram poder absoluto e no fato de que não há traço de sistema formal de provas na fase *apud iudicem*, tentando justificar o segundo dado pelo primeiro.²⁹⁶

F. SERRAO, por sua vez, considera extremamente verossímil o desenvolvimento do processo inteiramente perante os reis, ao passo que a bipartição teria ocorrido entre o último período da monarquia etrusca e o início da República, considerando verossímil a atribuição da bipartição ao rei Sêrvio Túlio.²⁹⁷

R. SANTORO distingue a bipartição funcional da estrutural ou formal.²⁹⁸ Ainda que a divisão do procedimento nas fases *in iure* e *apud iudicem* seja fruto de desenvolvimento histórico, o autor considera equivocado considerar que somente de forma progressiva as funções respectivas (*iurisdictio* e *iudicatio*) ter-se-iam individualizado. A bipartição funcional consiste na distinção entre as funções de *iurisdictio* e *iudicare*. Desde as origens, *iurisdictio* e *iudicatio* constituem funções diversas e eventualmente presentes conjuntamente no processo, embora um mesmo órgão as exerça. Destarte, a bipartição funcional era originária, ao passo que aquele estrutural ou formal não existia no início do processo.²⁹⁹ O que individualiza a *iudicatio* é o colocar-se como ato de interpretação

²⁹⁵ Da época, qual seja, a hipótese de o processo ter-se originado como puro contrato arbitral privado, o qual teria somente paulatinamente sido submetido a controle estatal.

²⁹⁶ H.R.HOETINK, *Origin* cit. (nota 293 *supra*), pp.122-126. A tese não trouxe grande inovação, mesmo porque não se afastou da teoria arbitral.

²⁹⁷ *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), pp.428-430. Vide nota 220 *supra*.

²⁹⁸ *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, 30, 1967, pp. 556-568.

²⁹⁹ R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 556-560. Segundo o autor, embora a distinção conceitual seja possível no plano teórico, também emerge das próprias fontes, invocando a Lex Urson. LXVI.3.4: *de auspiciis quaeque ad eas res pertinebunt augurum iurisdictio iudicatio esto*, na qual resulta evidente a possibilidade de coexistência no mesmo órgão (no caso, os áugures) das funções da *iurisdictio* e *iudicatio*. Tal possibilidade torna-se certeza na figura do *rex*, não apenas pela qualificação que lhe era própria de áugure, mas também pela consideração de que o ato pelo qual ele decidia a respeito do fundamento do

superior, seja da divindade, em época mais remota, seja da lei, em época mais recente, o que revela que tal interpretação manifestava-se em ambos casos sob a forma de *auctoritas*.

No tocante ao advento da bipartição estrutural ou formal, R. SANTORO considera como certa sua existência na época da Lei das XII Tábuas.³⁰⁰ Segundo o autor, a inovação da bipartição pode ser antevista no fenômeno da dessacralização das formas processuais, que já estava em avançado desenvolvimento na época da Lei das XII Tábuas, que teriam fixado em pecúnia a *summa sacramenti*³⁰¹ e criado procedimento diverso da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*,³⁰² no qual não há elementos sacros. Da mesma forma, a suprema Magistratura era desprovida de elementos sacros.³⁰³ A laicização determinou a transformação dos caracteres dos procedimentos probatório e decisório, já que o *iudicatum* tornou-se o produto não mais da autoridade divina, mas sim de uma autoridade humana, que se valia, para a decisão, de outras autoridades humanas, como as testemunhas. Mas tal substituição é a manifestação exterior de uma transformação mais profunda, que é devida à progressiva racionalização da experiência jurídica, a qual pode explicar o início dos motivos para a bipartição formal do processo.

Também teriam contribuído razões práticas, como a exigência de uma melhor colheita dos testemunhos e de uma valoração mais ponderada, que tornavam oportuno adiar tal produção de prova e decisão a uma audiência posterior. A democratização também teria sido causa da bipartição por induzir os magistrados a circundarem-se do *consilium* com a função de assisti-los na decisão. Em suma, aparecem como fatores mais prováveis da bipartição a racionalização da experiência jurídica, a

sacramentum, por meio da interpretação do sinal divino, manifestado na forma do *augurium*, devia ser uma *iudicatio*. Para as épocas mais recentes, em que o *sacramentum* já fora laicizado, essa ilação resulta das fontes de forma explícita, como em Cic. *Pro Caec.* 3.97: *non posse nostrum sacramentum iustum iudicari...decemviri...sacramentum nostrum iustum iudicaverunt*. Deste modo, não há razão para supor que diverso fosse na origem. R. SANTORO afirma que, em última análise, a bipartição funcional decorre da duplicidade de valores, que caracteriza a experiência do *ius*, ou seja, como um poder imanente e suscetível de valoração exclusivamente humana e, ao mesmo tempo, um poder transcendente e suscetível de valoração divina. Desse modo, explica-se como um mesmo sujeito, no caso o magistrado, chamado a verificar esses valores no caso concreto, tenha tido que exercer funções diversas (*qui ius dicit, qui iudicat*).

³⁰⁰ Tal ilação decorre de alguns de seus dispositivos, como Lex XII Tab. 1.7; 3; 12.3. Para R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 563, a *causam coicere* contemplada no primeiro deles somente teria sentido, supondo-se a segunda instância se desenvolvesse perante outras pessoas não presentes na audiência introdutiva.

³⁰¹ G.4.14. A respeito, vide item 7.2.2 *infra*.

³⁰² Vide item 7.4 *infra*.

³⁰³ R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 543-545, 565-566 considera significativa tal circunstância, pois defende a hipótese de que a decisão sobre o *sacramentum* fosse obtida na origem por meio do *augurium*.

laicização, a democratização, além de causas práticas, fatores esses que explicariam os desenvolvimentos posteriores.³⁰⁴

G. NICOSIA, a seu turno, apresenta posicionamento completamente diverso dos autores anteriores, defendendo que o processo monofásico, tal qual configurado pela doutrina dominante, nunca existiu. Para ele, a bipartição nasceu por uma via completamente distinta, já que a fase do *iudicium* não seria derivada de uma cisão do presumido processo *monofásico*, mas, ao contrário, foi a denominada fase *in iure*, que veio a prepor-se ao *iudicium* em consequência da sobreposição da intervenção do magistrado e de seu controle.

Diversamente da opinião dominante, G. NICOSIA defende que, em um primeiro momento, o processo não se desenvolveu inteiramente perante o órgão jurisdicional e, somente mais tarde, com a atribuição da tarefa de julgar a um *iudex privatus*, houve o destacamento da fase do *iudicium* (*apud iudicem*) da fase *in iure*, mas sim que, em sentido oposto, o mais antigo momento era o *iudicium*, especificamente o *iudicium privatum*, ao qual se acedia por meio de um *agere* rigorosamente formalizado. Posteriormente, no regular desenvolvimento até a nomeação do juiz, sobreveio o controle estatal, vindo a tornar-se autônoma a fase *in iure*.³⁰⁵

³⁰⁴ *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 565-568. Segundo R. SANTORO, assim se explica tanto a separação do magistrado dos *consilia* e o nascimento dos colégios judicantes, quanto a constante afirmação do *iudex unus* escolhido pelas partes.

³⁰⁵ *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 166-168, 178-181. Segundo G. NICOSIA, apesar da ideia de M. WLASSAK de origem privada do processo ter sido amplamente difundida, muitos autores, então partidários daquela, vieram a adotar a hipótese de *jurisdição plena do rei*. Contudo, a origem privada do *iudicium*, que é pressuposto da construção de M. WLASSAK, contrasta irremediavelmente com essa hipótese. G. NICOSIA defende que são inconciliáveis as hipóteses de origem privada e intervenção originária de um órgão estatal, muito embora se encontre na doutrina uma tendência de conciliar ambas posições. Apesar de considerar exata a hipótese de M. WLASSAK de origem privada do processo, conforme item 5.2 *supra*, e particularmente do *iudicium*, ao qual, num segundo momento, veio a prepor-se a fase *in iure*, G. NICOSIA não vê nenhum traço de arbitragem voluntária na estrutura das mais antigas *legis actiones*. Para o autor, tratava-se de um processo, em coerência com a mentalidade e as exigências da sociedade romana da época, considerando o caráter patriarcal e a estrutura da organização político-sacral da comunidade, que se desenvolvia naturalmente e continuou a desenvolver-se por séculos de acordo com regras precisamente estabelecidas e rigorosas formalidades rituais, cujo respeito era assegurado pelo controle social, pela participação quase unânime da comunidade, além da interferência do fator religioso, mas sem nenhuma intervenção do poder político. G. NICOSIA também critica a teoria de F. DE MARTINO em relação à *iurisdictio* dos pontífices, não antevendo qualquer relação entre aquela e a atividade realizada por esses. Porém, acreditava que a atividade inicial dos sacerdotes consistisse na *interpretatio* dos *signa divina*, por meio dos quais as divindades revelavam qual *sacramentum* era *iustum*, tratando-se de *iudicium* divino, o qual veio a tornar-se humano e atribuído a um *iudex privatus* posteriormente. Dessa originária interpretação dos sinais divinos para a solução das controvérsias entre os privados, desenvolveu-se a *interpretatio iuris*, a qual permaneceu por muito tempo a ciência da qual eram depositários os pontífices.

7. ESTRUTURA ORIGINÁRIA DAS *LEGIS ACTIONES* E BIPARTIÇÃO

7.1. ASPECTOS GERAIS

A análise da estrutura originária das *legis actiones* tem por escopo trazer subsídios para a tentativa de compreensão tanto da origem do processo civil romano, quanto da origem e das causas de sua bipartição.

Remonta a Gaio a tentativa de definir *legis actio* e de explicar o significado de *lege agere*, quer porque as ações foram criadas pela lei, quer porque o teor das palavras pronunciadas devia ser conforme a lei.³⁰⁶ Porém, Gaio preocupou-se tão somente em explicar o significado de *legis*, pressupondo que o significado de *actio* fosse conhecido.

G. PUGLIESE procurou explicar o significado de *actio*.³⁰⁷ Como substantivo de *agere*, pensou-se que devia estar ligado à acepção desse verbo, que alude ao exercício de uma atividade material e violenta contra alguém (empurrar, conduzir) e, portanto, confirmaria a teoria segundo a qual o processo romano antigo teria derivado da defesa privada. Contudo, tal acepção de *agere* não é nunca referida a pessoas, mas somente a animais e corresponderia, apenas em modo aproximado, ao suposto modelo material dos atos realizados pelas partes no processo.

Destarte, faz-se mister pensar nas acepções de *agere* e *actio*, que aludiam não a um agir qualquer, mas a um agir segundo certas regras ou certos ritos e com a recitação de fórmulas predispostas. Enquanto *agere* significava, entre outras acepções, cumprir os ritos do sacrifício, recitar no teatro, desenvolver as próprias razões em juízo,³⁰⁸

³⁰⁶ G.4.11: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, "legis actiones" appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur.* No mesmo fragmento, para reforçar a segunda hipótese de conformidade às palavras das leis (*verba legum*), Gaio traz o famoso exemplo daquele que, ao demandar em ação sobre o corte de árvores, fizesse referência a videira (*uitis*) em vez de árvore (*arbor*), perderia a causa: *unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

³⁰⁷ *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), pp. 8-9; *Id.*, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, Giuffrè, 1938. Para aprofundamento acerca da teoria da ação e seus aspectos históricos, veja-se R. ORESTANO, *Azione, Diritti Soggettivi, Persone Giuridiche*, Bologna, Mulino, 1978.

³⁰⁸ Fest. v. *agere* p.21L: *agere modo significat ante se pellere, id est minare. Virgilius (Ecl.9,24): "Et potum pastas age". Modo significat iurgari, ut dicimus: agit cum eo furti; modo rependere, ut cum dicimus: gratias ago; modo verbis indicare, ut cum dicimus: causam ago; quin etiam si accessit gestus et vultus quidam decor, ut cum scaenici agere dicuntur.*

actio era, por sua vez, um ato ou um complexo de atos verbais ou o formulário predisposto para esse fim.

Nos tratados de retórica, *actio* era a pronúncia e a declamação da oração e para vários autores literários, era também a recitação teatral. Então é possível dar razão ao uso de *actio* para indicar os antigos atos processuais, bastando levar em consideração que eles consistiam na recitação de palavras solenes e no cumprimento de gestos rituais.

Por conseguinte, deve-se ver em *actio*, em vez de uma alusão ao exercício da defesa privada da qual o antigo processo conservava traços visíveis, a consideração da ritualidade e do formalismo oral, que caracterizavam os atos processuais daquele tempo.

A pronúncia de fórmulas predispostas e o cumprimento de gestos rituais ocorriam não somente por parte do autor, mas também por parte do réu e do próprio magistrado. Em consequência, *actio* não indicava apenas, como ocorreu posteriormente, a atividade do autor, mas a de todos sujeitos do processo e o próprio processo em seu conjunto. Esse significado é distinto dos mais recentes, que se difundiram no processo *per formulas*, pois se referiam ao autor especificamente e pressupunham uma direta ligação da *actio* com a situação substancial no sentido de que para cada situação suscetível de ser reclamada em juízo correspondia uma *actio* distinta.³⁰⁹ Contudo, essa ligação não existia nas *legis actiones* porque elas não eram concebidas como instrumentos para fazer valer uma determinada situação substancial, mas sim como invólucros formais, em que se podiam depositar diversos conteúdos e que não tinham com eles necessariamente uma relação.³¹⁰

Verificado o significado de *actio*, vejamos, ainda que brevemente, a questão da *lex*.

G. PUGLIESE, analisando a especificação *legis*, exclui a segunda hipótese aventada por Gaio (*teor das palavras pronunciadas conforme a lei*), ainda que pareça plausível no contexto de explicação do formalismo, visto que pressuporia que as situações substanciais tuteladas pelas *legis actiones* tivessem sido reconhecidas de modo específico por uma lei, o que não corresponderia à realidade histórica.

O autor dá crédito à primeira hipótese, acreditando que cada *actio* tenha sido, em certo momento, instituída ou ratificada por uma lei. Se não por uma lei específica,

³⁰⁹ D. 44.7.51: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*.

³¹⁰ *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), p. 9.

pelo menos pela Lei das XII Tábuas. Contudo, pensando-se no período anterior à Lei das XII Tábuas e às ações então existentes (*sacramentum*, *manus iniectio* e talvez, em campo restrito, *pignoris capio*), a explicação trazida do fundamento legislativo não se mantém, porquanto *leges* verdadeira e propriamente ainda não eram promulgadas e é bastante verossímil que esses procedimentos tenham-se formado fora de qualquer ato normativo e decorrente da autoridade. A especificação *legis* seria relativamente tardia e deve provavelmente referir-se a outra época. Tal qualificação não se pode explicar senão a título de antítese, ou seja, para distinguir as antigas *actiones* a outros procedimentos, aos quais a mesma qualificação não se aplicava, contrapondo-as. G. PUGLIESE considera que os outros procedimentos tenham sido aqueles *per formulas*, que efetivamente não tinham nenhum fundamento legislativo e em confronto com os quais os antigos procedimentos eram *da lei* por antonomásia, prescindindo da distante origem anterior à Lei das XII Tábuas.³¹¹

B. ALBANESE não compartilha essa opinião, procurando a explicação no significado mais antigo da palavra *lex*. No contexto em questão, acredita que deva ser atribuído à *lex* o significado antiquíssimo de *pronúncia imperativa e solene juridicamente relevante*. Desse modo, *legis actio* e *legis agere* são provavelmente locuções muito antigas e referem-se ao cumprimento de atos dispositivos solenes na esfera jurídica caracterizados sempre pela pronúncia de palavras não mutáveis a arbítrio de quem as pronuncia e frequentemente pelo cumprimento de gestos solenes e igualmente pré-estabelecidos.³¹²

C. GIOFFREDI, a seu turno, considera ambas opiniões de Gaio inverossímeis, acreditando que a hipótese mais provável é que a aposição de *legis* a *actio* tenha ocorrido para distinguir os ritos processuais daqueles negociais: *lex* é a base publicística do ato que alude à vontade geral da comunidade que o pôs, porque mediante ele se persegue um interesse do qual faz parte também o Estado, ou seja, aquele da atuação da justiça, de modo a impor-se, por força da autoridade, uma forma fixa e imutável. O autor conclui que as

³¹¹ *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), pp. 11-12. M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p. 35, nt. 7 refere-se à opinião de G. PUGLIESE sem aderir expressamente, ao passo que M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), p.08, n. 54 prefere a opinião que considera a terminologia *legis actiones* mais recente a seu surgimento, sem dúvida posterior à Lei das XII Tábuas, e que tenha aparecido num período, em que na *lex* se reconhecia o significado de *lex publica*, mesmo que não houvesse a necessidade de distinguir o mais antigo processo civil do novo processo formular, conforme opinião de G. PUGLIESE.

³¹² *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp.13-14, nn.17-19. O autor reporta os termos encontrados nas fontes, tais como *verba legitima* para indicar palavras de rituais solenes jurídicos dispositivos; *actus legitimi* em referência a negócios jurídicos com pronúncia de palavras solenes, e sobretudo *lex*, às vezes explicitamente *lex dicta*, em relação a cláusulas orais incluídas em negócios jurídicos solenes. Em sentido análogo, B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der 'legis actio': Gesetzklage oder Spruchklage?*, in *TR*, 38, 1970, pp. 367-387, para quem a *lex*, como fórmula que proclama solenemente um direito, encontra-se não somente no processo, mas também nos negócios, os quais tomariam um nome semelhante àquele de *legis actio*, ou seja, *actus legitimi*.

legis actiones respondem a requisitos de rígido formalismo, os quais de per si levariam a assimilá-las ao rigor da lei e, pois, podem ser reportadas à vontade do ordenamento jurídico.³¹³

Gaio elenca as cinco espécies de ações da lei: *sacramento, per iudicis postulationem, per conductionem, per manus iniunctionem e per pignoris capionem*.³¹⁴

A doutrina diverge acerca do surgimento das primeiras *legis actiones*³¹⁵ e a classificação delas entre cognitivas e executivas é objeto de críticas, já que não se podem distinguir claramente tais esquemas no âmbito das mais antigas delas.³¹⁶

Não obstante, em linhas gerais, tem-se que parte da doutrina classifica as três primeiras como pertencentes à natureza do atualmente denominado processo de conhecimento.

A primeira, *legis actio sacramento*, é *generalis*, sendo possível para as demandas *in personam* e *in rem*, desde que as especificidades dessas pretensões não excluíssem tal processo.

A segunda, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, já era conhecida pela Lei das XII Tábuas e a última *legis actio per conductionem* é posterior, contemplando ambas somente pretensões *in personam*.

A *legis actio per manus iniunctionem* servia, como processo executivo, para os casos em que uma parte fosse *iudicatus* ou *damnatus*. A *legis actio per pignoris capionem* era limitada a poucas pretensões de caráter publicístico ou sacral.³¹⁷

³¹³ *Legis actio*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Romae, Pontificia Universitas Lateranensis, 1980, pp.175-190.

³¹⁴ G.4.12.

³¹⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. v.1 (nota 170 *supra*), p.16 considera que as primeiras ações tinham caracteres executivos, incluindo a *manus iniectio* e a *pignoris capio*. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. Parte II: Le legis actiones*, Bologna, UPEB, 1948, pp.6-7 reconhece prioridade histórica a essas ações e ao mesmo tempo considera a *legis actio sacramento* uma ação executiva na origem. M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p.81, por sua vez, considera a *legis actio sacramento* a mais antiga.

³¹⁶ Neste sentido, M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), pp.8-9, n.58, o qual considera que a distinção entre ações de *conhecimento* e *executivas*, no âmbito das ações da lei, seria uma distorção da efetiva operatividade do *sacramentum* e da *manus iniectio*, sobretudo quando se colocam em série e não em paralelo. Ambos meios evidenciam-se, apesar da diversa funcionalidade, como aqueles que surgem, alternativamente, para tutela de diferentes casos. É somente o resultado de uma evolução histórica, além de uma prospectiva talvez modernizante, a concepção da *manus iniectio* como ação executiva.

³¹⁷ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 36-37.

7.2. O SACRAMENTUM E A LEGIS ACTIO SACRAMENTO

7.2.1. CARACTERES GERAIS

A natureza e o exato teor do *sacramentum* são objeto de debates na doutrina.³¹⁸ O estudo de seu alcance pode trazer relevantes elementos para o conhecimento do início da jurisdição em Roma e, consequentemente, para a questão da bipartição.

A *legis actio sacramento* recebe o nome pelo fato de que as formalidades introdutivas do processo consistiam, pelo menos nas origens, no desafio recíproco entre os litigantes de prestar um juramento assertivo da veracidade das próprias afirmações e da efetiva prestação do *sacramentum* por ambos.³¹⁹

A *actio sacramento* distinguia-se em duas versões: *in rem*, se tivesse por objeto o pertencer de alguma coisa ou *in personam*, se dissesse respeito a um vínculo obrigatório decorrente de negócio ou de delito.³²⁰

Com tal ação, podia-se postular qualquer pretensão, exceto aquelas para as quais a lei tivesse estabelecido outro instrumento de tutela especial.³²¹

³¹⁸ A respeito do *sacramentum* e do *agere sacramento*, vejam-se: P. LOTMAR, *Zur legis actio sacramento in rem*, München, Ackermann, 1876; H.H. PFLÜGER, *Die legis actio sacramento. Ein Versuch auf dem Wege der Rechtsvergleichung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1898; F. KLINGMÜLLER, v. *Sacramentum*, in *RE*, 1A2, pp. 1667-1674; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), p. 102; G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 50-60; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), pp. 103-119; P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 275-283; H. LEVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 23-100; G. BROGGINI, *Prova* cit. (nota 202 *supra*), pp. 154ss; M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 81-107; *Id.*, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, 104, 1987, pp. 53-84; G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 123-128; S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, 29, 1963, pp. 1-123; ; *Id.*, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*, 35, 1969, pp. 249-339; B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp. 56-78; R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 103-611; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le legis actiones*, Torino, Giappichelli, 1980; *Id.*, *'Qui prior vindicaverat': la posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *Festschrift für Felix Wubbe*, Freiburg-Schweiz, 1993, pp. 83-96; J. G. WOLF, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1985, pp. 1-39; J. ZLINSZKY, *Gedanken zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, 106, 1989, pp. 106-151; K. HACKL, *Der Sakramentprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*, in *ZSS*, 106, 1989, pp. 152-179; G. GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, in *BIDR*, 63, 1960, pp. 213-220; P. FREZZA, *Ordalia e 'legis actio sacramento'*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 142, 1952, pp. 83-89 (= in *Scritti*, v.2, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis Mursia, 2000, pp. 3-9).

³¹⁹ Segundo M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), p. 13, a opinião que relaciona o *sacramentum* à esfera sacral e religiosa é prevalente na doutrina, o que será analisado a seguir (vide item 7.2.4 *infra*).

³²⁰ F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), pp. 437-438. Para M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), p. 13, n. 94, as lacunas de G.4.15 não nos permitem saber como ele introduzia a contraposição entre o *agere in personam* e o *agere in rem*. Porém, do início do parágrafo seguinte (G.4.16): *si in rem agebatur*, extrai-se como a distinção entre ambos fosse fundamental na exposição de Gaio.

³²¹ G.4.13: vide item 7.2.2 *infra*.

O *sacramentum* era o núcleo da ação e tinha por objeto uma soma de dinheiro, a qual era destinada ao *aerarium* em caso de sucumbência. Em suma, havia um risco a cada uma das partes, tratando-se de uma *actio periculosa*.³²²

Em linhas gerais, o processo desenvolvia-se da seguinte maneira. Perante o magistrado, as partes provocavam-se ao *sacramentum*³²³ e davam garantes (*praedes sacramenti*) para o seu depósito. O magistrado nomeava de imediato um *iudex* para decidir qual dos dois sacramentos era *iustum* ou *iniustum*. As partes comprometiam-se a comparecer perante o juiz no terceiro dia. Posteriormente, nomeou-se o juiz em uma segunda audiência trinta dias depois da primeira.³²⁴

Na primeira audiência, antes de debater a causa ao juiz, as partes costumavam expor o caso breve e esquematicamente (*causae coniectio*), que era um sucinto resumo da própria causa.³²⁵

Em se tratando da *actio sacramenti in rem*, as coisas móveis e semoventes, sempre que possível, eram trazidas ao tribunal. Não sendo possível ou em caso de imóveis, levava-se ao tribunal uma parte ou um símbolo representativo da coisa.³²⁶ Aquele que reivindicava, segurando uma varinha, pegava a coisa e afirmava: *digo que esse homem é meu segundo o direito dos quirites. Em base a essa condição, como disse, coloco sobre ele a varinha* e contemporaneamente assim o fazia.³²⁷ O adversário dizia as mesmas coisas, fazendo o mesmo.³²⁸

³²² G.4.13: ... *eaque actio proinde periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae... nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur...* e G.4.14: *poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat : vide item 7.2.2 infra.*

³²³ G.4.16: *..deinde qui prior uinicauerit, dicebat QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter ET EGO TE; scilicet si de re M aeris plurisve agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti nominabant : vide item 7.2.2 infra.*

³²⁴ G.4.15: *...vt autem <die> XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex.*

³²⁵ G.4.15: *...deinde cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quae per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio, quae causae suae in breue coactio...*

³²⁶ G.4.17: *si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri uel adduci, ueluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio. Itaque ex grege uel una ouis aut capra in ius adducebatur, uel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur, ex naue uero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, ueluti ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controuersia erat...: vide item 7.2.2 infra.*

³²⁷ G.4.16: *...qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, ueluti hominem, et ita dicebat HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM, SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat...: vide item 7.2.2 infra.*

³²⁸ G. 4.16: *... aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat...: vide item 7.2.2 infra.*

Feita a reivindicação por ambas partes, o magistrado ordenava-lhes que deixassem a coisa litigiosa e ambas o faziam.³²⁹ O primeiro reivindicante indagava ao outro: *peço-te que digas a que título vindicaste* e o outro respondia: *sobrepondo a varinha, realizei o direito*.³³⁰ Então o primeiro reivindicante respondia: *como reivindicaste contra o direito, desafio-te a um sacramento de 500 asses* e o adversário também o fazia.³³¹

Em seguida, o magistrado atribuía a posse provisória da coisa litigiosa a um dos dois litigantes segundo sua discricionariedade, ordenando-lhe de dar ao adversário garantes para que providenciassem a restituição da coisa e dos frutos, em caso de derrota, enquanto ele recebia de ambas partes os garantes para o pagamento do valor do *sacramentum* em favor da erário.³³²

Como dito, no julgamento na *actio sacramento in rem*, verificava-se qual *sacramentum iustum ist*, se a afirmação de direito de um ou outro vindicante era correta e não diretamente a qual parte o objeto litigioso pertencia.³³³ Sendo o processo formalmente baseado na aposta de qual dos dois *sacramenta* fosse conforme ao direito e qual não, a decisão do juiz, enquanto substancialmente se baseava no exame do caso, formalmente se exprimia no declarar *iustum* um dos dois *sacramenta* e *iniustum* o outro. A solução substancial era somente mediata e indireta. No caso da ação real, a condenação era de forma específica (*in ipsam rem*).³³⁴

7.2.2. FONTES

Os principais textos das fontes a respeito do *sacramentum*, de que dispomos provêm de Gaio. Apesar de fragmentária em razão das lacunas do texto, trata-se de uma descrição ordenada. Na época de Gaio, a ação, em questão, já tinha sido abolida há mais de

³²⁹ G.4.16: *...cum uturque uindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant...*: vide item 7.2.2 *infra*.

³³⁰ G.4.16: *...qui prior uindicaverat, ita alterum interrogabat POSTVLO ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS; ille respondebat IVS FECI SICVT VINDICTAM INPOSVI ...*: vide item 7.2.2 *infra*.

³³¹ G.4.16: *...deinde qui prior uindicauerat, dicebat QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter ET EGO TE...*: vide item 7.2.2 *infra*.

³³² G.4.16: *... postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituiebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat...*: vide item 7.2.2 *infra*.

³³³ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p.104.

³³⁴ F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), p.440. Descrevendo o processo formular, Gaio faz uma comparação de forma incidental com o que acontecia no processo *per legis actiones*. G.4.48: *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, ueluti fundum hominem uestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat*.

um século,³³⁵ tendo permanecido apenas para os casos de dano eminente e julgamento pelo tribunal dos centúviro.³³⁶

Vejamos, pois, os textos:³³⁷

G.4.13: *Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Eaque actio proinde periculosa erat falsi < >, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, <et> restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat; nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii qui uicerit.*

G.4.13: a ação de *sacramentum* era geral (ordinária), pois se agia por sacramento em todos os casos para os quais a lei não previa ação especial. Essa ação era tão perigosa para aqueles que <atuavam> falsamente, como atualmente é perigosa a ação *certae creditae pecuniae* (cobrança de quantia certa em dinheiro) por causa da *sponsio*, por meio da qual a negação temerária do réu coloca-o em perigo, e da *restipulatio*, por meio da qual a postulação do indevido pelo autor coloca-o em perigo. Então, quem era vencido, pagava como multa a soma do *sacramentum*, que era destinada ao erário público, e eram dados ao pretor *praedes* (garantes) de tal pagamento, diversamente de hoje, em que a multa da *sponsio* e da *restipulatio* é destinada a favor do adversário vencedor.

³³⁵ G. 4.30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt, namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones...*

³³⁶ G.4.31: *tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est.* O próprio Gaio acrescenta o desuso da ação da lei no caso de dano iminente: *... damni vero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est* (mas nos casos de dano iminente, ninguém quer usar a ação da lei, sendo preferível obrigar o adversário por meio da *stipulatio* publicada no edito, direito mais cômodo e eficiente).

³³⁷ Seguimos os textos da Institutas de Gaio da edição de M. DAVID, *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum studemundianum et reliquias in Aegyptio repertas*, Leiden, E.J. Brill, 1964.

G.4.14: *Poenā autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisue quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. <At> si de libertate hominis controuersia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est fauore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores.*

G.4.14: E a pena do *sacramentum* era ou de cinquenta ou de quinhentos asses. Para as coisas de valor igual a mil asses ou superior, litigava-se com *sacramentum* de quinhentos asses e para as coisas de valor inferior com *sacramentum* de cinquenta asses. Assim era determinado pela Lei das XII Tábuas. <Mas> se a controvérsia fosse sobre a liberdade de um homem, por mais valioso que fosse, a mesma lei estabeleceu o *sacramentum* em 50 asses, favorecendo a liberdade, de modo que os *adsertores* (defensores da liberdade) não se sobrecarregassem.

G.4.16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, ueluti hominem, et ita dicebat HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVVM SVAM CAVSAM, SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque uindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior uindica<verat, ita alterum interroga>bat POSTVLO ANNE DICAS, QVA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat IVS FECI SICVT VINDICTAM INPOSVI; deinde qui prio uindicauerat, dicebat QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter ET EGO TE; scilicet < si de re M aeris plurisve agebatur, D, si de minoris,>L asses sacramenti nominabant; deinde eadem sequebantur quae cum in personam agerebur; postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quase hastae loco, signo quodam iusti dominii. Quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

G.4.16: Em se tratando de ação real, as coisas móveis e semoventes, que podiam ser levadas ou conduzidas em juízo, eram vindicadas do seguinte modo. Aquele que vindicava segurava uma varinha, aprendia a própria coisa, por exemplo um escravo, dizendo: DIGO QUE ESTE HOMEM É MEU PELO DIREITO DOS QUIRITES, SEGUNDO SUA SITUAÇÃO. COMO EU DISSE, VÊ, TOQUEI-O COM A VARINHA, e simultaneamente tocava o escravo com ela. O adversário dizia o mesmo e fazia de forma semelhante. Depois que ambos tinham vindicado, o pretor dizia: DEIXEM, AMBOS, ESSE HOMEM. E ambos largavam-no. Aquele que vindicou primeiramente interrogava o outro: SOLICITO QUE DIGAS, COM BASE EM QUE CAUSA VINDICASTE. E o outro respondia: EXERCI MEU DIREITO AO TOCÁ-LO COM A VARINHA. Então aquele que vindicou primeiramente dizia: COMO VINDICASTE CONTRA O DIREITO, DESAFIO-TE A UM SACRAMENTUM DE QUINHENTOS ASSES. O adversário também dizia de forma semelhante: E EU DESAFIO A TI. O *sacramentum* era de quinhentos asses se a coisa tivesse valor superior a mil asses, e de cinquenta asses, nas de valor inferior. Agia-se da mesma forma se a ação fosse pessoal. Depois o pretor pronunciava *vindiciae* a uma das partes, ou seja, constituía-o possuidor interino, determinando-lhe que desse ao adversário *praedes* (garantes) da lide e *vindiciarum*, isto é, para a coisa e os frutos. E o pretor recebia outros *praedes* (garantes) pelo *sacramentum*, que se destinava ao erário público. Utilizava-se a varinha no lugar da lança como símbolo do justo domínio, porque acreditavam ser própria a coisa tomada dos inimigos. Por isso, foi colocada uma lança nos julgamentos perante os centúviro.

G.4.17: *Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri uel adduci, velut si columna aut nauis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio; itaque [vel] ex grege uel una ouis aut capra in ius adducebatur, uel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur, ex naue uero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, uelut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controuersia erat, aequae...*

G.4.17: Se a coisa fosse de tal forma que não pudesse ser levada ou conduzida ao tribunal sem incômodo, por exemplo uma coluna, um navio ou um rebanho de qualquer animal, pegava-se uma parte dela, a qual era levada ao tribunal. E fazia-se a *vindicatio* sobre essa parte no lugar de uma coisa inteira presente. E assim, de um rebanho, era conduzida ao tribunal apenas uma ovelha ou uma cabra, ou mesmo alguns pelos de tais animais. De um navio ou de uma coluna, retirava-se uma parte deles. De maneira semelhante, se a controvérsia dissesse respeito a um terreno, edifícios ou herança, retirava-se uma parte, levando-se a juízo e se fazia a *vindicatio* sobre a parte, como se toda a coisa estivesse presente. Por exemplo, no caso de um terreno, levava-se um pouco de terra e de edifício, uma telha. Se houvesse controvérsia sobre a herança, igualmente...

7.2.3. ETIMOLOGIA DE SACRAMENTUM

A palavra *sacramentum* deriva de *sacer*.³³⁸

O sufixo *-mentum* designa um meio externo, pelo qual uma atividade é executada.³³⁹

O significado originalmente assumido pelo adjetivo *sacer* foi investigado. O resultado atingido indica que os mais antigos valores testemunhados pelas fontes exprimem a ideia do *numinoso* e do *mágico*. Sagrados são a terra, os montes, as grutas, os

³³⁸ Segundo A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), pp. 882-883, *sacrum* (ou *sacre*) está em oposição ao *profanum*. Aquilo que é *sacrum* pertence ao mundo do *divino*, ou seja, *quicquid quod deorum habetur* (Macr.2.3.2) e difere essencialmente do que pertence à vida comum dos homens. De *sacro*, deriva *sacramentum*, no sentido jurídico de depósito feito aos deuses de uma certa soma como garantia de sua boa fé ou da bondade de sua causa no processo, reportando-se a Varr. *ling.lat.* 5.180: vide nota 344 *infra* e Fest. v. *sacramentum* p.467L: vide item 7.2.4 *infra*. A. WALDE e J.B.HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, v.2, 3ª ed., Heidelberg, Carl Winter, 1954, pp.459-460 também confirmam a etimologia.

³³⁹ P.E. HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen: zugleich in ihrem Grundleglichen Zusammenhange mit dem römischen criminal- und civil- Prozesse dargeslellt*, Leipzig, Teubner, 1874, pp. 361-362, exemplifica o uso do sufixo *-mentum*, definindo *documentum* como aquilo, com o qual se instrui, *vestimentum* como aquilo com o qual se veste, *alimentum* como aquilo com o qual se alimenta etc. Enquanto a terminação em *-io* designa a ação enquanto tal, em seu acontecer, a terminação em *-mentum* designa a ação em sua configuração externa, sólida, também como um resultado do qual provém. Então *sacratio* significava a *consagração*, enquanto que *sacramentum* significa aquilo com o qual a consagração ocorre ou mais corretamente, de onde ela emana como um resultado estável. *Sacramentum* é, portanto, a fórmula pronunciada fixa, com a qual se consagra algo, ou segundo a concepção correta, na qual a *sacratio* aparece de maneira sólida e assim a palavra torna-se usada no juramento do soldado, relativamente às combinações de *sacramentum* ou *sacramento dicere*, *sacramento aliquid adigere*, *obligare*, *rogare* etc.

rios, as fontes, as árvores, porque neles está presente un *numen*. Apesar da variedade das nuances, a noção exprime, fundamentalmente, o sentido de uma potência escondida.³⁴⁰

7.2.4. ORIGENS DO SACRAMENTUM

O *sacramentum* é o ponto central, que atribui seu nome a todo processo. Originalmente, acredita-se que tivesse natureza religiosa. No processo já laicizado, o *sacramentum* apresenta-se como uma espécie de *aposta*. Porém, essa aposta laica é apenas o resíduo de uma instituição, cujo caráter religioso desapareceu-se com a secularização do direito.³⁴¹

O *sacramentum* teria sido, em sua natureza primitiva, um juramento pronunciado pelas partes e como tal era um ato religioso.³⁴²

Vejamos a definição de *sacramentum* em Festo:

Fest. v. *sacramentum*, p. 476L: *sacramentum dicitur quod iurisiurandi sacratione interposita geritur.*

Fest. v. *sacramentum*, p. 476L: chama-se *sacramentum* aquilo que é revelado por meio da introdução da consagração do juramento.

Fundamentando a origem de todo direito civil no direito sacro, diversamente da opinião dominante, P. NOAILLES não vê, na origem do *sacramentum*, um mero juramento, mas sim um verdadeiro sacrifício. O nome técnico do juramento foi sempre *iusiurandum* e não *sacramentum*. A opinião comum teria como argumento principal a comparação entre o *sacramentum militare* e o *sacramentum* das ações da lei. Naquele, a parte essencial é o juramento pelo qual o soldado liga-se a seu general, prometendo-lhe obediência e fidelidade no momento da inscrição. Na lembrança dos

³⁴⁰ Conforme H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, Belles Lettres, 1963, cujas conclusões são adotadas por R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 514-515. Partindo da relação entre *sacer* e *sancire*, que teriam a mesma raiz *sak*, R. SANTORO evoca a ideia de potência, de força.

³⁴¹ P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 275-276.

³⁴² Essa hipótese foi formulada por H. A. A. DANZ, *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena, Mauke, 1857, pp.151-156. A natureza religiosa é confirmada pela própria etimologia da palavra (item 7.2.3 *supra*), que é corroborada por Varr. *ling.lat.*5.180: ...*sacramentum a sacro*... Segundo P.F.GIRARD, *Histoire* cit. (nota 211 *supra*), pp.40-45, graças ao juramento, foi criada a competência do magistrado e do rei. Tratar-se-ia de um expediente criado pela engenhosidade privada para forçar o rei, em sua qualidade de chefe religioso, a decidir os litígios privados sob o argumento de reprimir um delito religioso. O juramento falso seria uma ofensa à divindade, de modo que o rei, enquanto representante dos deuses, é obrigado a julgar essa ofensa. Essa opinião é criticada por P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), p. 277.

homens, essa cerimônia acabou por concretizar-se no juramento. Mas o juramento propriamente dito não era a totalidade dessa cerimônia.³⁴³

O mesmo ocorria no *sacramentum* do processo.³⁴⁴ O *sacramentum* das duas partes era depositado efetivamente perante os pontífices e tornava-se *sacrum*. Enquanto o vencedor retirava seu depósito, aquele do vencido permanecia no erário público, destinando-se aos sacrifícios. No estado primitivo, porém, o *sacramentum* não consistia em uma soma de dinheiro, mas sim em cabeças de animais.³⁴⁵

Antes da Lei das XII Tábuas, o que se tornava *sacer* pelo *sacramentum* não era o dinheiro (*aes, pecunia*), mas sim os animais pelo próprio *sacramentum*. A maneira técnica de consagrá-los (*sacrum facere*, de onde provém *sacrificium*) era sacrificá-los. Em Roma, bois e carneiros são os animais oferecidos mais frequentemente aos deuses em sacrifício. O *sacramentum* fazia parte do mecanismo primitivo e o fato que tenha dado seu nome a todo procedimento é o testemunho de que era a parte principal dele. Na origem, o

³⁴³ *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 277-278. Reportando-se ao *sacramentum* dos samnitas referido por Liv.10.38, P. NOAILLES defende que o *sacramentum* era o conjunto ritual, comportando todos sacrifícios e um cerimonial destinados a impressionar a imaginação do soldado e quanto ao juramento propriamente dito prestado pelo soldado no curso da cerimônia, é designado pelo nome técnico *adigebatur iusjurando*.

³⁴⁴ Segundo P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 278-279, a natureza de sacrifício pode ser inferida das fontes. Varr. *ling.lat.* 5.180: *si es<t> ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro; qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pont<ific>em deponabant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero actum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat* (Se é aquele dinheiro que vem em julgamento nos processos, chama-se *sacramentum* de sacro. O demandante e o demandado depositavam, cada qual, quinhentos asses para certas causas perante o pontífice. E para outras causas, um número de asses fixado pela lei. Aquele que vencesse no julgamento, retirava seu *sacramentum* da consagração (templo), mas o *sacramentum* do vencido passava ao erário público). Também confirmaria a hipótese a fonte seguinte. Fest. v. *sacramentum* p. 468L: *sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur... consumebatur id in rebus divinus* (o *sacramentum* significa o dinheiro que é pago a título de pena...isso era consumido nas coisas divinas). H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp.73-79 também reconhece esses dois elementos (juramento e sacrifício) no *sacramentum* primitivo.

³⁴⁵ *Cic.de rep.* 2.35: *gratamque etiam illam rem quarto circiter et quinquagesimo anno post primos consules de multa et sacramento Spurius Tarpeius et Aulus Aternius consules comitiis tulerunt. Annis postea viginti, ex eo quod Lucius Papirius Publius Pinarius censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant, levis aestimatio pecudum in multa, lege Gaii Iuli Publii Papiri, consulum constituta est* (cerca de cinquenta e quatro anos depois dos primeiros cônsules, os cônsules Espúrio Tarpeio e Aulo Atérnio fizeram algo agradável ao povo, levando aos comícios centuriatos uma lei sobre o *sacramentum*, contendo uma multa em dinheiro. Vinte anos após, como os censores L. Papírio e P. Pinário, impondo as multas, tinham feito confiscar pelo Estado uma quantidade de rebanhos, a lei dos cônsules Caio Júlio e Públio Papírio estabeleceu uma estimativa baixa dos animais a serem entregues em caso de multa). Para P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp.280, essa transformação do *sacramentum* de cabeças de animais em soma de dinheiro é colocada tradicionalmente por volta de 455 a.C., ou seja, na época da Lei das XII Tábuas. M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 83, por sua vez, observa que os valores fixados de cinquenta e quinhentas asses, assim como a discrepância entre eles, são explicados pela uso dos animais para o depósito do *sacramentum*, correspondendo a primeira soma a um depósito de cinco cabeças de ovinos requerido para as lides de menor valor e a segunda a um depósito de cinco cabeças de bovinos requerido para as controvérsias de maior valor. Nesse sentido, além da fonte acima, também Fest. v. *peculatus* p.268L: *...quae pecudes, postquam aere signato uti coepit populus Romanus, Tarpeia lege cautum est, ut bos centusibus, ovis decusibus aestimaretur*.

sacramentum era um sacrifício, um apelo, uma suplicação endereçada à divindade. Era destinado a desvendar uma situação inextricável.³⁴⁶ Mas ao lado do sacrifício, provavelmente também havia um juramento no ato primitivo.³⁴⁷

R. SANTORO, por sua vez, viu no *sacramentum* uma espécie de consagração, comunhão com o divino com o escopo de realizar no sujeito uma condição ideal, prestando-se esse ato, como tal, a funcionar de momento preparatório em relação à pronúncia do juramento. O *sacramentum* aproximar-se-ia do *ius iurandum per Iovem lapidem*, o mais antigo e sacro³⁴⁸ tipo de juramento romano.³⁴⁹

S. TONDO apresentou hipótese diversa acerca da origem do *sacramentum*, afastando-se da posição dominante de juramento.³⁵⁰ Contudo, não encontrou apoio na doutrina.

Grande parte da doutrina admite que, em tempos remotos, se chegasse à decisão da controvérsia por meio de um juízo de Deus, ou seja, a decisão não era produto com base em provas racionais, mas sim com fundamento em critérios religiosos por meio do recurso a elementos sobrenaturais e irracionais, tendo, pois, natureza ordálica.³⁵¹

³⁴⁶ P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 280-282. Para o autor, era um sacrifício de consulta, que tinha uso universal em Roma, como os sacrifícios ligados à tomada dos auspícios ao direito augural. Toda vida pública e privada dos romanos era subordinada ao direito augural. Os auspícios públicos dirigiam todos atos da vida romana na paz e na guerra. Segundo a conjectura apresentada pelo autor, de um lado, o *sacramentum* conduz ao sacrifício, que contém a decisão, servindo a revelar a resposta divina. Do outro, os indícios que levam ao direito augural, que também comportava os sacrifícios. Sobre o *auspicium* e o direito augural, veja-se a bibliografia indicada na nota 63 *supra*.

³⁴⁷ Como admite o próprio P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 282-283.

³⁴⁸ Gell. 1.21.4: '*Iovem lapidem*', inquit, '*quod sanctissimum ius iurandum habitum est, pratus ego iurare sum...*'

³⁴⁹ *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 517-526. O *ius iurandum per Iovem lapidem* deriva seu nome do uso do *lapis silex*, ou seja, a pedra na qual se concentra a potência do raio identificada com o próprio Júpiter, a qual deve ser segurada pelo sujeito que jura durante a pronúncia da fórmula. Trata-se de um ato de consagração, que faz parte da própria estrutura do juramento, o que poderia explicar também a razão por que o juramento era designado em Roma tanto pelo termo *ius iurandum*, quanto por *sacramentum*. R. SANTORO defende que o *sacramentum* judicial assumia um significado análogo àquele do *ius iurandum per Iovem lapidem*, sendo muito provável que esse mesmo tipo de juramento servisse a sancionar a *legis actio*. A hipótese foi levantada por W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp. 108-100, para quem tal tipo de juramento representaria um instituto de *ius civile*, chegando a tal conclusão a partir de Cic.*ad fam.*7.12. R. SANTORO também traz elementos do *sacramentum* cristão e do juramento de purificação germânico (*Reinigungseid*) para corroborar sua tese. Para bibliografia sobre o *ius iurandum per Iovem lapidem*, vejam-se: A. BISCARDI, *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, v.4, Milano, Giuffrè, 1956, sobretudo a p. 115, nt. 5 para indicação bibliográfica; P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 317-319.

³⁵⁰ *Sacramentum* cit. (nota 318 *supra*), pp. 249-339. Para o autor, *sacramentum* não significava, originariamente, juramento, mas sim o próprio *pecus* ou *aes* utilizados pelas partes na aposta.

³⁵¹ Nesse sentido, G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), p.128. Embora não demonstre acreditar em juízo de Deus ou ordália, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 57-59, reconhece o caráter religioso originário do *sacramentum*, aduzindo que *il portare la questione sul terreno religioso, in modo da interessare gli dei e ottenere da essi (o comunque con criteri religiosi) la decisione della*

7.2.5. VINDICATIO

Nesse item, estudaremos a *vindicatio* das coisas móveis e imóveis, tal qual descrita por Gaio, conforme item 7.2.2 *supra*, tentando compreender a origem do instituto e suas relações com o *sacramentum*.³⁵²

Com efeito, a *legis actio sacramento* tinha início com a *vindicatio*.

Aquele que tinha tomado a iniciativa realizava o primeiro ato do *lege agere sacramento in rem*, afirmando solenemente que a coisa controversa e presente lhe pertencia. Para essa afirmação, falou-se tecnicamente em *vindicare* e *vindicatio*.³⁵³

De fato, há um grupo de palavras de mesma formação *vindicere, vindicta, vindiciae, vindex, vindicare, vindicatio*.³⁵⁴ Esse conjunto de vocábulos caracteriza a parte do antigo ritual das ações da lei, o mais misterioso, mas também o mais original. É a parte mais antiga da ação, que se opõe a outra série de palavras de mesma formação, como *iudex, iudicare, iudicatus, iudicatum, iudicium, iudicatio* etc.³⁵⁵

controversia, era stato proprio il mezzo, con cui si era superata l'incapacità o la difficoltà di formulare un giudizio sul terreno laico, nei casi in cui non soccorrevano fatti evidenti, che potessero suggerire un sommario giudizio popolare. E acrescenta que a única conjectura com suficiente grau de probabilidade é aquela que concerne à natureza religiosa da própria decisão e portanto o modo verossimilmente sobrenatural e irracional com o qual se determinava seu conteúdo. R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 542, nt.5 observa ser altamente provável que a decisão proviesse de um juízo de Deus e que os opositores da ideia de ordália partem de uma ideia pré-concebida de que os caracteres gerais da ordália típica são escassos na tradição romana. Contudo, isso é válido para a noção de ordália, que se desenvolveu no direito germânico, e não para a noção mais ampla, a propósito da qual talvez fosse melhor falar genericamente de *juízo de deus*, que implica qualquer intervenção de forças sobrenaturais com objetivo de fornecer uma decisão judiciária. A respeito das ordálias no direito romano, vejamos: R. DÜLL, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen römischen Zivilstreit*, in *ZSS*, 58, 1938; J.P. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, in *Studi in onore di Pietro Di Francisci*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 407-434; R. DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*, 1, 1948, pp. 55-78; G. BROGGINI, *Prova* cit. (nota 202 *supra*), pp.381-387 (= in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 167-173); P. FREZZA, *Ordalia* cit. (nota 318 *supra*), pp. 83-90; G. GROSSO, *Provocatio* cit. (nota 318 *supra*), pp.213-220; C. S. TOMULESCU, *Les ordalies, le sacramentum et la lex Pinaria*, in *RIDA*, 21, 1974, pp. 323-335.

³⁵² Para o desenvolvimento histórico da *vindicatio*, vide E. BETTI, *La vindicatio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel processo e nel diritto privato*, in *Filangieri*, Milano, Società Editrice Libreria, 1915.

³⁵³ B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), p. 55.

³⁵⁴ Neste sentido, P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp.52-53, o qual aduz que o grupo de palavras deve ser considerado como formador de um conjunto, que não pode ser separado. Segundo o autor, não há método pior do que aquele empregado até então, que consistia em interpretar cada uma das palavras nos institutos, em que ela aparece, como se o sentido a ela dado em determinado instituto pudesse ser independente e diferente do sentido que leva em outra instituição, como a *vindicatio* do *sacramentum* e a *vindicatio* do *vindex*.

³⁵⁵ Para P. NOAILLES, *Droit sacré* cit. (nota 188 *supra*), pp. 53, ambos grupos apresentam-se como dois canais sucessivos do campo jurídico. A mais antiga é obra das partes e compõe-se de cerimonial arcaico e misterioso de palavras, ao passo que a segunda, mais moderna, é obra do juiz, que se sobrepõe à outra. Em *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), pp.52-53, o autor afirma que *vindicare, stricto sensu*, é pronunciar as palavras da *vindicatio* e fazer ao mesmo tempo os gestos, que a acompanham, ou seja, dizer e fazer isso é *vindicare*, ou seja, fazer a *vindicatio*.

A etimologia de *vindicatio* é objeto de dissenso.³⁵⁶

Pela descrição de Gaio 4.16 (vide item 7.2.2 *supra*), sabemos em que consistia a ação de *vindicare*: o vindicante, segurando a varinha, apanhava a coisa e com a pronúncia de palavras certas, tocava a coisa com a varinha. Destarte, a *vindicatio* era um ato bem delimitado, um cerimonial de palavras e gestos.

Várias teorias tentaram explicar a natureza da fórmula vindicatória.

A opinião tradicional vê na fórmula vindicatória a declaração de um direito fundado em uma causa de aquisição anterior.

Contra a opinião dominante, formulou-se a hipótese de que a fórmula vindicatória representava a afirmação de um direito não fundado em causa anterior, mas sim criado no mesmo momento da pronúncia. A fórmula vindicatória é expressão de um estado presente, cuja causa deve ser buscada em um momento posterior.³⁵⁷

Para outro grupo, a fórmula vindicatória é expressão de uma situação de poder, que se cria por meio da pronúncia das palavras e da realização dos gestos rituais. Também há quem veja caráter mágico na força ritual atuante na *vindicatio*.³⁵⁸

Pois bem, a *vindicatio* não se exauria na pronúncia de palavras, mas sim compreendia o cumprimento de gestos. Na *vindicatio* de coisas móveis, conforme visto, o autor, que tinha levado ou conduzido a coisa *in ius*, segurava uma varinha e depois de ter agarrado o objeto controvertido, pronunciava essas palavras: *Hunc ego hominem ex iure*

³⁵⁶ Para A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p.1110, *vindicatio* deriva de *vindex*, o qual é composto de dois termos, o segundo dos quais é o mesmo que se encontra em *iudex*, que é a raiz correspondente a *dico*, ao passo que o primeiro deles é mais obscuro e controvertido. Viu-se, com frequência, o acusativo de *vis*, logo <*vim-dex*>, mas a forma flexionada de um primeiro termo de composto é estranha e isso se explicaria com a suposição arbitrária de que *vindex* teria sido formado secundariamente sobre *vim dicere*, de modo que seria *aquele que mostra ao juiz a violência (vis) feita a seu cliente*. Uma outra hipótese coloca o *vindex* como o defensor de um membro da *grande família* com base no antigo irlandês *fine* (grande família) e no antigo alto-alemão *wini* significando *pertencente à família, amigo*. A. WALDE e J.B.HOFMANN, *Wörterbuch* cit. (nota 338 *supra*), pp. 793-794, por sua vez, corroboram que *vindex* e não *vindicere* é o ponto de partida da série, trazendo inúmeras hipóteses. G. BROGGINI, *Vindex und Iudex* cit. (nota 172 *supra*), p. 123 defende que o *vindex* é um verdadeiro composto de *veni-deics*, em que a raiz *venio* deve ser reencontrada no antigo irlandês *fine* (grande família) e *fin-gal* (assassinato de um membro da família), no antigo gaélico *veni-carus* (valioso para sua família) e também no antigo alto-alemão *winni* (pertencente à família, amigo). Também discute a etimologia longamente P. NOAILLES, *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), p. 52-65, não se afastando, porém, da concepção tradicional da formação da palavra a partir de *vis* e tentando defini-la não como *violência*, mas sim como *força do rito*.

³⁵⁷ H. LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire*, in *RHD*, 2, 1932, pp. 205-226 (= in *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934, pp. 95-113).

³⁵⁸ R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 365-373.

*Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui.*³⁵⁹

Para a maioria dos autores, *causa* tem o significado de fundamento jurídico da propriedade afirmada, referindo-se ao modo de aquisição.³⁶⁰

A expressão seguinte *sicut dixi ecce tibi vindictam inposui* resumia, sinteticamente, a título de desafio, o significado das palavras, que o autor tinha acabado de pronunciar e do gesto que estava realizando com a varinha (*festuca*).³⁶¹

Depois da *vindicatio*, seguia-se a *contravindicatio*, em que a parte contrária repetia as palavras e realizava o mesmo gesto (*adversarius eadem dicebat et faciebat*), ou seja, colocava a varinha sobre a coisa. Na falta da *contravindicatio*, o pretor pronunciava a *addictio*.³⁶² A renúncia do réu a contrapor uma própria *vindicatio* àquela do autor podia ser determinada por muitas causas.³⁶³

³⁵⁹ Para G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 276, a ausência de pontuação no manuscrito é a primeira dificuldade que se apresenta. Ao contrário da opinião dominante, P. NOAILLES, *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), pp.66-75 coloca a ponto antes de *secundum suam causam*, de modo que qualifica o *vindictam imponere*, atribuindo-lhe caráter ritual, do qual emanava uma força religiosa e jurídica simultaneamente. A expressão *secundum suam causam*, por sua vez, teria invocado o fundamento da força mencionada.

³⁶⁰ Porém, várias hipóteses foram formuladas. Para outros autores, como H.A.A.DANZ, *Das sakrale Schutz* cit. (nota 342 *supra*), p.159-162, no caso concreto, as palavras genéricas (*secundum suam causam*) referir-se-iam às indicações específicas do título de propriedade dadas em uma primeira fase informal do processo. H.H.PFLÜGER, *Legis actio sacramento* cit. (nota 218 *supra*), pp.29-32, por sua vez, acreditava que a menção à *causa* fosse apenas genérica, como nas partes seguintes da fórmula. H. LEVY-BRUHL, *Formule* cit. (nota 357 *supra*), p.98, nt. 2; *Id.*, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), p. 44, a seu turno, formula outra interpretação, traduzindo *causa* como *condição atual* da coisa vindicada, observando que a palavra *causa* tem, em latim, variados sentidos, dentre os quais o de *condição jurídica*, traduzindo a fórmula em questão como: *Je revendique cet esclave tel qu'il se trouve, avec ses qualités, ses conditions de capacité, ses vices éventuels physiques ou juridiques, en un mot selon sa condition*. G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 276-281, a seu turno, acreditando que a pontuação do manuscrito esteja incorreta e prescindindo dela, acaba por considerar plausíveis tanto a interpretação que entende *causa* como condição jurídica da coisa ou pessoa objeto da *vindicatio*, quanto a razão ou o fundamento jurídico da *vindicatio*, minimizando a divergência, já que, mesmo no primeiro sentido, o termo *causa* acaba por indicar a justificação jurídica da *vindicatio*. G. PUGLIESE também acrescenta que se tratava de uma fundamentação genérica com a qual não se pretendia explicar a base jurídica da *vindicatio*, dando-lhe uma justificação concreta.

³⁶¹ Para P. NOAILLES, *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), p. 65, *vindicta* é o particípio passado de *vindicere* considerado substantivamente, indicando que a ação do verbo foi realizada, designando o que foi feito, o *actum*, o *factum*. G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 281-282 acolhe essa posição, afastando-se da interpretação de que *vindicta* era sinônimo de *festuca*, mas sim de *vis festucaria*, ou seja, o ato de força executado com a *festuca* e precedido da pronúncia da fórmula. A expressão é encontrada em Gell. 20.10.10: *quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta* (e ele (Ênio) parece ter expressado isso, comparando aquele poder civil e simbólico, que é exercido não realmente com a mão, com violência bélica e cruenta).

³⁶² A *addictio* do magistrado é deduzida do ritual da *in iure cessio*, segundo G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 282, nt.111, já que era uma aplicação da primeira fase da *legis actio sacramenti in rem*. O ritual da *in iure cessio* é apresentado em G. 2.24: vide nota 270 *supra*.

³⁶³ Para H. LEVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 54-57, o caráter ordálico do processo teria impedido uma *contravindicatio* temerária e sem a assistência dos deuses, o que é refutado por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 282-283, para quem o réu somente se expunha à *ira dos deuses* na fase sucessiva com o *sacramentum*.

Em seguida, advinha a intervenção do pretor, ordenando às partes que largassem a coisa (*cum uterque uindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem*).³⁶⁴ Houve tentativa na doutrina de diminuir o alcance da ordem do pretor na época mais antiga, procurando relacioná-la à atribuição interina da posse da coisa³⁶⁵ ou que teria sido introduzida somente depois da Lei Pinária.³⁶⁶ Porém, temos que a ordem do pretor era originária.³⁶⁷

Depois da ordem do pretor, o vindicante retomava a palavra, solicitando ao adversário que justificasse sua *contravindicatio*: *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*.³⁶⁸

A resposta do réu, de acordo com o formulário em exame, não era idônea a satisfazer a solicitação do vindicante: *ius feci sicut vindictam inposui*.³⁶⁹ O caráter evasivo

³⁶⁴ Para G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 39-40, 283, a ordem do pretor para que ambas partes deixassem a coisa litigiosa parece simbolizar eficazmente a intervenção da autoridade para fazer cessar a violência e impedir que a decisão da divergência das partes fosse buscada em uma luta ou em um duelo. Tratar-se-ia do primeiro caso, em que o recurso à força teria sido não disciplinado pela autoridade, mas sim por ela impedido. Os dois litigantes encontravam-se em situação de igualdade, não só porque ambos afirmavam o domínio sobre a coisa e executavam os mesmos gestos, mas também porque nenhum prevalecia sobre o outro, de modo que não se podia considerar legítimo o recurso à força por parte de um e ilegítimo por parte do outro. Segundo G. PUGLIESE, é certo que bem antes da Lei das XII Tábuas, a intervenção da autoridade já se tinha concretizado no impedimento da luta e no uso da força.

³⁶⁵ Neste sentido, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 51-53, o que é criticado por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 39-40, conforme nota anterior.

³⁶⁶ Nesse sentido, G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 150, 158. Acerca da *Lex Pinaria*, vide B. ALBANESE, *Riflessioni in tema di 'legis actio'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 207-209; R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 552.

³⁶⁷ Neste sentido, I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 66-67, para quem a ordem parece ser prioritariamente dirigida à cessação da luta entre as partes e representa a intervenção da autoridade dirigida a evitar turbulações da paz social e a controlar o modo de resolução da controvérsia, excluindo o uso da força. A propósito, vejam-se: C.A. CANNATA, *Violenza* cit. (nota 170 *supra*), p. 163, nt. 2; R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 372, nt. 2, com indicação bibliográfica. L. GERNET, *Droit et prédroit* cit. (nota 80 *supra*), p. 219.

³⁶⁸ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 283-284, o qual entende que *causa* no contexto tem o significado de fundamento jurídico da *vindicatio*, sublinhando que a solicitação de justificação era dirigida do autor ao réu sob o pressuposto, evidentemente, de que a resistência à *vindicatio* do autor fosse mais provavelmente injusta. P. NOAILLES, *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), p. 77, nt. 2 ressalta que a expressão *postulo anne dicas* traz um elemento de incerteza e de desafio.

³⁶⁹ Para M. KASER, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 117-118, a pergunta não era, de fato, respondida e não correspondia à configuração original do processo, mas sim teria sido introduzida posteriormente com a bipartição, conforme se lê: *Die überlieferte Antwortformel "ius feci sicut vindictam inposui", die die Frage nicht wirklich beantwortet, gehört nicht der ursprünglichen Gestalt des Verfahrens an, sondern einen späteren, in der der Beklagte sich den Nachweis der Rechtmäßigkeit seines Vindizierens in Fälle, in denen er sich nicht den Gewährzuges bedient, für das Verfahren vor dem iudex vorbehält*. Nesse mesmo sentido, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), p. 144, para quem *questa risposta elusiva non può essere originaria: essa risale a quella manipolazione recente della 'legis actio sacramento' tendente a farne un dibattito formale che sfoci necessariamente nella fase 'apud iudicem'*. G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 284 critica esse posicionamento, principalmente porque acredita que antes da bipartição do processo, a lide era discutida em âmbito religioso em razão do *sacramentum* e sem uma direta influência das afirmações das partes, ao passo que quando o julgamento começou a ser laico, a bipartição do processo já teria ocorrido. G. PUGLIESE também critica as opiniões, por ele reputadas pouco persuasivas de P. NOAILLES, *Vindicta* cit. (nota 188 *supra*), pp. 77-79, para quem o réu teria feito menção ao *ius* criado por ele mesmo pela

e genérico da resposta não deve causar admiração, já que essa foi estilizada, não tendo nenhuma necessidade de enunciar a justificação real da *contravindicatio*, a qual era irrelevante tanto em época de julgamento religioso, quanto laicizado e enviado a órgão distinto. A resposta devia preencher dois requisitos, ou seja, fazer avançar o procedimento até o *sacramentum* e ser bastante genérica para adaptar-se a qualquer controvérsia, de modo a não ser necessário alterar a fórmula com frequência.³⁷⁰

Depois que os dois litigantes tinham feito as duas *vindicationes* contrastantes e depois que entre eles se seguia uma segunda troca solene de palavras, ocorria a denominada *provocatio sacramento* com a iniciativa retornando ao autor, que dizia: *quando tu iniuria uindicauisti, D aeris sacramento te provoco*. Essa fórmula é modernizada por se referir à moeda cunhada, que não existia em época mais remota.³⁷¹

Em relação ao real significado do *sacramento te provoco*, também houve discussão na doutrina.³⁷² A opinião dominante é que *provocare* tem o significado de *desafiar*.³⁷³

No entanto, as divergências maiores ocorrem no tocante à exata compreensão da expressão em seu conjunto, uma vez que a tradução *desafio-te ao sacramento* não é exata gramaticalmente, pois não se encontram exemplos do verbo *provocare* com o dativo. Pensou-se, então, em outra solução, ou seja, que *sacramento* estivesse na forma de ablativo instrumental, de modo que a frase mudaria de sentido, significando *desafio-te com o sacramento*. Porém, mesmo reconhecendo em *sacramento*

vindicatio e de conformidade com ela, e de H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 53-60, segundo a qual o *ius* teria tido, como em todo período arcaico, o sentido de rito e portanto o réu teria alegado a regularidade do rito como fundamento da sua *vindicatio*, podendo-se ler: *il n'entre pas dans l'intention de Primus de demander à son adversaire les sources juridiques du droit de propriété qu'il a affirmé. A vrai dire, il ne s'agissait même pas, dans sa pensée, de 'droit'. La question ne se pose pas sur le terrain juridique. Primus lui demande sur quoi il fonde sa prétention et Secundus répond qu'il la fonde sur le rite de la baguette.*

³⁷⁰ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 286. Com essa resposta, segundo o autor, ambos requisitos verificavam-se. O autor traduz a frase literalmente como *atuei o meu direito, impondo a vindicta*.

³⁷¹ Para G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 288, essa modernização permite-nos supor que também outras partes do formulário tenham sido atualizadas.

³⁷² R. DÜLL, *Zur Frage der Provokation im römischen Zivilprozeß*, in ZSS, 56, 1936, pp. 1-25 tentou delinear um paralelismo entre a limitação do *imperium* em matéria penal pela *provocatio ad populum* e a subtração do magistrado do tarefa de julgar, imaginando uma *provocatio* em matéria civil. A tese não teve seguidores. Recentemente, o tema voltou à discussão com K. HACKL, *Gab es eine 'provocatio ad populum' auch im Zivilprozeß?*, in J.F.GERKENS et alli (org.), *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Liège, Editions Juridiques, 1999, pp. 179-187; A. W. LINTOTT, *Provocatio e iudicium populi* cit. (nota 145 *supra*). Para bibliografia sobre a *provocatio ad populum*, vide nota 145 *supra*.

³⁷³ Neste sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 85-88. Corroborando tal acepção, veja-se v. *Provoco*, in TLL, 10.2.2, pp. 2352-2359, em cujas acepções encontramos *quae incitantur, instigantur sim*.

tal função gramatical de ablativo, o significado, que transparece da expressão, é um convite e um desafio ao réu a corroborar a própria *vindicatio* com o testemunho divino. Provavelmente, o *sacramentum* era um ato formalmente bilateral, consistindo de uma pergunta e um convite do autor e de uma resposta e de uma adesão do réu, o qual vinculava os animais ou a *summa sacramenti* aos deuses.³⁷⁴

Perante a *provocatio sacramento* do autor, o réu devia responder com um contra-desafio: *et ego te*. Caso não respondesse dessa forma ou não cumprisse o *sacramentum*, não se considerava feita a *contravindicatio* e o magistrado pronunciava, pois, a *addictio*.

A aceitação do *sacramentum* apresentava um risco duplo: no âmbito religioso, porque haveria a punição por parte dos deuses em caso de *vindicatio* contra o direito, e no âmbito econômico, porque em caso de perda do litígio, perdia-se também aquilo que era depositado ou prometido em depósito em favor do erário. Mas justamente esse risco dava consistência ao desafio recíproco e podia explicar a eventualidade de uma das partes não ter condições de mantê-la e a consequente pronúncia da *addictio* em favor da outra pelo magistrado.

Efetuada a *provocatio sacramento* por ambas partes, não se sabe o que ocorria exatamente, porque Gaio reporta-se à *actio sacramenti in personam* em um trecho, que não chegou até nós.³⁷⁵

Em se tratando de coisas imóveis ou móveis que não podiam ser levadas ou conduzidas em juízo sem incômodo (*sine incommodo in ius adferri uel adduci*), havia

³⁷⁴ Neste sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 289-290. Como argumento decisivo, G. PUGLIESE reporta-se à fórmula da *sponsio praeiudicialis* e o respectivo procedimento *per sponsionem* explicada em G.4.93: *per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES?* (*Per sponsionem*, agimos desse modo: desafiamos o adversário por meio da seguinte *sponsio*: prometes dar-me vinte e cinco sestércios, se o escravo, objeto da ação, pertencer a mim por direito dos quirites?). Segundo G. PUGLIESE, embora *sponsione* também estivesse no ablativo, não significava *desafiamos o adversário com a nossa sponsio*, já que essa era, ao contrário, levada a efeito pelo adversário, que prometia pagar a soma.

³⁷⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 290-292, nn. 128 e 129. O autor acredita, porém, que seja plausível alguma semelhança com o cerimonial da *clarigatio* ou aquele que acompanhava a conclusão de um *foedus*. A *clarigatio* era a declaração solene feita, em nome do povo romano, pelo *pater patratus* e que atestava o direito do povo sobre determinados territórios ou coisas em posse de estrangeiros. O *pater patratus* acompanhava essa declaração com uma invocação da divindade, cujo teor encontramos em Liv. 1.32.7. A celebração de um *foedus* também compreendia um juramento acompanhado de sacrifício, cujo conteúdo é reportado por Liv. 1.24.7-8. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 67-69 qualifica a *clarigatio* como uma espécie de declaração de guerra do Colégio dos Feciais, mas não o considera sua forma mais próxima ao *sacramentum* por não comportar um sacrifício, como acontecia no caso da celebração dos tratados (*foedera*).

algumas alterações principalmente pela impossibilidade de levar a coisa ao tribunal e agarrá-la conjuntamente, colocando-lhe a varinha.

Nesse caso, recorria-se a uma outra formalidade, que se desenvolvia, primeiramente, perante a presença do magistrado, que era a *manuum consertio*. Gaio não fornece elementos acerca dela, pois se refere ao uso estabelecido de levar ao tribunal uma parte da coisa, realizando sobre ela a *vindicatio* e a *contravindicatio*,³⁷⁶ de modo que o conhecimento *manuum consertio* provém de fontes não jurídicas.³⁷⁷

³⁷⁶ Neste sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 40-41. Há várias discussões na doutrina acerca da *manum* (ou *manu*) *conserere*, sobretudo em relação a seu real alcance e à tese da defesa privada. A respeito da *manum conserere*, vejam-se: H. LÉVY-BRUHL, *La manuum consertio*, in *Iura*, 4, 1953; R. SANTORO, *Manu(m) conserere*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 32, Palermo, 1971, pp. 513-589, com copiosa bibliografia nas nn. 1 e 2; J.G. WOLF, *Legis actio* cit. (nota 318 *supra*), pp.2-13; G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 106-122; B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp. 79-88; M. KASER, *Legis actio sacramento* cit. (nota 318 *supra*), pp. 56-62; A. GUARINO, *Il processo privato nelle "XII Tabulae"*: "*manum conserere*", in *ANA*, 34, 1985, pp. 65-86 (= in *Pagine di diritto romano*, v. 4, Napoli, Jovene, 1994, pp.106-127); M. VARVARO, *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare* (Gell. 20.10.7), in M. HUMBERT (org.), *Le Dodici Tavole dai decemviri agli umanisti*, Pavia, Press, 2005, pp. 267-309, no qual se encontra copiosa bibliografia na nt.1; J. PLATSCHEK, *Ex iure manum conserere: zur symbolischen Gewalt im frühen römischen Eigentumsprozess*, in *TR*, 74, 2006.

³⁷⁷ As principais são Gell. 20.10.7-9: '*Manum conserere* ... *Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicat'. Corruptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex Duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: "Si qui in iure manum conserunt." Sed postquam praetores, propagatis Italiae finibus, satis iurisdictionis negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur, institutum est contra Duodecim Tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed 'ex iure manum consertum' vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem de qua ageretur vocaret atque profecti simul in agrum glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicaret ('Manum conserere'...então a coisa litigiosa, seja um terreno, seja qualquer outra coisa, simultaneamente as partes pegam-na com a mão, pronunciando as palavras solenes, ou seja, *vindicat*. O pegar a coisa ou o local com a mão acontecia na presença do pretor conforme a Lei das XII Tábuas, nas quais estava escrito: 'se alguém agarrar com a mão no tribunal'. Mas quando as fronteiras da Itália estenderam-se e os pretores estavam suficientemente ocupados com as questões jurisdicionais, consideraram difícil ir a lugares distantes para fixar os litígios. Destarte, tornou-se usual, pelo consenso tácito contrariamente à Lei das XII Tábuas, aos litigantes não tomarem a coisa com a mão perante o pretor, mas sim invocarem um 'entrelaçamento das mãos por força da lei', ou seja, um dos litigantes devia citar o outro em relação ao objeto litigioso, agarrando a coisa com a mão de acordo com a lei e eles deviam ir juntos ao terreno disputado e trazer alguma terra dele ao pretor na cidade, como um torrão, como se fosse o terreno inteiro); Cic. *Pro Mur.* 12.26: *cum hoc fieri bellissime posset: 'Fundus Sabinus meus est.' 'Immo meus', deinde iudicium, noluerunt. 'FUNDUS' inquit 'QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR'. Satis verbose; cedo quid postea? 'EUM EGO EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO'. Quid tum? 'INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERNUM VOCO'. Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'UNDE TU ME' inquit 'EX IURE MANUM CONSERNUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO.'* Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: "*SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRAESENTIBUS ISTAM VIAM DICO; ITE VIAM.*" Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. '*REDITE VIAM.*' Eodem duce redibant. Haec iam tum apud illos barbato ridicula, credo, videbantur, homines cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire ut, unde abissent, eodem statim redirent (Porém, podia-se perfeitamente proceder assim: "O terreno sabino é meu". "Não, meu." E após uma decisão, não a quiseram. "O terreno", diz, "que é no território, que é chamado sabino." Isso já é suficientemente longo, mas vejam o que vem depois. "Afirmo que ele é meu segundo o direito quiritário". E depois? "Logo, saindo do tribunal, eu te convido a entrelaçar a mão sobre o terreno". O réu não sabia o que responder a um tão loquaz litigioso. Eis que o mesmo jurisconsulto passa para a outra parte, à maneira do flautista latino. "De aqui, de onde tu", diz, "me convidou a entrelaçar a mão, eu, de minha parte, convido-te*

Manum conserere é o entrelaçar a mão com o adversário na presença da coisa imóvel. Em tempos antigos, o magistrado dirigia-se pessoalmente ao local, no qual se encontravam o imóvel ou o rebanho objeto da disputa, colocando ali o seu tribunal, já que o *manum conserere* acontecia *in iure*, ou seja, no tribunal itinerante na presença do magistrado. A essa fase mais antiga, refere-se o texto da Lei das XII Tábuas (*si in iure manum conserunt*). A extensão geográfica da cidade e o aumento de tarefas do magistrado persuadiram-no a renunciar ao acesso direto ao local, mas o *manum conserere* fazia parte do ritual, de modo que houve uma espécie de derrogação consuetudinária da lei a partir da qual uma parte chamava a outra fora do tribunal para realizar esse rito sobre o imóvel, do qual retiravam uma parte para levá-la perante o pretor e renovavam a *vindicatio*.³⁷⁸ Porém, essa prática ter-se-ia tornado gravosa no final da República, de modo que era declarada sem ser efetivamente cumprida, ou seja, na prática uma parte convidava a outra a sair do tribunal para *manum conserere*, indicando o magistrado a ambos o caminho, mas em seguida retornavam sem terem-se dirigido ao local com a parte da coisa vindicada.³⁷⁹

Depois do *sacramentum* e antes da decisão de mérito, o magistrado proferia uma decisão interlocutória acerca da posse provisória da coisa. A coisa, que não estava mais na posse de nenhum dos litigantes depois da ordem *mittite ambo hominem*, era atribuída ao magistrado a um deles.³⁸⁰ *Vindicias dicere* significava estabelecer as *vindiciae*, ou seja, atribuir a posse interina da coisa litigiosa a uma das partes.³⁸¹

ao terreno”. Então, como o pretor não se reputasse belo e feliz, e não pronunciasse sequer uma palavra por sua iniciativa, colocou-se também para ele uma fórmula absurda e esse é um exemplo absurdo: “Na presença das testemunhas de ambas partes, indico-lhes o caminho. Sigam-no.” E nosso sábio, pronto para ensinar o caminho a seguir. “Voltem”. E retornavam seguindo o mesmo guia. Tudo isso, já naquele tempo em que os homens usavam barba, devia parecer ridículo, acredito: enquanto estavam corretamente em seu lugar, recebiam ordem de afastar-se e depois para retornarem imediatamente).

³⁷⁸ Como indicado em Gell.20.10.9 na nota anterior e G. 4.17... *et in eam partem perinde atque in totam rem preaesentem fiebat vindicatio* (item 7.2.2 *supra*).

³⁷⁹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 42-43. O autor interpreta o *manum conserere* como um rito simétrico ao ato com o qual se realizava a *vindicatio* e a *contravindicatio* de coisas móveis e semoventes, pois se tratava em ambos casos de apossar-se da coisa e que esse rito fora modelado com base em uma luta entre as partes, objetivando representá-la. Para M. KASER, *Legis actio sacramento* cit. (nota 318 *supra*), pp. 56-62, o problema principal consiste em saber de qual maneira são compatíveis as fontes literárias citadas (nota 377 *supra*) com o trecho de G. 4.16-17. Segundo M. KASER, considerando historicamente críveis as descrições de Gélio e Cícero, na época desse último, tinha-se tornado uma mera ficção. Para conservar a *manum consertum vocare* pelo menos em rito e gesto, as palavras da fórmula sempre foram pronunciadas, as quais juntamente com os gestos respectivos tinham apenas significado simbólico. A *manum conserere* desaparece com a revogação das *legis actiones* pelas *leges Iuliae* e eventualmente pode ter permanecido somente nos processos de herança perante o tribunal dos centúviro.

³⁸⁰ G. 4.16: vide item 7.2.2 *supra*.

³⁸¹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.295-297. Para o autor, a atribuição da posse provisória tinha grande importância não apenas para o gozo da coisa, que se consentia neste meio tempo, mas também porque podia influenciar na decisão do *iudex*, constituindo uma espécie de *praeiudicium*, ou seja, tal decisão acerca da posse provisória (*lis vindiciarum*) constituía um precedente capaz de influenciar o juiz, de

7.2.6. *LEGIS ACTIO SACRAMENTO* E BIPARTIÇÃO

A própria forma do processo das ações da lei pode ser meio para esclarecimento do problema da bipartição.³⁸²

Como é cediço, a *legis actio sacramento in rem* não esgota o processo *in iure* na troca das *vindicationes* recíprocas, de modo a deixar toda verificação e decisão ao *iudex privatus*, mas sim relaciona certas perguntas e respostas formais, que excedem uma mera fixação do objeto litigioso, servindo para a verificação da questão controvertida.

O autor indaga a *causa vindicandi* e o réu deve indicar o direito mais antigo, quando não puder invocar uma causa de aquisição autônoma ou o *usus auctoritas*.

Também o chamamento ao processo leva a um intercâmbio de palavras formais perante o pretor, com as quais toda sequência dos antecessores até o adquirente original é apresentada, os quais ingressam no processo. Porém, em todos ocorre nada menos do que uma prova formal da propriedade perante o pretor. Conseguindo o réu o ingresso de todos antecessores, seria absolvido, caso contrário, condenado, de modo que restaria pouco a fazer a um *iudex privatus*. A prova da aquisição original, em caso de um ou dois anos de posse do primeiro adquirente, era normalmente muito simples de ser produzida, de sorte que não valeria a pena a introdução de um *iudex* somente por causa dela. De qualquer maneira, o cerne da questão já se desenrolava *in iure*.

A pergunta do autor *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*,³⁸³ que originalmente pressupunha uma informação verdadeira a ser prestada, pode demonstrar a existência da produção da prova perante o pretor.³⁸⁴

Somente quando se deferiu ao réu a defesa autônoma ao lado do chamamento ao processo, o procedimento probatório obteve outro sentido. A decisão não

tal sorte que aquele que a recebia tinha maior probabilidade do que o adversário de vencer a causa. G. PUGLIESE acredita que a posse podia ser atribuída indiferentemente a uma ou outra parte, segundo o juízo do magistrado, o qual considerava dois elementos: a probabilidade de vitória final e o número e a qualidade dos *praedes litis vindiciarum*, que cada qual podia dar como garantia da conservação da coisa e da sua restituição juntamente com os frutos em caso de derrota. Esse segundo elemento relativo aos garantes (*praedes*) deve ter sido preponderante no período mais antigo, já que aqueles tinham a função de responder no caso de o sucumbente, que tivesse recebido a posse provisória da coisa, não a restituísse com os frutos ou a restituísse deteriorada. Os *praedes litis et vindiciarum*, em questão, não se confundem com o *praedes sacramenti*, que garantiam o depósito da *summa sacramenti* por parte do sucumbente.

³⁸² Nesse sentido, M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 111-112.

³⁸³ G. 4.16: vide item 7.2.2 *supra*.

³⁸⁴ A questão é controvertida, pois grande parte da doutrina vê nesta indagação do autor mera formalidade ritual sem necessidade de demonstração da causa de aquisição da propriedade, conforme visto (notas 368 e 369 *supra*). Para M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 112-113, porém, tal questão pode demonstrar de forma concludente a existência de produção de prova perante o magistrado.

era mais proferida pela execução dos atos formais, mas sim era baseada numa valoração mais ou menos livre da prova produzida. Sob todas circunstâncias do caso concreto específico, a decisão a ser tomada concernia a saber qual das partes tinha o *melhor* direito sobre a coisa. Certo que a prova desse melhor direito, a princípio, também podia ser produzida *in iure* e que a licitude dos processos de aquisição, pelo menos em relação ao último negócio jurídico, era demonstrada por meio das testemunhas da aquisição.

Da mesma forma, sobretudo quando nem todos antecessores tinham que ser chamados, o julgador também podia considerar específicas circunstâncias do ato e encontrar uma decisão a partir da ponderação das provas trazidas pelas partes.

Essa fase processual remonta a um período muito antigo, em que as coisas, não eram objeto de *mancipatio*. A forma *ius feci sicut vindictam inposui*, que recusa a resposta à pergunta sobre a *causa vindicanti*, é uma peça de lembrança desse tipo de processo, que afasta as garantias formais e oferece a prova da licitude de maneira informal e individual.³⁸⁵

Em muitos casos, a situação jurídica podia ser esclarecida sem esforço já na fase *in iure*. Todos procedimentos formais, principalmente as fórmulas solenes, eram de competência exclusiva e necessária do magistrado. Quando o *rem meam esse* ainda não podia ser comprovado de outra maneira a não ser pelo formal chamamento ao processo dos antecessores, ocorria perante o magistrado. Somente a partir da admissão da defesa autônoma, que renunciava ao formalismo, a prova da legitimidade desloca-se paulatinamente a um *iudex*. Não imediatamente, pois provavelmente o magistrado, inicialmente, encarregava-se da produção das provas e do julgamento. Mas justamente na apreciação informal das provas, sobretudo na oitiva de testemunhas do fato e na inspeção, está a tarefa principal do *iudex* posteriormente. Quanto maior a força vinculativa da prova na época arcaica, menor era o campo de atuação, que seria atribuído ao *iudex*. Logo, pode-se pensar que todo processo desenvolvia-se perante o magistrado, porque ainda não era conhecida uma discricionariedade não vinculada na apreciação da prova.³⁸⁶

As raízes históricas para a necessidade do *iudex* pelo magistrado e portanto para a divisão do processo pode estar em sua atuação como *arbiter*. O magistrado deixa a observação e avaliação das provas objetivas a um *expert*, as quais frequentemente

³⁸⁵ M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 111-113.

³⁸⁶ M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp.113-114.

necessitavam da inspeção do local da coisa, porque ele mesmo não podia ocupar-se dessa função e talvez confiasse no conhecimento específico do outro.³⁸⁷

Os árbitros podiam ser requisitados em outras demandas,³⁸⁸ em que havia necessidade de estimar em pecúnia coisas e prestações. Como juiz de estimativa, o árbitro tinha essencialmente uma atividade formal, na qual decidia não tanto sobre o *se*, mas sobre o *como* e o *quanto*, de modo que uma necessária liberdade discricionária estava à sua disposição. O caso da *vindicia falsa* é instrutivo, pois a atividade dos árbitros estava limitada à mera estimativa.³⁸⁹

O mesmo ocorria na *actio furti*, em que o árbitro estimava o *damnum*, o que demonstra que para o julgamento de mérito era prescindível, em muitos casos, a escolha de um *iudex*, de modo que o próprio magistrado pronunciava a sentença e caso houvesse necessidade de estimativa, seguia-se um *arbitros dare*. A própria escolha dos árbitros continha uma decisão da causa pelo magistrado, ao qual aqueles estavam vinculados.³⁹⁰

7.3. *LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM*

7.3.1. FONTES PRINCIPAIS

Da mesma forma que o *sacramentum*, as principais fontes³⁹¹ de que dispomos provêm das Institutas de Gaio e são integrados com algumas fontes literárias.

Vejamos, pois, os textos principais:

³⁸⁷ M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp. 114-115. Na Lei das XII Tábuas, há duas referências a *tres arbitri*: uma na ação divisória (7.5) e outra na *vindicia falsa* (12.3), incumbindo ao *arbiter* nesse último caso a estimativa do valor. Lex XII Tab 12.3: [*prae*]/tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decido.

³⁸⁸ Prob. 4.10: *arbitrium liti aestimandi*.

³⁸⁹ Vide nota 387 *supra*. *Vindicia falsa* ocorria se a parte de um processo, que recebesse do pretor a posse temporária da coisa litigiosa, perdesse a causa. Ela teria que restituir ao adversário a própria coisa e o dobro dos frutos.

³⁹⁰ M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp.115-116.

³⁹¹ Nossa denominação *fontes principais* não implica um pré-juízo valorativo na apreciação das fontes em seu conjunto, mas tão somente o reconhecimento de que provêm de um relato ordenado do *manual jurídico* de Gaio.

G.4.21: *Per manum iniunctionem aequae <de> his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum, quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS SIUE DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDOQUE (?) NON SOLUISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat, qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur.*

G.4.21: Agia-se, igualmente, por *manus iniectio* nos casos em que uma lei assim tivesse determinado, por exemplo na coisa julgada, conforme a Lei das XII Tábuas. Essa ação era da seguinte forma: Aquele, que processava, assim dizia: COMO FOSTE CONDENADO OU OBRIGADO A PAGAR-ME DEZ MIL SESTÉRCIOS E JÁ QUE NÃO CUMPRISTE, LANÇO A MÃO SOBRE TI POR CAUSA DA CONDENAÇÃO DE DEZ MIL SESTÉRCIOS, e simultaneamente pegava alguma parte de seu corpo. Não era permitido ao condenado repelir a mão sobre si e agir por si só, mas sim nomear um *vindex* (garante), que costumava atuar na causa em seu lugar. Quem não nomeava o *vindex* (garante), era conduzido para casa pelo autor e preso.

G.4.22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

G.4.22: posteriormente, algumas leis garantiram, em outros casos, *manus iniectio* contra algumas pessoas, como se tivessem sido condenadas, como por exemplo a lei Publília contra aquele em favor do qual o *sponsor* (fiador) tivesse realizado pagamento, se nos próximos seis meses depois de ter sido pago, não restituísse o dinheiro ao *sponsor*. Igualmente a lei Fúria *de sponsu* contra aquele, que exigisse do *sponsor* mais do que sua parte e finalmente muitas outras leis concederam tal ação em vários casos.

G.4.23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex <Furia> testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur.*

G.4.23: Mas outras leis estabeleceram, em vários casos, ações por *manus iniectio*, mas pura, isto é, não como se fosse condenado, como por exemplo a lei <Fúria> testamentária contra aquele, que tivesse adquirido mais de mil asses em razão de legado ou *mortis causa*, desde que ele não fosse excepcionado por essa lei para que pudesse receber mais. Igualmente a lei Márcia contra os usurários, que tivessem exigido os juros, por meio da qual se podia agir por *manus iniectio* em face deles para restituição desses juros.

G.4.24: *Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent, cum agebatur, <reo licebat> manum sibi depellere et pro se lege agere, nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANUM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANUM INICIO. nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IUDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur [] nulla ratione factum.*

G.4.24: Por meio dessas leis e eventualmente de outras similares, <era lícito ao réu>, quando processado, repelir a mão de si e defender-se por si mesmo. Pois também o autor não acrescentava a expressão *como se tivesses sido condenado (pro iudicato)*, mas sim nomeava a causa da demanda e dizia: POR ISSO, COLOCO A MÃO SOBRE TI, ao passo que aqueles, aos quais era garantida a ação *pro iudicato*, nomeavam a causa da demanda e assim a propunham: POR ISSO, COLOCO A MÃO SOBRE TI *PRO IUDICATO* (como se tivesses sido condenado). Não me escapa que, na fórmula da *lex Furia* sobre testamento, a expressão *PRO IUDICATO* fosse inserida, embora não conste na própria lei. Isso parece ter ocorrido sem qualquer razão.

G.4.25: *Sed postea lege Uallia, excepto iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectioem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere, itaque iudicatus et is, pro quo depensum est, etiam post hanc legem iudicem dare debebant et nisi darent, domum ducebantur. Idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita obseruabatur; unde nostris temporibus is, cum quo iudicati depensiue agitur, iudicatum solui satisfacere cogitur.*

G.4.25: mas posteriormente, pela lei Vália, exceto o condenado e aquele para o qual o fiador pagou a dívida, a todos aqueles processados por meio da *manus iniectio*, foi-lhes permitido repelir a mão de si e agirem por si mesmos. Assim, mesmo depois dessa lei, o condenado e aquele para o qual o fiador pagou a dívida eram obrigados a nomear um *vindex* (garante) e eram conduzidos para casa se não o fizessem. E isso sempre era observado, enquanto as ações da lei estavam em uso. Por isso que, em nossos dias, aquele que é processado por causa de uma ação *iudicati* (de coisa julgada) ou *depensi* (de pagamento pelo fiador) é obrigado a dar garantia para o pagamento da condenação.

7.3.2. CARACTERES GERAIS E OUTRAS FONTES

O processo da *legis actio per manus iniectioem* é destinado a fazer valer o direito decorrente de responsabilidade pessoal,³⁹² que um cidadão romano tem em relação a outro cidadão. Esse direito é um *poder de garantia* (*Haftungsgewalt*), que permite a apreensão do devedor.

Originariamente, teria surgido como execução presumida da vingança em relação a um ilícito sofrido, mas logo se restringiu aos casos legais com o objetivo de

³⁹² Sobre a *legis actio per manus iniectioem*, vejam-se: G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp.29-77; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 278-312; G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'*. *Corso di diritto romano*, Milano, Goliardica, 1960, pp. 137-150; G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.303-321; G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp.77-98; *Id.*, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 135-170; *Id.*, *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del VI Convegno Copanello, 7-10 giugno 1992, 1994* (= in *Silloge. Scritti 1956-1996*, v. 2, Catania, Torre, 1998, pp. 637-668); O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozeß: zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1974, pp. 113-194; C.A. CANNATA, *Profilo* cit. (nota 318 *supra*), pp.35-51; B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp. 26-52; M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), pp.9-13; M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp.131-145, 383-407.

resolver a questão por meio da obrigação mediata de pagar uma soma em dinheiro ou usar a força de trabalho do devedor.

Contudo, permanece sempre a ameaça de força corporal contra o devedor: prisão privada em favor do credor, atadura em cordas e até mesmo morte de acordo com a Lei das XII Tábuas, por meio de venda como escravo no estrangeiro, enquanto não saldada a dívida.³⁹³

Os casos de aplicação da *manus iniectio* antes da Lei das XII Tábuas são bastante dúbios, sendo o único certo aquele do *fur manifestus*,³⁹⁴ que podia ser feito prisioneiro da vítima e mantido em estado de sujeição, discutindo-se se constituía uma autêntica escravidão ou se devia assimilar-se à condição dos condenados.³⁹⁵

Gaio descreve a forma verbal e gestual da *manus iniectio* com referência à *manus iniectio iudicati*,³⁹⁶ trazendo como fundamento da *actio* a pronúncia dos *certa verba* com a declaração da realização da *manus iniectio*, e simultaneamente, no plano gestual, a execução simbólica da apreensão material do réu.

Na *manus iniectio iudicati*, o réu podia opor-se apenas com a apresentação de um *vindex*.³⁹⁷ Na falta de uma oposição formal, o magistrado procedia à *addictio*³⁹⁸ do réu em favor do autor.

³⁹³ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp.131-132. Para o autor, o *Haftungsgewalt* não é um poder doméstico ou familiar, mas sim um claro direito de apreensão, que toca ao credor em relação de igualdade com os demais concidadãos. Por isso, explicam-se os limites legais à apreensão do executado, que determinam a particularidade dessa *legis actio*.

³⁹⁴ G.3.189: *poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber uerberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem seruus efficeretur ex addictione, na adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. In seruum aequae uerberatum animaduvertebatur...*

³⁹⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 303-304.

³⁹⁶ G.4.21: *per manus iniunctionem aequae <de> his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, ueluti iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat QVOD TV MIHI IVDICATVS (siue DAMNATVS) ES SESTERTIVM X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uindicabatur: vide item 7.3.1 *supra*.*

³⁹⁷ O *vindex* é um terceiro que intervém para subtrair o devedor da *manus iniectio*, quer resgatando-o imediatamente, quer, mais frequentemente, contestando a legitimidade da execução, com a consequência de que, caso sucumba no julgamento seguinte, será ele próprio condenado *in duplum*, conforme define G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp.15-16. A referência ao *vindex* é encontrada em Lex XII Tab.1.4: *adsiduo vindex adsiduus esto: proletario iam civi quis volet vindex esto*. O problema consiste em estabelecer se o *vindex* mencionado dizia respeito à *in ius vocatio*. O autor acredita que não haja prova de que se refira à *in ius vocatio*, mas sim à *legis actio per manus iniunctionem*. R. DÜLL, *Vom Vindex zum Iudex*, in ZSS, 54, 1934, pp.98-136 deduziu a necessidade, mesmo no processo mais antigo, da existência de um supervisor que, em posição superior às partes, verificava a realização das formalidades prescritas. Tal superintendente, que desenvolve sua função para que o processo seja baseado sobre atos de defesa privada (*vis*) seria o *vindex* (aquele que *vim dicit*) e somente com o advento da arbitragem cederá o lugar ao *iudex* (aquele que *ius dicit*). R. DÜLL, *op. cit.*, p. 99, prospecta o paralelo entre *vis*, *vindicare*, *vindicere*, *vindicia*,

Algumas leis introduziram uma *manus iniectio pro iudicato*³⁹⁹ e outras uma *manus iniectio pura*,⁴⁰⁰ as quais se diferenciavam no modo em que o réu podia realizar a formal oposição, porque na primeira permanecia necessária a intervenção do *vindex*, ao passo que na segunda podia fazê-lo diretamente.⁴⁰¹ Posteriormente, uma *lex Valia* teria tornado *purae* todas *manus iniectioes*, salvo a *iudicati* e a *depensi*.⁴⁰²

O relato de Gaio é integrado com o texto da Lei das XII Tábuas,⁴⁰³ o qual é extraído, por sua vez, de Gélío 20.1.42-48⁴⁰⁴ e 15.13.11.⁴⁰⁵

vindex para o processo primitivo com *ius*, *iudicare*, *ius dicere*, *iudicia*, *iudex* para o processo subsequente. A sua reconstrução é criticada por G.I. LUZZATTO, para quem não haveria sinal nas fontes de que o *vindex* atuasse além das partes, mas tão somente em favor do réu. S. SCHLOSSMANN, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS, 24, 1903, pp.279-329, por sua vez, exclui a existência de um *vindex* que pudesse intervir na época da *in ius vocatio* e considera que sua atuação não tivesse um caráter particular e distinto dos outros garantes processuais, com o que concorda G.I. LUZZATTO, que se reporta a Fest.v.*vindex* p. 516L: *vindex ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui prensus est ab aliquo, teneatur*, referindo-se à *manus iniectio*. Também se contrapõe a R. DÜLL, G. BROGGINI, *Vindex und Iudex* cit. (nota 172 *supra*), pp.113-148, para quem o *vindex* teria sido o chefe do grupo familiar agnático, o qual, vendo um membro do grupo objeto de uma agressão, reivindicava à família o agredido, reservando à jurisdição familiar qualquer pronúncia, ao passo que somente em segundo momento, o autor teria podido agir contra a família com uma *vindicatio*, afirmando que o agredido a ele pertencia por força de um vínculo criado por um delito ou por uma *damnatio*. Estudando a etimologia do termo *vindex*, o autor considera-o composto de *veni-deics*, em que o radical *venio* significaria o pertencente a uma família, amigo. G.PUGLIESE, *Processo civile* cit., v.1 (nota 170 *supra*), pp.30-32 e 261-262 critica o posicionamento desse último autor sobretudo em relação à sua construção do processo romano primitivo, embora reconheça um núcleo de verdade no *vindex* como sujeito que intervinha para proteger quem se encontrava na sua esfera de influência.

³⁹⁸ No fragmento de G.4.21 (nota 396 *supra*), não há referência à *addictio*. Porém, a referência encontra-se em Gell.20.1.44: *post deinde, nisi dissoluerant, ad praetorem uocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur, neruo quoque aut compedibus uinciebantur* (depois, [os devedores] se não tivessem saldado o débito, eram convocados pelo pretor, o qual os julgava em favor do credor, ao qual eram adjudicados e logo eram fixados em um tronco e amarrados com cintas).

³⁹⁹ G.4.22: *postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectioem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset; et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt: vide item 7.3.1 supra.*

⁴⁰⁰ G.4.23: *sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato: veluti lex <Furia> testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddentis per manus iniectioem cum eis ageretur: vide item 7.3.1 supra.*

⁴⁰¹ G.4.24: *ex quibus legibus et si quae aliae similes essent, cum agebatur, <reo licebat> manum sibi depellere et pro se lege agere. Nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa ex qua agebat ita dicebat OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant ita inferebant OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANVM INICIO. Nec me praeterit in forma legis Furiae testamentarie PRO IUDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla ratione factum: vide item 7.3.1 supra.*

⁴⁰² G.4.25: *sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectioem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere..: vide item 7.3.1 supra.*

⁴⁰³ Lex XII Tab. 3. 1-4, 6: 1 - *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*; 2 - *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*; 3 - *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito*; 4 - *Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato*; 6 - *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.* (1 - Para débitos confessados e os casos julgados pela

Em suma, o credor podia satisfazer seu crédito de três maneiras: a) com uma composição por meio do exercício do *ius paciscendi*, que levasse a uma quitação imediata ou diferida e prometida mediante *sponsio*; b) com a soma conseguida de um resgate ocorrido em um dos três mercados, em que devia expor o *addictus* no período de sessenta dias; c) com a quantia recebida da eventual venda do devedor em Roma ou, no terceiro e último mercado, além do Tibre (*trans Tiberim*). Caso não se verificasse nenhuma dessas hipóteses, o credor levava o devedor à sua casa novamente na situação de *addictus* permanente para que trabalhasse para a satisfação do crédito ou podia matá-lo, hipótese essa, porém, talvez jamais aplicada por não ser conveniente ao credor.⁴⁰⁶

justiça, haverá trinta dias de suspensão; 2 – Depois se procederá à *manus iniectio*. O devedor será conduzido ao tribunal; 3 – Se não executa o julgado e se nenhum *vindex* se apresenta no tribunal (*in iure*), o credor levará o devedor consigo, amarrando-o em uma corda ou correntes de 15 libras, não menor, ou, se quiser, maior; 4 – Se quiser, viverá por conta própria. Se não viver por conta própria, aquele que o tiver amarrado, dar-lhe-á uma libra de farinha ou de farro ao dia. Se quiser, dar-lhe-á mais).

⁴⁰⁴ Gell.20.1.42-48: *confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent, eosque dies decemuiuri 'iustos' appellauerunt, velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset. Post deinde, nisi dissoluerant, ad praetorem uocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur, neruo quoque aut compedibus uinciebantur. Sic enim sunt, opinor, uerba legis: "Aeris... dato" (texto da Lei das XII Tábuas transcrito na nota anterior). Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in uinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre uenum ibant. Sed eam capitis poenam sancienda, sicuti dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu nouisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si uellent, arque parti corpus addicti sibi hominis permiserunt.*

⁴⁰⁵ Gell.15.13.11: *'confessi' autem 'aeris', de quo facta confessio est, in XII tabulis scriptum est his verbis: 'aeris confessi rebusque <iure> iudicatis XXX dies iusti sunt. ... (usa-se confessi aeris para indicar débitos admitidos, na Lei das XII Tábuas, em que está assim escrito: " Para débitos confessados e os casos julgados pela justiça, haverá trinta dias de suspensão")*.

⁴⁰⁶ F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), pp.200-203, 454-455. F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, 20, 1974, pp. 168-171, por sua vez, critica a opinião difundida de que a venda do devedor *trans Tiberim* era devida ao princípio de que nenhum cidadão podia ser reduzido à escravidão na pátria. A venda *trans Tiberim* deve ser colocada em relação com outro preceito, que obrigava a exibição do devedor por três vezes perante o pretor. F. DE MARTINO também critica a opinião dominante de que a exibição nos três mercados consistia apenas na tentativa de encontrar alguém disposto a liberar o prisioneiro pagando a soma devida, já que seria difícil entender a existência de tais benfeitores sem uma vantagem. Para o autor, mais lógico pensar que a exibição acontecia para encontrar um adquirente em Roma e somente em caso de insucesso, haveria recurso à venda *trans Tiberim*, inclinando-se à tese de que a insolvência por débitos podia ser uma causa de aquisição da escravidão. F. SERRAO compartilha esse posicionamento, duvidando, porém, do estado de escravidão decorrente dessa venda e acreditando que o *addictus*, nesse caso, tornava-se uma pessoa *in mancipio*, mas não escrava em sentido próprio.

7.4. *LEGIS ACTIO PER IUDICIS ARBITRIVE POSTULATIONEM*

7.4.1. FONTES

Somente a partir do fragmento de Gaio descoberto em 1933, viemos a conhecer a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Vejamos a descrição de Gaio acerca da ação em tela.

G.4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis erat. Qui agebat sic dicebat: ex sponsione te mihi x milia sestertium dare oportere aio: id postulo aias an neges. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem siue arbitrum postulo uti des. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominate causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

G.4.17a: Agia-se por *iudicis postulatio* (postulação de juiz), quando a lei determinava, que se devesse agir de tal maneira sobre certo objeto, como por exemplo a Lei das XII Tábuas sobre aquilo, que se pede em razão da *stipulatio*. A causa era da seguinte forma: quem propunha, dizia assim: Afirmo que deves pagar a mim dez mil sestércios em razão da *sponsio*. Requeiro que confirmes isso ou o negues. O adversário dizia que não estava obrigado. O autor dizia: visto que negas, postulo a ti, pretor, que nomeies um juiz ou um árbitro. Portanto, nesse gênero de ação, podia-se negar sem penalidade. Da mesma forma, a mesma lei determinou que se agisse por *iudicis postulationem* na ação de divisão de herança entre co-herdeiros. Igualmente determinou a Lei Licínia, quando se pleiteava a divisão de qualquer coisa comum. E assim, depois de indicado o fundamento da demanda, solicitava-se um árbitro imediatamente.

7.4.2. CARACTERES GERAIS

A *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* tem grande importância na história do processo.⁴⁰⁷

Tal ação remonta ao período da Lei das XII Tábuas e contém uma série de inovações substanciais e avançadas, que significaram uma importante cisão na história das *legis actiones*.⁴⁰⁸

Principalmente, por não mais ter lugar a introdução dos *sacramenta*, que até então tinham servido como fundamento e meio da decisão. Ademais, as fórmulas do novo processo contêm a causa e o objeto do litígio, assim como a solicitação do autor ao pretor para a nomeação de um *iudex* ou *arbiter*, que devem verificar a prova e proferir a decisão a partir de critérios jurídicos.⁴⁰⁹

Em suma, a ação é colocada como fundamento do processo romano mais moderno e laico⁴¹⁰ e por alguns inclusive da própria bipartição da instância.

Com a introdução dessa ação, a bipartição ter-se-ia tornado obrigatória segundo M. KASER⁴¹¹ corroborado por G. BROGGINI.⁴¹² Enquanto a *legis actio*

⁴⁰⁷ Acerca da *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, vejam-se: A. SCHMIDT, *Über die legis actio per iudicis postulationem*, Leipzig, Edelmann, 1881; F. VELSEN, *Die legis actio per iudicis postulationem im alten Rom*, Düsseldorf, Voss, 1919; P. FREZZA, *Osservazioni sulla legis actio per iudicis postulationem*, in *Studio in memoria di Francesco Ferrara*, Milano, 1943; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp. 130-144; G. BROGGINI, *Iudex arbitriue* cit. (nota 178 *supra*), pp. 92-93, 159-189; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), pp. 245-262; G. SCHERILLO, *Lezioni* cit. (nota 392 *supra*), pp. 137-150; *Id.*, *La legis actio per iudicis arbitriue postulationem e le origini del processo formulare*, in *Iura*, 20, 1969, pp. 4-48 (= in *Scritti Giuridici*, v. 2, Bologna, 1995); G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 336-345; G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp. 150-153; C.A. CANNATA, *Profilo* cit. (nota 318 *supra*), pp. 62-68; I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 69-72; B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp. 103-109; M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), pp. 17-19; A. MAGDELAINE, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*, 27, 1980 (=in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp. 591-652); M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 107-111.

⁴⁰⁸ Neste sentido, M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p. 107. M. TALAMANCA, *Processo civile* cit. (nota 1 *supra*), p. 18, nt. 118, por sua vez, considera ser possível que a *iudicis arbitriue postulatio* para cobrança de crédito da *sponsio* e para divisão de herança remonte a um período anterior à Lei das XII Tábuas, que, na maioria dos casos, *codificou* direito anterior, além de os juristas tenderem a encontrar fundamento para os institutos nela. Critica a hipótese de H. LÉVY-BRUHL de considerar a introdução dessa lei pela *lex Pinaria* de 472 a.C.

⁴⁰⁹ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 107-108, o qual acrescenta que não era mais somente o pretor, que devia proferir a sentença, mas a partir de então, graças à geral delegação do pretor, o juiz escolhido. Ademais, o julgamento não era mais limitado ao *sacramentum iustum* ou *iniustum*.

⁴¹⁰ A *legis actio* em questão é vista como responsável pela laicização do processo para H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*), p. 249, em que se lê: *c'est alors que, nécessairement, pour ainsi dire, émerge au premier plan l'argumentation juridique qui, jusque là, était restée dans l'ombre, masquée par les croyances religieuses e c'est désormais, en matière civile, la question de droit qui fait l'objet du litige, et non plus, comme auparavant, la crédibilité des parties*. Portanto, a partir da introdução dessa ação, será um leigo a resolver os litígios com o nome de *iudex* ou *arbiter*.

sacramento era eficaz, mesmo sem a nomeação do juiz, o novo processo era caracterizado justamente por tal nomeação. Isso não significa que a nova ação tenha introduzido a bipartição como uma circunstância necessária no processo romano, mas sim que seu campo de uso serviu como modelo capaz de influenciar outras ações. Os processos posteriores da *legis actio per conditionem* e o *agere per sponsionem* já pressupunham a bipartição necessária. Também a própria *legis actio sacramento*, na qual a bipartição ocorria com frequência na época da Lei das XII Tábuas, não logrou manter a plena jurisdição do magistrado.⁴¹³

A consequência da bipartição em razão da introdução dessa lei também é baseada em diversos argumentos.⁴¹⁴

⁴¹¹ Altrömische Ius cit. (nota 47 supra), p. 250, em que se lê: *sie hat ihren Namen vom Antrag auf Einsetzung eines Privatrichters, die im Sakramentsverfahren damals, wie wir glauben, noch fakultativ war, bei ihr aber obligatorisch gemacht wurde.*

⁴¹² G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit. (nota 178 supra), pp. 88-93 também acolheu a ideia da bipartição facultativa, tornando-a mais plausível ao restringi-la ao primeiro período republicano, visto que a considerou obrigatória já a partir da introdução do processo *per iudicis arbitrive postulationem*, conforme se lê: *den Zeitpunkt und den Weg, auf dem sich die Zweiteilung von einer fakultativen zu einer notwendigen gewandelt hat, bietet uns das römische Prozeßsystem selbst: Es ist die Einführung des Verfahrens 'per iudicis arbitrive postulationem'.*

⁴¹³ G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 supra), pp.91-93. Sobre tudo nos processos de delito, a aferição da responsabilidade por meio de fixação do valor da indenização pelo árbitro tinha papel decisivo já na época da Lei das XII Tábuas. Em tais processos, já era possível nomear regularmente um juiz e confiar-lhe simultaneamente a tarefa de decidir.

⁴¹⁴ Como H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 supra), pp. 201-205, 251-255, o qual também considera que a criação dessa nova ação da lei leva, consequentemente, à bipartição da instância, defendendo que se trata de consequência lógica, necessária da *iudicis postulatio* e nascida de sua criação. Para ele, a *lex Pinaria* criou tal ação da lei. Segundo ele, o prazo de trinta dias teria sido necessário para permitir às partes acordarem sobre a escolha do juiz, o qual teria sido escolhido desde as origens pelos litigantes. A *lex Pinaria* é referida em G. 4.15 : vide nota 324 supra. H. LÉVY-BRUHL acredita que a lei fosse muito importante por ser recordada vários séculos depois e a ocupação com o calendário, matéria da competência religiosa dos pontífices, pode ter contribuído para a laicização do direito. Como a bipartição relacionava-se com a laicização do processo e como a primeira instituição do *iudex* teria ocorrido com a *iudicis postulatio*, a citada *lex Pinaria* poderia ter não apenas introduzido o mês intercalar e estabelecido o intervalo de trinta dias para a nomeação do juiz, mas também criado a própria figura do juiz. H. LÉVY-BRUHL defende a integração do texto de Gaio com a palavra *nondum* (ainda não) em vez de *statim* (logo, imediatamente) com base na maioria das edições do referido texto. Dessa forma, a tradução teria diverso teor pois, em vez de *antes da lei Pinária o juiz era nomeado imediatamente*, teríamos *antes da lei Pinária não se nomeava ainda o juiz*. Também se refere o autor a Macr. Satur. 1.13.21 : *hoc arguit Varro scribendo antiquissimam legem fuisse incisam in columna aerea L. Pinario e Furio consulibus, cui mensis intercalaris ad scribitur*, aduzindo que esse texto faz parte de um desenvolvimento muito longo do calendário romano antigo e, em particular, dos meses intercalares, podendo ser datada, pelo nome dos cônsules, em 472 a.C., ou seja, cerca de vinte anos antes da Lei das XII Tábuas. H. LÉVY-BRUHL supõe que pode ser a mesma lei referida por Gaio e que era uma lei muito importante por ser gravada em bronze. Ademais, referindo-se ao calendário, podia ser uma medida dirigida contra o monopólio dos pontífices, contribuindo à laicização do direito. A hipótese de que a *lex Pinaria* teria introduzido a nomeação obrigatória do juiz também fora defendida por E. WEISS, *Prozessgesetze und Richterbestellung im Legisaktionenprozesse*, in *BIDR*, 49-50, 1947, pp.194-222, em que se lê : *hier hat dann die lex Pinaria die obligatorische Richterbestellung eingefügt. Es ist also in Gaius 15 die Ergänzung nondum gerechtfertigt. In der ursprünglichen Legisactio sacramento gab es keine Richterbestellung, geschweige denn ein Schiedsgericht, ebensowenig wie bei den anderen Legisaktionen.* No entanto, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 supra), pp. 92-93 e 337-338 critica a hipótese no sentido

A ação era cabível, nos seguintes casos, para: a) postular créditos decorrentes de uma *sponsio*;⁴¹⁵ b) requerer a divisão de herança entre co-herdeiros; c) requerer a divisão de coisa comum.⁴¹⁶

Os dois primeiros casos eram previstos na Lei das XII Tábuas, ao passo que o terceiro fora previsto por uma lei Licínia provavelmente posterior. No primeiro caso, postulava-se um *iudex*,⁴¹⁷ ao passo que nos dois últimos um *arbiter*.⁴¹⁸

Portanto, é plausível a existência de dois tipos dessa *legis actio*: a *iudicis postulatio* e a *arbitri postulatio*,⁴¹⁹ a segunda das quais pode ter sido mais antiga do que a primeira.⁴²⁰

de que essa *legis actio* tenha sido introduzida pela mencionada *lex Pinaria*, não dando crédito à integração do texto de H.LÉVY-BRUHL. G. PUGLIESE acrescenta que a narrativa de Gaio é simples e linear, de modo que se desejasse atribuir à *Lex Pinaria* a própria instituição do *iudex* e consequentemente da bipartição, não se teria expressado de forma contorcida. Ademais, mesmo que Gaio tivesse explicado o exato conteúdo da lei mencionada no trecho antecedente, que chegou até nós ilegível, teria feito referência à citação para que não se pensasse que se tratasse de lei diversa. G. PUGLIESE também acrescenta que nada indica que a *lex Pinaria* de Gaio seja identificada com aquela mencionada em Macr.*Satur.*1.13.21 e tampouco que haja qualquer motivo para defender que referida lei tenha sido emanada no séc. V a.C. e não no século IV a.C. ou ainda em época mais recente, acreditando ser possível que tenha sido proposta por um pretor. O autor exclui a hipótese de a bipartição do processo ter sido introduzida pela *lex Pinaria* e como nenhuma outra lei é recordada pela tradição ou hipotizada pela doutrina, deduz-se que a bipartição não teve uma origem legislativa determinada e portanto verossimilmente foi o resultado de um processo histórico protraído no tempo.

⁴¹⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 338-340, nt. 207 defende que a ação não se prestava a tutelar, diretamente, a obrigação decorrente de *stipulatio incerti*, a qual era tutelada por formas indiretas ou pelo acréscimo de uma *stipulatio poena* à *stipulatio* principal ou mesmo por meio da *sponsio praeiudicialis*.

⁴¹⁶ G.4.17a: *...per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat... Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Id fecit lex Lincinnia si de aliqua re communi diuidenda ageretur*: vide item 7.4.1 anterior. A lei da terceira hipótese é também mencionada em D.4.7.12 (Marcian. 4 *inst.*): *si quis iudicii communi diuidendo euitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinnia ei interdictitur*,...

⁴¹⁷ Vide item 9.1 *infra*.

⁴¹⁸ Vide item 9.2 *infra*.

⁴¹⁹ Neste sentido, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp. 160-162; G. SCHERILLO, *Lezioni* cit. (nota 392 *supra*), p. 130.

⁴²⁰ Essa é a opinião de G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 96, 340-341, que vê nessa anterioridade uma espécie de antecipação da bipartição e só com o passar do tempo, teria havido a unificação conceitual expressa na alternativa *iudicis arbitrive postulatio* e fundada na semelhança dos dois tipos de ações da lei no tocante à fase *in iure*. Para o autor, é possível que a figura do *arbiter* já fosse conhecida no período monárquico ao qual se recorria quando havia necessidade de um julgamento técnico, como nos casos de limites de propriedade ou estimativa de coisa. Provavelmente, a nomeação do *arbiter* ocorria fora de qualquer processo e tinha caráter voluntário, mas não se pode excluir que em alguns casos ele tenha sido nomeado pelo rei mediante solicitação (*postulatio*) de uma parte apenas, de modo que poderia ter sido o primeiro órgão judicante distinto do magistrado. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp. 86-88 nega que o *arbiter* tenha desenvolvido o ofício de junção entre cognição do magistrado e aquela judicial, à medida que teria sido um órgão judicante paralelo ao *iudex* e dotado de características particulares. A propósito, vide nota *supra*.

No caso da ação divisória, o autor indicava a existência da co-herança ou compropriedade entre determinadas pessoas e a vontade de dividir, requerendo imediatamente a nomeação de um árbitro.⁴²¹

Os casos de aplicação da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* indicados por Gaio não são considerados taxativos pela doutrina, que tenta antever outros nos quais tinha aplicação verossímil.⁴²²

Primeiramente, o autor enunciava a relação jurídica que fazia valer contra o réu, ou seja, o vínculo obrigatório relativo a uma soma de dinheiro originada da *sponsio*. Depois, exortava o mesmo réu a tomar posição em relação à sua enunciação, ou seja, de esclarecer se admitia o *oportere* (obrigação), caso em que ocorria a *confessio*, ou se o negava (*infutatio*). Podia acontecer também que o réu não admitisse, nem negasse, mas evitasse responder ou mesmo o fizesse equivocadamente. A contestação era expressa com a negativa do *oportere* (*aduersarius dicebat non oportere*), talvez com a mera pronúncia da palavra *nego*. Em seguida, o autor retomava a palavra, requerendo ao pretor a nomeação do juiz (*quando tu negas te praetor iudicem siue arbitrum postulo uti des*).

Nesse ponto, havia a diferença entre a presente ação e a *legis actio sacramento in personam*,⁴²³ justamente pela ausência do desafio do *sacramentum*. Ademais, em vez de dirigir-se apenas ao réu, o autor chamava o pretor à causa, e também não havia pena (*itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat*).⁴²⁴

⁴²¹ G.4.17: *...itaque nominata causa, ex qua agebatur statim arbiter petebatur*: vide item 7.4.1 *supra*.

⁴²² Nesse sentido, G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), p. 131, em que se lê: *l'enumerazione gaiana è semplicemente dimostrativa. Si tratta quindi di vedere se l'azione 'per iudicis arbitrive postulationem' potesse aver luogo anche rispetto ad altri rapporti*. Segundo G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.341-342, os casos concernem essencialmente à *arbitri postulatio*, porque as conjecturas fundam-se sobre os indícios relativos a controvérsias enviadas a um árbitro. O autor considera muito incertas as hipóteses de exercício pela forma da ação da lei em tela os casos de *actio ex sponsione certae rei e incerti*, *actio aquae pluviae arcendae* e *actio damni infecti*, mas considera mais sólidas aquelas relativas à *actio finium regundorum*, o procedimento para estimar em dinheiro o valor da coisa controvertida (*arbitrium liti aestimandae*) e aquele relativo a quem *vindicium falsam tulit*, o qual era regulado em Lex XII Tab.12.3, em que se previam três árbitros (*arbitros tris dato*) com a tarefa de *fructus duplione damnum decidere*. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp. 131-132 opõe-se à hipótese da aplicação no caso da *actio finium regundorum*, porque acredita que tal aplicação devesse ser estabelecida por uma lei específica, não havendo indicação nas fontes de qualquer lei nesse sentido, o que é replicado por G. PUGLIESE, *op.cit.*, p. 342, nt. 213.

⁴²³ A parte do manuscrito de Gaio relativo à *legis actio sacramento in personam* perdeu-se. Não obstante, foram construídas várias hipóteses.

⁴²⁴ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 344.

Embora possa parecer dúbio se a nomeação do juiz ocorresse imediatamente ou se devesse esperar o período de trinta dias, acredita-se que a escolha ocorresse naquele momento pelo próprio magistrado.⁴²⁵

No tocante à ação de divisão de herança, provavelmente o procedimento fosse diverso, mas o texto de Gaio é lacônico a respeito.⁴²⁶

Em relação ao processo *sacramento*, o novo rito representava indubitavelmente não apenas laicização mais avançada, mas também um instrumento mais ágil e mais acessível a uma camada mais ampla da sociedade, não havendo o risco da pena a cargo do sucumbente.⁴²⁷

Discute-se se já havia condenação ou apenas declaração de confirmação ou negação da existência do débito.⁴²⁸ Mas a função do juiz podia ser exercida de modo diverso, concluindo-se com a divisão e adjudicação dos bens (*adiudicatio*) nas duas últimas hipóteses.

⁴²⁵ Nesse sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p.345, que defende não haver nenhum elemento para considerar que a *lex Pinaria* se referisse também à *iudicis postulatio*, criticando o argumento de H. LÉVY-BRUHL no sentido de que a razão do lapso temporal objetivava permitir que as partes acordassem em relação à escolha do juiz.

⁴²⁶ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 345.

⁴²⁷ F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 215 *supra*), pp. 443-444.

⁴²⁸ Para C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), p.168, a ação não se concluía com uma pronúncia de valor puramente formal, como o *sacramentum iudicare*, mas com a *condemnatio pecuniaria*, que dava direta satisfação à pretensão. Logo, o juiz não apenas *iudicat*, mas também *condemnat*.

8. IURISDICTIO E BIPARTIÇÃO

8.1. ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo tem por escopo perquirir as relações entre a *iurisdictio*⁴²⁹ e a bipartição do processo.

A *iurisdictio* romana intriga o pesquisador moderno em razão da diversidade de seu conteúdo em relação à jurisdição moderna.

Enquanto hodiernamente, a jurisdição é conceituada pela doutrina como o poder do juiz de dizer o direito no caso concreto, vinculando as partes litigantes, no direito romano, o conceito de *iurisdictio* é repleto de controvérsias. No estado atual do nosso conhecimento, por maiores que sejam as nossas incertezas e problemas acerca do conteúdo da *iurisdictio* romana, não há dúvida de que ela não é a jurisdição atual.⁴³⁰

A razão principal da controvérsia existente na doutrina decorre da própria definição moderna da jurisdição, mencionada no parágrafo anterior, a qual não se adapta a todos períodos do processo civil romano.

Nos sistemas das *legis actiones* e formulário, por força da divisão da instância nas fases *in iure* e *apud iudicem*, o magistrado, a quem se reconhece deter a *iurisdictio*, não profere a sentença, mas sim o *iudex privatus*, que não é considerado investido de tal poder de *iurisdictio*.

⁴²⁹ Sobre a *iurisdictio*, há copiosa bibliografia, dentre as quais destacamos: E.I. BEKKER, *Über Anfang und Ende des 'in iure' Verfahrens in römischen Formularprozess: ius dicere-litem contestari*, in ZSS, 27, 1906, pp. 1-12; F. LEIFER, *Einheit* cit. (nota 23 *supra*), pp. 68-86; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v.2, Milano, Fratelli Treves, 1930, pp.481-538; F. DE MARTINO, *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*); C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, Giuffrè, 1947, pp.10-13; *Id.*, *Diritto e processo* cit. (nota 428 *supra*), pp. 63-72; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp.130-144; *Id.*, *Giurisdizione (diritto romano)* in *ED*, 19; G. BROGGINI, *Der Ursprung der römischen iurisdictio*, in *Zeitschrift für schweizerische Recht*, 75, 1956, I, 333-347 (= in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 83-95); G. SCHERILLO, *Lezioni* cit. (nota 392 *supra*), pp. 285-361; G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.144-168; G. NOCERA, *Reddere ius: saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma, Bulzoni, 1976; G. NICOSIA, *Processo privato* cit. (nota 20 *supra*), pp.1-15; I. BUTI, *Praetor* cit. (nota 170 *supra*), pp. 5-35, 74-128; B. ALBANESE, *Processo privato* cit. (nota 205 *supra*), pp. 22-26, 114-120; J.L. MURGA, *Derecho romano clásico. II: El proceso*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1980, pp. 37-39; M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 37-44.

⁴³⁰ G.I. LUZZATTO, *Giurisdizione* cit. (nota 429 *supra*), pp. 190-191, o qual considera que a questão ainda não se encontra resolvida satisfatoriamente na doutrina.

Com efeito, na linguagem moderna, *jurisdição* indica a atividade e o poder de declarar a vontade da lei no caso concreto, em razão da autoridade, ou seja, com eficácia vinculante para as partes. Como tal declaração ocorre com o julgamento da controvérsia posta em Juízo mediante sentença, seja em matéria civil, seja em matéria penal, pode-se dizer que, no conceito de jurisdição, entende-se a atividade e o poder com o qual se julga uma controvérsia, proferindo uma sentença provida de valor vinculante para as partes.

No entanto, uma noção dessa natureza não é válida para o direito romano arcaico e clássico, e não só pelos motivos que, em geral, impedem transferir, sem reservas, definições e conceitos modernos ao direito romano e vice-versa, mas sim pela razão específica que, na época em que o uso de *ius dicere* e *iurisdictio* é atestado com relação aos magistrados, eles não julgavam, não pronunciavam sentenças e portanto não declaravam, em razão da autoridade, a vontade da lei no caso concreto.

Seja nas *legis actiones*, seja no processo formular, os magistrados presidiam apenas a primeira fase do processo, transferindo a tarefa de julgar a um juiz nomeado para tal ou a um colégio judicante permanente.

Por outro lado, nem do juiz singular, nem do órgão judicante permanente, dizia-se que tivessem *iurisdictio* ou que sua atividade consistisse em um *ius dicere*, mas sim se empregavam os termos *iudicare* e *iudicatio*. Por conseguinte, é natural a colocação do problema de saber como e por que a atividade do magistrado, e somente ela, pôde ser chamada de *iurisdictio*, visto que não seria chamada como tal no sentido moderno.⁴³¹

Ademais, temos que a *iurisdictio* está ligada à questão da bipartição do processo e estudá-la há de trazer subsídios valiosos para a compreensão da própria divisão do processo romano em duas fases.

8.2. ETIMOLOGIA DE *IURISDICTIO*

Iurisdictio provém da justaposição de *ius*, *iuris* e de *dicere*, que no vernáculo traduz-se por, literalmente, *dizer o direito* (*ius dicere*) ou *dicção do direito* (*iuris dictio*).

⁴³¹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 145-147.

Contudo, para melhor compreensão das origens do termo, analisaremos, separadamente, a etimologia tanto de *dico*, *dicere*, quanto de *ius*.

Dico, -is, *dixi*, *dictum*, ao lado de *dix*, *dicis*; *dex*, *dicis* e *dico*, -as, -aui, *dicatum*, *dicare* são formas alternantes da raiz *deik-/dik*,⁴³² que significa *mostrar*, conforme o grego δείκνυμι e δίκη.⁴³³

O latim conservou dois sufixos com vogal breve: *dix*, *dicis* e *dex*, *dicis*, o primeiro dos quais com significado de *nome de ação* e o segundo dos quais como *nome de agente*.⁴³⁴ *Dex*, *dicis* é usado somente como segundo termo de compostos (como –*spex*, –*ceps*, –*fex*), tendo os nominativos em –*dex* sido refeitos em formas de –*ex*, *icis* (v.g. *artifex*, *opifex*). Desse sufixo, temos o vocábulo *index*, como *aquele que mostra*, *que indica*, vindo a servir a designar um dedo da mão como *aquele que serve para mostrar*, *indicador*, originando as palavras *indicium*, *indicare* e também o vocábulo *iudex*, como *aquele que mostra o direito*, *juiz*, originando as palavras *iudicium*, *iudicare*.⁴³⁵

Pois bem, o verbo *dico*, com significado de *mostrar* nas outras línguas, especializou-se em latim no sentido de *mostrar*, *fazer conhecer pela palavra*, *dizer*. Tal qual *orare*, *dico* tem um caráter solene e técnico, pois é um termo da língua da religião e do direito: *ius dicere* (expor o direito), *causam dicere* (expor uma causa), *sententiam dicere* (pronunciar sua opinião), *multam dicere* (pronunciar uma multa), *diem dicere* (fixar um dia perante o tribunal). É também o termo empregado para nomeação dos magistrados, como *dicere dictatorem*, *dicere magistrum equitum*, *consulem*, *aedilem*, *tribunum militum*, *collegam*.

⁴³² A raiz **deik-* origina *dis-* em sânscrito, *dis-* em iraniano, *dico* em latim e δείκνυμι em grego, os quais apresentavam sentidos diversos, segundo E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. 2. *Pouvoir, droit, religion*, Paris, Minuit, 1969, pp. 107-110, o qual tenta reconstruir a representação antiga de *mostrar*, concluindo o sentido inicial de δίκη como ato normativo, imperativo. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Grecque. Histoire des mots*, 2ª ed., Paris, Klincksieck, 2009, pp.271-272, por sua vez, explica os dois principais sentidos de δίκη como *regra*, *costume*, que conduziu àquele de *justiça*, *juízo*, *processo*. Reconhecendo o parentesco entre δίκη e δείκνυμι (*mostrar*, *designar*), o que explicaria o sentido geral de *uso*, *costume* e *juízo* desenvolvido no vocabulário técnico, o etimologista acredita que o sentido original seria *direção* e talvez também *linha marcada*. Para aprofundamento relativo à δίκη, vejam-se R. HIRZEL, *Themis, Dike* cit. (nota 80 *supra*) e V. EHRENBURG, *Rechtsidee* cit. (nota 80 *supra*), pp.54-102.

⁴³³ Conforme A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p. 172. A mesma alternância ocorre no osco (*deikum*, *deicum*) como *dicere* e no umbro (*teitu*, *deito*) como *dicito*. O parentesco com o grego fora visto pelos latinos, conforme Varr. *ling.lat.* 6.61: *dico originem habet graecam, quod Graeci δεικνύω* (*dico* tem origem grega, qual seja, o δεικνύω dos gregos).

⁴³⁴ Como exemplo do primeiro, a antiga fórmula jurídica e religiosa *dicis causa*, que passou à língua comum, significando *por causa da fórmula* ou *por maneira de dizer*, *pela forma*, conforme reportado por A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p. 172.

⁴³⁵ A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p. 172.

Passando à língua comum, *dicere* perdeu esse caráter solene, mas se encontra o valor técnico na maior parte dos compostos, como *abdico* (recusar de adjudicar, não concordar), *addico* (adjudicar, concordar).⁴³⁶

Em suma, o sentido geral da raiz era *mostrar*, mas se vê pelo vocábulo grego δίκη (direito) e pela forma germânica, que serviu para designar os atos sociais de caráter jurídico. E é assim que originou o sentido de *dizer*.⁴³⁷

Na vida jurídica, o *dicere* é entendido como a declaração solene, a pronúncia formal com efeito vinculante. Esse valor aparece naturalmente a partir das características essenciais e conhecidas do mais antigo direito romano: a oralidade e a solenidade da expressão oral, que fundamentam o direito, atribuindo-lhe certeza. O *dicere* encontra-se nos mais variados atos jurídicos.⁴³⁸

Vista a etimologia de *dicere*, analisemos aquela de *ius*, cujas origens são menos evidentes.⁴³⁹

Ius (antigo *ious*) tem o significado de direito. A palavra deve ter tido acepção original de *fórmula religiosa que tem força de lei*, a partir da qual o emprego do plural *iura*, *iudex*, *ius orare*, *iusque fasque est*, *ius iurare* (pronunciar a fórmula sacra que empenha) e *ius iurandum*.⁴⁴⁰

O antigo valor religioso transparece ainda nas expressões *iustae nuptiae* e *iusta funera*.

⁴³⁶ A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p. 172 também elencam outros compostos pertencentes à linguagem do direito e da religião como *condico* (firmar um acordo), *edico* (proclamar um edito, publicar, ordenar), *indico* (proclamar, declarar, impor), *interdico* (interdizer, proibir), *praedico* (predizer, fixar antecipadamente, recomendar ou ordenar, advertir), *prodico* (fixar antecipadamente, diferir, adiar) ou, pelo menos na origem, somente da religião, os justapostos como *benedico* (pronunciar palavras de bom augúrio) e *maledico* (pronunciar palavras de mau augúrio), que, passando à língua comum, tomaram o sentido de *dizer bem de* e *dizer mal de* e novamente retomadas pela Igreja assumiram conteúdo de *bendizer* e *maldizer*. *Dicto*, -as, por sua vez, designa uma forma frequentativa e intensiva de *dico*, significando *dizer à alta voz*, *repetir*, *ditar*, de onde provieram *dictatum* (ditado), *dictamen* (ditame) e *dictator* (ditador).

⁴³⁷ A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), pp. 173-174. Tais ilações são confirmadas por A. WALDE e J.B. HOFMANN, *Wörterbuch* cit. v.1 (nota 338 *supra*), pp.348-349, os quais, por sua vez, colocam o significado de *dico* como *anunciar solenemente*, *atribuir*, *consagrar*, e também incluem a δίκη grega como proveniente da mesma raiz de *dico*. Outrossim, confirmam que o significado original de *mostrar* de *dico*, presente no indogermânico como *deik* é claramente percebido em latim em *indico*, *index*, assim como em *iudex*, ou seja, *aquele que mostra o direito*. O indogermânico *deik* também seria a origem do verbo *zeigen* (mostrar) do moderno alemão, segundo F. KLUGE e E. SEEBOLD, *Etymologisches Wörterbuch* cit. (nota 95 *supra*), pp. 1004-1005.

⁴³⁸ Neste sentido, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 318 *supra*), pp. 63-68, que analisa o significado de *dicere* em várias expressões.

⁴³⁹ Para bibliografia a respeito, veja-se R. ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *BIDR*, 46, 1939, p. 218, nt. 33.

⁴⁴⁰ A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), pp. 329-330. A definição de *ius iurare* é criticada por E. BENVENISTE, *Vocabulaire* cit. (nota 432 *supra*), p.122 por não indicar a referência, acrescentando que *a notre connaissance une telle locution ne se rencontre pas*.

De *ius*, temos vários derivados, compostos e justapostos, como *iustus*, de onde provêm *iustitia* e os contrários *iniustus* e *iniustitia*. Também *iniurus*, que origina *iniuria*.⁴⁴¹ A lista de derivados é extensa.⁴⁴²

Contudo, persiste uma obscuridade no tocante ao real significado de *ius*, já que a designação de *direito* não nos fornece o sentido verdadeiro do termo.

No indo-iraniano, encontramos correspondentes do latim *ius* na forma *yoh* do sânscrito védico⁴⁴³ e *yaós* da língua avéstica,⁴⁴⁴ que têm a mesma forma. Porém, enquanto o primeiro (*yoh*) significa *prosperidade*, o segundo (*yaós*) significa *purificação*.⁴⁴⁵

Graças ao antigo iraniano e ao védico, remontamos à pré-história do *ius* latino. A palavra indo-europeia **yous* significa *o estado de regularidade, de normalidade que é requerido para as regras rituais*. Em latim, esse estado é afetado por essa

⁴⁴¹ D.47.10.1 (Ulp. l. 56 ed.): *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo* (Diz-se *injúria* daquilo que não é feito com o direito, porque tudo que não se faz de acordo com direito, diz-se que é feito com *injúria*. Isso em geral, mas em especial, a *injúria* é chamada de contumélia. Pela denominação de *injúria*, às vezes, designa-se o dano causado com culpa, como costumamos dizer na Lei Aquília. Em outros casos, chamamos de *injúria* a iniquidade, porque quando alguém pronuncia sentença iníqua ou injusta, chamamo-la *injúria*, pois carece de direito e de justiça, como se fosse não conforme ao direito, ao passo que contumélia provém de desprezar (*contemnere*)).

⁴⁴² Conforme A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), pp. 329-330, que ainda elencam vários outros, dentre os quais *iniuriosus*, *periurus*, *iurisconsultus*, *iurisperitus*, *iurisprudens*, *iurisprudentia* e também *iurisdictio* e *iudex*, vistos acima, e os derivados deste último *iudico*, *iudicatio*, *iudicatus* etc.

⁴⁴³ Também conhecido como antigo indiano.

⁴⁴⁴ A língua avéstica ou avéstico é uma antiga língua iraniana parente do antigo persa e na qual foi escrito o Avesta, livro sagrado do Zoroastrismo.

⁴⁴⁵ E. BENVENISTE, *Vocabulaire* cit. (nota 432 *supra*), pp. 112-113. Enquanto o sentido de *yoh* deve ser *felicidade, saúde*, aparecendo nas fórmulas de saudação, o iraniano conservou *yaos* somente nas locuções formulares, em que *yaos* combina-se com o verbo *da-*, significando *pôr, fazer, tornar-se* e formando o novo verbo *yaozda* (purificar), do qual saíram vários derivados. Para reencontrar a partir desses derivados o sentido próprio de *yaos*, é preciso reconduzir *yaozda*, literalmente *tornar yaos*, ao sentido de *tornar conforme as prescrições, colocar no estado requerido para o culto*. Trata-se de uma condição do sacrifício, pois aquele que oferece deve tornar o objeto da oblação apto ritualmente, ou seja, trata-se de uma expressão fundamental do código religioso. Cada ato deve ser executado ritualmente e o objeto, que está no centro dessa execução, deve ser ele mesmo sem defeito. Essa integridade ritual é a condição visada pelo verbo *yaozda*. Pode-se entender melhor o védico *yoh*, pois não é a *felicidade* como *prazer*, mas o estado de integridade, de realização física, sobre a qual o infortúnio ou a enfermidade não incidiram. E. BENVENISTE acrescenta que se deve prestar atenção a uma diferença de emprego entre o indiano e o iraniano. No primeiro, a palavra *yoh* é uma expressão de saudação, pois é um termo que se pronúncia ao endereçar-se a alguém para que um estado de prosperidade e de integridade lhe seja atribuído, de modo que *yoh* é eficaz como palavra a ser pronunciada. No segundo, a condição do avéstico *yaos* é outra, mesmo porque a ligação com o verbo *da-* (*pôr, fazer*) mostra que *yaos* designa um estado a realizar, não mais uma palavra a ser pronunciada. Desta forma, de um lado a noção do indo-iraniano **yaus* é *por fazer* e de outro *por dizer*. Essa diferença tem um grande alcance no registro do direito e do rito, em que os *atos* consistem frequentemente em palavras. A. WALDE e J.B.HOFMANN, *Wörterbuch* cit. v.1 (nota 338 *supra*), p.733 e A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), p.330 também vêem essa aproximação do *ius* a esses termos indo-iranianos.

duplicidade extraída do indo-iraniano, já que a noção de *ius* admite essas duas condições. A primeira é a situação de fato marcada pelo derivado *iustus* nas expressões legais (*iustae nuptiae*, *iusta uxor*), ou seja, conforme o estado do *ius*. A segunda é assinalada pela expressão *ius dicere*, na qual o *ius* significa a *fórmula de normalidade*, prescrevendo aquilo ao qual se deve conformar. Isso é o fundamento da noção de *direito* em Roma, podendo-se considerar que *ius*, em geral, é uma *fórmula* e não um conceito abstrato.⁴⁴⁶

Em suma, etimologicamente, o *ius* conecta-se ao mencionado indo-iraniano **yaus*, o qual indicaria um estado de *optimum* do ponto de vista místico ou ritual a ser alcançado a partir de uma determinada situação ou um estado normal a ser estabelecido a partir de um estado de impureza.⁴⁴⁷ Esse duplo sentido foi aferido a partir da análise dos compostos mencionados (avéstico *yaoz-da* e sânscrito védico *sám-yóh*) a partir da raiz **yaus*. A expressão indo-iraniana devia, portanto, significar duas operações: o progresso místico ou ritual em direção ao *optimum* e a correção ritual da impureza.⁴⁴⁸

Destarte, o *ius* latino é definido como *a área máxima de ação ou de pretensão* resultante da definição ou do estatuto convencional de um ser. Em caso de conflito entre vários *iura*, o *iudex* diz os limites de cada um e em caso de violação flagrante de um *ius*, ele diz a pena e a reparação.⁴⁴⁹ Quando o *iudex ius dicet*, o seu ato, perante o

⁴⁴⁶ E. BENVENISTE, *Vocabulaire* cit. (nota 432 *supra*), pp. 112-113. Para o autor, os *iura*, assim como os *dikai* ou os *themistes* são as fórmulas, que anunciam uma decisão de autoridade e onde esses termos são tomados em seu sentido estrito, encontramos a noção de textos fixos, fórmulas estabelecidas, cujo conhecimento é privilégio de certas pessoas, famílias ou corporações. Não é o *fazer*, mas sempre o *pronunciar*, que é constitutivo do *direito*: *ius* e *dicere*, *iu-dex* conduzem-nos a essa ligação constante. Ao mesmo tempo que *ius*, o verbo *dicere* comanda as fórmulas judiciais (*multam dicere*, *diem dicere*). Tudo isso realça a mesma autoridade. Por meio desse ato de fala (*ius dicere*), desenvolve-se toda a terminologia da vida judiciária (*iudicare*, *iudicium* etc).

⁴⁴⁷ G. DUMEZIL, *A propos de latin 'jus'*, in *Revue de l'histoire des Religions*, 134, 1948, pp. 95-112, em que se lê: *il semble qu'on puisse rendre compte de tous les emplois du mot indien et du mot iranien en partant, pour *yaus, d'un double sens voisin de ce que présente encore avest. yaos- dans yaoz-da: 1º État optimum (du point de vue du mystique ou rituel) à atteindre à partir d'un état donné; 2º État normal à restaurer à partir d'un état souillé ou malade*. Compartilham essa opinião R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 198, para quem a etimologia é acolhida cada vez mais pelos estudiosos de História do Direito, e P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp.378-379, o qual lamenta que alguns autores ainda sigam a antiga etimologia de *ius* a partir de *jug* (*jungo*).

⁴⁴⁸ G. DUMEZIL, *Latin 'jus'* cit. (nota 447 *supra*), p. 104-111. O autor demonstra a sobrevivência dessa ideia de purificação em Roma a partir das expressões *justa facere*, *justa peragere*, *justa solvere* ou *persolvere* etc, que significam, sem confusão possível, realizar as cerimônias fúnebres, tratando-se de uma antiga expressão, que atesta uma relação particular entre uma forma de *ius* e o ritual funerário. Fest. v. *membrum abscidi mortuo* p. 135L: *dicebatur, cum digitus eius decidebatur, ad quod servatum iusta fierent reliquo corpore combusto*. Neste sentido, também P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 378-379.

⁴⁴⁹ G. DUMEZIL, *Ordre, fantaisie, changement dans les pensées archaïques de l'Inde et de Rome (à propos du latin 'mos')*, in *Revue des études latines*, 32, 1954, p. 151. Nesse sentido, também P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp.379-380, para quem *ius* significa, portanto, área máxima de ação e de pretensão, deduzindo que o *ius* pode ser considerado como área máxima de uma potência já afirmada ou a ser afirmada e portanto o *ius dicere* não passa de um ato de definição da área máxima dessa potência.

conflito das partes, no qual intervém para evitar a luta, tem por objetivo e por efeito estabelecer a natureza e os limites do *ius*, ou seja, a esfera de potência de cada um.⁴⁵⁰

Porém, várias opiniões foram expressas acerca do significado originário do *ius* em distintas correntes de pensamento. Uma grande corrente examinou o problema na perspectiva da relação entre *ius* e *fas*. Outra corrente tentou descobrir o valor originário de *ius* em conexão com o julgamento. Outro grupo de estudiosos analisou a origem a partir do conceito de poder. O *ius* original também foi definido como força ritual.⁴⁵¹

Examinados os aspectos atinentes à etimologia de *iurisdictio*, verificaremos o seu conteúdo.

8.3. CONTEÚDO DA *IURISDICTIO*

No presente item, verificaremos as teorias acerca do conteúdo da *iurisdictio* romana com o escopo de trazermos subsídios à resolução de nosso problema principal, qual seja, a bipartição do processo romano.

Na doutrina, a noção da *iurisdictio* romana é uma das mais discutidas.⁴⁵²

Não encontramos nas fontes jurídicas romanas tentativas diretas de definição da *iurisdictio*.

Em razão da ausência de tais fontes jurídicas antigas, sobressaíram-se os testemunhos das fontes literárias, que fazem referência ao *tria verba legitima* ou ao *tria verba praetoris*.

Tais *verba legitima* consistem nos verbos, que são expressos, quer no infinitivo *dare*, *dicere*, *addicere*, quer no indicativo *do*, *dico*, *addico* e manifestam, de

⁴⁵⁰ P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit. (nota 7 *supra*), pp. 380-381. Segundo ele, trata-se de um conceito de limite, que também aparece no osco-umbro *medos* correspondente ao latim *modus*, ou seja, *modo*, *medida* e em *meddix*, como aquele que fixa o *medos*, equivalendo ao *iudex* latino. P. DE FRANCISCI considera que também o conceito de *ius* é conectado com aquele de potência, à medida que o termo designa a esfera dentro da qual pode e deve exercer-se a ação do titular.

⁴⁵¹ Essa última opinião de R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 202-206 e nt.2. Para ele, a força representada pelo *ius* manifesta-se na dimensão da ação. É um realizar-se, no sentido mais próprio, de momentos dinâmicos e como a ação desenvolve-se nas formas do rito, o *ius* pode ser dito uma *forza rituale*. R. SANTORO fornece um quadro das várias opiniões expressas em relação ao significado originário do *ius*, não pretendendo ser exauriente, mas aduzindo apenas as mais significativas, a quem reinviamos para bibliografia sobre o tema.

⁴⁵² Neste sentido, R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 164, nt. 1 para bibliografia.

forma simples e direta, as três grandes atividades, que o magistrado desempenhava no processo.

Encontramos as principais fontes no linguista latino Varrão:

Varr. *ling.lat.* 6.29: ...*Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari...*

Varr. *ling.lat.* 6.29: ...Dias fastos são aqueles durante os quais é permitido aos pretores pronunciarem todas palavras sem terem que cumprir atos expiatórios...

Varr. *ling. lat.* 6.30: *Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem "do," "dico," "addico"; itaque non potest agi: necesse est aliquo < eorum> uti verbo, cum lege qui<d> peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus. Praetor qui tum fa[c]tus est, si imprudens fecit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius a[b]i[g]ebat eum expiari ut impium non posse.*

Varr. *ling. lat.* 6.30: Os dias contrários a esses chamam-se nefastos. Neles, não é lícito ao pretor pronunciar *dou, digo, adjudico*. Portanto, nenhuma ação legal pode ser proposta, porque em cada decisão judicial, é preciso adotar uma daquelas palavras. Caso o pretor inadvertidamente a pronuncie ou libere um escravo, esse é igualmente livre, mas com um *infausto auspício*, como um magistrado com *infausto auspício* permanece, contudo, magistrado. Um pretor que tenha tomado uma deliberação em um desses dias, se o fez inadvertidamente, purifica-se com o sacrifício de uma vítima expiatória; se o fez deliberadamente, Quinto Múcio afirma que ele não pode de nenhum modo purificar-se, como alguém que tenha cometido um ato de impiedade.

Varr. *ling.lat.* 6.53: *Hinc fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo praetoribus licet fari; ab hoc nefasti, quibus diebus ea fari ius non est et, si fati sunt, piaculum faciunt...*

Varr. *ling.lat.* 6.53: De aqui, derivam os dias fastos, nos quais é permitido aos pretores pronunciarem determinadas palavras legítimas (*verba certa legitima*) sem expiação. Deles, derivam os nefastos, dias nos quais não é permitido pronunciar tais palavras. Se são pronunciadas, realizam uma expiação...

Os *tria verba* também são encontrados em outras fontes literárias:⁴⁵³

A tentativa de compreensão do exato teor de cada uma dessas atividades é antiga.

M. WLASSAK tentou definir cada uma dessas atividades com indicação das fontes. Sua análise, porém, é permeada pela sua concepção da origem arbitral do processo e da preponderância da atividade das partes, diminuindo aquela do pretor.⁴⁵⁴

Numa outra interpretação, sustentou-se que, na origem, a pronúncia desses *verba legitima* representaria a própria atividade do *ius dicere* e que a função do magistrado exauria-se nessa pronúncia. O magistrado *dicebat ius*, e sendo esse o significado originário da *iurisdictio*, explica-se como não era necessário adotar poder de comando para seu exercício, excluindo-se dela todos atos nos quais não se usavam fórmulas solenes.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Tais como em Ovid. *Fast.* 1.47-52: *Ille nefastus erit per quem tria uerba silentur; Fastus erit per quem lege licebit agi. Nec toto perstare die sua iura putaris: Qui iam fastus erit mane nefastus erat; Nam simul exta deo data sunt, licet omnia fari verbaque honoratus libera praetor habet* (Nefasto será o dia no qual as três palavras não se pronunciam; fasto aquele em que será lícito agir. Mas não penses que a mesma regra subsiste sempre o dia inteiro: nefasta a manhã, ela pode tornar-se fasto em seguida. De fato, oferecidas as vísceras aos deuses, todas as fórmulas são autorizadas e o pretor em exercício tem liberdade de julgamento); Sen. *de tranq. animi.* 3.4: *An ille plus praestat, qui inter peregrinos et cives aut urbanus praetor adeuntibus adsectoris verba pronuntiat, quam qui quid sit iustitia, quid pietas, quid patientia, quid fortitudo, quid mortis contemptus, quid deorum intellectus, quam gratuitum bonum sit bona conscientia?* (Ou realiza mais o pretor, que atua entre os cidadãos e entre cidadãos e estrangeiros, pronunciando as palavras preparadas pelo assessor, do que aquele, que ensina o que é a justiça, a piedade, paciência, coragem, escárnio da morte, conhecimento dos deuses e como é seguro e livre a bênção de uma boa consciência); Macr. *Sat.* 1.16.14-15: *fasti sunt quibus licet fari praetori tria verba sollennia, do dico adico. His contrarii sunt nefasti* (fastos são aqueles em que as três palavras solenes podem ser ditas pelo pretor, *dou, digo, adjudico*. Aqueles contrários são nefastos); Fest. v. *nefasti dies* p. 162 L: *nom...apud quem <do dico> addico*.

⁴⁵⁴ *Das Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS, 25, 1924, pp. 81-188. Com efeito, M. WLASSAK vem a referir-se ao pretor, no período das ações da lei, como um *fantoches sem poder* (*machtlose Puppe*), in *op.cit.* p. 83 e reitera sua tese: *mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinem Ursprung im Schiedsgericht*, in p. 139, nt. 1.

⁴⁵⁵ Essa é a opinião de M. LAURIA, *Iurisdictio* cit. (nota 429 *supra*), p. 529. R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 165-166 critica essa tese de que a *iurisdictio* consistisse na pronúncia dos *tria verba*, já que pressuporia uma indemonstrável equivalência entre *ius* e *verba*. Essa crítica, porém, já fora observada por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p.150 em relação não só à tese de M. LAURIA, mas também naquela de R. DÜLL indicada na próxima nota.

Em uma outra hipótese,⁴⁵⁶ tentou-se esclarecer o significado e a conexão dos *tria verba*. O primeiro verbo *do* teria designado o ato com o qual o magistrado deferia à parte um meio de tutela ou permitia que um ato fosse concluído,⁴⁵⁷ ao passo que *addico* era a pronúncia que o magistrado adicionava àquela da parte, aprovando-a e atribuindo-lhe eficácia.⁴⁵⁸ *Dico*,⁴⁵⁹ por sua vez, teria um valor de comando sobretudo para que as partes se reconciliassem, além de representar outras pronúncias nas *legis actiones*.⁴⁶⁰

Sustentou-se, também, que em alguns casos, os *tria verba* eram pronunciados conjuntamente numa espécie de progressão, de modo que o *dico*, seguindo o *do*, teria confirmado o ato de concessão nele expresso, conferindo-lhe o valor constitutivo. O *addico* segue o *dico*, o qual, exprimindo a satisfação concreta, que se dá à pretensão, fecha o círculo do *agere*.⁴⁶¹

De qualquer forma, vejamos, sucintamente, o significado de cada um desses verbos, que não se mantiveram uniformes desde a origem:⁴⁶²

1º) *Dare*: originalmente, é a palavra da delegação. As expressões *dare* e *addicere iudicem*, historicamente, desenvolveram-se separadamente.⁴⁶³ A forma mais antiga é *dare iudicem*, que é atestada no processo das *legis actiones*.⁴⁶⁴ Com o desenvolvimento, esse verbo passou a referir-se a um *dar* que o magistrado tinha que

⁴⁵⁶ R. DÜLL, *Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris*, in ZSS, 57, 1937, pp. 76-93, o qual indica as fontes em que aparece a menção a cada um dos verbos separadamente.

⁴⁵⁷ Segundo G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 148, nt. 59, o único *dare* atestado seguramente no período das *legis actiones* era o provimento de nomeação do juiz, que se conclui do formulário da *iudicis arbitrivi postulatio* descrito em G. 4.17 (vide item 7.2.2 *supra*). No período subsequente do processo formular, esse tipo de provimento alcançou emprego maior como nas expressões *actionem (iudicium) dare, exceptionem dare* etc.

⁴⁵⁸ Essa definição encontra fundamentação em Fest. v. *addicere* p.12 L: *est proprie idem dicere et adprobare dicendo; alias addicere dammnare est*.

⁴⁵⁹ Para o período das ações da lei, o emprego de *dicere* é reduzido à atribuição da posse interina (*vindicias dicere*) encontrada em G.4.16 (vide item 7.2.2 *supra*); Liv. 3.44.11-12; D.1.2.2.24, além da indicação das partes para dirigirem-se ao terreno objeto do litígio no *manuum consertio* encontrado em Cic.*pro Mur.* 12.26 (vide nota 377 *supra*). Tais pronúncias ocorriam somente na *actio sacramentum in rem* e sequer tinham função determinante, segundo G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 148.

⁴⁶⁰ A opinião de R. DÜLL, *Tria verba praetoris* cit. (nota 456 *supra*), pp.76-93 é criticada por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 148, nt. 61 pela falta de indícios, além de não se tratar de matéria de comando, no mais das vezes, mas sim mero convite ou exortação.

⁴⁶¹ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), p. 181, em que se lê: *e perciò al do segue il dico, la parola che conferma l'atto, e che, manifestazione rilevabile e testimoniabile, dà all'atto il vero effetto giuridico, il valore costitutivo, di statuizione e prossegue e perciò a dicere segue l'addicere che, esprimendo la concreta soddisfazione che si dà alla pretesa, chiude veramente il cerchio dell'agere*. Hipótese essa criticada por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 150, nt. 62 por não encontrar apoio nas fontes e por não aceitar o valor constitutivo atribuído pelo primeiro.

⁴⁶² G. BROGGINI, *Ursprung* cit. (nota 429 *supra*), pp. 92-94; J.L. MURGA, *Derecho romano clásico. II: El proceso*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1980, pp. 37-39.

⁴⁶³ Ao contrário da tentativa de M. WLASSAK, *Gerichtsmagistrat* cit. (nota 454 *supra*), pp. 90-95 de amalgamar ambas.

⁴⁶⁴ Vide nota 457 *supra*.

realizar com relação a quem solicitava. O pedir e o dar podiam ocorrer de modo definitivo e extrajudicial em razão da solicitação do interessado, como, por exemplo, *dare tutorem*, *dare possessionem* ou com caráter transitório e processual como *dare actionem*, *dare exceptionem*, *dare arbitros*, *dare iudicem*, *dare diem* etc.

2º) *Dicere*: trata-se, indubitavelmente, da palavra mais importante e significativa das três, pois é ela que dá nome à própria jurisdição, que nada mais é do que derivada de *ius dicere*.⁴⁶⁵ É a atividade mais característica de todas e de definição mais difícil. Se com o passar do tempo, *dicere* veio a tornar-se aparentemente menos visível,⁴⁶⁶ isso não deve ser pressuposto para o início do processo, já que outras fontes de natureza epigráfica do final da República demonstram que *ius dicere* significava algo diverso do que *iudicem dare*, *addicere* ou mesmo *iudicium dare*. *Dicere* é acima de tudo a palavra da imediata decisão do magistrado e que indicava, na origem, uma decisão concreta direta do magistrado.⁴⁶⁷

3º) *Addicere*: esse verbo exprime a confirmação de uma afirmação jurídica privada ou do magistrado. Desde que se consolidou a administração da justiça na *civitas*, cada execução era submetida a essa palavra. Em *addico*, há mais do que um efeito meramente declaratório. Este verbo equivaleria a aprovar, com a mera presença, qualquer atuação realizada perante o órgão jurisdicional.⁴⁶⁸ No processo não bipartido, a *addictio* representava o final normal do processo, ou seja, a verificação do direito (*ius dicere*) provocava imediatamente uma *addictio*, ou seja, uma pronúncia do magistrado.⁴⁶⁹

Pois bem, admitindo-se a relação entre a pronúncia dos *tria verba* e o exercício da *iurisdictio*, faz-se mister saber se dessa relação deve ser desumida a essência, o conteúdo originário da *iurisdictio*.

Contudo, já se duvidava dessa relação⁴⁷⁰ ou mesmo se acreditava que a pronúncia dos *verba* pode ter sido o modo ou a forma, em que se exercitou a *iurisdictio*, mas não pode ter representado o conteúdo dessa atividade.⁴⁷¹

⁴⁶⁵ Sobre a etimologia, vide item 8.2 *supra*. A etimologia entre os autores antigos foi reunida em dicionário por R. MALTBY, *A Lexicon of Ancient Latin Etymologies*, Leeds, Francis Cairns, 1991, o qual traz para *dico* as seguintes explicações baseadas em Non. P.280.16: *dicere est indicare* e Varr. *ling.lat.* 6.61: vide nota 433 *supra*.

⁴⁶⁶ Ou *farblos* (incolor) na expressão de M. WLASSAK, *Gerichtsmagistrat* cit. (nota 454 *supra*), pp. 86-87, que o considerava como tal por poder designar, de maneira geral, cada atividade do pretor.

⁴⁶⁷ Para G. BROGGINI, *Ursprung* cit. (nota 429 *supra*), p. 93, decisão essa no sentido de julgamento final.

⁴⁶⁸ Fest. v. *addicere* p.12 L: vide nota 458 *supra*.

⁴⁶⁹ Essa é a tese de G. BROGGINI, *Ursprung* cit. (nota 462 *supra*), p. 94.

⁴⁷⁰ F. DE MARTINO, *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), p. 51.

Outros autores seguiram caminho diverso na tentativa de explicar o termo *iurisdictio* por meio da individualização de um ato, no conjunto das atividades do magistrado, que constituísse exatamente um *ius dicere* no sentido de declaração ou indicação do direito.

A declaração do direito não teria sido o resultado completo dos atos praticados pelo magistrado, nem teria sido obtida por meio da decisão da controvérsia, mas teria tido a natureza de uma determinada e distinta pronúncia feita pelo magistrado no curso da fase *in iure*.⁴⁷²

Um primeiro aceno nesse sentido já se previu pelo ato do magistrado, que teria aberto a fase *in iure* com uma declaração de direito, à qual somente no curso do processo teria tido sequência com o *iudicium dare*.⁴⁷³

Essa hipótese foi melhor desenvolvida por F. DE MARTINO,⁴⁷⁴ o qual veio a afirmar que o *ius dicere* era a declaração da norma aplicável na controvérsia em questão. A *iurisdictio* é identificada com a indicação às partes litigantes da norma aplicável ao caso concreto ou a atividade lógica do magistrado com o escopo de mostrar o direito às partes e de admitir a ação ao demandante. Sua interpretação antevê na *iurisdictio* uma simples indicação de caráter técnico, que se torna necessária pelo rígido formalismo das ações da lei, atribuindo tal indicação originariamente aos pontífices e posteriormente ao pretor.⁴⁷⁵

Essa declaração teria sido um ato distinto dos provimentos emanados pelo magistrado na fase *in iure* e teria tido valor preliminar em relação a eles. Um rastro importante teria permanecido em várias leis,⁴⁷⁶ as quais, dispondo que o magistrado

⁴⁷¹ Essa opinião de G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 150.

⁴⁷² G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 151, o qual admitiu ter aderido a tal tese, esclarecendo que se convenceu do contrário posteriormente.

⁴⁷³ Esse aceno partiu de E.I. BEKKER, *Ius dicere-litem contestari* cit. (nota 429 *supra*), pp. 1-12, para quem *ius dicere* designava uma função concreta e substancial do magistrado, um ato preliminar, uma mais ou menos livre declaração que teria precedido a constituição da relação processual. Dela teria derivado o termo *ius* para designar o tribunal e posteriormente todo processo teria sido chamado *iurisdictio*. Em suma, a *iurisdictio* limitava-se a uma declaração introdutória do processo (*Erklärung*).

⁴⁷⁴ *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), pp.61-65, 141-144, 149-152, 166-175.

⁴⁷⁵ A propósito da jurisdição pontifical, vide item 5.4 *supra*.

⁴⁷⁶ Essas leis são relativamente recentes e referem-se ao processo formular, mas verossimilmente também ao processo das ações da lei, como a *Lex Agraria [Baebia?]* 35 de 111 a.C., in *FIRA*, v.1, Florentiae, Barbera, 1968, p. 111:... [*que tum erit, de ea re iu]ris dictio, iudici iudicis recuperatorum datio esto* (então caberá, nessa causa, a *iurisdictio* assim como a nomeação de um juiz, um tribunal de *recuperatores*). Também a *Lex Antonia de Termessibus*, 2.2-5, in *FIRA*, v.1, pp.136-137: *...magistratus pr[oue] magistratu, quia de ea re iuris dictio erit, qu[oque] de ea re in ious aditum erit, ita de ea re iuos deicunto iudicia recuperationes danto, ute ei[i] eos recuperare possint*. Outrossim, a *Lex (Rubria) de Gallia Cisalpina*, 20.17-18, in *FIRA*, v.1, p. 171: *d(e) e(a) r(e) ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito...* Para aprofundamento acerca da *Lex Agraria*, veja-se K. JOHANNSEN, *Die lex agraria des Jahres 111 v. Chr. Text und Kommentar*,

exercesse a sua função em determinadas relações jurídicas e para a solução de certas controvérsias, prescreviam-lhe, frequentemente, de maneira distinta *ius dicere*, *iudicium dare*, *iudicare iubere* etc, que daria a entender que o *ius dicere* era um provimento independente.⁴⁷⁷

Essa tese recebeu várias críticas sobretudo pelo fato de o termo *dicere* não indicar, na linguagem técnica romana, um ato puramente declaratório, mas sim por ter significado imperativo, à medida que se referia, via de regra, a um estatuir.⁴⁷⁸

Ademais, não se consideram suficientemente justificados quais poderiam ser o objetivo e o alcance dessa declaração, mesmo porque a função do magistrado não podia ser aquela de mero consultor das partes, sugerindo-lhes a qualificação jurídica da controvérsia.⁴⁷⁹

Também se acrescenta o argumento de que outras leis designam, com o termo *iurisdictio*, a atividade do magistrado em seu conjunto sem distingui-la em algum modo da *iudicis datio*.⁴⁸⁰

G.I. LUZZATTO também opôs objeções à orientação de F. DE MARTINO, embora a ela se filiasse.⁴⁸¹ Segundo ele, a dificuldade principal concerne à estrutura do processo romano por considerar que esse surge, em sua fase originária, como o enquadramento de atos de defesa privada a um ritual prescrito pela lei. Esse ritual, em um

München, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der L.M.Universität, 1971.

⁴⁷⁷ *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), pp.62-65.

⁴⁷⁸ Como já observado por C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), pp. 182-195, que denomina um inteiro capítulo de '*ius dicere*' como *statuizione del diritto*.

⁴⁷⁹ Neste sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp.152-153. Para o autor, dever-se-ia supor que não só o processo, mas também que a própria decisão da lide ocorresse em duas fases, a primeira das quais sobre o direito por parte do magistrado, o qual teria declarado a norma aplicável com uma específica pronúncia, e a segunda das fases por parte do juiz, o qual teria aplicado tal norma no caso concreto. O *ius dicere*, em sentido estrito, teria consistido naquela pronúncia do magistrado. Contudo, pela descrição de Gaio ou pela reconstrução de outras fontes, não se verifica uma pronúncia nesse sentido e não se compreende em qual momento e modo pudesse ser executada.

⁴⁸⁰ Objeção essa contra o argumento das leis (nota 476 *supra*) formulada por G.I. LUZZATTO, *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp. 196-199 e corroborada por G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 153-154. Esse último não acredita que as leis invocadas por F. DE MARTINO tenham ordenado aos magistrados declararem, primeiramente, a norma aplicável e depois autorizarem um *iudicium*, nomeando um juiz etc, mas sim que lhes tenham prescrito o exercício de seu ofício, ou seja, *ius dicere* e, em particular, *iudicem dare*, etc. Em outras palavras, a distinção feita não era entre uma ou outra pronúncia do magistrado, mas sim entre o seu ofício ou função, considerados em conjunto, e atos específicos, nos quais se manifestava e que pareciam necessários nos casos concretos. G. PUGLIESE, para corroborar suas alegações, invoca outra lei. Vejamo-la: *Lex Plaetoria de iurisdictione*, in *FIRA*, v.1, p.80: *Praetor urbanus, qui nunc est quique posthac fuat, duo lictores apud se habeto usque supremam ad solem occasum iusque inter cives dicito*.

⁴⁸¹ *Procedura civile* cit. (nota 315 *supra*), pp. 199-204 e *Giurisdizione* cit. (nota *supra*), pp. 191-192. Como visto (item 5.5 *supra*), para G.I. LUZZATTO, esse desenvolvimento progressivo do processo civil romano explicaria inclusive a bipartição da instância.

segundo momento, seria exercitado *in iure*, perante um magistrado, que fiscaliza o cumprimento das normas e o pronunciamento das palavras prescritas. Somente em um desenvolvimento posterior, depois da contestação da legitimidade do ato de defesa privada por parte do sujeito passivo, inclui-se, no procedimento executivo, a nomeação de um juiz com o objetivo de verificar qual das duas partes teria agido *iure* e qual não. Admitindo-se tal desenvolvimento progressivo do processo civil, é claro que a jurisdição não poderia limitar-se a ser uma simples indicação da norma a seguir e tampouco que haveria lugar para uma intervenção autônoma dos pontífices na noção de *iurisdictio*.

Uma terceira orientação entende a *iurisdictio* como o estatuir o direito, interpretação essa trazida inicialmente por C. GIOFFREDI, o qual sustentou que a *iurisdictio* consistia no estatuir (*dicere*) um vínculo, um regime jurídico concreto (*ius*) entre os particulares, numa relação atinente a eles, em garantia do interesse público.⁴⁸²

Essa tese do estatuir o direito aplicável no caso concreto teve ulteriores desenvolvimentos na doutrina com G. PUGLIESE e M. KASER.

Partindo dessa hipótese, G. PUGLIESE elenca algumas observações, que denomina *esclarecimentos*.⁴⁸³

Em primeiro lugar, estatuir o direito concernia ao caso concreto controverso e não à imposição de normas abstratas, derogando *leges* e costumes.

Em segundo lugar, o ordenamento jurídico romano, quer antes da Lei das XII Tábuas, quer em parte depois delas, não era um sistema completo de normas abstratas, do qual se podia extrair a solução do caso concreto com base em simples silogismo, mas sim se tratava de um ordenamento em que as normas abstratas representavam uma

⁴⁸² *Contributi* cit. (nota 429 *supra*), pp.10-13 e *Diritto e processo* cit. (nota 428 *supra*), pp. 63-72, 182-195. A respeito da etimologia, vide item 8.2 *supra*. C. GIOFFREDI observa que, primeiramente, entendeu-se *dicere* como *enunciar, pronunciar, exprimir*, esquecendo-se de que, em matéria de relações jurídicas, *dicere* não tem valor declaratório, mas constitutivo de *estatuir, fixar, impor*. Reportando-se às expressões *dictatorem dicere, dotem dicere, multam dicere, diem dicere, edicere, interdicere*, o autor ressalta esse valor de *estatuir* e *fixar* do verbo *dicere*. Ainda que se reconheça um sentido de *declarar* em razão da oralidade da função, não seria um *declarar* em modo puramente enunciativo, mas sim com efeito constitutivo e vinculante. Define o *ius dicere* como uma manifestação de vontade, que se concretiza na emanação de um provimento, quer contenha o esquema do julgamento que o árbitro deve desenvolver, quer atue ele mesmo, também em via provisória, um regime jurídico entre os particulares. Em suma, *estatuir um direito* corresponde à determinação por força de autoridade daquilo que é, ao mesmo tempo, a expectativa de cada um, do ponto de vista subjetivo, e a regra do caso concreto, no sentido objetivo. A partir dessa hipótese, G.I. LUZZATTO, *Giurisdizione* cit. (nota 430 *supra*), p. 192, conclui que a *iurisdictio* aparenta não uma simples indicação técnica, mas a declaração vinculativa do ritual a seguir e das fórmulas a pronunciar, de modo que o fundamento de tal enunciação não pode ser outro do que o *imperium*, excluindo a existência da jurisdição pontifical.

⁴⁸³ *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 155-157.

exceção. Deste modo, o magistrado não podia limitar-se a desumir da norma abstrata, logicamente, a regra jurídica concreta, mas devia parcialmente criá-la por si e ainda que permanecesse no âmbito restrito do caso concreto, contribuía a individualizar e de qualquer modo também a formar uma ou outra norma consuetudinária.⁴⁸⁴

Em terceiro lugar, o estatuir o direito não implicava uma específica pronúncia do magistrado ou mesmo um ato distinto com o qual declarava a norma aplicável, mas sim era o resultado das outras normais pronúncias do magistrado. Como essas outras pronúncias tinham como resultado o estatuir o direito no sentido de determinação do modo em que o caso concreto devia ser regulado, é preciso supor que resolvessem a controvérsia.

Em quarto lugar, urge verificar se efetivamente havia correspondência entre o *ius dicere* como próprio do magistrado e o *iudicare* como específico do órgão judicante.⁴⁸⁵ Na realidade, houve um período em que não houve essa distinção, porque não havia um órgão judicante diverso do magistrado.⁴⁸⁶

Mas mesmo depois da bipartição do processo e a consequente nomeação de um juiz, não se distinguiu brevemente entre *ius dicere* e *iudicare*, pois a distinção veio maturando com o passar do tempo, depois do início da atividade do juiz e da Lei das XII Tábuas. No período mais antigo, o magistrado, ou melhor o rei, resolvia a controvérsia mediante a *addictio*,⁴⁸⁷ com a qual podia reconhecer fundamentada a *vindicatio* de uma das partes, autorizar a condução (*ductio*) e aprisionamento do indivíduo sujeito à *manus iniectio* ou declarar acerca do *sacramentum*. Nenhuma das pronúncias configurava uma sentença, mas resolvia o litígio, regulando juridicamente a relação entre as partes, ou seja, estatuinto o direito no caso concreto. No começo do século V a.C., o magistrado teria delegado a tarefa de pronunciar sobre os *sacramenta* a um *iudex*, assim como nos casos de *iudicis postulatio*.

⁴⁸⁴ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 156, nt. 76 esclarece que esse *ius* geral, para cuja criação o magistrado contribuía, era *ius civile*, pois era baseado nos costumes, funcionando os precedentes somente como elemento de tais costumes. Tampouco o magistrado considerava afastar-se do sistema vigente constituído de um conjunto de princípios mais ou menos vagos, de normas consuetudinárias e alguns preceitos legislativos. Somente muito mais tarde a partir do século III a.C., o pretor começou conscientemente a alterar o sistema vigente, caso necessário, e a dar vida a um novo *ius* de caráter geral, o *ius honorarium*.

⁴⁸⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 157-162.

⁴⁸⁶ Admitindo-se que a bipartição não seja originária no processo civil romano.

⁴⁸⁷ A identificação da *ius dicere* primitivo com a *addictio* também se encontra em P. VOCI, *Imperium* cit. (nota 23 *supra*), p. 86, para quem o magistrado *dicat* o *ius* da parte (do autor, que tem razão), ou seja, legítima a ação executiva iniciada, que assim se transforma de mera autodefesa privada em procedimento autorizado pelo Estado, permanecendo o significado ainda íntegro no termo *addicere*.

Pode-se acreditar que nessa época inicial, tanto a atividade do magistrado, quanto aquela do *iudex* tenham sido consideradas um *ius dicere*, o que se deduz da própria raiz do termo ⁴⁸⁸ e do uso de *iudices* para qualificar os magistrados supremos.⁴⁸⁹ A atividade do magistrado continuou a considerar-se um estatuir do direito em parte porque ainda resolvia a controvérsia em vários casos mediante a *addictio* e em parte porque a delegava ao juiz para resolver.⁴⁹⁰

G. PUGLIESE conclui no sentido de que *ius dicere* e *iurisdictio* vieram a ser aquela específica e indireta atividade de estatuir o direito no caso concreto, que consistia em presidir a primeira fase dos processos civis, encerrá-lo com uma própria pronúncia em caso de ausência de oposição do réu e estabelecer as premissas para a decisão pelo juiz.⁴⁹¹

M. KASER, por sua vez, define *ius dicere* como a pronúncia do direito no caso concreto, devendo pressupor-se que, em tempos arcaicos, o próprio titular do poder proclamava a decisão.⁴⁹²

No entanto, para o processo tradicional mais antigo da *legis actio sacramento*, que não se limitava a questões de direito privado, mas também de direito criminal, não faltam razões para a aceitação de que no período, em que o titular do poder não mais proferia o julgamento sozinho, mas sim já nomeava juízes (*iudices*, *arbitri* etc), o magistrado não atuava como mero porta-voz dos verdadeiros julgadores, mas sim proclamava o julgamento como se fosse próprio, porque somente a ele era atribuído o

⁴⁸⁸ Sobre a etimologia de *iudex*, vide item 8.2 *supra*.

⁴⁸⁹ Varr. *ling.lat.* 6.88: *in commentariis consularibus scriptum inveni: qui exercitum imperaturus erit, accenso dicto*; vide nota 266 *supra*; Liv. 3.55.12: vide nota 16 *supra*. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. (nota 119 *supra*), p. 60

⁴⁹⁰ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p.159. Para o autor, o *iudex* não apenas era nomeado pelo magistrado, mas aparecia como um seu delegado. Dessa forma, G. PUGLIESE explica por que a pronúncia do *iudex* era também considerada um *ius dicere*, seja porque resolvia a controvérsia, estatuinto a regra jurídica, seja porque a exercia por delegação do magistrado, sendo, pois, parte de sua atividade, que o próprio magistrado teria exercitado, em caso contrário. Desse modo, pode-se entender o porquê de o texto da Lex XII Tab, 8: *post meridiem praesenti litem addicito* referir-se a *addicere* para qualificar a atividade do *iudex*. G. PUGLIESE continua a explicação de sua hipótese com a derivação do verbo *iudicare* a partir do *iudex* e uma posterior especificação dos termos depois da Lei das XII Tábuas, quando o *iudex* teria adquirido uma autonomia e não aparecia mais delegado do magistrado. Portanto, as expressões *ius dicere* e *iurisdictio* foram reservadas ao magistrado, embora não mais estatuisse o direito, ou seja, não estabelecesse mais a regra jurídica do caso concreto, mas apenas as premissas para sua determinação pelo juiz. O termo *iudex* veio a ser reservado ao juiz e perdeu a sua conexão originária com o *ius dicere* (Varr. *ling.lat.* 6.61: *...iudex quod iudicat accepta potestate*; vide nota 265 *supra*), enquanto que atividade e o poder do juiz encontraram a sua designação técnica nos termos *iudicare* e *iudicatio*. Embora a raiz de ambas expressões fosse a mesma, a diferença morfológica ressaltava a diferença conceitual entre magistrado e juiz, além da atividade e poder de um e de outro. Contudo, temos que essa evolução descrita por G. PUGLIESE não esclarece completamente a questão, principalmente por que e quando teria surgido a necessidade de distinguir a atividade do magistrado e daquela do juiz, inclusive com a especialização das funções (*ius dicere* e *iudicare*).

⁴⁹¹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p.161.

⁴⁹² *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 40-44.

poder de decidir de maneira vinculativa os litígios em nome do Estado. Outrossim, pode-se admitir que o processo perante esses juízes nomeados permanecia sob a supervisão do magistrado, de modo que pudesse repelir violações de direito e abusos.

Por conseguinte, tem-se que o julgamento nesses processos arcaicos limitava-se à alternativa *sim* ou *não* (*sacramentum iustum* ou *iniustum esse*) e em casos criminais à alternativa *culpado* ou *não culpado*. Somente com a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que remonta à Lei das XII Tábuas, é delegado aos juízes privados, além do julgamento, a pronúncia dele.

Distintamente de G. PUGLIESE, M. KASER defende que desde que o julgamento foi transferido a determinados juízes, independentemente de terem anunciado o julgamento ou não, *ius dicere* designa somente a determinação da questão jurídica sobre a qual o juiz tem que decidir por meio da sentença.

Deste modo, o *ius dicere* do magistrado separa-se do juiz, ao qual pertencem os conceitos de *iudex*, *iudicare*, *iudicatum* e presumivelmente também *iudicium*. Na *iurisdictio*, inclui-se o conjunto das decisões do magistrado, que era necessário à fase inicial do processo, à introdução da execução e à sua supervisão. A essência dessas medidas abrange uma plenitude de autoridade estatal.⁴⁹³

R. SANTORO, por sua vez, formula tese diversa no sentido de que *iurisdictio* equivaleria à determinação do rito em razão da autoridade,⁴⁹⁴ partindo da ideia de que *ius* tivesse assumido sentido equivalente a *rito*. Para o autor, os atos designados pelos *tria verba* têm em comum a determinação do procedimento a seguir para a solução da controvérsia. O que é colocado por meio da pronúncia do magistrado é um complexo de

⁴⁹³ Essa interpretação da doutrina no sentido de qualificar a *iurisdictio* romana como o estatuir o direito aplicável no caso concreto, cujos principais representantes são G. PUGLIESE e M. KASER, tem-se afirmado. Essa interpretação, contudo, aproxima-se somente em aparência àquela indicada por G.I. LUZZATTO, *Giurisdizione* cit. (nota 430 *supra*), pp. 191-192, conforme sua própria avaliação, já que haveria diferenças de conteúdo e pressupostos. Para aquela, o direito ter-se-ia desenvolvido como casuísta (*Fallrecht*), isto é, por meio de várias resoluções separadas de casos concretos, além de pressupor uma originária unidade do processo civil romano, cuja divisão teria caráter mais recente e o não acolhimento da tese de que o processo romano teria surgido e desenvolvido por meio do enquadramento legal e da ritualização da defesa privada, o que é defendido por G.I. LUZZATTO.

⁴⁹⁴ *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp.168-180. O autor parte da sugestão de H. LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit. (nota 180 *supra*) p. 114, que define o *ius* como *rito* e a *iurisdictio* consistisse em uma simples enunciação do rito. Com efeito, baseando-se no sentido original de *dicere* como *mostrar*, H. LEVY-BRUHL aduz que: *mais c'est à son sens premier qu'il faut avoir recours pour expliquer le mot iurisdictio. S'il en est bien ainsi, ce terme voudrait dire: le pouvoir de montrer, de faire connaitre le jus. Or le jus, nous l'avons dit maintes fois, c'est anciennement les rites et les formules traditionnelles. À une époque où les règles de droit n'étaient ni écrites ni publiées, il était nécessaire d'être guidé dans leur emploi par un technicien qui, sans doute, était alors revêtu d'un caractère sacré. Il ne s'agissait pas pour lui d'établir une règle de droit nouvelle, mais d'indiquer la voie à suivre, de 'montrer' aux plaideurs les pièges dont était parsemée la procédure.*

regras formais, que pode ser resumido no valor de *ius* com o sentido de *rito*. Não se trata, porém, da época da origem, mas sim do período coincidente com a fase de desenvolvimento do processo das *legis actiones*, em que as fórmulas vinham aumentando em razão da adaptação assiduamente realizada pelos pontífices.⁴⁹⁵

Para essa ilação, R. SANTORO distingue os atos expressos pelo termo *addicere*, que parecem, diretamente, voltados para a solução da controvérsia. Analisando as expressões mais antigas do *addicere*, sobretudo no procedimento da *vindicatio*, conclui no sentido de que se tratava de uma aprovação (*adprobatio*) pronunciada pelo magistrado, a qual, originariamente, era uma expressão de *auctoritas*, que corresponderia, na época mais antiga, a um incremento de força. Deste modo, defende que a *addictio* deva ser considerada como uma confirmação no sentido mais concreto da palavra, ou seja, uma pronúncia, que confere força ulterior a uma pronúncia precedente.

R. SANTORO conclui que a determinação do significado originário da *iurisdictio* está plenamente de acordo com o significado de *ius* como *força ritual* por ele atribuído.⁴⁹⁶

8.4. IURISDICTIO E IMPERIUM

Além das controvérsias relativas à origem e ao conteúdo da *iurisdictio*, tornou-se corrente na doutrina outro problema relativo à relação entre *iurisdictio* e *imperium*.⁴⁹⁷

Contudo, os aspectos práticos que a distinção pode assumir, sobretudo no tocante à existência de magistrados dotados de *iurisdictio*, mas privados de *imperium*, assim como a distinção dos atos jurisdicionais e atos *magis imperi quam iurisdictionis* manifestaram-se somente em período posterior ao processo formular.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Acenos das fontes a uma *iurisdictio* dos pontífices, vide R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), p. 171. A propósito, vide item 5.4 *supra*.

⁴⁹⁶ R. SANTORO, *Potere* cit. (nota 298 *supra*), pp. 222-230.

⁴⁹⁷ Para bibliografia sobre o *imperium*, vide nota 23 *supra*.

⁴⁹⁸ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 162.

Existiram, sobretudo, duas teorias ou dois grandes grupos delas para explicar a relação entre a *iurisdictio* romana e o *imperium*, considerando a independência da primeira em relação ao segundo.⁴⁹⁹

A primeira delas identifica a *iurisdictio* com o *imperium* geral de que gozam os magistrados romanos, apresentando distintas nuances, quer reconhecendo a *iurisdictio* inicial com o próprio *imperium*, quer como apenas um aspecto dele, do qual veio a isolar-se.

A segunda teoria, por sua vez, considera a *iurisdictio* como uma capacidade própria e específica dos magistrados, que presidem os litígios, e que, pois, não tem a ver com o *imperium*.

Ambas posições doutrinárias reforçam sua postura com vários argumentos, como se vê a seguir.

A identificação da *iurisdictio* com o próprio *imperium* geral dos magistrados romanos é característica da teoria de F. LEIFER.⁵⁰⁰

Seus argumentos principais são, basicamente, de duas ordens: a) relativos à etimologia do de *iurisdictio*; b) apoiados na história da Magistratura romana.

Analisemos ambos grupos de argumentos.

⁴⁹⁹ J.L. MURGA, *Derecho* cit. (nota 462 *supra*), pp. 39-41; G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 162-168, o qual destaca que é natural que a questão seja influenciada pelas incertezas sobre a noção ou o mito do *imperium*, mas o autor defende que se nos ativermos aos dados historicamente confirmados, poderíamos talvez concordar na constatação dos próprios romanos de que o *imperium* era um poder geral de comando militar e não militar conferido pelo povo a certos magistrados, graças ao qual podiam exercer todas as funções consideradas por eles oportunas para o governo em sentido amplo sem necessidade de que os vários poderes lhes fossem conferidos especificadamente.

⁵⁰⁰ *Einheit* cit. (nota 23 *supra*), pp. 68-86. O autor também inclui textos da jurisprudência clássica, tais como D. 5.1.58 (Paul. 13 *ad Sab.*): *iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit*; D.2.1.14 (Ulp 39 *ad ed.*): *est receptum eoque iure utimur, ut si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit ei et adversus eum ius dici*; D. 36.1.13.4 (Ulp. 4 *fidei.*): *tempestivum est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem: veluti si praetor aut consul fuerit heres institutus suspectamque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? Et dicendum est praetorem quidem in praetorem vel consulem in consulem nullum imperium habere: sed si iurisdictioni se subiciant, solet praetor in eos ius dicere, sed et si ipse praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit, quia triplici officio fungi non potest, et suspectam dicentis et coacti et cogentis...*(é oportuno perguntar por quem alguém será obrigado a entrar na posse de uma herança ou restituí-la, como se um pretor ou cônsul tivesse sido instituído herdeiro, e dissesse que a herança era suspeita, poderá ser obrigado a entrar na posse dela e a restituí-la? Deve ser dito que, seguramente, o pretor não tem nenhum *imperium* sobre o pretor, ou o cônsul sobre o cônsul, mas se submetessem à sua jurisdição, o pretor costuma dizer o direito em relação a eles. Mas se o mesmo pretor, instituído herdeiro, dissesse que a herança era suspeita, ele não poderá compeli-lo a si próprio, porque não pode exercer tríplice função, aquela de quem diz que é suspeita, a do compelido e a do que compele...). Segundo F. LEIFER, *ob.cit.*, pp. 21-67, a oposição entre *imperium* e *iurisdictio* já era um dos temas favoritos da antiga doutrina desde os glosadores, apresentando o autor um panorama da doutrina desde então.

a) A etimologia das palavras latinas pode conferir um caráter convincente, sobretudo no estudo das instituições arcaicas, já que arrastam um significado originário, muitas vezes precioso e insubstituível. Segundo F. LEIFER, a palavra *iurisdictio* composta de *ius* e *dicere*⁵⁰¹ não deve, contudo, limitar-se a uma tradução literal de *dizer o direito* ou *dizer a norma aplicável*. O verbo latino *dicere* suporia um dizer dotado de sentido forte e impositivo muito mais próximo à ideia de *mandar* ou *fixar obrigatoriamente*, como na maioria das antigas expressões latinas, em que aparece esse verbo, como *multam dicere*. Alguns dos compostos de *dicere*, como *dictum*, *dictare*, *dictator* etc mantiveram durante muito tempo o significado originário, em que claramente parece predominar a idéia de *imperium* própria do poder político. F. LEIFER defende, portanto, que *ius dicere* e *iurisdictio*, assim como seus derivados, tiveram desde suas origens mais remotas um significado semelhante a *impor uma norma* ou *fixar o direito aplicável* aos litígios com um claro sentido de obrigatoriedade.

b) O estudo histórico do pretor, enquanto Magistratura mais destacada na jurisdição, o qual nasceu possivelmente como *collega minor* dos cônsules, ou seja, como mera derivação do poder consular. O desprendimento de parte do *imperium*, com a criação da pretura, deu origem a uma Magistratura com natureza idêntica àquela da qual derivou, de modo que os pretores tiveram que atuar de maneira igual ou com poder idêntico ao dos cônsules. Segundo esse exame político, chegar-se-ia a uma idêntica conclusão, qual seja, a jurisdição não seria mais do que o poder ordinário do Estado exercido por meio dos órgãos concretos encarregados da solução das controvérsias e tal poder seria convertido cada vez mais no centro do processo romano, marcando clara prevalência dos elementos publicísticos.

A adoção da teoria em questão no sentido de que a *iurisdictio* não foi nada mais do que o próprio *imperium* geral dos magistrados romanos suporia, pelo menos em princípio, várias conseqüências no estudo do processo civil romano:

a) em primeiro lugar, seria necessário admitir que a intervenção do pretor foi uma atuação com faculdade decisória. O magistrado teria uma autêntica capacidade criadora e seria ele quem teria a última palavra em cada caso pela sua própria regulamentação processual;

⁵⁰¹ Analisamos a etimologia no item 8.2 *supra*.

b) pela mesma razão, a força e obrigatoriedade da sentença estariam apoiadas principalmente no poder político dos pretores, derivando desse poder tanto o caráter vinculante como a necessidade de cumprimento;

c) por último, a força expansiva do poder romano e da Magistratura transformaria o litígio cada vez mais até o ponto de o processo ter mais caráter público do que privado.⁵⁰²

M. LAURIA, por sua vez, defende que o *imperium* coincide exatamente com o mando ordinário dos magistrados, enquanto que a *iurisdictio* supõe capacidade política distinta.⁵⁰³

Para combater os argumentos de F. LEIFER, M. LAURIA mantém opinião contrária por entender que a jurisdição dos pretores nunca é identificável com o *imperium* das demais Magistraturas, baseando-se em dois argumentos:

a) Análise da história política da Magistratura pretoriana. O autor destaca o fato de que a pretura nunca foi uma Magistratura normal, já que apareceu com um caráter excepcional desde o início e nunca foi colegiada. A trajetória que marca a história do pretor urbano é muito diferente dos demais cargos públicos. Enquanto que a política republicana foi limitando, cada vez mais, o *imperium* de todas magistraturas, a *iurisdictio* dos pretores foi aumentando paulatinamente, sobretudo a partir da *Lex Aebutia*. Outro dado utilizado por M. LAURIA para comprovar as manifestações distintas de ambos poderes, é que o *imperium* admite graus, como *imperium infinitum*, *imperium minor*, *imperium maius*, ao passo que a *iurisdictio* não os admite, mostrando-se sempre idêntica. Também pelo fato de os magistrados nunca poderem submeter-se ao *imperium* dos outros, mas sendo possível a submissão à *iurisdictio*, caso litigassem;

b) contudo, talvez o argumento decisivo para M. LAURIA seja o que se pode deduzir dos próprios juristas clássicos. Em alguns textos de Ulpiano e Paulo, parece não haver dúvida de que a jurisdição nada teve a ver com o *imperium*, sobretudo nos denominados meios complementares da tutela pretoriana, como os interditos, que eram qualificadas por tais juristas clássicos, como atos *magis imperii quam iurisdictionis*, ou

⁵⁰² J.L. MURGA, *Derecho cit.* (nota 462 *supra*), p. 40.

⁵⁰³ *Iurisdictio cit.* (nota 429 *supra*), pp. 481-538.

seja, atos mais de império do que de jurisdição em alguns textos do Digesto (D. 2.1.4;⁵⁰⁴ D. 50.1.26).⁵⁰⁵

Considerando essa hipótese, as consequências seriam distintas para o processo civil romano:

a) a intervenção pretoriana, sem poder e sem mando propriamente dito, teria um caráter meramente declaratório. A missão não seria criadora, mas sim manifestadora de um direito já existente, ao qual o pretor trataria de dar eficácia com sua jurisdição;

b) pela mesma razão, a força da sentença não estaria apoiada na potência do poder político, mas sim no prévio acordo processual das partes denominado *litis contestatio*;

c) por fim, o processo teria uma natureza eminentemente privatística.⁵⁰⁶

Essa tese da absoluta independência da *iurisdictio* do *imperium* é considerada insustentável em razão de uma série de fontes,⁵⁰⁷ das quais emerge a conexão entre os dois poderes, ou melhor, a dependência lógica daquela em relação a esse.⁵⁰⁸

Também se considera insustentável a tese da unidade do *imperium* em relação ao qual a *iurisdictio* não teria podido individualizar-se, nem obter autônoma consideração.

Não somente a *iurisdictio*, mas também uma ou outra aplicação da *coercitio* poderiam prescindir do *imperium*, à medida que era possível a atribuição da respectiva tarefa a um magistrado sem *imperium*.

Com efeito, o *imperium* era um poder em conjunto teoricamente ilimitado, salvo algumas específicas restrições impostas pela lei. Em período mais avançado da

⁵⁰⁴ D.2.1.4 (Ulp. 1 ad ed.): *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis* (a determinação de prestar caução, por meio de estipulação pretoriana, e a *missio in possessionem* são [atos] mais de *imperium* do que de *iurisdictio*).

⁵⁰⁵ D.50.1.26 (Paul.1 ad ed.): *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa* (O magistrado municipal não pode fazer aqueles atos, que são mais de *imperium* do que de *iurisdictio*. Aos magistrados municipais não é permitido a *restitutio in integrum* ou que mandem possuir os bens para conservação da coisa ou para conservar o dote ou para conservar os legados).

⁵⁰⁶ J.L. MURGA, *Derecho* cit. (nota 462 *supra*), pp. 40-41.

⁵⁰⁷ Dais quais, citemos D.1.21.3 (Iul. 5 dig): *et si praetor sit is, qui alienam iurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur* (e se o próprio pretor é aquele que exerce jurisdição alheia, não age, porém, por seu próprio *imperium*, mas por aquele que lhe deu mandato para dizer o direito); D. 36.1.13.4 (Ulp. 4 *fidei*.): vide nota 500 *supra*.

⁵⁰⁸ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 163.

República, percebeu-se que o *imperium* compreendia uma série de poderes específicos e que eles podiam ser isolados do complexo, seja no sentido de não serem atribuídos a um magistrado mesmo provido de *imperium*, seja no sentido de serem reconhecidos cabíveis a magistrados sem *imperium*. Dentre esses vários poderes, fazia parte a *iurisdictio* apesar da maior complexidade de seu conteúdo em relação aos outros poderes.⁵⁰⁹

J.L. MURGA tenta harmonizar ambas teorias.⁵¹⁰ De fato, reconhece que a palavra *iurisdictio*, tal qual designada pelas fontes como atividade própria dos órgãos encarregados da tutela dos direitos, aparece normalmente como sinônimo de *imperium*, dando razão a F. LEIFER. Acredita que a jurisdição devesse ser realmente um comando e verdadeiro poder político e que aqueles atos qualificados pelos juristas de *magis imperii quam iurisdictionis* seriam autênticos atos jurisdicionais, mas peculiares por prevalecer neles o aspecto político do comando de um modo mais claro e manifesto. Defende que tal expressão empregada pelos juristas clássicos não seja muito precisa, sobretudo se for considerada literalmente, já que daria a entender que tais atos teriam natureza jurídica distinta dos demais.

Para melhor entender a relação entre *imperium* e *iurisdictio*, teria que se considerar o primeiro como um feixe de possibilidades variadas de mando e governo, com um autêntico conjunto de manifestações do poder de mandar, imensamente complexo e variável ao longo da história constitucional romana. Nele, estaria incluída a própria *iurisdictio*. Deste modo, o *imperium* teria de mais específico o mando político e o poder decisório de governo, de modo que, como base do poder da Magistratura, resulta claro entender que a jurisdição ordinária seja autenticamente mando.

Por outro lado, J.L. MURGA defende que a expressão usada pelos juristas clássicos, *magis imperii quam iurisdictionis*, talvez queira indicar não exatamente que os

⁵⁰⁹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 164-165, o qual reforça o argumento, aduzindo que resulta das fontes que os magistrados *cum imperio*, como os côsules e o ditador, não exerciam a *iurisdictio* depois da instituição do pretor, de modo a parecerem praticamente desprovidos dela. Por outro lado, magistrados sem *imperium*, como os magistrados municipais e os edis curuis tiveram desde a origem a *iurisdictio* ou adquiriram-na. Para G. PUGLIESE, tal fato é normalíssimo, constituindo uma diferença fisiológica entre o *imperium* como um conjunto de poderes ou como poder não qualificado e a *iurisdictio* como poder específico, tendo uma determinada qualificação, o que explicaria a distinção pelos juristas clássicos dos atos jurisdicionais daqueles considerados *magis imperii quam iurisdictionis* e de outros ainda *neque imperii neque iurisdictionis*, como em D.26.1.6.2 (Ulp. l.38 *ad Sab*): *tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultus vel princeps* (a dação de tutor compete somente a quem o tenha conferido a lei, o senatusconsulto e o príncipe e não concerne nem ao *imperium* nem à *iurisdictio*).

⁵¹⁰ *Derecho* cit. (nota 462 *supra*), pp. 44-47. Embora não o admita expressamente, pode-se inferir que referido autor atribui caráter mais publicístico à *iurisdictio*, estando, de certo modo, mais próximo da teoria de F. LEIFER.

quatro meios complementares da tutela pretoriana (interditos, *stipulationes*, *restitutiones in integrum* e *missiones*) sejam de natureza especial e distinta, mas sim que neles, simplesmente, manifesta-se mais o aspecto de mando que constituía a base de todo ato político.

Algo semelhante é observado na jurisdição das *legis actiones* e do período formulário. Na primeira, a jurisdição se encontra submetida a um sistema ritual antiquíssimo, em que a intervenção do magistrado aparenta ser insignificante, ao passo que no segundo, há a impressão de que a jurisdição se desenvolveu e cresceu ao máximo. A diferença entre ambos é que, na primeira, encontramos um pretor que parece carecer de todo mando, como M. LAURIA teorizou, enquanto que no segundo, ao contrário, o magistrado decide e fixa a norma processual necessária, dando razão a F. LEIFER. Em suma, não se trataria de espécies diversas de jurisdição, uma separada do *imperium* e outra unida a ele, já que a jurisdição do pretor sempre consistiu um autêntico mando e *imperium*, sendo Magistratura análoga às demais.

Segundo G.I. LUZZATTO,⁵¹¹ as duas hipóteses extremadas, seja de M. LAURIA, seja de F. LEIFER permaneceram sem seguidores. Como visto, enquanto o primeiro antevia na *iurisdictio* a simples pronúncia dos *tria verba* pelo magistrado no âmbito das ações da lei e sem nenhuma relação com o *imperium*, o segundo identificava a própria *iurisdictio* com uma específica manifestação do *imperium*, noção unitária, que não admitia diferenciações.

Neste contexto, como oposição à tese de F. LEIFER, ressalte-se o fato de ter havido magistraturas, como as municipais e a edilidade curul, cuja existência do poder de *imperium* é negada por muitos autores, embora tenham sido investidas de *iurisdictio*.

A ambas teses, existe também o obstáculo da existência de uma jurisdição delegada.⁵¹² Ora, se a jurisdição pode ser destacada do *imperium* e transferida a

⁵¹¹ *Giurisdizione* cit. (nota *supra*), p.191.

⁵¹² Liv. 24.44.2: *M. Aemilius praetor, cuius peregrina sors erat, iuris dictione M. Atilio collegae, praetori urbano, mandata, Luceriam provinciam haberet legionesque duas quibus Q. Fabius, qui tum consul erat, praetor praefuerat* (O pretor Marco Emílio, a quem foram atribuída a *iurisdictio* envolvendo estrangeiros, teve que delegar sua *iurisdictio* para seu colega Marco Atílio, pretor urbano, e ter Lucera como sua província e duas legiões, que Quinto Fábio, que então era cônsul, comandou como pretor); D.2.1.5 (Iul. 1. dig.): *more maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet* (por costume, foi estabelecido, que tão somente pode delegar a jurisdição, quem a tenha por direito próprio, não por benefício de outrem). D. 2.1.16 (Ulp. 3 *omn.trib.*): *solet praetor iurisdictionem mandare: et aut omnem mandat aut speciem unam: et is cui mandata iurisdictio est fungetur vice eius qui mandavit, non sua* (o pretor costuma delegar a jurisdição, tanto total, quanto parcialmente. E aquele a quem

magistrados dela desprovidos, isso significa que o conceito de *iurisdictio* é distinto daquele de *imperium*, mas significa também que a própria jurisdição encontrava seu fundamento no *imperium* do magistrado. Essa última noção seria confirmada pela terminologia *iudicia imperio continentia*, dando conta de que, na concepção romana, o fundamento da jurisdição era encontrado no poder de *imperium*.

Em suma, a relação entre a *iurisdictio* e o *imperium* do magistrado permanece não resolvida, sobretudo em razão da ausência de unidade sobre a origem e conteúdo desse poder de mando. À medida que a jurisdição compete somente aos magistrados superiores, não nasce nenhuma oposição entre *iurisdictio* e *imperium*, mas também nenhum motivo para derivar a primeira do segundo.⁵¹³

8.5. *IURISDICTIO CRIMINAL*

Neste item, analisaremos a questão atinente a eventual existência de *iurisdictio* em matéria criminal.

Segundo T. MOMMSEN, o direito e o dever do magistrado de proceder contra o cidadão, que viola o ordenamento da comunidade, era designado pelos romanos como *iuris dictio* ou *iudicatio*, em que se compreendiam tanto o ilícito moral, o *delictum*, quanto a violação das normas atinentes a direitos patrimoniais. Conforme o magistrado agisse sob provocação do lesado ou por si mesmo, distinguia-se o processo civil, em que o Estado surgia como árbitro entre o demandante e o demandado, e o processo público, em que o magistrado procedia de ofício contra o culpado. Como a cada violação da ordem pública, tanto a comunidade, quanto o próprio cidadão são considerados prejudicados, a distinção entre os dois campos até um certo grau é arbitrária e torna-se mais positiva ao longo do tempo com a cambiante legislação.⁵¹⁴

se delegou a jurisdição, exercerá as funções daquele que a delegou, não as próprias). A propósito, veja-se L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata*, in *SDHI*, 60, 1994, pp. 303-359.

⁵¹³ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 43, 185-186. Para o autor, trata-se de questão difícil, já que faltam fontes, que relacionem as *legis actiones* ao *imperium*. Entre as medidas atribuídas ao titular da jurisdição, não era exigida nenhum poder aumentado para a própria instauração da causa e supervisão do procedimento. Porém, a *addictio* de uma pessoa ou coisa ao adversário também foi reservada, mais tarde, aos titulares do *imperium*. M. KASER também esclarece que se juntou a jurisdição do pretor e mais tarde dos governadores de província ao *imperium*. Entre os dois extremos teóricos, há diversas opiniões de vários autores indicadas na p. 43, nt. 42, a quem nos reportamos para aprofundamento da bibliografia sobre o tema.

⁵¹⁴ *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), pp. 897-898 e *Staatsrecht* cit. (nota 5 *supra*), pp. 136-138.

O proceder da comunidade organizada contra o ilícito ético-político compreende tanto a coerção do desobediente (*coercitio*), quanto a jurisdição sobre o criminoso. No campo do direito público republicano, há uma nítida distinção conceitual e prática entre a justiça criminal e o poder de coerção do magistrado.

Essa opinião de T. MOMMSEN é objeto de crítica por parte de muitos autores.⁵¹⁵

De fato, observou-se que raramente se encontra nas fontes o vocábulo *iurisdictio* em referência ao poder do magistrado concernente ao processo criminal, sendo mais frequentes outros termos.⁵¹⁶

Nesse mesmo sentido, também se verificou que o uso de *iuridictio* para designar a função do magistrado no processo penal é muito raro nas fontes e não é do período clássico,⁵¹⁷ antevendo-se inclusive interpelações nelas.⁵¹⁸

⁵¹⁵ A denominação *coercitio*, utilizada por T. MOMMSEN, não era na verdade utilizada pelos romanos como um claro *terminus technicus*, conforme observado por W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), p. 140. Segundo T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. (nota 119 *supra*), p. 38, n.1, a distinção é nítida no tocante à coerção do magistrado no seguinte fragmento de Cic.*de leg.* 3.3.6: *magistratus nec oboedientem et noxium ciuem multa uinculis uerberibusue coerceto, ni par maiorue potestas populusue prohibessit, ad quos prouocatio esto* (o magistrado reprimirá o cidadão desobediente e nocivo com multa, cárcere ou varas, a menos que não seja vetado por um poder igual ou superior, ou o povo, que poderá exercer a *provocatio* contra aquele). No tocante ao poder da justiça criminal, no mesmo fragmento, o seguinte trecho: *cum magistratus iudicassit inrogassitue, per populum multae poenae certatio esto* (quando o magistrado tiver sentenciado e imposto a pena, a definição da multa ou da pena será feita pelo povo). O primeiro refere-se ao cidadão desobediente, mas não criminoso, limitando-se a multa, prisão e fustigação, ao passo que o segundo é o verdadeiro poder criminal e compreende a pena capital ao lado da pena pecuniária. Sobre a *coercitio*, veja-se o item 4.2 *supra*.

⁵¹⁶ Tal observação de F. LEIFER, *Einheit* cit. (nota 23 *supra*), pp.78-79. Os termos mais frequentes elencados pelo autor são: *imperium, coercitio, quaestio (iudicii publici), animadversio, ius animadvertendi, iudicatio, exercitio iudicii publici, cognitio (criminalium quaestionum), criminis executio* e semelhantes.

⁵¹⁷ F. DE MARTINO, *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), p.185-188. Essa opinião é corroborada por G.I. LUZZATTO, *Giurisdizione* cit. (nota 430 *supra*), p. 195, que acrescenta que a noção de *iurisdictio* é limitada ao processo civil no período clássico, tendo surgido o emprego do termo em relação ao processo criminal somente no século III d. C., quando a noção de *iurisdictio* é desnaturada em razão do prevailecimento da *cognitio*.

⁵¹⁸ Como nos seguintes textos trazidos por F. DE MARTINO, *Giurisdizione* cit. (nota 192 *supra*), p.185-188, a saber: D. 1.21.1pr (Pap. 1 *quaest.*): *quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici iudicii habeant exercitationem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant* (quaisquer [faculdades], que são atribuídas especialmente por uma lei ou senatusconsulto ou constituição dos príncipes, não são transferidas com a jurisdição delegada, mas podem ser delegadas aquelas que competem ao magistrado por direito próprio. E por isso parece que erram os magistrados, que delegam a sua jurisdição porque consideram o exercício delegado como processos públicos em razão de uma lei ou senatusconsulto, como aquele da lei Júlia de adultérios e se houver outras semelhantes) e D. 28.3.6.10 (Ulp. 10 *ad Sab.*): *quid si quis fuerit damnatus illicite poena non sumpta, an testamentum eius irritum fiat, videamus: ut puta decurio ab bestias an capite minuatur testamentumque eius irritum fiat? Et non puto, cum sententia eum non tenuerit. Ergo et si quis eum, qui non erit iurisdicionis suae, damnaverit, testamentum eius non erit irritum, quemadmodum est constitutum* (vejamos o que [acontecerá] se alguém tiver sido condenado ilicitamente, mas não tiver sido cumprida a pena, far-se-á írrito seu testamento; se condenado um decurhão às

Por conta das discussões acerca das relações e distinções entre *iurisdictio* e *imperium* (item 8.4 *supra*), M. LAURIA também negou a existência de *iurisdictio* criminal, aduzindo que essa, distintamente da civil, pressupunha necessariamente o *imperium* do magistrado e, no pensamento romano, era indissolúvel a faculdade de punir do poder de comandar, recordando que o distintivo do *imperium* é representado pelos fasces, ou seja, mesmo instrumento que serve para executar as condenações penais. Embora existam dúvidas acerca dos poderes punitivos conferidos a magistrados privados de *imperium*, M. LAURIA considera que o *imperium* é uma atribuição anterior à criação dos magistrados plebeus e que por razões de oportunidade não lhes foi atribuído explicitamente, mas tão somente algumas funções dele decorrentes. Também concluiu que o processo penal não estava incluído no *ius dicere* tanto para a época republicana, quanto para o início da época imperial, ou seja, não era considerado jurisdicional até depois do século I. d.C.⁵¹⁹

W. KUNKEL, por sua vez, também criticou opinião de T. MOMMSEN.⁵²⁰

Para aquele, o pretor era também titular da jurisdição criminal desde o início, considerando

feras, sofrendo *capitis deminutio*, tornar-se-á írrito seu testamento? Não creio, se a sentença não houver determinado. Logo, se também alguém tiver condenado alguém, que não era de sua jurisdição, seu testamento não será írrito, segundo o que se estabeleceu). Em ambos, F. DE MARTINO mostra as prováveis interpelações dos fragmentos de Papiniano e Ulpiano, respectivamente, acreditando, no segundo caso, que se trata de uso de *iurisdictio* no processo criminal no sentido de competência territorial. Também analisa D. 1.2.2.23 (Pomp. *l.s. Ench.*): vide nota 139 *supra*, em que aduz que o termo *ius dicere* não é usado tecnicamente e D.1.2.2.32 (Pomp. *l.s. Ench.*): ... *ita decem et octo praetores in civitate ius dicunt* (assim é que dezoito pretores têm jurisdição na *civitas*), retirando qualquer importância dessa frase, porque, segundo ele, muitos desses pretores não tinham como tarefa principal a função de *ius dicere*. F. DE MARTINO conclui que as poucas exceções ou desvios que se encontram nas fontes, quando não são devidas a alterações pós-clássicas, são certamente atribuíveis à generalização no uso da expressão *ius dicere*, que se repercute na língua dos juristas.

⁵¹⁹ *Iurisdictio* cit. (nota 503 *supra*), pp.493-501. No item 8.4 *supra*, expusemos a teoria de M. LAURIA concernente à completa distinção entre *iurisdictio* e *imperium*. Para o autor, a constatação terminológica de que o processo penal não teria sido considerado jurisdição faz-nos perceber a profunda diferença de natureza e de objetivo entre o processo penal romano e o civil. Ademais, a ausência de menção, até certa época, a uma *iurisdictio criminalis* deve ser coligada à constatação de que os romanos não falavam nem de um *ius poenale* nem de um *ius criminale*.

⁵²⁰ *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), p.140, n. 480. W. KUNKEL critica esse quadro do direito penal romano delineado por T. MOMMSEN, em que a jurisdição teria nascido do poder de coerção e, em conjunto com o direito da *provocatio*, forma o fundamento do processo criminal romano, acreditando não ter existido. Com efeito, W. KUNKEL reporta que a única fonte, em que aparece *iudicatio* como distintivo de uma geral competência, é encontrada em D.50.16.131.1 (Ulp.3 *ad leg. Iul. Pap.*): *inter 'multam' autem et 'poenam' multum interest, cum poena generale sit nomen, omnium delictorum coercitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet. Et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est. Quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est. Poenam autem unusquisque inrogare potest, cui huius criminis sive delicti executio competit*. Porém, o autor considera que se trate do campo da *cognitio* tardia dos magistrados imperiais, considerando dificilmente admissível a existência de uma noção republicana a partir dessa fonte. Para W. KUNKEL, o processo penal pertence muito mais ao âmbito doméstico do que àquele da *iurisdictio*. Mesmo no período da história do processo penal romano, em que o processo público ainda não se mostrava fortemente autoritário ou com caracteres coercitivos, permaneceu

que os cônsules, que permaneceram potencialmente como magistrados jurisdicionais, exerciam seu poder somente mediante especial ordem do Senado em questões extraordinárias.

A função jurisdicional do magistrado no processo criminal tem evidentemente características diversas do processo civil clássico. Ela também consiste, a princípio, em atividade decisória, mas naquele o magistrado faz somente o papel de um condutor da instrução, não de um julgador.⁵²¹

Admitindo-se também a existência de um processo similar no campo civil desde época mais antiga, talvez as conjecturas até então feitas sobre a natureza da *iurisdictio* necessitem uma revisão. A jurisdição não se limitou nem na mediação da autoridade e sanção de um tribunal arbitral, nem foi, em seu início, um ato do poder decisório decorrente do *imperium*. Ela não se distinguiu essencialmente da função dos presidentes de tribunal em outros direitos antigos. Por isso, a *iurisdictio* forma com o *imperium* militar e coercitivo mais uma unidade externa do que interna. Isso certamente não causa admiração, e nem seria adequado imaginar, que essa noção de um *imperium* abrangente e a princípio ilimitado derive do início da história romana.⁵²²

sempre a distinção nítida entre julgamento e coerção. Isso se compreende já com vista à *provocatio* e à *intercessio*, que somente podiam ser opostas contra decisões dos magistrados e não contra a condenação proferida pelos jurados.

⁵²¹ W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp.140. Analisando as várias funções do pretor na condução do processo criminal da *quaestio de repetundis*, C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 181 conclui que o pretor presidente do tribunal apresenta-se, enquanto garante da tutela processual reconhecida pela lei à vítima, também como titular direto da função jurisdicional e repressiva em cujo âmbito se desenvolve o processo.

⁵²² Nesse sentido, W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. (nota 119 *supra*), pp.140-141.

9. IUDEx E BIPARTIÇÃO

9.1. IUDEx

Nesse capítulo, procuraremos perquirir as origens do *iudex* e suas relações com a *iurisdictio* e a bipartição do processo.

A etimologia de *iudex* é reportada ao próprio verbo *dico*, conforme já exposto.⁵²³

Encontramos as seguintes tentativas de definir *iudex* nas fontes:⁵²⁴

Varr. *ling.lat.* 6.61: *hinc iudex, quod iudicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit.*

Varr. *ling lat.* 6.61: daqui *iudex*, porque julga, tendo recebido o poder, ou seja, define [as controvérsias], dizendo certas palavras.

Rufin. *Orig. in Rom* 3.1 p.932c: *a iustitia...et iudex et iudicium nominatur.*

Rufin. *Orig. in Rom* 3.1 p.932c: de justiça...juiz e julgamento são denominados.

Isid. *Orig.* 9.4.14: *iudices dicti quasi ius dicentes populo, sive quod iure disceptent. Iure autem disputare est iuste iudicare. Non est autem iudex, si non est in eo iustitia.*

Isid. *Orig.* 9.4.14: diz-se que os juízes são como dizedores do direito ao povo, seja porque julgam por meio do direito. Porém, julgar com justiça é examinar o direito. Porém, não é juiz se não houver nele justiça.

Ademais, podemos encontrar outras referências em fontes jurídicas e literárias.⁵²⁵

⁵²³ Vide nota 466 *supra*.

⁵²⁴ Lista pormenorizada de fontes no v. *Iudex*, in *TLL*, v. 7.2, Leipzig, B.G. Teubner, 1956-1979, pp. 597-603.

Em sentido estrito, o *iudex* é aquele que tem uma controvérsia para decidir, em que as partes formularam argumentações contraditórias, dando razão a uma delas. Sua tarefa é a decisão a partir de critérios eminentemente jurídicos, no qual tem apenas a opção de confirmar a alegação de uma das partes ou aquela da parte contrária. Um diminuto espaço de atuação permanece em seu julgamento. As origens do *iudex* devem ser perquiridas na *legis actio sacramento*, que remonta a fase anterior à Lei das XII Tábuas.⁵²⁶

9.2. ARBITER

Passemos, pois, à análise da figura do *arbiter*,⁵²⁷ o qual é frequentemente associado àquela do *iudex*.

Encontramos as seguintes definições nas fontes:

Fest. v. *arbiter* p. 14L: *arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*.

Fest. v. *arbiter* p. 14L: *arbiter* significa o juiz, que tem o arbítrio e a faculdade da totalidade da causa.

Fest. v. *arbitrium* p. 12L: *arbitrium dicitur sententia, quae ab arbitro statuitur*.

Fest. v. *arbitrium* p. 12L: *arbitrium* significa a sentença, que é estatuida pelo árbitro.

⁵²⁵ Das quais, podemos citar: *Lex Acilia repetundarum: iudicem in eum annum quei ex hac lege factus erit*, in *FIRA*, v. 1, p. 62; Cic. *S.Rosc.* 85: *L. Cassium quaesitorem ac iudicem fungiebant*; Cic. *Cluent.* 146: *legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum...omnes servi sumus*; Schol. Cic.*Gron.* B. p. 327. 7: *recuperatores dicuntur iudices, qui ad unam causam dantur; iudices, qui ad iudicium utriusque causae*.

⁵²⁶ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 56-57. Conforme visto nos itens 6.4.2 e 7.2.4 acima, o nome da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, introduzida pela Lei das XII Tábuas, explica que o *iudex*, quando recebe funções do *arbiter*, é igualmente *arbiter* e *iudex*, principalmente quando tem que decidir se o autor tem direito, mas também estimar em dinheiro o valor do ressarcimento. Como a estimativa em dinheiro com o tempo torna-se cada vez mais solicitada, desaparecem as divisões entre os dois tipos de juiz, de modo que *arbiter* é absorvido pela noção de *iudex*.

⁵²⁷ Sobre o *arbiter*, vejamos: R. DÜLL, *Gütegedanke* cit. (nota 80 *supra*); O. BEHRENDT, *Die römische Geschworenverfassung: ein Rekonstruktionversuch*, Göttingen, Schwartz, 1970; H.J. AHRENS, *Arbiter und Iudex in den plautinischen Komödien*, Dissertation, Universität Kiel, 1970; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux* cit. (nota 407 *supra*), pp. 205-210; P. MARTINO, *Arbiter*, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1986; A. MAFFI, *L'arbitrato nella esperienza giuridica greca e romana*, in J.HENGSTL e U. SICK (org.), *Recht gestern und heute. Festschrift zum 85.Geburtstag von Richard Haase*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2006, pp.109-113.

A etimologia de *arbiter*, por sua vez, é controversa. Na maior parte das tentativas de explicação etimológica da palavra latina *arbiter*, o fundamento comum é a segmentação *ar-biter*, que orientou a pesquisa em direção à área dialetal e rural. Ademais, a hipótese histórico-jurídica da progressiva configuração do *vizinho chamado em socorro* como *testemunha*, e a presunção de que tal testemunha tivesse podido, em determinados contextos, assumir a função de árbitro, encorajou a pesquisa etimológica a perseverar sobre hipóteses baseadas no esquema *ad* acrescido do verbo de *ir* ou *vir*.

A etimologia mais antiga e difundida, acolhida pela maioria dos dicionários e manuais e universalmente pelos juristas, é no sentido de que *arbiter* era formado da justaposição do *ar* dialetal de *ad* acrescentado de *bit*, redução ou abreviatura da raiz do verbo latino *baeto*, *bito* (ir em direção a, caminhar).⁵²⁸

Um ou três árbitros eram nomeados para resolução da questão ou estimativa do valor da coisa.

A arbitragem tinha lugar na ação de divisão de herança (*actio familiae erciscundae*), na ação divisória de condomínio (*actio communi dividundo*) e na ação demarcatória (*actio finium regundorum*). Nessas ações, as partes não estão de frente a argumentações contraditórias, mas sim postulam o mesmo objetivo: a disputa sobre a coisa comum, que os *arbitri* devem avaliar com base em seus conhecimentos técnicos. Também decidem sobre prestações, que são impostas às partes na sentença.

Para a estimativa, os *arbitri* eram chamados, quando devia ser calculado o valor em dinheiro de determinada coisa ou quando determinada obrigação não tivesse valor pecuniário. A avaliação da coisa também é uma escolha de julgamento, a qual exige a solução do *arbiter*, diferentemente daquela do *iudex*, considerando as ponderações jurídicas e a observação de fatores econômicos e técnicos, os quais permitem aos *arbitri* a inspeção no local, em que a coisa litigiosa encontrava-se.⁵²⁹

⁵²⁸ P. MARTINO, *Arbiter* cit. (nota 527 *supra*), pp. 11-12. No primeiro capítulo (*i tentativi etimologici*), o autor apresenta várias hipóteses apresentadas para a etimologia de *arbiter*, rechaçando-as pelo seu caráter abstrato, que faz delas, no melhor dos casos, simples possibilidades morfo-fonéticas, inidôneas a restituir os traçados históricos da singular figura do *arbiter* na Roma arcaica. A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. (nota 53 *supra*), pp. 42-43 não trazem explicação concludente, limitando-se a aduzir que *le seul rapprochement qui semble s'imposer, celui avec ombr. Arputrati 'arbitratu', n'éclaire pas le mot latin. 'Ar' peut être une forme dialectale de 'ad'. Le rapprochement avec 'baeto' est douteux*. P. MARTINO apresenta hipótese de que *arbiter* derive de palavra emprestada fenícia, não tendo raiz indoeuropeia.

⁵²⁹ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 57-58. Em sentido contrário, vide *infra*.

9.3. *IUDEX ARBITER*VE

Nesse item, tratar-se-á de demonstrar a controvérsia na doutrina acerca das figuras do *iudex* e do *arbiter*, já que parte dela vê ambas como sinônimas.

O órgão judicante era composto, geralmente, não de um colégio, mas sim de uma pessoa apenas. Embora tenham existido órgãos colegiais, na maioria dos casos, quando se consolidou a bipartição, o *iudex* veio a ser único, inclusive no processo formular *legítimo*, que se desenvolveu depois.

Uma segunda característica do órgão judicante, que se encontra desde a origem da bipartição e que sobreviveu ao próprio desaparecimento das *legis actiones*, é a distinção entre *iudex* e *arbiter*. Sem desaparecer, essa segunda característica foi-se atenuando paulatinamente com o passar do tempo. Porém, acredita-se que tal diferença fosse mais profunda e substancial no processo das *legis actiones*.⁵³⁰

A Lei das XII Tábuas continham disposições, que concerniam ao *iudex*. Em particular, prescreviam a eventualidade de que o *iudex*, no dia fixado para a audiência, fosse afligido de *morbus santicus* e tivesse que participar de um processo com um estrangeiro, prevendo o adiamento da audiência.⁵³¹ Também estabeleciam a pena de morte ao *iudex*, que aceitasse pecúnia para proferir sua decisão.⁵³²

Essas mesmas disposições atinentes ao *iudex* referiam-se ao *arbiter*. Porém, havia também disposições relativas apenas ao *arbiter*, como a nomeação de três árbitros nos casos de *vindicium falsam ferre*,⁵³³ assim como nas controvérsias de demarcação.

O *arbiter* tinha esfera de competência especial em relação ao *iudex*, ou seja, os casos de recurso ao *arbiter* eram, expressamente, indicados, ao passo que, na falta deles, o magistrado nomeava um *iudex*. Ademais, somente a *legis actio iudicis arbitrive postulationem*⁵³⁴ podia levar à nomeação de um *arbiter*. Como é verossímil que tal ação não fosse única, mas já dividida em duas ações distintas (*iudicis postulatio* e *arbitri postulatio*), pode-se dizer que o *arbiter* era nomeado por força de uma própria *legis actio*, enquanto que todas as outras levavam à nomeação de um *iudex*. Um outra peculiaridade

⁵³⁰ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 169-170; Broggin, p.33-44.

⁵³¹ Lex XII Tab. 2.2: *quid horum fuit unum (sc. morbus santicus aut status dies cum hoste) iudici arbitrove reove, oe dies diffissus esto*.

⁵³² Gell. 20.1.7: *qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus*.

⁵³³ Lex XII Tab.12.3: vide nota 387 *supra*.

⁵³⁴ A respeito, vide o item 7.4 *supra*.

entre ambos é a previsão de o órgão judicante arbitral ser composto por três membros, ou seja, enquanto a colegialidade parecia incompatível com o *iudex*, ela se adaptava ao *arbiter*, visto que a Lei das XII Tábuas não teve dificuldade em instituir colégios de três *arbitri* para determinadas controvérsias.⁵³⁵

No tocante às diferenças substanciais entre ambos, faz-se mister estabelecer qual a natureza das controvérsias de competência do *arbitri* e quais as tarefas especiais a eles atribuídas.

Como visto (item 9.2 *supra*), cabiam aos *arbitri* a regulamentação dos limites de propriedade, a divisão da coisa comum e a determinação do valor dos frutos em dobro com o qual se devia *damnum decidere* em caso de *vindicia falsa*, ou seja, para a *litis aestimatio*, que era a valoração em dinheiro da coisa litigiosa, objeto de uma *legis actio sacramenti in rem*.⁵³⁶

Pode-se verificar que as controvérsias, em que se nomeava o *arbiter*, distinguiam-se das demais, sobretudo porque a decisão não consistia em escolher entre os dois lados da questão (*sacramentum iustum* ou *iniustum*), mas sim na determinação concreta da solução dentro uma gama de alternativas possíveis, ao passo que a tarefa do *iudex* era precisamente definida, já que, em última análise, resolvia-se entre o escolher entre um sim e um não. A tarefa do *arbiter* era, em alguns aspectos, elástica e indefinida, porque consistia não tanto em escolher soluções predeterminadas, mas sim precisar os elementos das soluções, os quais não estavam um de frente ao outro como uma rígida alternativa.⁵³⁷

Ademais, tanto o *iudex*, quanto o *arbiter* elaboravam a decisão a partir de uma valoração de fatos considerados relevantes para a causa e dos quais eram convencidos. Tal valoração, porém, era distinta, uma vez que aquela do *iudex* era baseada em critérios estritamente jurídicos, ao passo que aquela do *arbiter* fundava-se também em outros critérios, como da economina, agrimensura, técnica agrária etc. Destarte, o *iudex* podia não ter conhecimentos técnicos específicos, visto que o julgamento de fato e de direito era

⁵³⁵ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 171-172.

⁵³⁶ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 173-174, nn. 101 e 102. Também em outros casos, a doutrina discutiu se havia nomeação de um *arbiter*, como no *damnum decidere* decorrente de um *furtum nec manifestum* e à *actio aquae pluviae arcendae*. No entanto, é mais relevante estabelecer se as características, em que se nomeava o *arbiter* eram diversas daquelas das ações, em que se nomeava um *iudex*.

⁵³⁷ Nesse sentido, G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), pp. 174-175. o qual exemplifica esse espectro mais amplo de solução da causa pelo *arbiter*, como a determinação do limite da propriedade em certo local em vez de outro, a fixação do valor da coisa litigiosa em determinado valor em vez de outro, concessão aos herdeiros ou condôminos de certas partes materiais da coisa comum em vez de outras etc.

tarefa que qualquer membro da classe dominante romana devia saber, ao passo que do *arbiter* se requeria uma preparação especial técnica, mesmo que adquirida somente com a prática. Deste modo, resulta uma terceira diferença: o *iudex* estatua o *ius*, não se ausentando do local estabelecido para tal, em geral o *comitium* ou o *forum*, enquanto que o *arbiter* devia examinar as coisas e os bens, aos quais se referia a controvérsia, de modo que devia dirigir-se ao local, em que se encontravam.

No plano histórico, essas diferenças induzem a inferir uma outra. No período arcaico, quando a única *legis actio* contenciosa era a *sacramenti* e o julgamento tinha caráter religioso, a tarefa do *iudex* era absorvida inteiramente pelas práticas religiosas destinadas a revelar a vontade dos deuses, cabendo àquele a escolha entre o sim ou o não. Mas mesmo nesse período arcaico, podia haver necessidade de proferir decisões que foram atribuídas ao *arbiter* em período sucessivo, seja pelo conteúdo técnico, seja pela falta de rígida alternativa entre duas decisões possíveis, que não podiam depender da vontade divina interrogada mediante o *sacramentum* ou revelada por meio de outras práticas religiosas. Logo, é verossímil que tal tarefa já fosse demandada a um laico provido de conhecimentos técnicos. Pode ter existido um *arbiter*, quando não existia ainda um *iudex*, de modo que há quem considere que o *arbiter* tenha constituído um anel de junção entre o processo desenvolvido perante o magistrado e aquele dividido em duas fases.⁵³⁸ Pode-se também supor que a *arbiter postulatio*, como procedimento idôneo para obtenção da nomeação de um *arbiter*, a quem confiar a solução de certas questões técnicas, tenha sido mais antiga do que a *iudicis postulatio* e tenha tido valor de modelo em relação a essa, contribuindo à bipartição.⁵³⁹

Não há notícias diretas de quem podia exercer a função de *iudex* desde que fora instituído até os últimos decênios do século III a.C., sendo improvável que tivessem sido estabelecidos requisitos normativos para sua nomeação. No entanto, da praxis dos magistrados, resultaram regras consuetudinárias, que permaneceram em vigor até o século I a.C.

Inicialmente, a função de *iudex* teria sido atribuída a um sacerdote, possivelmente membro do colégio pontifical. Em seguida, com a instituição da *legis actio*

⁵³⁸ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 176; M. KASER, *Ursprung* cit. (nota 217 *supra*), pp.114-116; *Id.*, *Altrömische Ius* cit. (nota 47 *supra*), pp. 203, 250.

⁵³⁹ G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 176; G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit. (nota 178 *supra*), pp.175-188.

per iudicis postulationem, o *iudex* começou a ser laico.⁵⁴⁰ Talvez, o magistrado tenha podido escolher um cidadão qualquer, mas na prática a escolha ocorreu entre os patrícios, os quais faziam parte do Senado. Numa época em que o *iudex* era escolhido pelo magistrado e todos magistrados eram patrícios, era inconcebível que a tarefa de julgar fosse atribuída a um plebeu. Com o tempo, a práxis tornou-se fonte da norma consuetudinária, segundo a qual o *iudex* devia ser escolhido entre os senadores⁵⁴¹ e, já que admitidos os plebeus nas magistraturas maiores, o Senado começou a abarcar também os plebeus.⁵⁴²

Porém, desde tempos antigos, o magistrado ouvia as propostas das partes e respeitava, sobretudo, suas recusas. Consequentemente, desde tempos remotos, teria sido formado provavelmente um direito de propor o nome do *iudex*, que não estaria limitado àqueles da lista.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Segundo M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), pp. 58-59, talvez até mesmo antes de tal lei, o contraste entre *iudex* e *arbiter* tenha sido neutralizado, de modo que em ações penais e outras, o *iudex* detinha a função de estimativa do *arbiter*. Mais tarde, permanecem as designações *arbiter*, *arbitrium* para a tarefa do juiz com mais amplo espectro de julgamento. O nome *iudex* passa a incluir regularmente também o *arbiter*.

⁵⁴¹ Pol.6.17.7

⁵⁴² G. PUGLIESE, *Processo civile* cit. (nota 170 *supra*), p. 183-184. Até que se tratasse de membros do Senado, não se requeria do candidato a *iudex* algo diverso do que se exigia do senador, o que implicava por si só a existência dos requisitos de idade, sanidade mental e retidão, já avaliados pelo censor. Com a ampliação da lista dos *iudices*, que passaram a contar não apenas com senadores, mas também com membros da classe equestre e dos *tribuni aerarii*, outros requisitos adquirem importância, como idade mínima de trinta ou vinte e cinco anos, provavelmente a ausência de condenação criminal ou cometimento de atos infamantes.

⁵⁴³ M. KASER, *Zivilprozessrecht* cit. (nota 4 *supra*), p. 59. Para a pesquisa do nome do juiz, havia dois procedimentos: a escolha (*electio*) e o sorteio (*sortitio*). O procedimento de escolha leva a imaginar que o autor propunha nomes da lista ao reu até que adviesse uma concordância das partes. Caso não fosse bem sucedido esse procedimento ou se mostrasse, desde logo, inútil, procedia-se ao sorteio com seus requisitos formais. Provavelmente, havia um limitado direito de recusa das partes (*relectio*). típicos de escolha de juiz, como nos casos dos *recuperatores*. Acerca da nomeação do *iudex*, veja-se J. MAZEAUD, *La nomination du iudex unus sous la procédure formulaire à Rome*, Paris, Sirey, 1933.

10. HIPÓTESE E CONCLUSÕES

Nesse capítulo, formular-se-ão críticas acerca das várias doutrinas expostas com o intuito de verificar suas contribuições para resolução da *vexata quaestio* e seus aspectos frágeis.

Da análise das fontes, ainda que escassas, e das várias teorias, tentar-se-á estabelecer uma hipótese plausível para a origem do processo civil e o problema da bipartição, quer no tocante à sua origem, quer no tocante às causas.

De fato, o modelo que temos da evolução do processo civil romano causa estranheza ao pesquisador moderno.

Embora a ideia das influências religiosas seja inerente à formação da justiça civil arcaica, sobretudo com a figura do *sacramentum*, estamos ainda imbuídos da concepção privatística decorrente da *teoria da arbitragem* e da nomeação do *iudex privatus*.

Pela relativa *communis opinio* que se apresenta, temos que o processo civil desenvolveu-se durante vários séculos de forma privada, vindo a atingir a efetiva publicização em seu último estágio evolutivo com o advento da denominada *cognitio extraordinaria*.

No entanto, temos que nos abstermos de certas concepções modernas, ou pelo menos tentar minimizá-las, tais como as dicotomias sacro/laico, público/privado, sob pena de não logarmos compreender a real dimensão do problema. Muitas teorias que se ocuparam do início do processo civil e das causas da bipartição falharam justamente por apresentarem tais dicotomias de forma extremada à luz de seus significados atuais.

Ainda somos influenciados pelas doutrinas liberais do século XIX, segundo as quais o cidadão é ente dotado de plena autonomia e livre arbítrio oponíveis contra a ingerência do Estado. Embora tal modelo tenha colhido suas fontes sobretudo na Antiguidade clássica, não o fez de maneira isenta, mas sim com o intuito de legitimar o discurso de poder de então.

No caso que mais de perto nos interessa, verificamos que grande parte da teoria do processo privado romano foi construída com base na teoria arbitral, segundo a qual bastava a autonomia de vontade do cidadão romano livre para resolver qualquer litígio

privado. Dois cidadãos, acordando livremente sua vontade, elegeriam um terceiro para resolução da lide. Um modelo teórico-hipotético aparentemente perfeito e de acordo com a teoria contratualista. Mas completamente distante da realidade histórica romana sobretudo daquela mais arcaica.

E justamente esse é o desafio maior do historiador, qual seja, tentar compreender determinada realidade pretérita não com o espírito crítico e censurador do presente aliado aos inerentes preconceitos, mas sim, dentro do possível, com os olhos e a mentalidade do passado.

Ainda que no campo da História do Direito seja frequente a comparatística com institutos do presente, até para explicar a origem de muitos deles, não se deve descurar a exata compreensão do contexto histórico em seus vários aspectos. Ademais, no caso do Direito Romano, enquanto sistema jurídico histórico, devemos ter como diretriz metodológica a *purificação conceitual*, tentando-se abstrair das inúmeras categorizações modernas, que nos afastam, muitas vezes, da correta compreensão da verdadeira *Romanitas*.

No caso dos primórdios de Roma, vimos como a própria acepção etimológica de *ius* deixa transparecer sua origem místico-religiosa. Também vimos como, durante séculos, o conhecimento dos ritos, das fórmulas dos negócios jurídicos e do processo esteve a cargo da classe sacerdotal. Ainda que se fale em laicização do Direito, não devemos entendê-la de forma absoluta como se tivesse havido uma rígida ruptura entre Direito e Religião e o completo isolamento (*Isolierung*) entre eles, sobretudo se levarmos em consideração a célebre definição de Ulpiano (*Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*).

Por conseguinte, resulta evidente que a arbitragem não explica, em absoluto, quer a origem do processo civil romano, quer a origem da bipartição. Ainda que se reconheça a existência de formas aparentemente arbitrais para solução de controvérsias privadas, em sistemas jurídicos antigos, acreditamos que, no mais das vezes, desenvolveram-se de forma paralela aos processos públicos ou perante o chefe da comunidade.

Não se trata da evolução pura e simples de um modelo privado arbitral para um modelo estatal sob o fundamento de constante fortalecimento do Estado. Aceitar essa

forma evolutiva implicaria infirmar por completo a nítida vinculação do jurídico ao religioso de forma mais acentuada no período arcaico da história romana.

Da mesma forma, a denominada *autodefesa* ou *defesa privada* não é convincente como explicação do início da formação do processo, porquanto parte da ideia de que, em épocas remotas, o indivíduo lesado teria campo livre para a reação contra o ofensor. Essa hipótese parece desprezar a existência da coletividade, a autoridade do chefe do grupo sobre os indivíduos e até mesmo a posição do homem como animal social.

De fato, a mera autodefesa sem qualquer valoração religiosa cogente, controle social ou regras de forma e de conteúdo representa uma operação intelectual dificilmente concebível como reconstrução histórica, ainda que conjectural, pois se trataria de uma fase anárquica.

A teoria do controle progressivo de atos de justiça privada também não é convincente. A hipótese de G.I. LUZZATTO, que anteviu três períodos na formação da justiça civil romana, é refutável a partir de sua própria premissa. De fato, pressupõe a existência de uma situação inicial pré-cívica, em que não há qualquer ingerência da comunidade em relação aos atos de defesa privada, ou seja, uma espécie de anarquia. Ademais, o primeiro período de enquadramento da defesa privada em ritos formais e solenes pela comunidade sem qualquer controle por parte dessa mesma comunidade não se mostra verossímil, já que não se explica o porquê do início do rito. Segundo tal teoria, em um segundo momento evolutivo, ocorreria tal controle por parte do Estado na pessoa do magistrado somente para os atos executivos. Numa terceira etapa, caso houvesse oposição da parte executada, haveria processo cognitivo, ensejando a intervenção do magistrado para a nomeação de um juiz escolhido pelas partes para decisão da lide, assumindo o processo caráter de arbitragem. Com efeito, além de não observar os aspectos sacros do processo romano primitivo, essa hipótese não explica satisfatoriamente o porquê da origem da bipartição do processo com a atribuição do julgamento a pessoa diversa do magistrado e muito menos a coerência de tal admissão de juiz privado justamente quando o Estado assumia o controle do processo. Em suma, as conjecturas de G.I. LUZZATTO são refutadas.

Também consideramos permeada de falhas a teoria de G. NICOSIA por enfatizar o aspecto privatístico da criação do processo romano, negando qualquer tipo de ingerência estatal, quer por parte dos magistrados, quer por parte dos sacerdotes. Ao mesmo tempo, para que sua teoria não pareça desprovida de fundamento, o autor refere-se à organização político-sacral da comunidade e ao controle social. Ora, tal hipótese também

se apresenta incoerente, porquanto o reconhecimento de que a comunidade romana primitiva era organização do *tipo político-sacral* e que os ritos e regras eram garantidos, além do controle social, também pela interferência do fator religioso exclui, pelo que acreditamos, a ênfase à origem *privatística*. *Primo*, porque a utilização dessa categorização público/privado é absolutamente anacrônica para o período arcaico da história romana. *Secundo*, porque estamos diante de uma fase de formação da comunidade. *Tertio*, a admissão de uma fase anterior de *iudicium* divino confiado aos pontífices, ainda que o autor negue qualquer vínculo entre essa atividade e a *iurisdictio*,⁵⁴⁴ também é incoerente com tal ênfase privada.

E qual teria sido a origem da justiça civil em Roma?

Acreditamos que *autodefesa* (*Selbshilfe*) ou *defesa privada* não são aptas a fundamentar hipótese de tal origem. Em primeiro lugar, porque o termo é equívoco, dando margem à interpretação de que a justiça civil provém do exercício arbitrário das próprias razões ou de regime de *bellum omnium contra omnes*. Em segundo lugar, mesmo que se exclua do significado de *defesa privada* a ideia de *defesa arbitrária* ou *extrajurídica*, a expressão (*defesa privada*) permanece inadequada, já que não se trata de autodefesa ou defesa do indivíduo pura e simplesmente. No entanto, muito antes do reconhecimento da autonomia do indivíduo, sobretudo com o desenvolvimento da *civitas*, no caso da sociedade romana, muito já se estudou seu caráter coletivo pré-cívico por meio da formação das *gentes*. Em terceiro lugar, o aventado *controle social* na execução da *defesa privada*, de modo a qualificá-la, afastando-a da ideia de arbitrariedade, corrobora a necessidade de abolição da expressão constantemente portadora de equívocos.

A execução de certas pretensões ou interesses, hoje denominadas jurídicos, e a resolução de controvérsias, seja do grupo, seja do indivíduo, por meio de esquemas e ritos predispostos pelo costume e pela religião não podem, em absoluto, ser denominados atos de *defesa privada*. Acreditamos que a justiça civil tenha tido esse surgimento em Roma com preponderância do elemento religioso, o que resulta indubitável do funcionamento da *legis actio sacramenti*.

Em sociedades em fase de formação de suas instituições, mesmo já consideradas de tipo *pólis*, *civitas* ou cidade-estado, observa-se que a resolução das

⁵⁴⁴ Embora admita que a atividade inicial deles consistisse na *interpretatio* dos *signa divina*, por meio dos quais as divindades revelavam qual *sacramentum* era *iustum*, tratando-se de *iudicium* divino, o qual veio a tornar-se humano e atribuído a um *iudex privatus*. Para referência, vide nota *supra*.

controvérsias pode caber quer à assembleia de homens livres, quer a um grupo de sacerdotes, que representa a coletividade, enquanto intermediário dos deuses, quer ao próprio chefe do grupo, muitas vezes revestido desta caráter sacro. No caso de Roma, verificamos resquícios de todos esses esquemas, quer pela instituição do tribunal dos centúviro para resolução de questões criminais e cíveis mais abrangentes, seja pelo reconhecimento do papel do *rex* na resolução dos conflitos, seja pela atuação da classe sacerdotal nos primórdios da *actio sacramenti*.

Sendo inadequado o uso da expressão *defesa privada* para um esquema de desenvolvimento dessa ordem, verificamos aquela que se convencionou chamar *Volksjustiz* (*justiça do povo* ou *justiça popular*). Tal expressão também é equívoca, já que a tradução literal pode dar margem à ideia de reconstrução de um sistema igualitário e até mesmo de tipo ideal comunista. Também traz equívocos pela natural referência a *populus*, enquanto elemento da Constituição republicana romana. Em suma, apesar de algumas das ideias relacionadas a essas teorias mostrarem-se fundadas, o termo *Volksjustiz* não é apto a substituir *defesa privada* ou *autodefesa*. Tampouco nos parece correto qualificar a teoria da *justiça popular* como decorrente da *defesa privada* delineada em modo mais articulado.

Em estágio anterior à formação da *civitas*, trata-se de formas de resolução de controvérsias com acentuada presença dos elementos religiosos e culturais da comunidade, pressupondo uma direta participação dela, quer na constatação do ilícito, quer na imposição da sanção. Tais modos de agir controlados, tanto pela coletividade, quanto por seus membros proeminentes,⁵⁴⁵ ensejam a criação de ritos e fórmulas de natureza processual para a atuação do direito e resolução das lides. Esse mecanismo remonta a uma fase histórica, em que a solução dos litígios não se buscava por meio de critérios racionais e técnicos, mas sim por meio de formas destinadas a estabelecer a conformidade com a vontade divina. Em suma, esse sistema não pressupõe a formação da *civitas*, bastando a existência de populações ligadas por cultura comum. Portanto, controle coletivo das pretensões individuais ou de grupos menores, razão por que não se pode falar em *justiça privada*. Se estamos em estágio anterior à formação da *civitas*, a referência a público/privado representa verdadeiro anacronismo, devendo ser rechaçado.

Não obstante, uma verificação mais aprofundada dessa hipótese dependeria de uma acurada investigação acerca das origens da *pólis* no ambiente comum mediterrâneo.

⁵⁴⁵ Referimo-nos a uma classe sacerdotal ou dirigente já em formação.

Por conseguinte, expostas as linhas de nossa hipótese acerca da origem do processo civil, propomos a adoção do termo *justiça comunitária pré-cívica* em substituição aos comuns *justiça privada* e *Volksjustiz*, que trazem consigo vários equívocos. Com esse termo, delimitamos a constatação de que o processo civil romano é anterior à formação da *civitas*, excluindo os equívocos e discussões que os termos *autodefesa* ou *justiça privada* trazem em si. Também ressaltamos o anacronismo da utilização do termo *privado* nesse estágio anterior. Corroboramos também a ausência de precisão do termo *Volksjustiz*, que poderia ser substituído pelo ora proposto.

Discordamos da desqualificação da natureza de *processo* a esses modos de resolução de controvérsias por ausência de controle de órgãos políticos, já que temos que o controle da comunidade basta para tal em se tratando de organizações incipientes.

Exposta nossa hipótese acerca das origens do processo civil romano, vejamos as questões atinentes à bipartição em tópicos.

1) Origem arbitral do processo civil romano: conforme já exposto, a teoria de M. WLASSAK, que foi grande propulsora dos estudos do processo civil romano e teve muitos seguidores, não mais se sustenta. Nos primórdios, Roma apresentava organização social de tipo monárquico-patriarcal, o que permite inferir que grande parte dos litígios era resolvida no interior das famílias pelo *pater familias*. Destarte, restavam apenas as lides privadas entre *patres familias* independentes com ocupação basicamente agrária, tendo por objeto a terra e o gado. Logo, não parece verossímil que as partes litigantes, voluntariamente, aceitassem submeter a contenda a um terceiro privado para resolução do litígio, obrigando-se à decisão. Concordamos com L. WENGER no sentido de que a admissão da tese arbitral para o início de Roma implica a transposição de ambiente citadino e comercial para uma sociedade agrária, merecendo crédito a hipótese de que o queixoso dirigia-se ao *pater familias* ou ao chefe da *gens* e finalmente ao rei.

2) Origem privada do processo romano: como corolário da conclusão anterior e da hipótese acima formulada, temos que a denominada *origem privada* do processo civil romano deve ser descartada. A utilização de referência a *origem privada* é anacrônica justamente porque estamos em estágio anterior à formação da *civitas* ou do Estado, de sorte que a categorização *público/privado* não se aplica. Também por isso propusemos a adoção da expressão *justiça comunitária pré-cívica* para qualificar a formação do processo civil romano.

3) A bipartição não é originária: excluída a origem arbitral do processo civil romano, assim como sua origem eminentemente *privada* ou *individualista*, temos que a teoria da bipartição originária formulada por M. WLASSAK é insustentável. De fato, afastando-se a arbitragem da origem do processo civil romano, não há como defender que esse tenha sido bipartido desde a origem. A tese de M. WLASSAK também se mostrou frágil por excluir a figura do rei da jurisdição e por desconsiderar a importância do aspecto religioso tanto na formação do direito romano quanto no processo.

4) Jurisdição civil do rei: acreditamos que o *rex* tenha efetivamente exercido a *iurisdictio*, resolvendo pessoalmente as controvérsias trazidas pelas partes. O rei romano, enquanto chefe da comunidade, detinha a supremacia dos poderes civis, militares e religiosos, não sendo crível que a resolução das controvérsias entre os privados passasse ao largo de sua esfera de conhecimento. Ainda que se admita que as partes levassem a controvérsia ao *rex* para decidi-la enquanto terceiro, não se trata propriamente de arbitragem, porquanto aquele era munido dos poderes públicos decorrentes do *imperium*, além de ser o sumo sacerdote.

5) A questão religiosa: é irrefutável a influência da antiga religião romana tanto na formação do Direito, quanto do Processo Civil. No período mais antigo do Direito Romano, o conhecimento dos ritos e das fórmulas era monopólio dos sacerdotes. Essa forte influência religiosa é percebida nas formas mais antigas do processo civil, de que temos conhecimento, qual seja, a *legis actio sacramento*, servindo também para refutar as hipóteses de origem arbitral do processo e da bipartição originária. Nos primórdios, pelos dados disponíveis, os romanos, tal qual fizeram outros povos, valeram-se de meios religiosos no julgamento, o que se comprova pelo uso do *sacramentum*. Embora não haja consenso acerca da natureza do *sacramentum*, quer se considere juramento, quer se considere sacrifício, inicialmente era usado para a descoberta da solução do litígio indicada por uma das divindades, provavelmente a partir de um sinal divino. Tal forma de solução da controvérsia era evidentemente religiosa, pressupondo conhecimento sacro além da autoridade do tribunal, de modo que esse modelo reforça a existência da jurisdição do rei por reunir essas funções.

6) Bipartição posterior facultativa: como expusemos, acreditamos que a bipartição não tenha surgido desde a origem do processo romano, mas sim posteriormente e que no início tenha sido facultativa. Há tendência de grande parte da doutrina de considerar consolidada a bipartição na época da Lei das XII Tábuas, o que pode ser aceito,

considerando alguns de seus dispositivos e a própria introdução da *legis actio iudicis arbitrive postulationem*.

7) Causas da bipartição: trata-se do problema mais complexo e de difícil solução definitiva. Contudo, também formulamos nossa hipótese.

Considerando que a bipartição do processo já estivesse assentada na época da Lei das XII Tábuas, concordamos com as críticas erigidas contra a denominada *teoria democrática* antevista por L. WENGER. Com efeito, na época Roma aproximava-se mais de um regime de tipo oligárquico, em que a classe patrícia empenhava-se em manter o controle do poder, de sorte que não é verossímil que a nomeação de um *iudex privatus* para solução das lides privadas tenha natureza democrática. Ademais, a ideia de que a passagem da Monarquia para a República representou uma *revolução democrática* não mais encontra seguidores, infirmando essa teoria.

Embora tenham encontrado apoio no direito comparado, as teorias do *Beweisurteil* ou *medial judgement* não tiveram seguidores sobretudo pela ausência de fontes relacionadas à existência de ordálias no direito romano.

Não obstante, o aceno ao elemento sobrenatural ou divino na solução das controvérsias, presentes também nessas teorias, pode contribuir para esclarecer a questão da bipartição do processo.

No período mais antigo, acreditamos que o julgamento fosse levado a efeito pela observação dos sinais divinos a partir dos quais se verificava se o *sacramentum* era *iustum* ou *iniustum*. Esse julgamento era realizado diretamente pelo *rex* ou por delegação a um de seus auxiliares sacerdotes em constante especialização de suas funções.

Depois do advento da República, como os sucessores do *rex* não herdaram essa competência sacra, a delegação intensificou-se. Ao contrário do propugnado por G. PUGLIESE, acreditamos que tal delegação já ocorria com frequência no período monárquico, quer pela formação do processo no seio da comunidade anteriormente à formação da *civitas*, quer em razão das várias outras atribuições do *rex*, quer pelo conhecimento especializado dos ritos e das fórmulas pelos sacerdotes.

Apesar da importância do elemento religioso na constituição da justiça civil, concordamos que a dessacralização do processo e a racionalização do direito ocorridos a partir da época da Lei das XII Tábuas tenham sido causa relevante para a consolidação definitiva da bipartição, dando parcial razão a R. SANTORO, que via tais elementos como

causa da *inovação* da bipartição, além de antever uma bipartição funcional anterior, com o que não concordamos. Com efeito, à medida que o *sacramentum* e o julgamento despiam-se do caráter sacro, abria-se a possibilidade de delegação da instrução da causa e do julgamento correlato ao *iudex*, que não necessariamente detinha conhecimentos religiosos. Sem dúvida, a fixação da *summa sacramenti* em pecúnia e a instituição da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* pela Lei das XII Tábuas corroboram o fenômeno de laicização do processo, o qual deve ser compreendido, porém, com reservas, já que as influências do sacerdócio na justiça civil ainda permaneceu por várias décadas.

Por derradeiro, se as denominadas razões de ordem prática, como a denominada teoria da desoneração do magistrado (*Entlastungstheorie*) de M. KASER, contribuíram para a bipartição, acreditamos que apenas remotamente. Com efeito, não parece verossímil que a reiterada delegação da instrução e do julgamento a auxiliares do magistrado tenha levado a um desenvolvimento tal ao longo dos séculos a ponto de não lhe ser mais permitido julgar, como defende grande parte dos autores, em razão do costume consolidado. No entanto, tais ilações parecem-nos incongruentes se considerarmos o quadro evolutivo do processo civil romano em cujo estágio final (*cognitio extraordinaria*) desaparece a bipartição.

RESUMO

Iudicet iudicarive iubeat. Reflexões sobre os origens do processo civil romano e as causas da bipartição.

Depois da introdução, o segundo capítulo analisa os aspectos da história constitucional da Monarquia e início da República, sobretudo as críticas à historiografia tradicional no tocante à passagem de um regime ao outro, além de estudar a religião romana arcaica.

O terceiro capítulo busca elementos da administração da justiça no direito comparado (babilônico, gregos e germânicos), enquanto que o quarto analisa o início do processo criminal romano.

O quinto capítulo, por sua vez, investiga as várias teorias acerca do início do processo civil, como da arbitragem, defesa privada, *Volksjustiz* etc. O sexto capítulo trata das várias teorias da bipartição, procurando estabelecer se teve caráter originário no processo civil romano e suas causas.

O sétimo capítulo analisa as *legis actiones* mais antigas (*legis actio sacramento*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*).

O oitavo capítulo tenta verificar o conteúdo da *iurisdictio* romana e suas relações com o *imperium*, enquanto que o capítulo nono trata das figuras do *iudex* e do *arbiter*.

O décimo capítulo apresenta as críticas às teorias expostas, formulando hipótese acerca do surgimento do processo civil romano por meio de resolução das controvérsias no âmbito da comunidade anteriormente à formação da *civitas* com base em cultura e religião comuns, razão por que a presente tese propõe a adoção do termo *justiça comunitária pré-cívica* para qualificar esse sistema, propugnando pelo abandono das expressões *autotutela/justiça privada* e *Volksjustiz* por serem ambas portadoras de equívocos. No tocante à bipartição, a presente tese considera verossímil sua consolidação na época da Lei das XII Tábuas em razão sobretudo do fenômeno da dessacralização do processo.

ABSTRACT

Iudicet iudicarive iubeat. Remarks on the origins of the Roman civil procedure and the causes of its dual mode.

After the introduction, the second chapter analyses some aspects of constitutional history of Monarchy and the beginning of Republic, mainly the critics against the traditional historiography concerning the transition from the first to the latter and it also studies the ancient Roman religion.

The third chapter seeks elements from the administration of justice in comparative law (Babylonian, Greeks and Germanics), while the fourth one analyses the beginning of the criminal persecution in Rome.

The fifth chapter investigates the theories about the beginning of civil litigation, such as arbitration, self help, *Volksjustiz* etc. The sixth chapter deals with the dual mode procedure theories, trying to set if it had an original character and its causes.

The seventh chapter analyses the most ancient *legis actiones* (*legis actio sacramento*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*).

The eighth chapter tries to verify the content of the Roman *iurisdictio* and its relationships with *imperium*, while the ninth chapter deals with the figures of *iudex* and *arbiter*.

The last chapter presents the critics to the analysed theories and formulates a hypothesis about the beginning of the Roman civil procedure through the disputes settlement inside the community before the creation of *civitas* basing on common culture and religion. Thus, the thesis proposes the adoption of the term *justiça comunitária pré-cívica* (precivic community justice) in order to qualify this system, refusing the expressions *self help*, *private justice* and *Volksjustiz*, who are dubious. Regarding the dual mode, the thesis sustains it is plausible that it had already been consolidated by the time of the Twelve Tables Law according mainly to the desacralization of process.

RIASSUNTO

Iudicet iudicarive iubeat. Riflessioni sulle origini del processo civile romano e le cause della bipartizione.

Dopo l'introduzione, il secondo capitolo analizza gli aspetti della storia costituzionale della Monarchia e dell'inizio della Repubblica, soprattutto le critiche alla storiografia tradizionale riguardanti il passaggio dall'uno all'altro regime, nonché studia la religione romana arcaica.

Il terzo capitolo cerca elementi dell'amministrazione della giustizia nel diritto comparato (babilonico, greci, germanici), mentre il quarto analizza l'inizio del processo criminale romano.

Il quinto capitolo ricerca le varie teorie sull'inizio del processo civile, come l'arbitrato, la difesa privata, il *Volksjustiz* ecc. Il sesto capitolo tratta delle teorie della bipartizione, cercando di stabilire se ebbe carattere originario nel processo civile romano e le sue cause.

Il settimo capitolo analizza le *legis actiones* più antiche (*legis actio sacramento*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*).

L'ottavo capitolo cerca di verificare il contenuto della *iurisdictio* romana e i suoi rapporti con l'*imperium*, mentre che il capitolo nono tratta delle figure del *iudex* e del *arbiter*.

Il decimo capitolo presenta le critiche alle teorie esposte e formula ipotesi sul sorgimento del processo romano attraverso la risoluzione delle controversie nell'ambito della comunità anteriore alla formazione della *civitas* con fondamento nella cultura e religione commune. Dunque la presente tesi propone l'adozione del termine *justiça comunitária pré-cívica* (giustizia comunitaria precívica) per qualificare questo sistema, difendendo l'abolizione delle espressioni *autotutela/giustizia privata* e *Volksjustiz*, le quali sono ritenute equivocate. Per quanto riguarda la bipartizione, la presente tesi considera verosimile il suo consolidare nell'epoca della Legge delle XII Tavole soprattutto a causa della dessacralizzazione del processo.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Bernardo. *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, Palumbo, 1987.
- ALFÖLDI, Andreas. *Zur Struktur des Römerstaates im 5. Jahrhundert v. Chr.*, in E. GJERSTAD (org.), *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandouevres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967.
- ALTHEIM, Franz. *Römische Religionsgeschichte*, Berlin, de Gruyter, 1931.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del diritto romano*, 7^a ed. rev., Napoli, Jovene, 2003.
- BEHREND, Okko. *Der Zwölftafelprozeß: zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1974.
- BEKKER, Ernst Immanuel. *Über Anfang und Ende des 'in iure' Verfahrens in römischen Formularprozess: ius dicere-litem contestari*, in ZSS, 27, 1906
- BETHMANN-HOLLWEG, Moritz A. von. *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, v.1 (*Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter: von fünften bis achten Jahrhundert: die Staaten der Völkerwanderung*), Bonn, Marcus, 1868.
- BETTI, Emilio. *La vindictio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in Filangieri, Milano, Società Editrice Libreria, 1915.
- _____. *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento, Padova, Cedam, 1927.
- BIANCHINI, Mariagrazia. *Sui rapporti tra 'provocatio' ed 'intercessio'*, in Studi in onore di Gaetano Scherillo, v. 2, Milano, Giuffrè, 1972.
- BISCARDI, Arnaldo. *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in RISG, 3, 1949.
- _____. *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, in Studi in onore di Pietro De Francisci, v.4, Milano, Giuffrè, 1956.
- _____. *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982.

_____. *Scritti di diritto greco*, Milano, Giuffrè, 1999.

BLEICKEN, Jochen. *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München, C.H. Beck, 1955.

_____. *Kollisionen zwischen sacrum und publicum. Eine Studie zum Verfall der altrömischen Religion*, in *Hermes*, 85, 1957 (= in *Gesammelte Schriften*, v.1, Stuttgart, Franz Steiner, 1998, pp.431-465).

_____. *Provocatio*, in *RE*, 23.2, 1959.

_____. *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, in *ZSS*, 76, 1959.

_____. *Zum Begriff der römischen Amtsgewalt. Auspicium-potestas-imperium*, in *Nachrichten der Akademie d. W. in Göttingen, phil.-hist.*, 9, 1981 (= in *Gesammelte Schriften*, v. 1, Stuttgart, Franz Steiner, 1998).

BLOCH, Raymond. *Les origines de Rome*, Paris, Club français du livre, 1959.

BOHÁČEK, Miroslav. *Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans*, in *Iura*, 3, 1952.

BONFANTE, Pietro. *Il Codice di Hammurabi e le XII Tavole*, in *Mélanges de Droit Romain dédiés a Georges Cornil*, v. 1, Paris, Sirey, 1926.

_____. *Storia del diritto romano*, 4^a ed., v.1, Milano, Giuffrè, 1953.

BONNER, Robert J. *The Administration of Justice in the Age of Homer*, in *Classical Philology*, 6, 1911.

BONNER, Robert J. e SMITH, Gertrude. *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, v. 1, Chicago, University Press, 1930.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *História da Magistratura: o Pretor no Direito Romano*, São Paulo, LCTE, 2011.

BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste. v. *Auspicia*, in *DS*, 1.1.

BOVE, Lucio. v. *Imperium*, in *NNDI*, 8.

BROGGINI, Gerardo. *Der Ursprung der römischen iurisdictio*, in *Zeitschrift für schweizerische Recht*, 75.1, 1956 (= in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966).

_____, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau, 1957.

_____, *Vindex und Iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, 76, 1959.

_____, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 11, 1960 (=in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966).

BRUNNER, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*, v.1, 2^a ed., Leipzig, Duncker & Humblot, 1906.

BURDESE, Alberto. *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, 69, 1966.

_____. *Diritto pubblico romano*, 3^a ed., Torino, UTET, 1987.

BUTI, Ignazio. *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, Jovene, 1984.

CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le legis actiones*, Torino, Giappichelli, 1980.

_____. *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1983.

CANTARELLA, Eva. *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo in età omerica*, in *RISG*, 16, 1972.

_____. *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, Giuffrè, 1976.

_____. *Meccanismi decisionali e processo nei poemi omerici (Aspetti del fenomeno processuale in Omero)*, in *Symposion*, 2, 1974, Köln-Wien, Böhlau, 1979.

_____. *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, Giuffrè, 1979.

_____. *Modelli giurisdizionali omerici: il giudice unico, la giustizia dei vecchi*, in *Symposion*, 13, 1997, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2001.

_____. *Dispute settlement in Homer: once again on the shield of Achilles*, in *Droits Antiques et Société. Mélanges en l'honneur Panayotis D.Dimakis*, Athens, Sakkoulas, 2002.

CATALANO, Pierangelo e SINISCALCO, Paolo. *Laicità tra diritto e religione. Documento introduttivo del XIV Seminario*, in *Index*, 23, 1995.

CATALANO, Pierangelo. *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, Giappichelli, 1960.

_____. *Populus Romanus Quirites*, Torino, Giappichelli, 1974.

_____. *Elementi romani della cosiddetta laicità*, in *Index*, 23, 1995.

COHEN, David. *Greek law: Problems and Methods*, in *ZSS*, 106, 1989.

_____. *Law, violence and community in classical Athens*, Cambridge, University Press, 1995.

COLACINO, Vincenzo. v. *'AGERE (cum populo, cum plebe, cum patribus)'*, in *NNDI*, 1.1.

COLI, Ugo. *Monarchia (diritto romano)*, in *NNDI*, 10.

_____. *Regnum*, in *SDHI*, 17, 1951.

_____. *Le origini della 'civitas' romana secondo De Francisci*, in *Studi Senesi*, 71, 1959.

_____. *Sur la notion d'`imperium`en droit public romain*, in *RIDA*, 7, 1960.

CONRAD, Hermann. *Deutsche Rechtsgeschichte*, v. 1 (*Frühzeit und Mittelalter*), 2^a ed., Karlsruhe, C.F. Müller, 1962.

CUQ, Édouard. *Études sur le Droit Babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, Geuthner, 1929.

DANZ, Heinrich Aemilius August. *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena, Mauke, 1857.

DE DOMINICIS, Mario Antonio. v. *Coercitio*, in *NNDI*, 3.

DE FRANCESCO, Anna, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle XII Tavole*, in *Parti e Giudici nel processo dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, Satura, 2006.

DE FRANCISCI, Pietro. *Storia del diritto romano*, v.1., Milano, Giuffrè, 1939.

_____. *Arcana Imperii*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1948.

_____. *Arcana Imperii*, v. 3.1, Milano, Giuffrè, 1948.

_____. *Intorno alla natura ed alla storia dell' `auspiciū imperiūque`* in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953.

_____. *Intorno all'origine etrusca del concetto d'imperium*, in *Studi Etruschi*, 24-2, Firenze, Olschki, 1955-56.

_____. *Primordia civitatis*, Roma, Apollinaris, 1959.

DE LIBERO, Loretana. v. *Imperium*, in *NDP*, 5.

DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937.

_____. *Storia della Costituzione romana*, v. 1, 2^a ed., Napoli, Jovene, 1972; v.2, 2^a ed., 1973.

_____. *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in *ANRW*, 1.1, 1972.

DE ROBERTIS, Francesco M. *Auspicia*, in *NNDI*, 1.

DE SANCTIS, Gaetano, *Storia dei Romani*, v. 1, 2^a ed., Firenze, La Nuova Italia, 1956.

DEKKERS, René. *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*, 1, 1948.

DOMBRADI, Eva. *Die Darstellung des Rechtsaustrags in den Altbabylonischen Prozessurkunden*, Stuttgart, Franz Steiner, 1996.

_____. *Das altbabylonische Urteil: Mediation oder res iudicata? Zur Stellung des Keilschriftrechts zwischen Rechtsanthropologie und Rechtsgeschichte*, in C. WILCKE (org.), *Das geistige Erfassen der Welt im Alten Orient. Sprache. Religion, Kultur und Gesellschaft*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007.

DÜLL, Rudolf. *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht: ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitrariae, Verfahren in iure und exceptio*, München, C.H.Beck, 1931.

_____. *Vom Vindex zum Iudex*, in *ZSS*, 54, 1934.

_____. *Vom vindex zum iudex (Fortsetzung und Schluß)*, in *ZSS*, 55, 1935.

_____. *Zur Frage der Provokation im römischen Zivilprozeß*, in *ZSS*, 56, 1936.

_____. *Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris*, in *ZSS*, 57, 1937.

_____. *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen römischen Zivilstreit*, in *ZSS*, 58, 1938.

_____. *Iudicet iudicarive iubeat*, in ZSS, 71, 1954.

_____. *Rechtsprobleme im Bereich des römischen Sakralrechts*, in ANRW, 1.2, 1972.

DUMEZIL, Georges. *À propos de latin 'jus'*, in *Revue de l'histoire des Religions*, 134, 1948.

_____. *Ordre, fantaisie, changement dans les pensées archaïques de l'Inde et de Rome (à propos du latin 'mos')*, in *Revue des études latines*, 32, 1954.

EHRENBERG, Victor. *Die Rechtsidee im frühen Griechentum: Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis*, Leipzig, Hirzel, 1921.

ERNOUT, Alfred e MEILLET, Antoin. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine – Histoire des Mots*, 4^a ed., Paris, Klincksieck, 1979.

FANIZZA, Lucia. *Iurisdictio mandata*, in SDHI, 60, 1994.

FERRINI, Contardo. *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1976, pp. 18-19 (= in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*)

FUSTEL DE COULANGES, Denys, *La cité antique*, trad. port. de Fernando de AGUIAR, *A cidade antiga*, 5^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2004.

GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*, Milano, Giuffrè, 2002.

GERNET, Louis. *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, in *L'Année Sociologique* (3^a série, 1948-1949), Paris, 1951 (= in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, François Maspero, 1968).

_____. *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955.

GIOFFREDI, Carlo. *Rex praetores e pontifices nell'evoluzione dal regnum al regime consolare*, in BCAR, 71, 1945.

_____. *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, Giuffrè, 1947.

_____. *Ius, Lex, Praetor (Forme storiche e valori dommatici)*, Romae, Apollinaris, 1948 (extrato de SDHI, 1947-48).

_____. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Romae, Apollinaris, 1955.

_____. *Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani*, in Iura, 9, 1958.

GIRARD, Paul Frédéric. *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, Paris, Arthur Rousseau, 1901.

GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il diritto pubblico nell'esperienza romana*, Napoli, Jovene, 1977.

GJERSTAD, Einar. *Early Rome*, Lund, Gleerup, 1966.

_____. *The Origins of the Roman Republic*, in *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandoeuvres-Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967.

GLADIGOW, Burkhard. *Die sakralen Funktionen der Likatoren. Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation*, in ANRW, 1.2, 1972.

GRIMM, Jacob e GRIMM, Wilhelm, *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig, Von Hirzel, 1852-1971.

GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 1965.

GUARINO, Antonio. *'Praetor maximus'*, in *Labeo*, 15, 1969.

_____. *Il processo privato nelle "XII Tabulae": "manum conserere"*, in *ANA* 34, 1985, pp. 65-86 (= in *Pagine di diritto romano*, v. 4, Napoli, Jovene, 1994).

_____. *Storia del Diritto Romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 1990.

HACKL, Karl. *Der Sakramentprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*, in *ZSS*, 106, 1989.

HANELL, Krister. *Das altrömische eponyme Amt*, Lund, Gleerup, 1946.

_____. *Probleme der Römischen Fasti*, in E. GJERSTAD (org.), *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandoeuvres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967.

HEURGON, Jacques. *Magistratures romaines et magistratures étrusques*, in E. GJERSTAD (org.), *Les origines de la République romaine: neuf exposés suivis de discussions. Vandoeuvres- Genève. 29 août- 4 septembre 1966*, Genève, Fondation Hardt, 1967.

HEUSS, Alfred. *Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten*, in *ZSS*, 64, 1944.

_____. *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel, Ferdinand Hirt, 1956.

HIRZEL, Rudolf. *Der Eid. Ein Beitrag zu seiner Geschichte*, Leipzig, S.Hirzel, 1902.

_____. *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig, S. Hirzel, 1907.

HOEBEL, E. Adamson. *The law of the primitive man: a study in comparative legal dynamics*, Cambridge, Harvard University, 1967.

HOETINK, Hendrik Richard. *The origin of the dual mode of Roman procedure*, in *Annual extraordinary number of The Jurist*, 5, 1947 (= in *Opera Selecta. Etudes de droit romain et d'histoire du droit/Studies in Roman law and legal history*, Zutphen-Holland, Terra, 1986).

HÖLKESKAMP, Karl-Joachim. *Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im Archaischen Griechenland*, Stuttgart, Franz Steiner, 1999.

HOMMEL, Hildebrecht. *Die Gerichtsszene auf dem Schild des Achilleus. Zur Pflege des Rechts in homerischer Zeit*, in *Politeia und Res Publica. Beiträge zum Verständnis von Politik, Recht und Staat in der Antike. Dem Andenken Rudolf Starks gewidmet*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1969.

HUMBERT, Michel. *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, 4^a ed., Paris, Dalloz, 1991.

JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 1, 6^a ed., Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1907.

JOANNES, Francis (org). *Rendre la justice en Mésopotamie. Archives judiciaires du Proche-Orient ancien (III – I millénaires avant J.-C.)*, Saint-Denis, PUV, 2000.

JOLOWICZ, Herbert Felix. *Procedure 'in iure' and 'apud iudicem'. A suggestion*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, v. 2, Pavia, Fratelli Fusi, 1935.

KASER, Max. *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*, Weimar, Böhlau Nachfolger, 1943.

_____. *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, v.1, München, 1944 (= in *Ausgewählte Schriften*, II, Jovene, Napoli, 1976).

_____. *Das altrömische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949.

_____. *Prätor und Judex im römischen Zivilprozess*, in *TR*, 32.1, 1964.

_____. *'Ius publicum' und 'ius privatum'*, in *ZSS*, 103, 1986.

_____. *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in ZSS, 104, 1987.

KASER, Max e HACKL, Karl. *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^a ed., München, C.H.Beck, 1996.

KORNEMANN, Ernst. *Zur altitalischen Verfassungsgeschichte*, in KLIO, 14, 1915, pp. 190-206.

KOSCHAKER, Paul. *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis. Königs von Babylon*, Leipzig, Veit, 1917.

KROESCHELL, Karl. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 13^a ed., Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2008.

KUNKEL, Wolfgang. *Zum römischen Königtum*, in *Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1959.

_____. *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1962.

_____. *Magistratische Gewalt und Senats Herrschaft*, in ANRW, 1.2, 1972.

KUNKEL, Wolfgang e SCHERMAIER, Martin. *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, 14^a ed., Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2005.

KUNKEL, Wolfgang e WITTMANN, Roland. *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, II: Die Magistratur*, München, C.H. Beck, 1995.

LAURIA, Mario. *Iurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 2, Milano, Fratelli Treves, 1930.

LATTE, Kurt. *Heiliges Recht. Untersuchungen zur Geschichte der sakralen Rechtsformen in Griechenland*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920.

LAUTNER, Julius Georg. *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrechte*, Leipzig, Theodor Weicher, 1922.

LEEMANS, Wilhelm F. *King Hammurapi as Judge*, in *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David dedicatae*, v.2, Leiden, E.J.Brill, 1968.

_____. *Hammurapi's Babylon, centre of trade, Administration and Justice*, in *Sumer*, 41, 1985.

LEIFER, Franz. *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München, Duncker & Humboldt, 1914.

_____. *Studien zum Antiken Ämterwesen, I – Zur Vorgeschichte des römischen Führeramts*, Leipzig, Dieterichische, 1931.

LEVY-BRUHL, Henri. *Le simulacre de combat dans le 'Sacramentum in rem'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 3, Milano, Fratelli Treves, 1930 (= in *Quelques Problèmes de Très Ancien Droit Romain*, Paris, Domat- Montchrestien, 1934).

_____. *La formule vindicatoire*, in *RHD*, 2, 1932.

_____. *Le très ancien process romain*, in *SDHI*, 18, 1952.

_____. *La manuum consertio*, in *Iura*, 4, 1953.

_____. *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960.

LINDERSKI, Jerzy. *The Augural Law*, in *ANRW*, 16.3, 1986.

LINTOTT, Andrew W. *Provocatio. From the Struggle of the Orders to the Principate*, in *ANRW*, 1.2, 1972.

_____. *Provocatio e iudicium populi dopo Kunkel*, in B. SANTALUCIA (org.), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, Iuss, 2009.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio, *Procedura civile romana, I – Esercizio dei diritti e Difesa Privata*, Bologna, Cesare Zuffi, 1948.

_____. *Procedura civile romana, II – Le legis actiones*, Bologna, UPEB, 1948.

_____. *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozeß*, in *ZSS*, 73, 1956.

_____. *Giurisdizione (diritto romano)* in *ED*, 19.

MAFFI, Arnaldo. *Processo di status e rivendicazione in proprietà nel Codice di Gortina: 'diadikasia' o azione delittuale?*, in *Dike*, 5, 2002.

_____. *Funzione giurisdizionale e regimi politici nella Grecia arcaica e classica*, in S. CATALDI (org.), *Poleis e Politeiai. Atti del Convegno Internazionale di Storia Greca (Torino, 29-31 maggio 2002)*, Alessandria, D'Orso, 2004.

_____. *Studi sulla giurisdizione nei regni hellenistici*, in *Symposion*, 2003 (2006).

_____. *L'arbitrato nella esperienza giuridica greca e romana*, in J.HENGSTL e U. SICK (org.), *Recht gestern un heute. Festschrift zum 85.Geburtstag von Richard Haase*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2006.

MAGDELAIN, André. *Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats*, in RHD, 42, 1963 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990).

_____. *Auspicia ad patres redeunt*, in *Hommages à J. Bayet (Collection Latomus, 70)*, 1964 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990).

_____. *Recherches sur l'imperium', la loi curiate et les auspices d'investiture. [Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris, série 'Sciences historiques', 12]*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968.

_____. *Praetor Maximus et Comitatus Maximus*, in Iura, 20.1, 1969 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990).

_____. *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA, 27, 1980, (=in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990).

_____. *Provocatio*, in *Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias*, I, Madrid, Benza, 1988 (= in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990).

MARTIN, Jochen. *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes*, 98, 1970.

MARTINO, Paolo. *Arbiter*, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1986.

MAURER, Konrad von. *Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte (Altisländisches Strafrecht und Gerichtswesen)*, v.5, Leipzig, A. Deichert, 1910.

MAZZARINO, Santo. *Dalla monarchia allo stato repubblicano*, Catania, 1945.

_____. *La formazione della 'Respubblica' romana*, in RIDA, 1, 1948.

MEIRA, Sílvia A.B. *O homo sacer no antigo direito romano*, in *Romanitas*, 2, 1959.

_____. *História e fontes do direito romano*, São Paulo, Saraiva, 1966.

MITTEIS, Heinrich e LIEBERICH, Heinz. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 15^a ed., München, C.H. Beck, 1978.

MOMIGLIANO, Arnaldo. *'Praetor Maximus' e questioni affini*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, v. 1, Torino, Giappichelli, 1968.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, v.1, 3^a ed., Leipzig, S. Hirzel, 1887.

_____. *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.

_____. *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893 (también trad. ital. P. BONFANTE, *Disegno del diritto pubblico romano*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1943).

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. 1, 13^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MURGA, José Luís, *Derecho romano clásico. II: El proceso*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1980.

NICOSIA, Giovanni. *Il processo privato romano. I. Le origini*, Giappichelli, Torino, 1980.

_____. *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, Torino, Giappichelli, 1986.

_____. *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del VI Convegno Copanello, 7-10 giugno 1992*, 1994 (= in *Silloge. Scritti 1956-1996*, v. 2, Catania, Torre, 1998, pp. 637-668).

NOAILLES, Pierre. *Vindicta*, in *RHD*, 1940-1941 (= in *Fas et Jus. Études de droit Romain*, Paris, Belles Lettres, 1948).

_____. *Manum injicere*, in *RHD*, 21, 1942 (= *Fas et Jus. Études de droit Romain*, Paris, Belles Lettres, 1948).

_____. *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de droit romain approfondi. 1941-1942*, Paris, Sirey, 1949.

NOCERA, Guglielmo. *Il fondamento del potere dei magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 57, Padova, Cedam, 1946.

_____. *'Reddere ius'.* Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma, Roma, Bulzoni, 1976.

PAIS, Ettore. *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, v. 1, Roma, Ermanno Loescher, 1915.

PLANCK, Julius Wilhelm. *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter: Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen*, Braunschweig, C.A. Schwetschke und Sohn, 1879.

PLANITZ, Hans e ECKHARDT, Karl August. *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz-Köln, Böhlau, 1961.

PLATSCHEK, Johannes. *Ex iure manum conserere: zur symbolischen Gewalt im frühen römischen Eigentumsprozess*, in *TR*, 74, 2006.

PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, Ricerche, 1961-1962.

RICHARD, Jean-Claude. *Les origines de la plèbe romaine*, Roma, École Française de Rome, 1978.

_____. *L'oeuvre de Servius Tullius: essai de mise au point*, in *RHD*, 61, 1983.

RIES, Gerhard. *Altbabylonische Beweisurteile*, in *ZSS*, 106, 1989.

_____. Resenha (E. DOMBRADI, *Die Darstellung des Rechtsaustrags in den Altbabylonischen Prozessurkunden*, Stuttgart, Franz Steiner, 1996), in *ZSS*, 116, 1999.

ROSENBERG, Arthur. *Der Staat der alten Italiker: Untersuchungen über die ursprüngliche Verfassung der Latiner, Osker und Etrusker*, Berlin, Weidmann, 1913 (também trad. ital. L. CAPPELLETTI e F. SENATORE, *Lo Stato degli antichi italici: ricerche sulla costituzione originaria di Latini, Oschi ed Etruschi*, Roma, Scienze e Lettere, 2011).

_____. v. *Imperium*, in *RE*, 9, 1916.

_____. v. *Rex*, in *RE*, 1.A1.

_____. v. *Rex sacrorum*, in *RE*, 1.A1.

SANTALUCIA, Bernardo. *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura*, 35, 1984 (= in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, Cedam, 2009).

_____. *Processo penale (diritto romano)*, in *ED*, 36, 1987.

_____. *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª ed, Milano, Giuffrè, 1998.

SANTORO, Raimondo. *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 41, Palermo, 1967.

_____. *Manu(m) conserere*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 32, Palermo, 1971.

SARGENTI, Manlio. *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, v. 3, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1973.

SCARLATA FAZIO, Mariano. *Dalla magistratura unica alla collegiale*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1982.

SCHERILLO, Gaetano e DELL'ORO, Aldo. *Manuale di storia del diritto romano*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1949.

SCHERILLO, Gaetano. *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'. Corso di diritto romano*, Milano, Goliardica, 1960.

SCHLOSSMANN, Siegmund. *Der Vindex bei der in ius vocatio*, in *ZSS*, 24, 1903.

SCHMIDLIN, Bruno. *Zur Bedeutung der 'legis actio': Gesetzklage oder Spruchklage?*, in *TR*, 38, 1970.

SCHRÖDER, Richard e KÜNßBERG, Eberhard von. *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6^a ed., Leipzig, von Veit, 1919.

SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1946.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, Anonima Romana, 1936.

SERRAO, Feliciano. *Diritto privato economia e società nella storia di Roma, I – Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, Jovene, 2006.

STEINWENTER, Artur. *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, C.H.Beck, München, 1925.

_____. *Die Gerichtszene auf dem Schild des Achilles*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948.

_____. *Resenha (G. BROGGINI, Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, Köln-Graz, Böhlau, 1957)*, in *TR*, 27, 1959.

SZEMLER, George John. *The priests of the Roman republic. A study of interaction between Priesthoods and Magistracies*, Bruxelles, Latomus, 1972.

- TALAMANCA, Mario (org.). *Lineamenti di storia del diritto romano*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1989.
- TALAMANCA, Mario. “*Dikazein*” e “*krinein*” alle origini dell’attività giurisdizionale in Grecia, in *Symposion*, 2, 1974, Köln-Wien, Böhlau, 1974.
- _____. *Processo civile (dir.rom.)*, in *ED*, 36, 1987.
- TELLEGEN-COUPERUS, Olga. *Pontiff, praetor and iurisdictio in the Roman Republic*, in *TR*, 74, 2006.
- THÜR, Gerhard. *Zum dikazein bei Homer*, in *ZSS*, 87, 1970.
- _____. *Oath and Dispute Settlement in Ancient Greek Law*, in L. FOXHALL e A.D.E. LEWIS (org.), *Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice*, Oxford, Clarendon, 1996.
- _____. *Rechtsstreit im archaischen Griechenland: Parallelen im Alten Orient?*, in M. WITTE e M.T. FÖGEN (org.), *Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike um im Alten Orient*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2005.
- _____. *Der Reinigungseid im archaischen griechischen Rechtsstreit und seine Parallelen im Alten Orient*, in R. ROLLINGER e H. BARTA (org.), *Rechtsgeschichte und Interkulturalität. Zum Verhältnis des östlichen Mittelmeerraums und ‘Europas’ im Altertum*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007.
- TONDO, Salvatore. *Il ‘sacramentum militiae’ nell’ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, 29, 1963.
- _____. *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della ‘manumissio vindicta’*, Milano, Giuffrè, 1967.
- _____. *La semantica di ‘sacramentum’ nella sfera giudiziale*, in *SDHI*, 35, 1969.
- _____. *Leges regiae e paricidas*, Firenze, Olschki, 1973.
- _____. *Profilo di storia costituzionale romana*, 2 vol, Milano, Giuffrè, 1981.
- TOUTAIN, Jules. v. *Imperium* in *DS*, 3.1.
- VARVARO, Mario. *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare (Gell. 20.10.7)*, in M. HUMBERT (org.), *Le Dodici Tavole dai decemviri agli umanisti*, Pavia, Press, 2005.
- VIEL, Heinz-Dieter. *Der Codex Hammurapi*, Göttingen, Ruprecht, 2002.

VOCI, Pasquale. *Per la definizione dell'imperium*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1953.

_____. *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 19, 1953 (=in *Studi di Diritto Romano*, v. 1, Padova, Cedam, 1985).

VOGEL, Karl Heinz. *Imperium und Fasces*, in *ZSS*, 67, 1950.

WALDE, Alois e HOFMANN, Johann Baptist. *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Carl Winter, 1954.

WALTHER, Arnold. *Das altbabylonische Gerichtswesen*, Leipzig, J.C. Hinrich, 1917.

WEISS, Egon. *Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Leipzig, Felix Meiner, 1923.

_____. *Prozessgesetze und Richterbestellung im Legisaktionenprozesse*, in *BIDR*, 49-50, 1947.

_____. *Die grosse Inschrift von Gortyn und ihre Bestimmungen über Selbsthilfe und Prozess*, in *Pragmateiai tes Akademias Athenon*, 14.2, Athenai, 1948.

WENGER, Leopold. *Hausgewalt und Staatsgewalt*, in *Miscellanea Fr. Ehrle*, v.2, Roma, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1924.

_____. *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925.

_____. *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948.

WERNER, Robert. *Der Beginn der römischen Republik*, München, R. Oldenbourg, 1963.

WESENBERG, Gerhard. *Praetor Maximus*, in *ZSS*, 65, 1947.

_____. *Zur Frage der Kontinuität zwischen königlicher Gewalt und Beamten Gewalt in Rom*, in *ZSS*, 70, 1953.

_____. v. *Praetor*, in *RE*, 22.2, 1954, pp.1581-1607.

WIEACKER, Franz. *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, C.H.Beck, 1988.

WISSOWA, Georg. *Religion und Kultus der Römer*, München, C.H. Beck, 1912.

_____. v. *Auspicious*, in *RE*, 2.2.

WLASSAK, Moritz. *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, v.1, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888.

_____. *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift Windscheid*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1889.

_____. v. *Centumviri*, in *RE*, 3.

_____. *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, Kais.Akademie der Wissenschaften in Wien, 1917.

_____. *Zum römischen Provinzialprozess*, Wien, Akademie der Wissenschaften in Wien, 1919.

_____. *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, Akademie der Wissenschaften in Wien, 1921.

_____. *Das Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*, 25, 1924.

WOLF, Joseph Georg. *Zur legis actio sacramento in rem*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1985.

WOLFF, Hans Julius. *The origin of Judicial Litigation among the Greeks*, in *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, 4, 1946 (= *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des Hellenistisch-Römischen Ägypten*, Weimar, Böhlau, 1961).

_____. *Polis und civitas*, in *ZSS*, 94, 1978.

WUNSCH, Cornelia. *Und die Richter berieten... Streitfälle in Babylon aus der Zeit Neriglissars und Nabonids*, in *AfO*, 44-45, 1997-1998.

_____. *Die Richter des Nabonid*, in *Assyriologica et Semitica. Festschrift für Joachim Oelsner*, Münster, Ugarit, 2000.

ZUMPT, August Wilhelm. *Der Criminalprocess der römischen Republik*, Leipzig, B.G. Teubner, 1871.

ÍNDICE DAS FONTES

I. FONTES JURÍDICAS

A. FONTES PRÉ-JUSTINIANEIAS

LEX XII TABULARUM

- 1.4, p. 135
- 1.6-9, p. 88
- 1.7; pp. 3, 96, 102
- 1.8, p. 95
- 2.2, p. 176
- 3.1, p. 96
- 3.3, p. 96
- 3. 1-4, pp. 96, 136
- 3.5, p. 96
- 3. 6, p. 136
- 6.6, p. 64
- 8, p. 159
- 8.14, p. 70
- 8.12-13, p. 70
- 12.3, p. 130, 142, 176

LEGES

- Lex Acilia repetundarum*., p. 174
- Lex Agraria [Baebia?]* 35, p. 156
- Lex Antonia de Termessibus*, 2.2-5, p. 156
- Lex Plaetoria de iurisdictione*, p. 157
- Lex (Rubria) de Gallia Cisalpina*, 20.17-18, p. 156
- Lex Urson*. LXVI.3.4, p. 102

GAI INSTITUTIONES

- G. 1.134, p. 94
- G. 2.24, 94, p. 122
- G.3.189, p. 135
- G.4.11, p. 105
- G.4.12, p. 108
- G.4.13, pp. 70, 110, 112, 113
- G.4.14, pp. 102, 110, 113
- G.4.15, pp. 109, 110, 140
- G.4.16, pp. 64, 95, 111, 127, 128, 109, 110, 111, 114, 115, 127, 129, 153
- G.4.17, pp. 110, 115, 116, 127, 138, 141
- G. 4.17A, pp. 127, 153

- G.4.21, pp. 131, 135, 136
- G.4.22, pp. 132, 136
- G.4.23, pp. 132, 136
- G.4.24, pp. 133, 136
- G.4.25, pp. 133, 134, 136
- G. 4.30, p. 112
- G.4.31, pp. 112
- G.4.48, p. 111
- G.4.93, p. 125

B. FONTES JUSTINIANEIAS

CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

- D.1.1.1.2, 27, p. 28
- D.1.2.2.1, 53, p. 101
- D.1.2.2.16, p. 53
- D.1.2.2.23, pp. 52, 170
- D.1.2.2.24, p. 153
- D.1.2.2.32, p. 170
- D. 1.2.2.6, p. 67
- D. 1.21.1pr, p. 170
- D.1.21.3, p. 166
- D. 2.1.4, p. 165
- D.2.1.5, p. 168
- D.2.1.10, p. 67
- D.2.1.14, p. 163
- D. 2.1.16, p. 168
- D.4.7.12, p. 141
- D.4.8.32.6, p. 58
- D.5.1.1, p. 67
- D. 5.1.58, p. 163
- D. 21.1.17.18, p. 58
- D.26.1.6.2, p. 166
- D. 28.3.6.10, p. 170
- D. 36.1.13.4, pp. 163, 166
- D.39.3.26, p. 67
- D. 44.7.51, p. 106
- D.47.10.1, p. 148
- D. 50.1.26, p. 165
- D.50.1.26, p. 165
- D.50.16.131.1, p. 171

II. FONTES LITERÁRIAS

ARISTOTELES

Politica

3.10 (1.1285b), p. 101

CAESAR

De bello gallico

6.23, p. 43

CICERO

I. Orationes

Pro Caecina

3.97, p. 102

Pro Cluentio

146, p. 174

Pro Murena

12.26, pp. 126, 153

Pro Rabirio.perduellionis reo.

2.5, p. 23

12, p. 52

Pro Sestio

65, p. 57

Pro Sex. Roscio Amerino

85, p. 174

II. Epistulae

Ad familiares

7.12, p. 119

III. Opera philosophica

De legibus

3.3.6, p. 169

3.3.8, p. 94

3.3.9, p. 19

4.10, p. 19

De republica

1.40.63; p. 19

2.21.38, p. 80

2.32.56, p. 19

2.35, p. 118

2.54, pp. 53, 56

5.2.3, pp. 79, 80, 101

De natura deorum

1.41.116, p. 23

Schol.Cic. Gron.B.

327.7, p. 174

DIONYSIOS HALICARNASENSIS

Antiquitates Romanae

2.14.1, p. 52

10.1.2, p. 78

4.25.1-2, pp. 52, 76, 77, 101

4.36, pp. 77, 101

FESTUS

De verborum significatu (ed. Lindsay)

v. *addicere* p.12 L, pp. 153, 154

v. *agere* p.21L, p. 105

v. *arbiter* p. 14L, p. 174

v. *arbitrium* p. 12L, p. 174

v. *Maximum praetorem* p.152 L., p. 13

v. *meddix* p.110L, p. 92

v. *membrum abscidi mortuo* p. 135L, p. 149

v. *nefasti dies* p. 162 L, p. 152

v. *optima lex* p. 216L, p. 19

v. *parrici(di) questores* p. 247L, p. 50

v. *peculatus* p.268L, p. 118

v. *quaestores* p.310 L.; p. 52

v. *sacramentum* p.467L, pp. 116, 118

v. *sacramentum*, p. 476L, p. 117

v. *sororium tigillum* 380, 16 L, p. 52

v. *vindiciae* p.518 L, p. 96

v. *vindex* p. 516L, p. 135

GELLIUS

Noctes Atticae

1.21.4, p. 119
10.15-16, p. 25
13.23.13, p. 23
20.1.7, p. 176
20.10.7-9, pp. 64, 126
20.10.10, p. 122
15.13.11, p. 137
20.1.44, p. 136
20.1.42-48, p. 136
20.10., p. 127

HOMERUS

Ilias

18.497-508, p. 35

ISIDORUS HISPALENSIS

ORIGINES

9.4.14, p. 173

LIVIVS

Ab Urbe condita

1.24.7-8, p. 125
1.26.5, p. 52
1.26.6-8, p. 53
1.32.7, p. 125
1.41.5, p. 79
1.49.4, p. 52
1.60.4, p. 77
2.1.7, p. 11
3.44.11-12, p. 153
3.45.8, p. 55
3.5.14, p. 23
3.53.4, p. 56
3.55.12, pp. 12, 86, 159
3.7.7, p. 23
4.3.4-7, p. 11
4.3.9, p. 10
6.34. 5-11, p. 12
6.35.6-10, p. 12
6.38.4-9, p. 12
6.42.11, p. 12
7.1.6, p. 12
7.3.5-8, p. 12
8.32.3, p. 19
10.9.3-5, p. 56

10.38, p. 118

24.44.2, p. 168

26. 3. 9-12, p. 56

26.6.13, p. 92

MACROBIUS

Saturnalia

1.13.21, p. 140

1.16.14-15, p. 152

2.3.2, p. 116

NONIVS MARCELLVS

De compendiosa doctrina (ed. Lindsay)

280.16, p. 154

OVIDIVS

Fasti

1.47-52, p. 152

POLYBIVS

Historiae

6.17.7, p. 179

RUFIVS

Origenes

3.1 p.932c, p. 173

SENECA

Ad Serenum de tranquillitate animi

3.4, p. 152

TACITVS

Germania

12, p. 43

VARRO

De lingua Latina

5.81, p. 52

5.82, p. 19

5.180, pp. 116, 117, 118

6.29, p. 151

6.30, p. 151
6.53, p.152
6.61, pp. 93, 146, 154, 159, 173
6.64, p. 64
6.88, pp. 86, 93, 159

Lex Burgordiorum
45, p. 42

Lex Frisionum
IX 2, p. 41

III. FONTES GERMÂNICAS E ROMANO-GERMÂNICAS

Edictum Liutprand
21, p. 42

Chronaca. Fredegari
4.51, p. 42

Lex Alamanorum.
42.1, p. 44
81, p. 42

Lex Baiuvarum
2.1, p. 42