JOSÉ RUBENS DE MORAES

SOCIEDADE e VERDADE –
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROVA

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

para obtenção do título de Doutor em Direito Processual

Professor Orientador: José Rogério Cruz e Tucci

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2008

“Il giudice, soglio dire a scuola, è al centro d’un minuscolo cerchio di luce, di là dal quale tutto è buio: dietro di lui l’enigma del passato, davanti l’enigma del futuro. Quel minuscolo cerchio è la prova”.
(Francesco Carnelutti, *La prova civile*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 8)

APRESENTAÇÃO

É sempre tempo de "*revisitar"* a 'Prova' no Processo Civil brasileiro. Há mais de cinqüenta anos, Moacyr Amaral Santos, entre nós, assentava as sólidas bases para o estudo do tema ao publicar a sua magnífica obra "*Prova Judiciária no Cível e Comercial*", sob o regime do Código de 1939, revelando a sua importância e complexidade.

A presente monografia optou por trilhar um percurso específico, de modo a tornar possível a incursão pelas remotas origens históricas do processo civil, principalmente aquelas do processo romano e do antigo processo lusitano, cuja sofisticação, em diversos institutos, entre os quais se insere, seguramente, a 'Prova', inúmeras vezes, ainda hoje, tanto surpreendem, fruto não apenas de circunstâncias factuais, porém, como resultado de profundas reflexões de homens com notável tirocínio para as questões jurídicas, especialmente acerca da relevância do processo, no inafastável confronto com a realidade social na qual estavam inseridos.

Necessário registrar que a presente investigação representa, intencionalmente, uma firme aproximação de duas ciências que, embora autônomas, guardam, entre si, íntima relação - o Direito Processual Civil e a História. Trata-se, sem dúvida, de saberes específicos, cada qual com seus métodos, instrumentos e universo conceitual próprios. Porém, quando analisadas de perto, revelam-se amalgamadas, uma vez que ambas repousam raízes na sociabilidade humana, na qual encontram sua explicação e razão de ser.

Por igual, a tese foi elaborada em plena conformidade com a linha metodológica adotada e, em expressiva dimensão, com o conteúdo ministrado na disciplina oferecida em nível de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada "*História do Processo Civil Romano, Canônico e Lusitano"*.

É, portanto, sem dúvida, resultado direto dos conhecimentos hauridos a partir dos ensinamentos proferidos na referida disciplina. Trata-se, na verdade, de um autêntico "*Curso de História*", ministrado ao longo quatro semestres, centrado, primariamente, na investigação de temas de Direito Processual Civil, guardando, entretanto, relação direta com a História do Direito, com a História Social e com a História Econômica.

A disciplina foi concebida e estruturada pelo saudoso Professor Moacyr Lobo da Costa - com o conteúdo e formatação que permanecem até hoje: processo civil romano, processo civil canônico e processo civil lusitano – tendo sido por ele ministrada a partir de 1972 até o ano de sua aposentadoria, em 1983.

Restabelecido em 1988, o Curso vem, desde então, sendo conduzido, de forma ininterrupta, pelos Professores Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci.

A partir da afirmação de uma importante premissa metodológica - qual seja, a convicção de que ao conhecermos em profundidade as experiências e institutos processuais pretéritos resulta possível uma mais precisa compreensão do processo civil na atualidade – evidencia-se a importantíssima missão desta Cátedra, que, ao longo desses anos todos, vem propiciando a produção e transmissão de valioso conhecimento a respeito das origens históricas e desenvolvimento institucional do nosso processo civil.

Em tal vertente de pesquisa acadêmica insere-se a investigação que ora se submete à apreciação. Possa o trabalho desenvolvido, por meio do subsídio nele contido, oferecer novas oportunidades de reflexão e questionamentos aos estudiosos do Processo Civil.

Possa também a tese prestar o merecido tributo ao notável labor de Moacyr Amaral Santos, por meio de uma reapreciação dos aspectos histórico-dogmáticos da ‘Prova’, complementando as sólidas pesquisas da História do Processo Civil realizadas, entre nós, por diversos estudiosos, inspirados no inovador e essencial magistério deflagrado por Moacyr Lobo da Costa, mantido, nos dias de hoje, na velha e sempre jovem Academia - a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - pelos Professores Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, os quais, mantendo as antigas tradições acadêmicas, conferem, ambos, um perfil moderno e erudito aos estudos de História do Processo Civil na Universidade brasileira na atualidade.

Aos três professores por último referenciados – os eminentes Professores Moacyr Lobo da Costa ("*in memoriam*"), Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci – orientador da presente tese de doutoramento –, Processualistas por formação, porém, indubitavelmente, Historiadores por vocação – e também ao eminente Processualista, o Professor Roque Komatsu, que, como orientador no mestrado, viabilizou o início dos meus estudos científicos em nível de pós-graduação –, todos eles, homens de saber invulgar e irrestrita generosidade no compartilhamento do conhecimento jurídico, meus Mestres mais próximos nas Arcadas, desejo consignar as devidas homenagens acadêmicas e também o meu agradecimento pela formação recebida ao longo de tantos anos, mas, acima de tudo, desejo expressar, de forma especial, a minha sincera afeição.

Pretende-se, dessa forma, com o presente trabalho, escorado nos elementos que serão apresentados ao longo da tese, contribuir com a ciência do processo, renovando e ampliando as discussões acadêmicas acerca da prova, um tema jurídico clássico, e, por isso mesmo, sempre importante e instigante.

Exsurge, pois, uma vez mais, a relevante *História do Processo Civil*.

José Rubens de Moraes

São Paulo, 9 de novembro de 2008

SUMÁRIO

Capítulo I

INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais e premissas adotadas..... 8
2. Objeto e horizontes da tese..... 10
3. Os estudos de História do Processo..... 15
4. A dogmática histórica da Prova nos estudos de Processo..... 17

Capítulo II

A PROVA NOS DIREITOS DOS POVOS DA ANTIGUIDADE

5. Direitos das Civilizações do Oriente..... 28
6. Direito Romano
6.1. Período Arcaico..... 40
6.1.1. Antigo procedimento romano..... 72
6.2. Lei das XII Tábuas..... 80
6.2.1. Testemunho..... 90
6.2.2. *"In ius vocatio"*..... 92
6.2.3. *"Obvagulatio"*, *"intestabilitas"* e *"infamia"*..... 94
6.2.4. Juramento e Confissão..... 99
6.2.5. Documentos, especialistas e inspeção..... 103
6.3. Laicização do sistema probatório..... 105
6.4. Período Republicano e o "*Ordo iudiciorum privatorum*"..... 108
6.5. Período Imperial e a "*Extraordinaria Cognitio*"
6.5.1. O principado augustano e as reformas processuais..... 132
6.5.1.1. O agravamento da crise republicana e o aparecimento de Augusto..... 136
6.5.1.2. Os antecedentes – a questão agrária e as guerras civis..... 139
6.5.1.3. A progressiva inserção da "*cognitio*" na ordem jurídica imperial..... 153
6.5.1.4. A síntese de Max Kaser acerca das características da "*cognitio extra ordinem*"..... 167
6.5.1.5. A ideologia subjacente e os reflexos no campo probatório experimentados pela transposição do "*ordo*" para a "*cognitio*"..... 173

Capítulo III

A PROVA NO DIREITO MEDIEVAL

7. Antiguidade tardia..... 240
8. A prova na Idade Média..... 246
8.1. Especificidades do contexto Ibérico..... 265
8.1.1. "*Fuero Juzgo*"..... 271
8.1.2. "*Flores de Derecho*"..... 274
8.1.3. "*Siete Partidas*"..... 280
9. Grandes sínteses do mundo medieval: o Feudalismo e o Comércio como fatores precursores para o surgimento das monarquias centralizadas..... 291
9.1. Origens do Feudalismo..... 292
9.2. Aspectos do Comércio na Europa entre os séculos VI e XII..... 298

Capítulo IV

A PROVA NO DIREITO LUSITANO

10. Portugal: as origens e a construção da nacionalidade..... 303
11. Antigo Direito Lusitano
11.1. Forais..... 321
11.2. Legislação Geral..... 332
11.2.1. Livro das Leis e Posturas e Ordenações de D. Duarte..... 334
11.3. Ordenações Afonsinas..... 340
12. Expansão ultramarina: a montagem do Império Português..... 357
12.1. Ordenações Manuelinas..... 385
12.2. Ordenações Filipinas 394

Capítulo V

SÍNTESE CONCLUSIVA

13. A transposição do Direito Lusitano para o Processo Civil Brasileiro..... 417
14. Considerações finais..... 452
Referências bibliográficas..... 455

Capítulo I

INTRODUÇÃO

Sumário: 1. Considerações iniciais e premissas adotadas. 2. Objeto e horizontes específicos da tese. 3. Os estudos de História do Processo. 4. A dogmática histórica da prova nos estudos de Processo.

1. Considerações iniciais e premissas adotadas

O presente trabalho consiste em uma investigação acerca das principais características atinentes à evolução do instituto da prova judicial. A rigor, cuidou de analisar, sob uma perspectiva histórico-dogmática, as formas e institutos empregados pela sociedade, ao longo do tempo, para a determinação, em juízo, da verdade dos fatos.

Cronologicamente, compreende um amplo arco temporal que se inicia na antiguidade, com maior ênfase ao tempo do antigo processo civil romano, adentrando o complexo mundo da Idade Média, para atingir, na transição para o período moderno, ao tempo da elaboração dos grandes monumentos jurídicos do Direito Lusitano, as Ordenações do Reino, até os seus subseqüentes desdobramentos na experiência processual civil brasileira.

Buscou a tese estabelecer um confronto direto com a apreciação de algumas das mais relevantes transformações havidas nas estruturas sociais nos períodos em análise.

Substancialmente, as limitações do tema foram circunscritas a um estudo acadêmico no âmbito da evolução do direito processual civil - sempre que possível tal distinção - no enfoque do viés histórico, centralizado na experiência do sistema jurídico romano-germânico-canônico.

Assim sendo, como premissa metodológica adotada pelo autor, a tese partiu de considerações introdutórias a respeito de referências sobre a prova nas suas primeiras manifestações nos direitos de alguns dos povos da antiguidade.

A seguir, cuidou a tese de elaborar uma abordagem mais aprofundada (em razão da mais expressiva densidade substancial e confiabilidade das fontes disponíveis acerca do tema probatório) atinente à experiência jurídica romana, nas três fases evolutivas de seus dois grandes sistemas processuais, o "*ordo iudiciorum privatorum*" e a "*extraordinaria cognitio*".

O conteúdo que se seguiu ao da análise da experiência romana consistiu na apreciação das grandes estruturas do mundo medieval e suas particulares dinâmicas, objetivando a demonstração das influências das referidas estruturas nas configurações jurídicas adotadas em matéria probatória ao tempo da antiguidade tardia.

Foram, portanto, abordadas na tese algumas das principais bases intelectuais e sociais que dariam ensejo, no futuro, à formação das concepções probatórias na experiência jurídica das nascentes nações européias, em especial, a lusitana.

Por fim, a tese analisou, com maior vagar, os preceitos positivados atinentes à matéria da prova nas Ordenações do Reino, cuja vigência em território brasileiro, em especial do regramento filipino, viabilizou uma análise da transposição dos modelos lusitanos na construção dos modelos adotados no então incipiente direito processual brasileiro.

2. Objeto e horizontes específicos da tese

As principais questões analisadas na presente tese representam a tentativa de identificação dos aspectos mais relevantes do instituto da prova e suas múltiplas articulações na estrutura do processo, devidamente inseridos na evolução histórica das sociedades ocidentais.

No que toca a antiguidade anterior aos romanos, malgrado a deficiência das fontes, buscou-se retratar as particularidades relacionadas com a identificação da percepção da prova em suas primeiras manifestações nos direitos dos povos dos períodos pretéritos.

Ainda que o módulo da prova, assim como o próprio processo, não se encontrassem perfeitamente sistematizados nos períodos civilizacionais mais recuados, necessário se fez uma aproximação preliminar com alguns dos primeiros esquemas jurídico-processuais das antigas civilizações que deixaram vestígios, em especial, naquilo que as poucas fontes revelam acerca da rudimentar atividade probatória, manifestada, com maior nitidez, nos direitos dos povos babilônicos, hebraicos, egípcios, entre outros.

Buscou-se investigar a existência de referências a respeito da prova nas antigas Leis de Eshnunna, no Código de Hammurabi, entre outras fontes da mesopotâmia. Da mesma forma, realizou-se uma análise no Pentateuco, para a localização de passagens acerca do processo e da prova no direito do antigo povo de Israel, reveladas, em especial, no Deuteronômio. Em todas as referidas fontes, a partir de uma leitura mais aprofundada, de modo a ultrapassar, sempre que possível, o estado de indiferenciação no qual se encontravam estruturadas as referidas construções, permitiu-se ver exsurgir um universo normativo primitivo, porém, em boa medida, jurídico, com algumas intersecções com o âmbito probatório.

Buscou-se, na seqüência, a identificação das primeiras manifestações do instituto da prova no direito romano, localizadas, cronologicamente, desde o nebuloso período arcaico de seu processo civil, com início, aproximadamente, por volta do século VIII a. C., quiçá antes, ao tempo da fundação da "*civitas*".

Foi necessário empreender uma análise na estrutura das antigas *"Legis Actiones"*, em especial, nos aspectos probatórios evidenciados, principalmente, no procedimento da antiga e obscura "*legis actio per sacramentum"*.

Neste ponto, tornou-se necessária uma releitura do estudo de Geraldo de Ulhoa Cintra, "*De actione Sacramento*", em confronto com a obra de Henri Lévy-Bruhl, "*Recherches sur les actions de la loi"*, com o fim de extrair a síntese do mecanismo probatório no período arcaico do processo civil romano, de notória conformação religiosa, em plena conjunção do "*ius"* e do "*fas"*.

Constatou-se, pois, a impactante presença da prova irracional, de fundo místico e sobrenatural, nos primórdios de Roma, cujos reflexos se desdobrariam pelo tempo.

O período formular, oferece, como cediço, uma oportunidade para a constatação do lento início na transformação do instituto do processo, em razão da progressiva laicização do direito, já iniciada em momento anterior e também a partir do alargamento dos poderes do pretor, ocasionando o incremento na amplitude dos poderes do magistrado.

As particularidades no tema probatório foram analisadas a partir da especial configuração procedimental do processo romano típico do "*ordo iudiciorum privatorum*", que, a rigor, fazia com que a atividade instrutória restasse conduzida não pela mão do pretor, que era o magistrado oficial, porém pelo "*iudex*", que era um cidadão privado.

Destarte, buscou-se efetuar uma análise dos meios de prova mais empregados e seu funcionamento no processo formular a partir do entendimento adotado, ao referido tempo, pelos operadores que atuavam "*in iudicio*": os causídicos e o próprio "*iudex*".

Os primeiros, tendo que atuar, para a instrução da causa, que não transcorria diante do magistrado oficial, serviam-se do arcabouço conceitual disponível, aliás, de todo, o mais empregado e adequado diante da particular configuração da atividade instrutória, a qual, como é notório, tinha lugar diante do "*iudex"*, ou seja, as construções da arte da retórica, e não do direito, como a interessante obra de Quintiliano, "*Institutio Oratória"*, que, por sorte, atravessou os séculos e chegou, quase intacta, até os nossos dias, consubstanciando-se em preciosa fonte para o estudo da prova no referido período.

O período da "*cognitio extraordinaria*" revelou a irreversível jurisdicionalização do processo civil romano, evidenciada, entre outros aspectos, pelo desaparecimento da antiga partição bifásica do procedimento, e pela conseqüente publicização da atividade jurisdicional, oferecendo, destarte, a possibilidade de constatação das múltiplas conformações que o instituto da prova passou a assumir em sua lenta evolução e amadurecimento institucional ao longo dos séculos. Aqui, como se apurou, começam a ser detectados os primeiros sinais do aparecimento da prova legal, que se consolidaria, assumindo vigor e importância, ao tempo da Idade Média.

Neste ponto, tornou-se imprescindível realizar um estudo acerca das profundas alterações introduzidas no processo por força da nova ordem política vigente. A tese cuidou, portanto, de destacar o especial momento que se inicia com o Principado augustano, com a progressiva interferência do "*princeps*" na esfera do Direito.

Ao atingir seu estádio final de desenvolvimento institucional, desde o momento em que se adentra no Baixo Império, em tumultuada época de crise social, o processo romano também passou a sofrer relevantes mutações conceituais e ideológicas, em especial, em decorrência da influência dos preceitos oriundos do cristianismo, que, progressivamente, se alastrava no império, para, em breve, acabar por se consolidar como sua religião oficial.

Para concluir o estudo do processo romano foi realizada uma análise de alguns dos principais pontos acerca da matéria probatória contidos no "*Corpus Iuris Civilis*", em especial no Digesto.

O propósito foi o de apontar as novas configurações normativas de um poder que emanava não apenas de uma fonte única, porém de uma fonte absoluta e autocrática, notadamente influenciada pela moral e pelos dogmas de um cristianismo agora triunfante.

A tese cuidou, a seguir, de um novo momento histórico, sentido, com maior força, a partir do século V, em razão do crescente e irreversível ritmo das invasões e fixações das múltiplas etnias bárbaras, de modo a apontar as mutações dos ordenamentos jurídicos vigentes em contato com novas influências, ou seja, com os influxos jurídicos dos povos invasores germânicos.

O período da Idade Média, com suas peculiaridades políticas, sociais e, principalmente, religiosas, ofereceu campo adicional para a investigação da tese, na perspectiva da constatação das particulares bases e elementos a partir das quais se desenvolveram as estruturas dos povos medievais. Cuidou, pois, a tese de abordar o notável universo do direito medieval, com o seu sistema probatório lastreado em concepções metafísicas, evidenciadas nos Juízos de Deus, os Ordálios, em sentido estrito.

Ainda que consciente das fixações de variadas etnias germânicas na parte ocidental do império romano, cada qual com suas especificidades em termos de manifestações jurídicas, a tese optou por um recorte geograficamente concentrado, com maior destaque, em solo peninsular ibérico, de modo a analisar aspectos da prova no direito visigótico, em especial aqueles que foram recolhidos, posteriormente, no "*Fuero Juzgo*".

A tese não deixou, por igual, de evidenciar a influência de algumas das importantes construções canônicas no tocante à prova.

Intencionalmente, a tese optou por abordar, de forma individualizada, dois dos principais aspectos caracterizadores da Idade Média, que bem podem ser considerados, no sentir do autor, como as grandes sínteses do período em questão, quais sejam, o Feudalismo e o notável incremento no Comércio.

Tornou-se, dessa forma, possível a percepção da mutação das concepções jurídico-sociais que passaram a atuar na transposição da Baixa Idade Média, vindo a conformar, em variadas medidas, o direito das nações que iriam se formar na Europa, entre elas, Portugal.

A deflagração da guerra da Reconquista, importante evento histórico que repercutiu, de forma marcante, na formação das estruturas sociais dos reinos ibéricos ensejou uma análise do antigo direito foraleiro na península. As práticas costumeiras locais representaram, pois, fatores importantes na gênese do direito lusitano, particularmente estigmatizado, sem dúvida, pelas vicissitudes decorrentes dos esforços da retomada territorial aos mouros, forjando os peculiares preceitos de natureza consuetudinária do direito foraleiro medieval lusitano, fator determinante na formação do reino de Portugal e de seu futuro sistema jurídico processual recolhido nas Ordenações.

Por tais motivos, a tese passou a analisar o tema da prova a partir de uma análise direta nas fontes legislativas promulgadas ao tempo da gênese de formação do direito lusitano, logo em seus primórdios, ou seja nos Forais e Leis Gerais.

Tratou de apontar as progressivas alterações trazidas para o mundo jurídico lusitano com o extraordinário fenômeno da Recepção do direito romano pós justinianeu, plasmado pela notória influência canônica, que viriam a consolidar o "Direito Comum".

De modo a evidenciar o movimento da Recepção, a tese voltou-se para as "*Siete Partidas"* e outras fontes do direito de Castela também investigadas, como a especialíssima obra "*Flores de Derecho"* ou *"Flores de las Leyes*", quiçá, o primeiro mais autêntico manual de processo civil da Península Ibérica reconquistada.

A tese empreendeu a seguir uma análise do tema da prova nos grandes monumentos jurídicos lusitanos, ou seja, realizou o exame direto das normas positivadas contidas nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, por fim, nas Filipinas.

Por igual, a supra referida análise foi realizada sempre em paralelo com o imprescindível estudo de uma das mais relevantes movimentações políticas, econômicas e sociais em Portugal, qual seja, o notável fenômeno da formação do Império Português.

Evidenciou a tese, por fim, o movimento de transposição do direito reinol para o direito processual brasileiro, destacando, em suas linhas gerais, as primeiras manifestações positivadas respeitantes à prova, para aportar, em síntese conclusiva, no momento em que veio a ser promulgado o atual Código de Processo Civil de 1973.

3. Os estudos de História do Processo

A escolha do tema objeto da presente investigação se justifica em razão da relevância e utilidade dos estudos de História do Processo Civil, uma vez que, a partir do conhecimento dos institutos jurídico-processuais pretéritos e de sua evolução histórica é possível uma compreensão mais aprimorada da ciência processual moderna.

Pragmaticamente, justifica-se, por igual, em razão do incansável esforço legislativo reformador que vem sendo empreendido na área do processo civil brasileiro.

Constata-se, no processo civil contemporâneo, a existência de duas grandes ordens de motivações, distintas e extremadas: de um lado, encontra-se a "*celeridade*" e, de outro, a "*segurança*".

Oscilará qualquer opção procedimental adotada por um determinado sistema jurídico processual, entre uma ou outra. Na medida em que optar o legislador por celeridade, atuará, em boa medida, em detrimento da segurança. E vice-versa.

Em razão da supra referida contraposição de valores, constata-se no universo jurídico brasileiro mais recente, um desdobramento conceitual de idéias, que buscam relacionar, celeridade "*versus*" segurança, em equiparação, algo imprecisa, com os atributos da efetividade "*versus*" morosidade.

No ímpeto de se buscar conferir maior efetividade e celeridade ao processo, o legislador tem realizado, com maior ênfase, nos últimos anos, inúmeras alterações na estrutura do procedimento.

Ao que parece, o esforço reformador não dá sinais de declínio e, ao que tudo indica, deve continuar. As recentes reformas havidas na execução civil bem podem demonstrar como o legislador não hesita em alterar, radicalmente, todo o sistema processual vigente, instaurando novos modelos, ainda que culmine por romper estruturas institucionais já sedimentadas no processo civil brasileiro.

Tomando-se em conta que, no Brasil, o espírito das recentes ondas reformistas tem cuidado, com especial intencionalidade, de redistribuir o ônus do tempo no processo, induzindo, portanto, "*celeridade*", sob a alegação da busca pela "*efetividade*", tudo leva a crer que o legislador reformista poderia voltar os olhos para o terreno da duração das fases processuais, a fim de procurar reduzir, por exemplo, o tempo atualmente despendido nas atividades da fase instrutória ou, eventualmente, alterando, substancialmente, sua natureza e funcionamento.

Uma vez que dentre as variadas normatizações recentemente introduzidas por meio das referidas reformas, inúmeras são passíveis de comparações e correlações com estruturas jurídicas históricas, constata-se que, a partir de um melhor conhecimento das referidas experiências pretéritas, tanto o operador como o estudioso do processo podem, com maior segurança, mais facilmente compreender, interpretar e, conseqüentemente, operar o direito processual atual.

Porém, o moderno desiderato de obtenção de maior celeridade não pode comprometer outro valor jurídico tradicional, aliás, elemento fundante do sistema, qual seja, a segurança, ainda que venha sob os auspícios de uma pretensa efetividade, de modo a espancar a malfadada morosidade.

Cabe à doutrina, além de esclarecer a respeito das novas conformações legislativas, alertar acerca dos prováveis inconvenientes que podem decorrer dos rumos da nova política reformista.

Assim sendo, estudos acerca dos institutos tradicionais, como é o caso da prova, tanto no viés da dogmática moderna como na perspectiva histórica, podem contribuir para o fortalecimento e aprimoramento do moderno processo civil em tempos de mudanças.

4. A dogmática histórica da prova nos estudos de Processo

A prova, instituto processual fundamental para a formação da perfeita convicção judicial e, conseqüentemente, correta atuação do direito material, descortina-se como mecanismo de singular relevância e imprescindível utilidade para o processo civil.

A prova guarda íntima relação com as noções de "*verdade*" e também de "*atividade"*, a ser realizada no processo, vocacionada a viabilizar a "*dimostrazione della veritá di un fatto data con i mezzi legali*", conforme já asseverava Carnelutti[1].

A atividade probatória, em sentido amplo, representa, por um lado, o percurso mental, típico do labor cognitivo empreendido pelo julgador, ou seja, uma "*actividad, que se mueve*", como ensina Stein "*a través de una larga cadena de subsunciones*"[2].

Diz respeito, por outro lado, à atividade de colaboração dos sujeitos parciais do processo. Representa, por igual - e esse ponto não pode deixar de ser enfatizado – um dos momentos de maior importância dos atos desenvolvidos pelos advogados no processo, pois, conforme destacou Osborn, "*relevant facts, when clearly illustrated and properly interpreted, become the strongest witnesses that appear in a court of law; they stand silent but unassailable...*"[3].

Outra não pode ser a percepção acerca da magnitude do instituto para o processo que aquela contida na tradicional frase de J. Bentham: "*Ainsi, l'art de la procédure n'est essentielment que l'art d'administrer les preuves"*[4]. Assim sendo, resta firme a clássica lição de Chiovenda no sentido de que: "*Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo*"[5].

---

[1] Francesco Carnelutti, *La prova Civile, parte generale – Il concetto giuridico della prova*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 48.
[2] Friedrich Stein, *El conoscimiento privado del juez*, trad. A. Santos, Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1973, pp. 17-18
[3] Albert Osborn, *The problem of proof*, Albany: Boyd, 1950, p.1.
[4] Jérémie Bentham, "Traité des Preuves Judiciaires", in: *Oeuvres de Jéremie Bentham- jurisconsulte anglais*, tome seconde, Bruxelles: Societé Belge de Librairie, 1840, p. 242.
[5] Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, trad. J. G. Menegale, São Paulo: Saraiva, 1945, p.131.

Hernando Devis Echandía aponta para uma dimensão da prova que ultrapassa os limites do próprio processo, ao afirmar: "*sin la prueba..... estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los demás y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el derecho conculcado*"[6].

Instituição de altíssima relevância desde as origens remotas do nosso processo civil, já era, pois, a prova dogmaticamente cuidada e, em razoável medida, sistematizada no direito reinol das Ordenações. José Paschoal de Mello Freire afirmava em suas *"Institutiones Iuris Civilis Lusitani"* acerca da definição do instituto da prova: "*Probatio est actus judicialis, quolitigantes iudici de facto controverso, vel de re dubio fidem in iudicium faciunt*"[7].

Conecta-se a prova, portanto, desde há muito, assim como na atualidade, com o tema da persecução da verdade [8].

A verdade, no procedimento probatório, sem se confundir com fim único do processo, comporta, portanto, ser interpretada como um valor a ser perseguido pelo julgador[9].

A imprescindibilidade do julgamento conforme o resultado da prova tinha, por igual, já sido devidamente contemplada nas antigas Ordenações do Reino, como pode ser inferido do trecho recolhido nas Ordenações Filipinas, 3.63, proêmio, "*Para que se abbreviem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os Julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida.....*", reproduzindo, sem dúvida, o preceito antes recolhido nas Ordenações Manuelinas 3.49, proêmio,

---

[6] Hernando Devis Echandia, *Teoria General de la Prueba Judicial*, tomo I, 3ª edição, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1976, p. 13.

[7] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.160.

[8] V., por exemplo, entre outros, Marinoni e Arenhart, mais recentemente: "*Ninguém duvida de que a função do real (e, portanto, da prova) é absolutamente essencial*". Cf. Marinoni e Arenhart, *Manual do processo de conhecimento*, 3ª edição, São Paulo: RT, 2004, p. 296.

[9] V. Gerson Lira, "Direito à valoração das provas", in: *Prova Cíve*l, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 28-31. Em igual sentido, Cambi afirma: "*A busca pela verdade serve como garantia para adequada e efetiva tutela jurisdicional*". Cf. Eduardo Cambi, *A prova Civil – admissibilidade e relevância*, São Paulo: RT, 2006, p. 63.

> *"Porque Nossa tençam he Tolhermos todos os modos, pe que as demandas, e processos possam seer perlonguadas, e dar ordem que com breuidade venham a final determinaçam com guarda do Direito, e Justiça dambas as partes, Mandamos, que os Juizes julguem, e determinem os feitos, segundo a verdade, que pelos processos for prouada e sabida, nom julguando mais do que pelo Autor for pedido, posto que o processo seja mal ordenado, ou errado, ou nelle disfaleça algua solenidade, que pera boa ordem e substancia do Juízo se requeira, per maneira que nom seja ninhuu condenado, nem absolto per o erro do processo, mas pola verdade, e dereito que demandar ou defender, sabida per as prouas....."*.

Ocupando, destarte, o tema da prova tão prevalente posição, desde as origens da nossa experiência processual, o instituto, modernamente, passou a ser interpretado à luz dos preceitos constitucionais, decorrendo daí a sua impostação na vertente do direito à prova legitimamente obtida, corolário da garantia do contraditório.

Exatamente nesse sentido, já enfatizavam Lauria Tucci e Cruz e Tucci, logo após a promulgação da vigente Constituição, afirmando que ao Estado incumbia assegurar aos litigantes a paridade de armas, garantindo que demandante e demandado não viessem a sofrer qualquer restrição em suas atividades probatórias, desde que reputada a prova relevante e respeitante a fatos pertinentes.

Os referidos preceitos, extraídos da interpretação dos comandos constitucionais eram, ainda, complementados pela vedação expressa no texto da Carta, em seu Artigo 5º, LVI, acerca da inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos [10].

A doutrina do processo penal acolheu o direito à prova e Antonio Magalhães Gomes Filho, escorado em Vassali e Comoglio, equiparou-o a um autêntico direito subjetivo que garantiria à parte a

---

[10] Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo – Regramento e garantias constitucionais do processo*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 68-71.

> "*introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de 'ação' e 'defesa': o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz*"[11].

Da mesma forma, sintetizou José Roberto dos Santos Bedaque: "*O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa*"[12].

Por tais razões, aponta-se para a impossibilidade de que venham a ser criados mecanismos ou "*obstáculos legislativos irracionais*" ensejadores de restrições ou, até mesmo, mesmo que venham a ser estabelecidas dificuldades de a parte conseguir demonstrar em juízo os fatos relacionados com a sua atividade probatória[13].

João Batista Lopes, alinhado com o posicionamento supra citado da doutrina acerca do direito à prova, à luz da efetividade do processo, introduz um outro desdobramento para o tema, qual seja, o do direito à valoração da prova como reflexo do princípio constitucional que determina a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais:

> "*Com efeito, a exigência de motivação harmoniza-se com o princípio da legalidade, na medida em que o juiz deve obediência à lei (em sentido amplo)... a liberdade conferida ao julgador não vai ao extremo de permitir que ele se abstenha de indicar as razões da formação de seu convencimento*"[14].

---

[11] Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 84.
[12] José Roberto dos Santos Bedaque. "Garantia da amplitude de produção probatória", *in*: *Garantias constitucionais do processo civil*, coord. J.R.Cruz e Tucci, São Paulo: RT, 1999, p.168.
[13] Cf. Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2001, p. 170.
[14] João Batista Lopes, *A prova no Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 2000, p. 154.

Exatamente no tocante a imperativa necessidade da motivação, revelava-se a pertinência da percepção, em momento anterior ao da promulgação da atual Constituição, de Cruz e Tucci, propugnando, de forma veemente, pela primordialidade de o legislador constituinte elevar o dever da motivação da sentença ao plano constitucional: "*Daí porque urge, que obstinada e definitivamente o dever de motivação da sentença adquira, em nosso ordenamento jurídico, dignidade constitucional...*" [15]; e não menos enfático ainda, já era o reclamo de José Carlos Barbosa Moreira, quando afirmava ser a motivação das decisões judiciais uma "*garantia inerente ao Estado de Direito*" - e, mencionando, expressamente, o passo das Ordenações Filipinas, 3.66.7, proêmio, que determinava aos julgadores no processo lusitano o dever de declinar "*as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar*" - exortava, com todas as letras, naqueles difíceis idos de 1978: "*É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação*"[16].

A síntese desse endereçamento da doutrina, no tocante à relação entre motivação e prova no enfoque da garantia constitucional pode ser encontrada no pensamento de Taruffo, ao tratar do entendimento do direito à prova em conjunto com o direito de defesa, ou seja, como o direito de influenciar na formação das decisões judiciais mediante a possibilidade de dedução pelas partes de questões relevantes de fato e de direito,

> "*bisogna dedurre che il giudicce non può trascurare le prove e le difese presentate dalle parti, senza decidere in modo arbitrário. In sostanza, perchè sai data effetività alla garazia della difesa è necessário tenga conto di ciò che le parti hanno detto e provato, in sede di decisione, pur essendo libero de decidere nel modo che ritiene giusto*"[17].

---

[15] Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 153-154.

[16] José Carlos Barbosa Moreira, "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito", in: *Temas de Direito Processual, segunda série*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 85-95.

Tudo isso a bem revelar a relevância, atualidade e essencialidade do tema da prova para a ciência processual contemporânea. "*No processo*", afirma Rezende Filho, "*tudo depende de prova*"[18]. Entretanto, o tema foi, até recentemente, pouco desenvolvido, entre nós, pelos cultores do processo civil, fazendo com que os operadores do direito, em um passado não muito distante, tivessem que se valer, subsidiariamente, do sólido labor desenvolvido pelos doutrinadores do direito penal e do direito processual penal, que há muito cuidaram de tratar do tema da prova de modo sistematizado.

Apenas para pontuar anterioridade de algumas das obras mais citadas, até hoje, pela doutrina processualista brasileira, além da conhecida obra, supra mencionada, de processo civil de Carnelutti[19], "*La prova civile*", publicada em 1915, há a obra de C. J. A. Mittermayer, "*Tratado da prova em matéria criminal*", do distante ano de 1834, cuja primeira edição traduzida para o português veio a lume em 1870.

Para o Mittermayer, todas as vezes que uma pessoa aparecesse como sendo a autora de um determinado ato, cujas conseqüências estivessem previstas e reguladas pela lei, para o fim de aplicação da respectiva sanção de condenação, era necessária, para a formação da convicção na consciência do juiz, a obtenção da certeza dos fatos. Assim sendo, conceitua: "*O complexo dos motivos productores da certeza chama-se prova*" [20]. Há também a clássica obra de Nicola Framarino dei Malatesta, "*Logica delle prove in criminale*", de 1895, obra na qual o autor assentou a seguinte noção:

> "*A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem..... Prova é o meio pelo qual o espírito humano se apodera da verdade*"[21].

---

[17] Michele Taruffo, "Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione", in: *Participação e Processo*, coordenação A. Grinover, C. Dinamarco e K. Watanabe, São Paulo: RT, 1988, p. 44.
[18] Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 182.
[19] Francesco Carnelutti, *La prova Civile, parte generale – Il concetto giuridico della prova*, Milano: Giuffrè, 1992.
[20] C. J. A. Mittermayer, *Tratado da prova em matéria criminal*, 3ª edição, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 104.

Do ano de 1894 é a ampla e tradicional obra, em cinco volumes, de Carlo Lessona, "*Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*", que optou por uma definição prática da prova, qual seja "*'provare'... significa dare al giudice la certeza dell'essere e del modo di essere dei fatti controversi*" e, quanto aos meios de prova, firmou uma noção ampla: "*Ogni mezzo che può raggiungere lo scopo di 'dare al giudice la certeza' dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto, è un mezzo di prova*"[22].

Francisco Augusto das Neves e Castro publicava, em 1880, a sua obra "*Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*". A prova, para o autor, seria caracterizada pelos meios "*d'investigar os factos*". Em que pese a conceituação imprecisa, em razão da aproximação entre prova e meios de prova, a obra de Neves e Castro, já colocava o tema da prova na conjugação da seara processual e da filosofia do direito, sob o viés da efetividade:

> "*as provas são uma das partes mais importantes das leis adjectivas e carecem de muitas regras, vista a variedade de assumptos sobre que teem de recahir. Essas regras constituem a theoria das provas, que não póde deixar de ser considerada como um ramo da philosofia do direito, e talvez aquelle que mais concorre para tornar effectivos os outros, pois que tem por fim trazer a lume os factos sobre que póde exercer-se o principio abstracto do direito*"[23].

Que o árduo tema da prova judiciária não tenha sido muito desenvolvido pelos juristas brasileiros não chega a ser uma novidade, pois assim foi, há muito, confessado por Moacyr Amaral Santos[24], ele próprio, autor do renomado estudo monográfico acerca do assunto, intitulado "*Prova judiciária no cível e comercial*".

---

[21]Nicola Framarino dei Malatesta, *A lógica das provas em matéria criminal*, vol. I. trad. Alexandre Augusto Correia, São Paulo: Saraiva, 1960, pp.19-22.

[22] Carlo Lesona, *Teoria delle prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. I, 2ª edição, Firenze:Fratelli Cammelli, 1904, pp. 2-6.

[23] Francisco Augusto das Neves e Castro, *Theoria das provas e sua apreciação aos atos civis*, Porto: Livraria Internacional, 1880, p.10. Vide ainda, acerca da prova, na visão da Filosofia do Direito, o ensaio empreendido por Antonio Dellepiane, *Nova Teoria da Prova*, 2ª edição, trad. E. Maciel, São Paulo: José Konfino, 1958. Ou, no viés da Lógica, a tradicional obra de M. P. Fabreguettes, *Lójica Judiciária e a arte de julgar*, trad. H. Carvalho, São Paulo: Teixeira, 1914. Para uma tentativa de adoção de um método técnico para a apreciação das provas, vd. François Gorphe, *L'appréciation des preuves em justice – essai d'une méthode technique*, Paris: Sirey, 1947.

[24] Moacyr Amaral Santos, "Preâmbulo", *in*: *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 9.

A notável obra, distribuída ao longo de alentados cinco volumes, é, provavelmente, a referência acadêmica brasileira mais citada entre os estudiosos do tema.

Prova, conforme patenteou o autor, "*é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*"[25].

Contando com expressiva abordagem acerca da dogmática moderna do tema, logo no primeiro volume, encontra-se oferecida uma breve retrospectiva histórica, que o autor denominou "*Síntese da História da Prova*".

Ao longo de todos os demais volumes o autor teceu considerações históricas complementares, introdutórias aos diversos temas abordados, como é o caso das considerações acerca da história da prova testemunhal, no terceiro volume, ou ainda, apenas para citar outro exemplo, das considerações acerca da história da prova pericial no quinto volume.

Trata-se, entretanto, de considerações introdutórias acerca de cada um dos meios de prova, demandando, para uma melhor compreensão histórica, em sentido estrito, de cada instituto, uma ulterior visão mais aprofundada, de modo a complementar a visão do autor.

No regime do Código de Processo de 1939, encontramos ainda a monografia de José Mendonça, *"A prova civil"*, de 1949, que trouxe uma exegese do direito positivo acerca do tema, informando, em especial, acerca da pertinência do tema probatório tanto no direito material como no processual:

> *" A prova quanto à sua idoneidade e eficiência, quando se trata do direito em si mesmo considerado, quando se refere às condições de existência dos atos jurídicos, pertence, exclusivamente, ao direito substantivo... Mas, será instituto de direito adjetivo, quando se considerarem os modos de produção das provas"*[26].

---

[25] Idem, p. 21.
[26] José Mendonça, *A prova civil*, São Paulo: Livraria Jacintho, 1940, p. 44.

Mais recente, do ano de 1966, é a obra de Raphael Cirigliano, "*Prova Civil*", na verdade, um reexame de um trabalho anterior do autor, de 1930, intitulado "*Prova Civil e Dilação Probatória*", analisando o tema da prova no Código de Processo Civil de Minas Gerais. Na versão mais recente da obra, o autor traça a dicotomia:

> "*A prova é considerada ora como direito, ora, simplesmente, como seu exercício. Se se questiona sobre a eficiência de certo meio probatório, em dada relação jurídica, a solução quem a dá é a prova, considerada substancialmente, como direito; mas, se está em jogo a oportunidade de seu oferecimento ou maneira de ser coligida, a solução é dada pela prova, considerada como exercício do direito. No primeiro caso, a prova constitui matéria de direito civil, no segundo, de direito judiciário*"[27].

Em momento posterior à promulgação do Código de 1973, veio à luz, em fevereiro de 1976, a obra de Humberto Piragibe Magalhães, "*Prova em processo civil*", seguida, em 1977, da publicação do trabalho de Gildo dos Santos, "*A prova no Processo civil*".

Se, para o primeiro autor, "*provar é estabelecer a verdade histórica, objetiva*"[28], para o segundo, "*provar é representar fatos passados.... provar é também procurar a verdade sobre o que se discute.... provar é levar à certeza de como um fato aconteceu....*"[29].

João Batista Lopes havia publicado, nos idos de 1974, sua obra "*Manual das Provas no processo civil*", na qual realçava tanto o aspecto objetivo do instituto da prova, "*conjunto de meios destinados a demonstrar a existência de fatos que interessem ao processo*", como o aspecto subjetivo, relacionado com a ocorrência da formação da convicção do juiz. O autor incluiu na referida obra um "*breve histórico da prova*" [30].

---

[27] Raphael Cirigliano, *Prova Civil, Legislação, Doutrina – Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 20. Com o advento do Código de 1973, a obra foi novamente publicada, em 2ª edição, anotada e adaptada por Mauro Fichtner Pereira. Cf. Raphael Cirigliano, *Prova Civil, Legislação, Doutrina – Jurisprudência*, 2ª edição, São Paulo: RT, 1981.

[28] Humberto Piragibe Magalhães. *Prova em processo civil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.7.

[29] Gildo dos Santos, *A prova no processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979.

[30] João Batista Lopes, *Manual das provas no processo civil*, Campinas: Kennedy Editora, 1974, pp.7-10.

Em 1978, o autor retomou os seus estudos acerca da prova, agora em cooperação com Paulo Heber de Morais, lançando a obra conjunta *"Da prova penal - teoria e prática"*, da qual, no capítulo I, consta uma notícia histórica ampliada e a seguinte afirmação: *"o que visa a prova, em suma, é formar a convicção do julgador sobre a existência ou inexistência de um fato objeto de alegação no processo*"[31].

Em 1982 publicou-se a obra de Jônathas Milhomens, *"A prova no processo"*, na qual o autor retorna, entre outros, até os conceitos de Gabriel de Rezende para afirmar que prova, no sentido objetivo do termo, seria tudo aquilo que nos pode convencer da certeza de um fato, e também, retoma Bonier, para definir prova como "*o conjunto dos meios pelos quais a inteligência humana chega à descoberta da verdade de um fato controvertido*" [32].

Mais recentemente, em 2000, João Batista Lopes ofereceu ao público sua obra "*A prova no direito Processual Civil"*, supra citada, em que fez constar, uma vez mais, notícia histórica[33]. Notadamente, a obra se escora em sólida e atual bibliografia, oferecendo ao leitor a possibilidade de uma precisa, e extremamente útil, aproximação com os modernos conceitos dogmáticos da rica temática da prova.

Pouco antes da obra de J. B. Lopes, entretanto, veio a lume, em 1997, a obra de Antônio Magalhães Gomes Filho, *"Direito à Prova no Processo Penal"*, também supra citada, tornando-se, rapidamente, uma nova referência para o tema entre os processualistas.

O trabalho contém uma detalhada parte introdutória, em seu capítulo I, acerca da evolução dos sistemas probatórios, com a agradável ressonância de um vigoroso discurso acadêmico, vez que a obra é, em suas linhas gerais, a tese com a qual o autor obteve o seu título de Livre-Docente em Direito Processual Penal, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo[34].

---

[31] João Batista Lopes, *Da prova penal - teoria e prática*, em cooperação com Paulo H. de Morais, Campinas: Julex, 1978.Conforme assevera Sentis Melendo: "*Los hechos no se prueban; los hechos 'existen'. Lo que se prueba son 'afirmaciones', que podran referirse a hechos*". Vd. Santiago Sentis Melendo, *La prueba*, Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 12

[32]Jônatas Milhomens, *A prova no processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 27-28.

[33] João Batista Lopes, *A prova no Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 2000.

[34] Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.

Seguramente - e a menção deve necessariamente ser feita, sob o risco de omissão imperdoável aos sérios trabalhos desenvolvidos por dedicados estudiosos - houve, entre nós, nos últimos anos, uma pluralidade de trabalhos acadêmicos, artigos e obras publicadas acerca de vários aspectos do amplo tema do direito probatório.

Entretanto, não seria possível, por alargar em demasia o objeto desta tese, a realização de um inventário aos referidos trabalhos, ainda que de forma referencial. Optou-se, portanto, pela menção supra realizada apenas aos trabalhos que cuidaram da prova sob uma perspectiva ampla, na esteira do modelo cunhado por Moacyr Amaral Santos.

Fica, porém, de qualquer forma, a notícia da existência, entre os juristas brasileiros, de inúmeros trabalhos de qualidade acerca da prova, tanto no cível, como no crime, sem descuidar, ainda, de produções relacionadas com os outros ramos do Direito.

Capítulo II

A PROVA NOS DIREITOS DA ANTIGUIDADE

Sumário: 5. Direitos das Civilizações do Oriente. 6. Direito Romano. 6.1. Período Arcaico. 6.1.1. Antigo procedimento romano. 6.2. Lei das XII Tábuas. 6.2.1. Testemunho. 6.2.2. "*In ius vocatio*". 6.2.3. "*Obvagulatio*", "*intestabilitas*" e "*infamia*". 6.2.4. Juramento e Confissão. 6.2.5. Documentos, especialistas e inspeção. 6.3. Laicização do sistema probatório. 6.4. Período Republicano e o "*Ordo iudiciorum privatorum*". 6.5. Período Imperial e a "*Extraordinaria Cognitio*". 6.5.1. O principado augustano e as reformas processuais. 6.5.1.1. O agravamento da crise republicana e o aparecimento de Augusto. 6.5.1.2. Os antecedentes – a questão agrária e as guerras civis. 6.5.1.3. A progressiva inserção da "*cognitio*" na ordem jurídica imperial. 6.5.1.4. A síntese de Max Kaser acerca das características da "*cognitio extra ordinem*". 6.5.1.5. A ideologia subjacente e os reflexos no campo probatório experimentados pela transposição do "*ordo*" para a "*cognitio*" – a prova na "*cognitio extra ordiinem*".

5. Direitos das Civilizações do Oriente

A experiência jurídica romana viabilizou, com maior ênfase a partir dos esforços dos jurisconsultos clássicos, a edificação de uma autêntica ciência do direito, incorporando uma sofisticada técnica jurídica[35].

[35] John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.18.

Suas instituições, fruto de mais de doze séculos de maturação e experimentação, constituem, sem dúvida, a parte mais visível da herança cultural do sistema romano-canônico-germânico, embora quase todo o referido legado que chegou até os nossos dias tenha sido transformado e profundamente reelaborado no ocidente, pelo menos em duas ocasiões, quando juristas medievais, entre os séculos XII e XV, bem como juristas modernos, em especial alemães, no XIX, interpretaram e adaptaram as fontes romanas[36].

Entretanto, ainda que pertencente "*plenamente a um mundo extinto*", como apontou Lima Lopes [37], entendemos que sob suas instituições, aliás, como os outros relatos do mundo antigo, que hoje nos chegam algo transformados, há um rico universo intelectual, complexo, cativante e, principalmente, extremamente atual.

É necessário que o historiador do direito, em especial o historiador do processo, se aproxime intensamente da História Antiga, a fim de que, conforme nos convida Guarinello, sejamos todos incentivados, a partir de nossas reflexões e constatações "*a pensar nossa própria posição no mundo, pensar o modo como a nossa identidade foi construída, e quais são as implicações, éticas, políticas e morais, de nossa inserção, ou não, no mundo ocidental...*" pois, ao fim e ao cabo, os textos da História Antiga, mostram que:

> "*é possível pensar o mundo antigo como meio de pensarmos a nós mesmos e nossa identidade própria, como atores específicos de um jogo global cada dia mais complexo*"[38].

Constitui, portanto, Roma o mais recorrente ponto de partida para uma abordagem sistemática no campo da História do Direito, em razão do alcance da sólida elaboração sistemática realizada, como conjunto jurídico-civilizacional.

Entretanto, o direito romano não surge "*ex nihilo*". Resulta, outrossim, de um longo processo de elaboração, um processo milenar ocorrido na bacia do Mediterrâneo, tendo recebido, entre outros, seguramente, o aporte cultural grego.

---

[36] José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história - lições introdutórias*, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 20-30.

[37] José Reinaldo de Lima Lopes, "Apresentação", *in: Curso de História do Direito*, em cooperação com Rafael Queiroz e Thiago Acca, São Paulo: Editora Método, 2006, p. 22.

Porém, "*os próprios gregos eram herdeiros das civilizações mais antigas, que se desenvolveram no Egipto e Ásia Menor*" [39].

Tanto o direito egípcio, aplicado ao longo de mais de trinta séculos de duração do Império, como os direitos da Ásia Menor, também denominados direitos orientais ou cuneiformes, dos povos Sumérios, Acadianos, Babilônicos, Assírios etc, apresentaram grande desenvolvimento.

O nosso conhecimento acerca do direito no antigo Egito está fundado, como afirma Gilissen:

> "*quase exclusivamente nos actos de prática: contratos, testamentos, decisões judiciárias, actos administrativos etc... Os Egípicios quase nada escreveram de livros de direito, nem deixaram compilações de leis ou de costumes*"[40].

Uma abordagem sistemática acerca do direito praticado no antigo Egito enfrentará a grande dificuldade relacionada com o fato de que, a rigor, um movimento evolutivo, de natureza linear, não foi constatado, agravado por uma alongada experiência temporal, cuja cronologia começa, imprecisamente a partir do século XXVIII a. C. estendendo-se, "*grosso modo*", até o século IV a.C. com as conquistas dos Ptolomeus.

Gilissen preferiu distinguir três grandes fases da evolução egípcia. A primeira delas, o Antigo Império, desde o século XXVIII até o século XXIII, a segunda delas o Médio Império, por volta do século XX a. C., e, por fim, o Novo Império, a partir do século XVI a. C., destacando a dominação persa (525-404), até as conquistas grega e, por fim, romana[41].

---

[38] Norberto L. Guarinello, "Introdução", in: *História e retórica – ensaios sobre historiografia antiga*, org. Fábio Joly, São Paulo: Alameda, 2007.
[39] John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.19.
[40] Cf. John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 53.
[41] Idem. Para uma divisão mais bem detalhada, *vide* o artigo de Jacques Pirenne, "Quelques considérations sociologiques à propôs de l'évolution historique de l'Egypte ancienne", *in: Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959, pp. 476- 481.

São escassas, entre nós, abordagens acerca da prova no antigo direito egípcio. Aracy Leme Klabin afirma que ao término de sua longa evolução jurídica, os egípcios teriam praticado a livre convicção na apreciação das provas, superando os resquícios dos momentos anteriores quando vigorava o sistema das provas legais [42].

Em outro trabalho monográfico, Pirenne localizou a ocorrência, ao longo da história da civilização egípcia, de variados documentos escritos no âmbito negocial com objetivo probatório, demonstrando que a prova escrita era utilizada freqüentemente.

Por outro lado, recolheu a utilização da prova testemunhal em uma corte judicial no Antigo Império, quando, para dirimir a controvérsia acerca da autenticidade em um testamento em um processo entre Sebek-hotep e Taou, foram requisitadas três testemunhas, pessoas reconhecidas como honradas, que teriam assistido a realização do testamento em disputa.

Posteriormente, já no Novo Império, o autor recolheu o registro do juramento como meio de prova utilizado em uma demanda acerca do preço de locação de um escravo.

Há ainda o registro de uma fórmula que deveria ter sido empregada para a realização de juramento: "*por Amon, pelo Rei, o que eu digo é a verdade do Faraó, Vida, Saúde e Força.... eu não digo mentiras, se eu disser mentira, que eu receba pancadas - ou que me sejam cortados - nariz e orelhas e que eu seja enviado aos trabalhos forçados a Koush*", ou seja, para as minas da Núbia.

Outras vezes o juramento determinava em caso de perjúrio "*que eu seja relegado às fronteiras*", indicando a pena de banimento entre os egípcios.

Na época de Ramsés II, há o registro de um julgamento entre um soldado chamado Nakhi e uma mulher chamada Irinefert.

---

[42] Cf. Aracy A. Leme Klabin, *História Geral do Direito*, São Paulo: RT, 2004, p. 55. Oferecendo outra percepção, Seidl, ao analisar, especificamente, escritos demóticos, aponta para a importância da prova documental, "*la preuve littérale a dû être la 'regina probationum'*". Cf. Erwin Seidl, "La preuve d'après les documents démotiques", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 53.

O autor pretendia obter da demandada a restituição de valores que por ela teriam sido entregues como pagamento pela aquisição de dois escravos, os quais (valores), entretanto pertenceriam, a rigor, a uma terceira pessoa, uma mulher chamada Bakmout, em cujo interesse intervinha o soldado.

Não há menção da causa pela qual Nakhi defendia bens de Bakmout contra Irinerfert.

O tribunal faz Irinefert prestar juramento a Amon e ao Rei mediante o qual, caso, ao final do processo, fosse determinado que no preço por ela pago pelos escravos houvesse bens de Bakmout, ela seria condenada a receber cem bastonadas e a perder um dos escravos comprados. Nakhi produz sua prova testemunhal, três homens e três mulheres, que também prestam juramento no sentido de dizer a verdade. Infelizmente, pelo que informa Pirenne, o documento nada mais informa acerca do desfecho da causa. Entretanto, uma boa idéia da instrução judicial é possível ser conhecida[43].

De longuíssima história, os direitos orientais encontram-se associados aos povos do crescente fértil[44], com maior destaque na região da Mesopotâmia. Foi nessa região que a transição fundamental entre o modelo básico de colheita e caça foi, de fato, substituído por uma atividade permanente e direcionada que alteraria a experiência civilizacional do homem: a agricultura. Aparecem também nessa região as primeiras civilizações, com seus templos e cidades, enfim, os primeiros reinos e os primeiros Impérios. A rigor, como salienta, M. Roaf, o desenvolvimento histórico mesopotâmico está compreendido em um lapso de mais de dez milênios que apenas vai se fechar, cronologicamente, com a conquista da região por Alexandre, evidenciando mudanças substanciais nas sociedades que ali se desenvolveram, passando de pequenas comunidades que viviam de um modelo econômico meramente coletor, para, em muitos casos, chegar a formar verdadeiros Impérios controladores de grande parte do mundo civilizado[45].

---

[43] Jacques Pirenne, "La preuve dans la civilization de l'Egypte antique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 9- 42.

[44] José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história - lições introdutórias*, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 30.

[45] Michael Roaf, *Mesopotâmia*, Barcelona: Folio, 2006, p. 8.

Eis, portanto, a Mesopotâmia, em especial, a Babilônia, revelando uma sociedade oriental cuja influência revelar-se-ia na provável transposição de inúmeros elementos culturais de matriz oriental para a civilização greco-romana.

Os direitos orientais, embora oferecendo escassos fragmentos de difícil interpretação, revelam-se importantes construções para o conhecimento dos sistemas jurídicos pretéritos, como é o caso do pouco conhecido direito hitita, "*elo importante de transmissão dos sistemas jurídicos da antiguidade*", bem como o direito dos hebreus, que exerceria uma "*influência não negligenciável sobre o direito moderno, mais especialmente por intermédio do direito canônico*" [46].

Trata-se de um complexo de direitos, de características plúrimas, que não podem ser enquadrados em um modelo único, dada a sua grande diversidade e localização temporal distinta.

Ainda que de forma incipiente, tais direitos teriam, provavelmente, regulado o tema da prova, em sentido "*lato*", compreendendo, em muitos casos, mecanismos complexos, frutos dos diferentes estádios de sofisticação intelectual de cada civilização, para além do usual trinômio probatório antigo (testemunho, juramento e ordálio), as presunções.

Tal foi o caso do antigo direito sumérico-acadiano, como aponta Boyer, analisando relatos de pretensões reivindicatórias desprovidas de uma prova direta de propriedade, que aceitavam, para efeitos de comprovação de domínio, a demonstração fática por meio da existência de uma alongada posse mansa e, provavelmente, incontestada, que conspirava a favor da boa-fé do demandante, raciocínio aplicável tanto para glebas como para escravos, revelador de um meio de prova hábil a formar a convicção do juiz.

Por igual, também no âmbito das responsabilidades contratuais a presunção teve ocorrência e utilização[47].

---

[46] John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.19.

[47] Georges Boyer, "La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 80.

Os escritos cuneiformes reveladores do direito hitita não são abundantes. Comparando-os com os fragmentos acadianos ou sumérios, em maior quantidade, pode-se concluir pela sua grande escassez, limitados a aproximadamente duzentos fragmentos relacionados com direito privado e penal, como informa Josef Klíma, sendo que, no âmbito da prova, há apenas poucos casos característicos.

Um deles prescrevia a utilização de um procedimento diante de testemunhas para ilidir a provável acusação de aquisição ilícita de animais. Outro estabelecia a necessidade, no caso de aquisição de um lote de terras, de ser realizado um ritual prévio, com sacrifícios e oferendas, que poderia, eventualmente, servir como prova pré-constituída da realização do ato negocial de aquisição em caso de disputa. É uma possibilidade.

A prova testemunhal e a prova documental, por meio das tabletas, revelam-se usuais entre os hititas, juntamente com o juramento. Entretanto, como bem salienta o autor, enquanto não vierem a ser descobertos outros fragmentos, em especial acerca da praxe judicial, o tema do direito hitita revela-se ainda como pouco conhecido nos quadros dos direitos orientais [48].

As mais antigas coletâneas de fragmentos jurídicos encontrados remontam ao período por volta do ano de 2040 a. C. , como é o caso de "*Ur-Nammu*". Gilissen aponta um fragmento do referido "Código" que, embora incompleto, indica a provável utilização de ordálios para apurar a verdade sobre a acusação de feitiçaria: "*Se um cidadão acusa um outro cidadão de feitiçaria e o leva perante o deus rio (e se) o deus rio o declara puro, aquele que o levou.....*"[49].

Por volta de 1930 a. C. o reino de Esnunna teria redigido leis, que vieram a compor o denominado "*Código de Esnunna*". Ao regular a penhora indevidamente efetuada sobre escravo, o fragmento 22 menciona a necessidade de oferecimento de juramento, indicando a longeva utilização da prova mística no referido reino [50].

---

[48] Josef Klíma, "La preuve dans le droit Hitttite", in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 89-102.
[49] John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 61-64.
[50] Emanuel Bouzon, *Uma coleção de direito babilônico pré- Hammurabiano – Leis do Reino de Esnunna*, Petrópolis: Vozes, 2001, p.101.

O monumento mais importante no referido contexto é, sem dúvida, o denominado "*Código de Hammurabi*", rei da Babilônia que teria reinado entre 1726 a 1686 a. C.[51] ou 1792 a 1750 a. C.[52].

O reinado de Hammurabi marcará, de forma definitiva e emblemática, o ápice de uma mudança social e política, não apenas em razão da substituição da cultura anterior, a suméria, por outra, a acadiana, fato verificado até mesmo na crescente preponderância do idioma acadiano, o chamado florescimento babilônico.

A nova dinastia por ele fundada irá deflagrar uma política expansionista, até a fixação de um grande e sólido reinado, revelado, entre os vestígios que chegaram até nós, por seu mais eloqüente testemunho, o "*Código de Hammurabi*"[53].

Entretanto, como bem assevera Cuq[54], a rigor, as Leis de Hammurabi não formam um código na concepção moderna do termo. Não há uma sistematização de preceitos detalhados de direito civil ou de direito criminal. Na maior parte dos casos os fragmentos partem da suposição da existência de um regramento base, cujas instituições restaram desconhecidas e apenas novos achados arqueológicos poderão complementar o conhecimento até agora disponível.

Assim sendo, a identificação de um sistema processual completo sequer é possível por meio da leitura direta dos fragmentos, sendo que as menções acerca da prova serão indiretas ou referenciais. Porém, alguma inferência é possível.

Escrito em língua acádica ou acadiana, "*do ponto de vista textual..... o melhor transmitido dos textos de leis do Oriente Antigo*"[55], oferece importantes subsídios para a compreensão da vida na antiga Babilônia, seu ativo tráfego comercial e, em alguma medida, seu direito [56].

---

[51] Cf. John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 61.
[52] Cf. André Finet, *Le Code de Hammurapi*, 3ª edição, Paris: CERF, 1998, p. 10.
[53] Cf. Elisabeta Bovo (coord.), *O princípio da civilização*, Barcelona; Folio, 2006, p. 25.
[54] Édouard Cuq, *Études sur le droit babylonien*, Paris: Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 1929, pp. 14-15.
[55] Emanuel Bouzon, *O Código de Hammurabi*, 8ª edição, Petrópolis: Vozes, 2000, p. 23.
[56] Alberto Malet, *El Oriente*, Buenos Aires: Hachette, 1942, p. 91.

A interpretação do “Código” pode ser complementada pelo conhecimento acerca do conteúdo de fragmentos da correspondência do rei, conservada em pequenas tábuas de argila, como é o caso da de número AO 8582, que, descrevendo um caso de intervenção do próprio rei em uma disputa judicial pela posse de terras, menciona a presença de testemunhas[57].

Nesse particular, revelar-se-á a importância da prova pré-constituída para o âmbito contratual, porém, eventuais registros de peças processuais são raríssimos e menos explícitos[58].

O parágrafo segundo traz a menção a um ordálio unilateral ao qual deveria o acusado se submeter para comprovar a sua inocência em caso de acusação de feitiçaria. Trata-se da prova de imersão nas águas de um rio. Se o acusado não morresse afogado, seria considerado inocente. Caso contrário, seria considerado culpado e o seu acusador receberia o seu patrimônio[59].

A repressão ao falso testemunho (parágrafo terceiro) em crimes graves, aqueles que poderiam resultar em condenação capital, denominados pelo legislador “*processos de vida*”, era efetuada mediante pena de morte ao infrator, indicando a relevância emprestada ao citado meio de prova, também referida, entre outros, nos parágrafos nove, dez e onze.

O juramento diante da divindade (parágrafo vinte e parágrafo cento e dois) é também valorizado na legislação de Hammurabi. Trata-se do juramento probatório, de ampla utilização nos direitos orientais, que guardará sua feição religiosa, sendo que, nos relatos de ações reivindicatórias que chegaram até nós, objetos religiosos eram retirados do interior dos templos e levados ao imóvel litigioso, a fim de viabilizar a efetivação do juramento[60].

---

[57] Emanuel Bouzon, *As cartas de Hammurabi*, Petrópolis: Vozes, 1986, p. 100.
[58] Georges Boyer, “La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 62.
[59] V. Scheil, *La Loi de Hammourabi*, Paris: Ernest Leroux, 1904.
[60] Georges Boyer, “La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 82.

O parágrafo décimo-terceiro cuida de estabelecer a concessão de um prazo de seis meses para o comparecimento de testemunhas que residissem em local distante do tribunal do rei. Concebe-se que a prova documental era largamente utilizada, já que a sua menção é freqüente na legislação de Hammurabi, como elemento integrante de transações comerciais ou matéria de herança (parágrafo cento e oitenta e três).

Cuq, analisando o antigo direito dos assírios, demonstrou que o emprego de ordálios ocorria de forma freqüente entre os babilônicos, em especial, a prova das águas, aplicável quando havia dúvidas acerca da veracidade das alegações dos litigantes[61]. No mesmo sentido, Boyer informa que a prova mística seria utilizada quando as provas escritas e os testemunhos restassem insuficientes para a apuração da verdade[62].

Entretanto, como aponta Gilissen embora anteriores à legislação de Hammurabi, as leis assírias revelam um direito menos desenvolvido que o babilônico e o sumério[63].

Boyer aponta para a utilização da confissão como meio de prova entre os povos orientais, que não apenas simplificava a atuação do juiz como facilitava aceitação da sentença e a sua execução. Obtida por meio de interrogatório pessoal das partes[64].

Em síntese, as menções ao testemunho e aos documentos escritos, como principais meios de provas, são recorrentes nas legislações do antigo Oriente[65], como na lei de Hammurabi, em conjugação com o juramento aos deuses, sem descartar a aplicação de ordálios, como é o caso da prova de submersão nas águas, demonstram a freqüente proximidade das provas irracionais também nas sociedades orientais.

---

[61] Édouard Cuq, *Études sur le droit babylonien*, Paris: Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 1929, pp. 454-455.

[62] Georges Boyer, "La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 81.

[63] Cf. John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 62.

[64] Georges Boyer, "La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 78.

[65] Georges Boyer, "La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 79, mencionando a existência de procedimentos de reconstrução de títulos e escritos extraviados para fins de prova.

Na própria Grécia, prende-se a atividade probatória, freqüentemente, ao elemento místico, sem descartar a utilização conjunta de meios de prova racionais, como, por exemplo, a prova testemunhal, salientando que, desde uma época remota, já eram conhecidos e utilizadas variadas provas ordálicas, como é o caso do duelo judiciário [66].

Aliás, também o juramento, como meio de prova, articulado com o temor da sanção divina ao perjúrio, encontrava evidente prestígio nos direitos de forte matiz religioso, como é o caso do antigo direito hebraico, em razão de tratar-se de uma prova exclusivamente moral, como bem aponta Goldstein, pressupondo a existência de uma confiança coletiva sobre a veracidade e honra dos indivíduos.

Enquanto existiu o temor a Deus e a sujeição às vozes interiores da consciência, completa o autor, o juramento pôde adquirir caráter de uma verdadeira prova[67].

O fato de o antigo direito hebraico lastrear-se em uma religião monoteísta, em contraste com a multiplicidade de religiões politeístas orientais, potencializaria ainda mais a força de seus comandos jurídico-religiosos, provenientes de uma única fonte, "*um direito que seria dado por Deus ao seu povo*" [68].

Os livros da Bíblia, em especial os do Pentateuco, possuem passagens nas quais a temática da prova para o direito hebraico, em seu período mais antigo, pode ser constatada. Para além do decálogo e o comando expresso acerca da proibição ao falso testemunho, *Êxodo, 20.16, 23.1 etc*, nem tudo na Bíblia se coloca no viés estrito do campo religioso.

Alguns preceitos revelam um mecanismo dotado de racionalismo jurídico, igualmente encontrado em outros ordenamentos laicos. É o caso do testemunho, contido de *Números 35.30*, que prescreve que "*todo aquele que ferir a alguma pessoa, conforme ao dito das testemunhas, matarão o homicida; mas uma só testemunha não testemunhará contra alguém para que morra*".

---

[66] Para uma análise da prova no direito grego arcaico, vide Gérard Sautel, "Les preuves en droit grec archaique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 117-160, em especial, para a referência ao duelo, p.125.

[67] Mateo Goldstein, *Derecho Hebreo a través de la Bíblia y el Talmud*, Buenos Aires: Atalaya, 1948, p.448.

[68] Cf. John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 3ª edição, tradução A. M. Hespanha e L. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 66.

Eis o equivalente do brocardo "*testis unus, testis nullus*", uma testemunha, testemunha nenhuma[69], repristinado em *Deuteronômio 19.15*, exigindo o necessário duplo testemunho judicial, e no caso de ato negocial, três testemunhas.

Entretanto, a prova irracional, de caráter ordálico, também esteve bem presente no direito hebraico antigo, como pode ser visto em *Números 5.11* e seguintes, regulando o meio de prova ao qual a mulher deveria ser submetida em caso de suspeita de adultério. Trata-se da antiga prova da ingestão das "*águas amargas*" que deveria ter lugar quando não houvesse testemunhas para corroborar a acusação[70]:

> "*e a água amarga, amaldiçoante Dará a beber á mulher e a água amaldiçoante entrará nela para amargurar...*",
>
> *"E esta água amaldiçoante entre nas tuas entranhas para te fazer inchar o ventre, e te fazer descair a coxa.*
>
> *Então a mulher dirá: Amém, amém...*
>
> *E se a mulher não tiver contaminado, mas estiver limpa, então será livre, e conceberá a semente....".*

[69] Para o brocardo, v. Dirceu A. Victor Rodrigues, *Brocardos Jurídicos*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 432. Para a correlação, v. Régis Fernandes de Oliveira, *O Direito na Bíblia – uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito*, São Paulo: Bom Pastor, 2005, p.48.

6. Direito Romano

6.1. Período Arcaico

Escassas são as fontes que informam a respeito dos acontecimentos nos períodos mais recuados no tempo em Roma e, conseqüentemente, de seu direito em período formativo, lapso temporal que, "*grosso modo*", estaria compreendido entre a data convencional da "fundação" do primitivo agrupamento urbano, por volta de meados do século VIII a. C., até o advento da legislação decenviral, em meados do século V a. C., ao tempo dos primórdios da experiência republicana.

Finley afirmava, com muita pertinência, ser uma "*praga persistente*" a insuficiência de fontes literárias primárias especialmente no que diz respeito aos períodos arcaicos e mais ou menos pré-literários da história romana. Por igual, se buscarmos suporte nas discussões reveladas pelos documentos disponíveis, o resultado não é animador:

> "*... por mais numerosos que eles pareçam ser, constituem uma seleção aleatória tanto em termos de tempo quanto de espaço, e amiúde falta-lhes um contexto significativo.... Essa é a triste conseqüência de nossa escassez de fontes primárias, A menos que algo tenha sido captado por um relato histórico mais ou menos contemporâneo, a narrativa fica perdida para sempre....* "[71].

Porém, o historiador do direito conseguiria, em razoável medida, obter melhores resultados, distanciando-se, portanto, do desalentador panorama traçado por Finley, ao recorrer tanto à reflexão apurada acerca de seu próprio campo de trabalho, ou seja, ao empreender uma análise da evolução dos fundamentos da ciência do direito, como aos estudos interdisciplinares no viés histórico, em especial, no imprescindível confronto com a evolução e historicidade do próprio contexto social, pois, consoante Bruno Paradisi, a história jurídica requer ser pensada não individualmente, a partir exclusivamente da norma, porém a partir das relações de sociedade:

---

[70] Boaz Cohen, "Evidence in Jewish Law", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 105.

[71] Moses. I. Finley, "O estudioso da História Antiga e suas fontes", *in*: M. I. Finley, *História Antiga – testemunhos e modelos*, tradução Valter Siqueira, São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 16-17.

> "*cioè da quanto è prodotto di un particolare attegiamento dello spirito, allorché eso si propone non l'affermazione del singolo individuo o delle società su altri individui o su altre società, ma la creazione e lo svolgimento della coesistenza di piú individi o di piu societá*"[72].

Imprescindível, pois, uma aproximação sociológica ampla como forma de condução de uma investigação acerca da História do Direito, em especial, do Processo.

Muitas vezes, e os estudiosos da História do Direito, com maior veemência por parte daqueles os que se dedicam a História do Processo - dado o seu papel essencial e central para a formação dos sistemas jurídicos contemporâneos, que também foi o caso do processo romano - bem sabem que as permanências, no âmbito jurídico, costumam ser mais evidentes que as rupturas.

As reminiscências mais antigas, como quer Souza Lima, *"são alicerces que estruturaram o edifício jurídico, filosófico, social e econômico, dimensionando distâncias e marcando importantes acontecimentos da nossa história cultural*"[73].

Logo, a percepção da função estruturante do processo romano, com alargada permanência temporal, restará mais nítida no confronto com a evolução social experimentada por Roma.

A dificuldade da implementação de tentativas de descontinuidades forçadas no campo consuetudinário pode ser um bom exemplo da firme e alongada aderência do preceito jurídico no tempo e no espaço.

Nesse sentido, Azevedo argumenta com sensibilidade, servindo-se da bela metáfora criada por Paradisi, quando equipara a evolução da ordem jurídica à movimentação das engrenagens de um relógio, muitas delas com movimentações rápidas e perceptíveis, algumas, entretanto, com movimento moroso, como se imobilizadas estivessem:

---

[72] Bruno Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna: Il Mulino, 1973, p. 46.
[73] João Batista de Souza Lima, "uma palavra", *in*: *As mais antigas normas de direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

> "*e são justamente essas engrenagens mais lentas que não podem ser desprezadas; ao revés, devem ser levadas em consideração, antes que as outras; ou, por outra, deve-se atentar, de preferência, para aqueles institutos que revelaram possuir maior longevidade e estabilidade, porque foram eles que influenciaram o pensamento jurídico, em maior profundidade e dimensão*"[74].

Portanto, um esforço explicativo fundado na análise das linhas evolutivas das instituições jurídico-processuais tradicionais, como é o caso da prova, sob a luz das estruturas sociais atuantes, parece resultar mais proveitoso para a história do processo civil, permitindo uma melhor compreensão das estruturas jurídicas ao longo do tempo.

Esta será a linha de ação que adotaremos para a investigação ora empreendida. Entretanto, tal postura metodológica é particularmente árdua quando aplicada ao campo da História Antiga.

Gerardo Broggini reflete acerca do conflituoso sentimento, representado pela constatação de ignorância que assola o historiador ao efetuar suas tentativas de compreensão do passado, fazendo com que, muitas vezes, para a realização de seu mister, seja freqüente a necessidade ao emprego daquilo que designa "*vis divinandi*" [75], ou seja, a complexa atividade de articulação e depuração de suas idéias, muitas vezes com base apenas em escassas fontes de cognição, no intuito de realizar a construção sistemática de um modelo explicativo adequado para a realidade que pretende enfrentar, trilhando, quase sempre, o instável terreno das hipóteses.

Tal é o cenário usual no qual atua o pesquisador que se dedica ao estudo da História do Processo. No caso das primitivas matrizes institucionais romanas, em razão da escassez de fontes jurígenas, o aflitivo panorama se torna crônico e o recurso ao raciocínio hipotético passa a ser o dominante.

---

[74] Luiz Carlos de Azevedo, *Introdução à História do Direito*, São Paulo: RT, 2005, p. 21.

[75] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 224.

Consoante a informação de Giovanni Pugliese, no campo probatório, o historiador do processo romano será forçado, freqüentemente, a remediar com hipóteses as enormes reticências das fontes, que, embora fornecendo variados aspectos acerca de outras matérias, permanecem quase sempre silentes ou vagas sobre os pontos relevantes para a determinação do regime jurídico da prova.

De igual forma, as fontes jurídicas, que começam a surgir, com maior intensidade, apenas na segunda metade do período republicano, não cuidam da prova de maneira individualizada, porém trazem menções à prova de forma indireta, sendo que o conhecimento do tema apenas pode ser extraído a partir do conteúdo dos discursos proferidos pelos oradores e, principalmente, nas obras e nos tratados de retórica [76].

A retórica, e não o direito, para total perplexidade do jurista moderno, será o "*lócus*" de reconhecimento e atuação do módulo da prova no antigo processo civil romano, como veremos na seqüência.

Há ainda um outro problema que afeta especialmente o historiador do direito: a permanência no tempo de inúmeras referências jurídicas, reveladas muitas vezes mediante o emprego de idênticos termos e designações para institutos aparentemente similares, requerendo um esforço adicional do pesquisador no sentido de romper com um ambiente que lhe parece, modernamente, familiar, porém nem sempre passível de confronto e equiparação, na experiência pretérita.

O passado, com seus povos e suas instituições, em especial, o mundo antigo, por mais que pretendamos refutar tal constatação, a rigor, guarda pouco, muito pouco, paralelismo com as nossas modernas concepções civilizacionais. Também na investigação da História do Direito será necessário abstrairmos dos nossos conceitos jurídicos modernos, arraigados como verdades absolutas, para podermos penetrar, com todas as dificuldades esperadas, na mentalidade jurídica pretérita, evitando, assim, o risco de anacronismos imperdoáveis para qualquer historiador.

---

[76] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 278.

Portanto, não será possível a utilização automática das permanências e reminiscências jurídicas, por meio do uso de institutos do direito moderno de nomenclatura similar aos institutos pretéritos, realizando, equivocadamente, uma imediata equiparação, em esquema analógico, aos institutos mais recuados. É necessário que a análise comparativa que se pretende empreender entre institutos aparentemente similares, posicionados em momentos históricos distintos, seja conduzida com crítica apurada, cujas apropriações devem sempre ser efetuadas "*cum grano salis*", de modo a evitar que a sinonímia vocabular seja apreendida, automaticamente, como sinonímia substancial.

A antiga "*litis contestatio*", o momento processual de altíssima relevância no processo romano mais antigo, por exemplo, não guarda qualquer paralelismo com a contestação da lide, também assim denominada em épocas medieval e moderna, muito menos a utilização do termo em período contemporâneo pode ser-lhe equiparável, embora, muitas vezes, no jargão forense, seja freqüente o emprego da referida denominação, até mesmo em latim. Uma sempre recomendável desconfiança por parte do jurista-historiador ajudará a evitar os supra citados anacronismos e desconcertantes equívocos conceituais.

As modernas noções de "atividade probatória", de "testemunha", de "documento", de "juramento", de "inspeção" etc, não costumam encontrar pleno reconhecimento nos seus congêneres da antiguidade. Um mesmo nome, inserido numa sociedade completamente diferente, costuma representar, freqüentemente, um conteúdo substancial bem diverso.

O tema do direito romano nos seus primórdios, no tocante a famosa questão das origens, enquadra-se neste paradoxo: "*cela est particulièrement vrai dans les domains des recherches consacrées à l'ancienne Rome et notamment à son droit*"[77].

Caminhar-se-á, pois, não raro, por um cenário difuso, servindo-se, no mais das vezes, de construções e raciocínios hipotéticos, na tentativa do estabelecimento de conexões e aproximações conceituais úteis para o conhecimento do tema.

---

[77] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 224.

Lacunosas também serão, por conseqüência, as referências historiográficas diretas acerca da prova no referido período. Assim sendo, conforme indica Broggini, será necessário que, na condução de uma pesquisa do tema relativo à prova nas origens do direito em Roma, sejamos, freqüentemente, forçados a empreender um esforço investigativo delicado, ainda que, algumas vezes em vão, fundamentalmente baseado em reconstruções.

De igual forma, será necessário interpretarmos as fontes do tema em questão elaborando, quando possível, uma visão de conjunto, tanto do direito como do processo arcaico: "*Prises isolément, ces sources nous disent moins, sont beaucoup moins sûres que si nous pouvons les insérer dans une 'totalité', oú chaque donnée est en relation de cohérence aves les autres*".

Ademais, será necessário extrair de outros componentes, além dos estritamente jurídicos, conteúdos adicionais complementares.

A necessidade da adoção de uma visão de conjunto ainda mais vasta decorre da freqüente interdependência entre o mundo do direito - o qual, embora essencial na civilização romana, no período mais antigo, não possuía uma autonomia funcional tal qual foi experimentado em períodos mais adiantados - e da política, da economia "*surtout, de la religion*" [78].

Mommsen enfatizava que as máximas legais da maior parte dos povos itálicos acabaram por desaparecer, sendo que apenas alguns elementos do direito latino restaram preservados, por meio do relato contido na tradição romana, traçando um quadro, nos primórdios de Roma, de concorrências jurisdicionais: de um lado, os assuntos "públicos", relacionados, em geral com a segurança da cidade, de suas instituições e de sua religião, sob a jurisdição do "*Rex*", e, de outro lado, a jurisdição "privada", exercida pelo "*pater familias*", no âmbito doméstico [79].

---

[78] *Idem*, pp.226-227.

[79] T. Mommsen, *Storia di Roma antica*, vol. I, trad. L. San Giusti, Roma: Nazionale, 1903, p. 141. A doutrina romanista mais recente, entretanto, trata com ressalvas a supra referida concepção tradicional, pela qual o exercício de muitos dos poderes e faculdades conferidos ao "*pater familas*", constitutivos da "*patria potestas*", como, por exemplo, o "*ius vita ac necis*", pudessem ser equiparados a uma autêntica função jurisdicional: "*È evidente che in tutto questo non vi è alcuna traccia dell'esercizio di una funzione*

Tendo a crítica histórica moderna desconsiderado, como comandos normativos genuinamente jurídicos, a autenticidade do conteúdo das "*Leges Regiae*" ou do "*Ius Civile Papirianum*", repousa firme, até o momento, a assertiva no sentido de que, para o período régio, o costume constituiu a fonte exclusiva do Direito em Roma [80].

Sebastião Cruz é preciso ao afirmar que tal qual outros direitos primitivos, "*também o 'Ius Romanum' principiou por ser consuetudinário. Quer dizer, um direito cuja fonte única, de início, era o costume*" [81].

Porém, também alerta para o fato de que a concepção moderna de costume não guarda paralelismo com o significado romano da expressão "*mores maiorum*". Modernamente, ensina o autor, costume, "*consuetudo*", possui o significado de uma reiteração com observância constante e uniforme de uma regra de conduta por parte dos membros de uma dada comunidade, com a convicção de sua obrigatoriedade:

> " '*mores maiorum*' *é uma expressão antiqüíssima, a primeira usada para exprimir a idéia de costume, e significa essencialmente 'a tradição duma comprovada moralidade'. Este é o verdadeiro costume romano – uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e como fonte de normas nas suas relações recíprocas...*
>
> *Para os romanos os princípios novos (as novas regras, segundo novas necessidades) derivavam dos antigos ('mores maiorum'): estavam ali contidos; bastava descobri-los. Competia aos "prudentes" (os juristas) re + velar (=tirar o véu, manifestar - interpretar) os 'mores maiorum'. Desta forma, a primitiva ciência do Direito ('iurisprudentia') emanava toda dos 'mores maiorum'.*[82]

---

giurisdizionale". Cf. Gennaro Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica – dell'ettà arcaica al principato*, 3ª edição, Torino: Giappichelli, 1995, pp. 56-57.

[80] Luis Rodolfo Argüello, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976, p. 90.

[81] Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum), I – Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1984, p. 169.

Permanece válida, entretanto, para o pleno entendimento da assertiva acima, a segura recomendação de Pietro De Francisci no sentido de que, para que seja possível a compreensão do mais autêntico significado do ordenamento jurídico da Roma em sua época primitiva, é necessário que, de antemão, o estudioso descarte noções e distinções usualmente aplicáveis em períodos posteriores, como para o direito de época clássica. É caso de, por equívoco, tomarmos como certa, nas origens, a existência de uma nítida separação entre o "*fas*", visto como *"lex divina"* e "*ius*", concebido como "*lex humana*". Tal diferenciação, em período romano primitivo, não era possível:

> *"La storia dei popoli ci dimostra che nelle origini esiste un 'intimo legame tra la religione e il diritto e che la prima cristalizzazione del sentimento giuridico si attua mediante norme religiose.....religione e diritto si svolgono paralelamente e contemporaneamente dal conceto di un ordine che è considerato, o meglio, sentito come necessario....*
>
> *Queste considerazione generali tratte dall'indagine comparatistica sono confermate per Roma dalla stessa tradizione classica, della qualle non abbiamo ragione di dubitare ."* [83]

Constata-se, portanto, na Roma arcaica um estádio de "indiferenciação", no qual evidenciava-se "*um direito impregnado de religião. A distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais*" [84].

Santos Justo esclarece que o vocábulo "*fas*" começou a qualificar os atos lícitos e, a seguir, por abstração, passou ser associado com o conjunto de normas definidoras do que seria permitido aos homens bem como as sanções religiosas previstas para o descumprimento ("*ius divinum*").

---

[82] Idem, pp. 170-172.
[83] Pietro De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1943, p. 322.
[84] John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, 3ª edição, trad. A. M. Hespanha e I. M.M. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 35.

Apenas com o processo de desenvolvimento político da cidade, culminando com o aparecimento de núcleo unitário, forte o suficiente e hábil a criar normas por meio de seus órgãos, que o "*ius*" experimentaria movimento paralelo de secularização, de modo a proximar-se do seu sentido de "*ius humanum*".

Porém, no início da "*civitas*", enfatiza Santos Justo, tanto religião como direito permaneciam como que interligados, confundindo-se, de fato, em apenas uma unidade. A dicotomia existente seria aquela entre atos lícitos ou ilícitos, cujo critério diferenciador era a sua correspondência, ou não, à vontade dos deuses[85].

A conjugação do "*ius*" e do "*fas*", ou seja, do elemento jurídico, no sentido laico, com o normativo religioso, irá repercutir fortemente na caracterização do primeiro sistema processual romano, o das Ações da Lei, com seus procedimentos ritualizados e inflexíveis[86] , com sua mais solene forma na

> "*Sacramento, nella quale il giùdice pronuncia solo indirettamente sulla questione giuridica, mentre direttamente giudica de una questione religiosa qual'è del valore dei 'sacramenta' contraddittori prestati dalle parti"*.[87]

Riccobono observa, com precisão, o fato de que, tanto a religião como os "*mores maiorum*", permaneceriam, por alongado período de tempo, até mesmo nos primórdios da época republicana, agentes normativos atuantes na sociedade romana "*Religione e costumi continuarono ad esercitare la loro funzione di disciplina, nella vita pubblica, considerati come ordini d'integrazione dell'ordinamento giuridico..."*[88]

Assumiram os sacerdotes a importante missão de intermediação entre os homens e os deuses, já que detinham, segundo bem souberam convencer seus contemporâneos, um poder de interpretação dos complexos desideratos divinos, ininteligíveis aos meros mortais.

---

[85] A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 26.
[86] José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 53.
[87] Pietro De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1943, p. 323.
[88] Salvatore Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 19.

A eles cabia, por igual, a condução dos cultos, destinados, entre outros objetivos, a aplacar a fúria dos deuses ou pedir sua proteção diante dos inimigos e das adversidades naturais. A prevalência da posição sacerdotal nos primórdios da sociedade romana, tal qual ocorrido em inúmeras outras sociedades primitivas, foi construída no sutil espaço caracterizado pela irracionalidade imanente e pela ignorância latente, no qual habitavam tanto o atávico temor do desconhecido como o evidente interesse incontido.

Entre os vários sacerdotes existentes na Roma antiga, os áugures assumiram importância, pois eram tidos como sabedores da arte do reconhecimento e interpretação dos "*auspicia*", a linguagem dos deuses nos céus, como, por exemplo, por meio da leitura do vôo dos pássaros:

> "*Auspícios são os sinais divinos vistos no céu, como o vôo das aves, relâmpagos, os raios. Certos sacerdotes eram encarregados de tirá-los e representá-los, porque a cada momento da vida pública – fundação de uma cidade, votação de uma lei ou declaração de guerra – os deuses deviam ser consultados. Esses sacerdotes, chamados 'áugures' eram reconhecidos por seu comprido cajado curvo, o 'lituus'*'"[89].

Segundo Imbert, os áugures eram importantes a ponto de conduzir a cerimônia de designação e nomeação do primitivo rei, a "*inauguratio*", transferindo-lhe também os poderes religiosos:

> "*um augur coloca a mão direita (sede da deusa 'Fides') sobre a cabeça do rei, invoca Júpiter para que ratifique a nomeação do soberano; assim revestido de seu poder religioso, o rei pode então consultar os auspícios e exercer todas as atribuições que o costume lhe oferece*" [90].

---

[89] Cf. Claire Goulet-Houix, "A fundação de Roma - Lenda e História", em especial para a parte citada, o capítulo "Os ritos etruscos", *in*: François Sautereau, *Contos e Lendas do nascimento de Roma*, 5ª reimpressão, trad. E. Brandão, "anexo", São Paulo: Cia das Letras, 2006, p.14.

[90] Jean Imbert, *O Direito Antigo e sua projeção no Direito Moderno*, tradução Maria Rosa e Victor Matos, Coimbra: Almedina, 1966, pp. 59-60.

Porém, os pontífices, por fim, se revelaram essenciais segundo Mommsen, assumindo uma posição de destaque na "*civitas*", uma vez que eram, supostamente, encarregados, no princípio, da importante tarefa de montar e desmontar a ponte sobre o Tibre e, com o tempo, tornaram-se os detentores dos segredos dos números e das medidas, chamando para si o importante ritual de definição do calendário público, revelando, assim, aos romanos os dias adequados para as práticas laicas, inclusive a guerra e os julgamentos, e quais dias deveriam ser reservados para o culto [91], os dias fastos e os nefastos.

Tornaram-se, assim, os pontífices os depositários do conhecimento, da "*ars*": do "*fas*" e do "*ius*", fazendo com que, em pouco tempo, como ensina Giovanni Pacchioni, a primeira e mais importante fonte do direito romano fosse a jurisprudência pontifical.

Entre as três principais atividades jurisdicionais dos pontífices, segue o autor ("*agere*", "*cavere*" e "*respondere*"), a primeira delas, o "*agere*", era diretamente ligada com o processo, pois representava a arte da formalidade, consubstanciada em gestos, palavras, locais, dias e horários, elementos hábeis a liberar toda a eficácia da atividade processual[92].

As mais antigas normas jurídicas, diz Pacchioni, são as atinentes ao processo, representando um complexo de regras ou preceitos, formadas pelo costume e transmitidas através das gerações. O costume é mais fortemente transmitido pela religião. Os pontífices serão os seus depositários e administradores. Para além da atividade do "*agere*", os pontífices também se encarregavam do "*respondere*", ou seja, a própria "*interpretatio*", *"un'arte sottile ed arcana, mediante la quale si tendeva a ricondurre sotto una norma od un precetto già esistente, ogni nuovo rapporto che sembrasse richiedere e meritare tutela. Di questa arte i pontefici si erano serviti fin dalle più remote origini per sviluppare le norme del 'fas'; essi l'applicarono poi egualmente a quelle del 'ius'"*.[93]

---

[91] Teodoro Mommsen, *Historia de Roma*, tomo I, trad. A. G. Moreno, Buenos Aires: Joaquin Gil, 1953, p. 205.

[92] Dionísio de Halicarnasso não deixa de mencionar a função dos pontífices como juízes dos processos religiosos, que deveriam obedecer, conseqüentemente, todo o formalismo imanente da antiga concepção romana por meio da qual, no início da "*civitas*", permaneciam inseparáveis "*ius*" e "*fas*". Cf. *História Antiga de Roma*, 2.69, trad. D. Plácido, Madrid: Gredos, 1984, p. 245. Em sentido conforme, Alvaro de Oliveira afirma: "*Nos estágios iniciais de qualquer civilização em desenvolvimento, a forma aparece como algo misterioso, revestida da força compulsória da autoridade absoluta, geralmente ligada á religião*".. Cf. Carlos.Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p.12.

[93] Giovanni Pacchioni, *Corso di Diritto Romano, volume primo – Storia della costituzione e delle fonti del Diritto*, 2ª edição, Torino: UTET, 1918, pp. 57-58.. Também precisando a vetustez do das normas

Neste sentido, Cruz e Tucci aponta, com exatidão, a relevância dos sacerdotes na "*civitas*" primitiva "*em uma comunidade rústica, imbuída de sentimento místico, vinha atribuída aos pontífices a tarefa de emitir pareceres e cuidar das questões mais importantes do 'ius civile'*", arrematando, a seguir, "*Nasce, assim, em Roma a jurisdição como atividade de 'ius dicere' exclusiva dos pontífices...*" [94].

Enfatizar, como acima bem restou destacado por abalizada doutrina, a preponderância dos membros da elite sacerdotal romana na condução - exclusiva - da atividade jurisdicional, em referido período remoto, implica, em larga medida, o estabelecimento de uma intensa correlação, quando não uma autêntica equiparação, entre práticas religiosas e práticas jurídicas, fazendo com que as atividades e mecanismos ritualísticos pertinentes ao culto acabassem por ser transportados e, conseqüentemente, aplicados ao tráfego jurisdicional, afetando, reflexamente, todo o procedimento, em especial, para o que nos interessa, a prova.

Umbilicalmente ligada à atividade judicante, a prova receberá, por igual, todo o influxo da antiga religião romana, cuja condução, conforme visto, aliás, como de todo o processo arcaico, era reservado, com exclusividade, aos sacerdotes religiosos [95] .

Vislumbra-se, portanto, nas remotas origens do direito romano, a incindibilidade do processo e do cerimonial religioso, evidenciando, em tal âmbito, a dilação probatória como sendo um de seus principais instrumentos ritualísticos, uma vez que, no momento de sua atuação, exsurgirá a prova como sendo o mais autêntico e imanente mecanismo revelador do "*fas*", a consubstanciação da manifestação da vontade divina, portanto, o mais hígido e inquestionável fator de decidibilidade dos conflitos na "*civitas*" primitiva [96].

---

processuais, Surgik informa que o sistema das Ações da Lei constituiu a mais antiga forma de processo no direito romano, e afirmando, com apoio em Gaio, que o vocábulo "*legis actiones*" guarda derivação do fato de serem elas ou estabelecidas pela lei ou de suas palavras copiadas, "*tais declarações haviam antecedido a qualquer lei escrita, tendo primitivamente a simples denominação de 'actiones' (talvez no sentido de cenas publicamente recitadas). O que se fixou pela lei das XII tábuas e pelas leis posteriores, foi uma série de pormenores sobre o desenvolvimento do processo antes e depois da declaração solene, criando-se também alguma nova 'actio'*". Cf. Aloísio Surgik, *Lineamentos do Processo Civil Romano*, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990, p. 13.

[94] José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004, pp. 32 e 33

[95] Salvatore Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 1949, p.10.

[96] Destacando a transcendência do elemento religioso, Lauria Tucci informa que, também no âmbito do processo penal, assumia a religião singular relevância: "*De aí, até, o chegar a reprimir-se, então, penalmente, e em virtude da acentuada permanência de valores sacros, certos ilícitos religiosos; ao passo*

A crença no sobrenatural é profunda para o romano primitivo e assim continuará a sê-lo por muito tempo, sendo que o temor do desconhecido, manifestado desde os primórdios de grande parte dos povos indo-europeus, irá encontrar, na sociedade romana, fértil campo para desenvolvimento, culminando num alargado e duradouro misticismo, manifestado também sob a forma reverencial.

Destarte, não é de se estranhar que a idéia de religiosidade ocupe tamanha centralidade na vida cotidiana em Roma, permeando quase todos os atos diários, tanto na esfera pública como na particular [97].

A rigor, há uma intensa articulação nas múltiplas relações entre a "*civitas*", o homem e a crença na concreta existência e de um plano onde atuam as divindades sobrenaturais. Resulta, portanto, evidente a complexidade da religião romana primitiva:

> "*Les relations de la Cité avec le divin sont fondées sur l'exactitude rituelle des différents prétres et confréries engagés dans les cultes, cérémonies et consultations publics, mais aussi sur celle des individus et des groupes qui ont leurs propes responsabilités religieuses, le 'paterfamilias', la familie, la 'gens', la Curie"*[98],

Elemento tão importante como essencial à vida romana antiga, hábil, por outro lado, principalmente, aos propósitos políticos e econômicos, viabilizadores da conquista de uma posição de proeminência por parte uma determinada camada de patrícios, não tardaria a religiosidade a acabar por ser transportada do âmbito privado para o público:

---

que tal não acontecia, por outro lado, com atos de maior gravidade, considerados em época mais adiantada, como altamente lesivos dos interesses da comunidade.". Cf. Rogério Lauria Tucci, *Lineamentos do processo Penal Romano*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 13.

[97] J. Henrique, *Roma pagã – suas instituições, usos e costumes*, Porto Alegre: Globo, 1935, p.153. Em igual sentido, Lima Filho aponta para a "*imanência do sagrado*", ressaltando que a importância elemento religioso na História de Roma não restará limitada ao período lendário, sendo, portanto, perceptível também no período histórico. Cf. Acácio Vaz de Lima Filho, *O poder na antiguidade – aspectos históricos e jurídicos*, São Paulo: Ícone, 1999, p. 145. Em igual sentido, o da "*imanência do sagrado-religioso e mágico – no mais antigo direito romano, subsistindo em todas as suas instituições...*" é a opinião de Geraldo de Ulhoa Cintra, *De actione sacramento*, São Paulo, tese, 1960, p. 101.

[98] Jean Bayet, *La religion romaine – Histoire politique e psycologique*, Paris: Payot, 1976, p. 98

> "*religion has been presented as a function of the clan, which had gradually, as in the case of Vesta, spread from the private real to the public, or as in the case of Lupercalia, from the purely magical to the political*"[99].

A referida migração, politicamente percebida, desde cedo, como útil ferramental na obtenção, consolidação e manutenção do poder institucional, culminará com o progressivo controle oficial das atividades religiosas mais importantes, todas elas hábeis, entre outros propósitos, à consolidação das referidas práticas de controle social.

Políbio, ao seu tempo, ainda refletiria acerca da relevância emprestada pelos romanos ao místico-religioso, incluindo o elemento supersticioso, afirmando: "*Parece-me, porém, que a superioridade maior do povo romano está em suas concepções religiosas; na minha opinião o que entre outros povos constitui um defeito reprovável – refiro-me à superstição – é o sustentáculo da coesão de Roma*".

Destacava ainda um de seus aspectos mais fundamentais: "*Essas práticas revestem-se de tanta teatralidade e se integraram a tal ponto em sua vida pública, bem como em sua vida privada, que nada as exclui para a surpresa de muitos observadores*".

Porém, ao refletir acerca das razões subjacentes para uma incorporação tão definitiva e ostensiva das práticas religiosas e supersticiosas no dia-a-dia romano, o autor estabelece um emblemático juízo de valor, de natureza social:

> "*Quanto a mim, penso que os romanos as adotaram com vistas à gente do povo. Talvez elas não tivessem sido necessárias se houvesse a possibilidade de formar uma cidade composta inteiramente de homens sábios, mas como toda multidão é inconstante, cheia de desejos contrários à lei, de paixões desenfreadas e de impulsos violentos, ela deve ser contida por temores invisíveis e por criações semelhantes da imaginação*".

Entretanto, são suas percepções políticas que revelam particular interesse:

---

[99] Stewart Perowne, *Roman Mithology*, 2ª impressão, London: Hamlyn, 1973, p. 38

> "*Por essas razões não penso que os antigos tenham agido irrefletidamente e por acaso ao introduzir entre a gente do povo noções relativas aos deuses e às crenças nos horrores dos infernos, e sim que os modernos são muito mais irrefletidos e insensatos banindo tais crenças*"[100].

Natural, portanto, que a atividade jurisdicional, que obedecia, em grandes linhas, aos mesmos supra referidos propósitos, absorvesse muitos, talvez os mais relevantes e emblemáticos, elementos da práxis religiosa, como fator de legitimação.

Neste sentido, Werner enfatiza que a política constante do Senado foi a de conservar e manipular a credulidade popular: "*tenant en main les fils de la religion et l'exploitant à son gré, il aimait les esprits disposés à croire et à se soumettre sans raisoner*"[101].

Um paralelismo entre o rígido e formalista esquema do procedimento civil, característico mais evidente do processo romano arcaico (tal qual reportado no sempre citado e tradicional passo gaiano descritivo das ações da lei, contido nas suas Institutas, 4.11. e 4.30) e a condução, em sentido "*lato*", do rito religioso resulta evidente:

> *"As the old family religion was enlarged into the state religion it became on a very definite sense an affair of the state. The ministers of religion were state officials, appointed and performing their duties like other officials. True to their genius, the Romans organized this state religion as thoroughly as the government, of which in reality it was a part. The cult was purely a formal performance of the ritual and ceremonial….*
>
> *Great care was exercised to secure the correctness and precision in the conduct of the worship, for the efficacy of the rite depended upon just these things…*" [102]

---

[100] Polibios, *Historia*, tradução Mário Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasilia, 1985, 6.56, pp. 346-347

[101] Paul Werner, *La vie a Rome aux temps antiques*, Genève: Minerva, 1978, p. 128.

[102] Edmund Davison Soper, *The religions of the mankind*, New York: Abingdon Press, 1921, p.123.

Entretanto, além da profunda percepção religiosa, um outro fator que, por igual, restou essencial na constituição do "*ethos*" romano foi o fato de serem fortemente impactados pela superstição. Uma firme credulidade em maldições, sinais, encantamentos, esconjurações, exorcismos, adivinhações, prodígios, entre outras práticas do gênero, fazia dos romanos um povo notadamente supersticioso.

> *"C'est quelque chose d'incroyable que le nombre des superstitions popularies à Rome, Un éternuement est chose terrible, um faux pas présage des malheurs effroyables, la sécheresse est-elle trop grand, on roule une grosse pierre dans les rues de Rome et la pluie ne manque pas de tomber quelque temps après; une femme accouche-t-elle difficilment, qu'on fasse passer par-dessus sa maison une pierre ou un trait que ait tué en trois coups un homme, un sanglier et un ours, elle será délivrée à l'instant mème. La salive joue encore un grand role dans lê bonheur de l'homme. A-t-on entendu une parole de mauvais augure, qu'on crache trois foi set l'influence fatale será conjurée; il faut cracher aussi sur l'epileptique; cracher sur la main dont on a blessé quelqu'un, et la blessure faite est guérie, du moins Pline l'assure"*[103].

É plausível que algumas das crenças e superstições populares, em especial aquelas respeitantes à inevitabilidade de certas linhas de interpretações dos presságios, acabassem, em variada medida, por se refletir no processo, em especial no momento da dilação probatória, ou melhor, no momento da revelação do resultado da prova, conduzida pelos sacerdotes, sempre de forma subjetiva.

Nas formações sociais primitivas, assim como em muitos casos ao longo da história, não era rara a existência de áreas de sobreposição entre religião e superstição.

Assim sendo, os aspectos, religião e superstição, passarão a constituir um particular universo metafísico cuja abstração tal qual modernamente concebemos, irá se contrapor a uma forte crença de existência e atuação nas sociedades mais antigas.

Os romanos, destaca Bayet, possuíam uma atitude original em face dos presságios. Em lugar de representar a busca por uma revelação do futuro, a consulta aos presságios mais se equipara ao desejo de assegurar a correta tomada de ação próxima. Ao contrario dos gregos que também consultavam os presságios, porém considerando-os mais ou menos fatais, ou seja, o drama do futuro inevitável, "*les Latins consultent sur les chances d'une enterprise dont en príncipe ils demeurent libres*" [104].

A religião romana primitiva, antes da transformadora influência grega, pode ser caracterizada, até onde é possível determinar, como sendo marcada por um viés extremamente prático: "*The early religion of the people of Rome was above everything else practical. They were an agricultural people and their religion was suited to their agriculture needs*"[105].

Pragmática ou não, trata-se de uma religião pertencente a um grupo humano em primitivo estádio de desenvolvimento, portanto uma religião primitiva. Soper[106] escora-se no magistério de Grandmaison para com ele definir religião, ou seja, a soma total de crenças, sentimentos e práticas, individuais e sociais, que têm por objeto a existência de um poder, que é reconhecido pelo homem como supremo, do qual ele depende e pode estabelecer uma relação.

As práticas constituíam os ritos, cuja estrita observância era o fator essencial para o estabelecimento da citada relação com as forças transcendentais.

Porém, se o homem primitivo aborda o sobrenatural para mera contemplação, também o faz para, além da eventual veneração, conseguir estabelecer uma relação concreta com os deuses, a partir da qual nutre expectativas de obtenção de resultados materiais.

---

[103] Paul Werner, *La vie a Rome aux temps antiques*, Genève: Minerva, 1978, p. 128.
[104] Jean Bayet, *La religion romaine – Histoire politique e psycologique*, Paris: Payot, 1976, p. 51.
[105] Edmund Davison Soper, *The religions of the mankind*, New York: Abingdon Press, 1921, p. 121.
[106] A definição do referido autor para religião, na sua textualidade original, é a seguinte: "*Religion is the sum of beliefs, sentiments, and practices, individual and social, which have for their object a power which man recognizes as supreme, on which he depends an which he can enter (or has entered) into relation*", Cf. Edmund Davison Soper, *The religions of the mankind*, New York: Abingdon Press, 1921, p. 25.

Nesse viés, as expectativas são variadas, geralmente ligadas ao presente imediato, como o desejo de uma boa colheita, que propiciaria a sobrevivência do grupo. Pode ser também o desejo da cura individual da enfermidade que assola o homem, pode ser o afastamento da epidemia ou a interrupção da seca que afetam a tribo, pode também ser o êxito na guerra ou uma posição de superioridade diante do inimigo, pode ser a proteção diante das forças incógnitas da natureza cujo mecanismo ainda não lhe é dado compreender, enfim, toda uma pluralidade de expectativas de resultados, reivindicações decorrentes tanto da sua concepção da posição de superioridade do plano divino, como da sua percepção de total sujeição quanto às forças sobrenaturais, que lhe arrebatam o destino.

Nesta incerta relação caracterizada pelo temor reverencial, o homem antigo concebe que o provável fator desencadeador da obtenção de uma resposta positiva, viabilizador da ocorrência dos efeitos desejados repousa na obediência de ritual, entendido como o canal de linguagem entendido pela divindade.

A absoluta adstrição ao rito não é, portanto, apenas uma mera questão formal. Trata-se, segundo concebe, da mais autêntica condição de eficácia para os efeitos pretendidos. Talvez a única disponível para o homem primitivo, que não hesitará em reproduzir exaustivamente o cerimonial ritualístico até que consiga obter o desiderato pretendido ou, caso assim não ocorra, passe a interpretar que a não obtenção também seria uma forma de resposta divina.

Costuma ser apontado um certo distanciamento, no caso romano, de uma concepção civilizacional marcadamente mitológica, como principal elemento fundante. Não que os mitos cosmogônicos ou teogônicos estivessem totalmente ausentes do universo mental romano primitivo, porém, não representam uma quantidade tão grande, se confrontada a plúrima e adensada experiência grega mítica. Mesmo no caso da narrativa tradicional da ligação de Rômulo com os deuses, na condição de filho de Marte, percebe-se que tal discurso cumpre mais um papel nobilitador das origens remotas que uma referência explicativa concreta. Entretanto, Scarpi destaca que, se contrapondo ao referido distanciamento romano, qual seja, o da prática mitológica como elemento principal da vida, corresponderia, no caso, uma "*centralidade e supervalorização do rito*" desde a Roma primitiva.

A palavra rito guarda remotíssimas origens etimológicas na matriz védica "*rta*", tendo assumido, na sua forma latina de "*ritus*", um conteúdo particularizado, qual seja, o de "*exato e correto agir segundo um modelo tradicional rigorosamente determinado*". O rito é, pois, a ação eficaz, se contrapondo, ao "*in-ritus*", no sentido daquilo que é sem eficácia, vão, não fixado.

Assim, conclui: "*Em uma sociedade como a romana, orientada no sentido da história e, portanto, da ação humana, é óbvio que o rito tenha de assumir uma posição privilegiada e tornar-se uma gramática simbólica, baseada em signos e ações, como também objetos e espaços*"[107].

Firma-se assim todo um procedimento ritualístico, cujo modelo formal e rigoroso, será transmitido por gerações e gerações, tornando a religião um dos aspectos mais essenciais da vida do homem no mundo antigo.

Noailles, ao analisar cuidadosamente os vestígios do ritualismo exacerbado presente na narrativa gaiana das ações da lei, reconheceu no cerimonial das antigas "*actiones*" uma manifestação ritualizada.

Na medida em que a parte realizava as etapas pré-determinadas da "*mancipatio*", da "*manus iniectio*" e também da "*vindicatio*", atendia, a rigor, ao rito, sendo a eficácia do ato pretendido, dependente da rígida observância ao procedimento fixado.

O fato de reproduzir cada palavra, cada frase, cada passo, cada gesto, era o elemento que produzia o efeito jurídico pretendido.

Distanciando-se da tradicional explicação das origens escoradas, por primeiro, na autodefesa performática para diferenciá-la da agressão pura e simples, Noailles diz que aquele que desejava ver triunfar a sua pretensão fazia recurso de uma força, que não era lastreada na força física, sua ou de seu grupo, porém uma força não material, mediante a invocação dos elementos espirituais do rito.

---

[107] Paolo Scarpi, *Politeísmos – As religiões do mundo antigo*, tradução C. Kintzel, São Paulo: Hedra, 2004, pp. 151-154

O atendimento ao formalismo, elemento típico dos antigos direitos, como é o caso das primitivas formas de ação em Roma, representa, na visão de Noailles, um ato religioso, em sentido estrito, que conserva o seu traço mais latente, a rigidez ritualística, uma vez que se localiza em uma época anterior àquela da laicização do direito.

Nesse momento recuado, marcado pelos domínios do "*fas*" ainda não teria surgido o direito dos cidadãos, o "*ius civile*", como manifestação autônoma e individualizada. "*La manifestation rituelle*", enfatiza o autor, "*avait pour but de faire apparaitre le droit divin, ce qui était conforme à la volonté des dieux. Elle était le moyen donné aux hommes de découvrir cette volonté. Elle organisait les modes grace auxquels cette volonté pouvait se manifester. La force rituelle, dans son essence primitive, reposait sur l'autorité des dieux...*" [108]

O tratamento pragmático dos presságios pode, eventualmente, num período mais anterior ter sido empregado como critério de prova. É uma possibilidade.

Uma outra aproximação possível, porém não constatável nas fontes, repousaria na antiga prática de interpretação do desiderato dos deuses por meio da leitura das vísceras de animais sacrificados. Goulet-Houix esclarece que os arúspices eram os sacerdotes, na origem etruscos[109], "*especializados na observação das vísceras dos animais sacrificados, em particular o fígado. Acreditava-se que o fígado era a sede da vida e representava o mundo dos deuses. Os sacerdotes pronunciavam os presságios de acordo com a forma, a cor ou a textura das diferentes partes do fígado*". [110]

As concepções etruscas dos presságios, de fato, enraizaram-se na mentalidade latina. Suas regras para a vida e para a morte estavam, em geral, encerradas em livros sagrados. Algumas citações sobreviveram e foram transportadas para as fontes literárias latinas. Assim, é possível o estabelecimento da autenticidade da origem etrusca dos importantes sacerdotes em carregados das atividades aruspiciais, acima mencionados.

---

[108] Pierre Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949, p. 12.

[109] "*A ciência dos arúspices e a expiação religiosa é, em Roma, importação da Etrúria*". Cf. L. Preller, *Les dieux de l'anciene Rome*, tradução Dietz, 3ª edição, Paris: Didier, 1884, p. 15.

[110] Cf. Claire Goulet-Houix, "A fundação de Roma - Lenda e História", em especial para a parte citada, o capítulo "Os ritos etruscos", *in*: François Sautereau, *Contos e Lendas do nascimento de Roma*, 5ª reimpressão, trad. E. Brandão, São Paulo: Cia das Letras, 2006, p.14 (anexo).

Deles, por exemplo, se encarregou Cícero, na sua obra "*De haruspicum responso*". Sua especialidade mais notória acabaria sendo o exame das entranhas dos animais e dos raios.

É necessário ter presente que, dentro de um quadro social tão emblematicamente marcado pelo misticismo, houvesse a percepção de que a comunicação com o sobrenatural era não apenas possível como instrumental. Os romanos, como ensina Bloch, acreditavam que, de forma continuada, os deuses lhes enviavam sinais de presença e de sua vontade.

"*Grosso modo*", é possível, portanto, a identificação de duas grandes categorias de elementos místicos de comunicação, ou seja, dois sistemas de interpretação, os quais já foram acima apontados. Trata-se dos presságios e dos prodígios, os quais, embora com zonas de aproximações, em especial quanto à finalidade, guardam, entre si, algumas diferenças.

Os presságios, a rigor, são signos interpretativos, sinais sensíveis que, ao serem notados pelos homens, assumem uma dimensão de anunciação por parte dos deuses de eventos futuros.

Podem ser extraídos, por exemplo, por meio de simples palavras, frases, interjeições etc, as quais, embora pronunciadas em situações normais da vida cotidiana, no dia-a-dia assumem uma interpretação singularizada e relevante, recebendo, casuisticamente, uma dimensão particularizada.

Elas passam a trazer, portanto, não mais o seu significado imediato e usual, porém um conteúdo interpretativo de anunciação acerca de um evento futuro. São os "*omina*".

Há também os "*auspicia*", aos quais já fizemos referência, relacionados com a interpretação do vôo dos pássaros. São usualmente empregados a partir da formação, da velocidade, da quantidade, do tipo, da direção etc, que as revoadas de pássaro ou pássaros empreendem no céu. De qualquer modo, trata-se de presságios, os quais, na leitura particularizada que, casuisticamente, era realizada, informavam os homens acerca do futuro traduzido pelos deuses, regulando, assim, as atividades humanas, seja para incentivar os seus empreendimentos, seja para cancelar suas empreitadas.

Bloch relata a respeito de um famoso "*omina*", o qual foi transmitido quase como inconscientemente a Crasso, no momento em que partia para combater os partos. Um simples vendedor de frutas, que apregoava nas ruas a sua mercadoria para venda ao público, no caso, figos, gritando repetidamente a palavra "*Cauneas*" (já que os figos em questão eram provenientes de Caunos, cidade de Caria) foi ouvido por Crasso. Imediatamente as palavras pronunciadas assumiram outro sentido para o triúnviro, uma dimensão oculta com sentido particular: "*Caue ne eas*", ou seja, "*não vá....*" . Eis o "*omen*" em ação para o romano, uma palavra anunciadora de um futuro, um aviso dos deuses, uma interpretação metafísica influenciadora do comportamento. Técnica de adivinhação utilizada desde os antigos tempos[111].

Cícero corrobora a percepção, ao afirmar:

> "*é uma velha crença, sustentada desde os tempos dos heróis e ratificada pelo assentimento do povo romano e de todas as gentes, a de que há entre os seres humanos uma espécie de poder adivinhatório, ao qual os gregos chamavam "mantike", isto é, a capacidade de intuir e de chegar a saber o que vai ocorrer*".[112]

Neste caso, o indivíduo pode aceitar o presságio, "*omen accipere*". Pode também recusá-lo e, neste caso, deve fazê-lo religiosamente, mediante o ritual da "*omen exsecrari*". Com tamanha relevância, estes signos passaram a ser interpretados, religiosa e tecnicamente, pelos sacerdotes, os áugures. Os prodígios, embora representados por meio dos mesmos eventos materiais, costumam ser particularizados em razão de sua significação mais relevante. Dizem respeito à grave situação de ruptura da paz com os deuses. Quando aparecem, recebem a interpretação, casuística, dos religiosos de que uma gravíssima situação se avizinha, já que a paz com os deuses foi rompida. Será necessário a realização de cerimônias expiatórias e propiciatórias, em rituais cuidadosamente levados a cabo pelos sacerdotes, para restabelecer a "*pax Deum*"[113].

---

[111] Raymond Bloch, *Los prodigios en la antiguedad clasica*, tradução E. Prieto, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1978, pp. 59-109.
[112] Cf. Cícero, *De divinatione*, líber I, trad. A. Escobar, Madrid: Edit. Gredos, 1999, p. 34.
[113] Raymond Bloch, *Los prodigios en la antiguedad clasica*, tradução E. Prieto, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1978, pp. 59-109.

As atividades conduzidas pelos áugures e pelos arúspices, ou seja, na combinação das influências latinas e etruscas, indicam a relevância do sistema de adivinhação na Roma antiga. Não nos parece inconcebível que um elemento tão latente no espírito romano deixasse de se comunicar com os critérios para a elaboração de decisões judiciais nas suas fases mais remotas. Se os presságios eram formal e freqüentemente empregados nas atividades públicas mais relevantes, como é o caso das decisões do Senado, até mesmo pelo fato de terem sido incorporados como praticas religiosas que deveriam anteceder determinados atos na "*civitas*", não seria de se estranhar que também tivessem permeado a "*praxis*" judicial, no viés probatório.

A prova obtida com base em elementos místicos, também adjetivada de prova irracional, se contrapõe, logicamente, à prova obtida e aferida por meios racionais, como é o caso do testemunho, da inspeção etc. Ela é característica das sociedades ditas primitivas, porém não a elas exclusivamente pertencente.

Embora a adoção da prova mística seja constatada com maior vigor em período medieval, como será tratado em capítulo específico, não há porque se negar a presença de ordálios nos primórdios do direito romano, aliás, a sua presença, em maior ou menor amplitude, é concebida pelo critério distintivo de sua irracionalidade, plasmada pelo misticismo imanente e pode ser constatada em quase todas as sociedades da antiguidade.

A palavra ordálio, deriva do latim medieval "*ordalium*", com plural em "*ordalia*", significa, etimologicamente, prova miraculosa de aplicação típica durante a Idade Média, sendo também reconhecida, em vernáculo, na sua grafia "ordália", encontrando ainda freqüente sinonímia no vocábulo "Juízo de Deus" [114]. Juridicamente, entretanto, significa julgamento, equiparada no latim medieval a "*iudicium, paribile iudicium, probation iudicium, purgatio, probatio, examinatio etc"*, como bem esclarece Federico Patetta.

---

[114] " *Ordália - s.f. Juízo de Deus, prova miraculosa que se exigia na Idade Média, para provar a inocência ou a culpabilidade de alguém acusado de crime...*", cf. Francisco da Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*, 6º volume, Santos: Editora Brasília, 1974, p. 2757. "*Ordálio – s. m. – Anglo-sax 'ordal.'.Qualquer prova jurídica, usada na Idade Média, sem combate, sob o nome juízo de Deus*". Cf. Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, volume IV, 2ª edição, Rio de Janeiro: José Olympio, 1954, p. 3711. "*Ordálio, s.m. prova jurídica ou juízo de Deus (usada*

Afirma o autor que a palavra encontra paralelismo nas principais línguas européias, tendo assumido nas línguas modernas um sentido mais preciso e restrito, revelado na expressão de "Juízo de Deus". Ressaltando a existência de inúmeras definições para o vocábulo, o autor define ordálios como sendo qualquer procedimento, de qualquer gênero, por meio do qual haja a crença de ser possível induzir seres sobrenaturais a manifestarem em um determinado modo a sua decisão, produtora de efeitos jurídicos, acerca de uma questão: "*Ci troviamo dunque in presenza di una specie di oracolo, cioè di usanze superstiziose dirette, como molte altre ad ottenere una risposta dalla divinità*" [115].

O misticismo, como afirma Lévy-Bruhl, é o traço marcante da mentalidade do grupo social no estádio recuado de desenvolvimento sociológico dos povos, porém, salienta o autor, por "misticismo" deve ser entendida simplesmente a crença no sobrenatural: "*la conviction que le monde est régi par un ou plusieurs étres sacrés, superieurs à l'humanité*"[116].

Assim sendo, Patetta inicia sua análise destacando o seu núcleo essencial, ou seja, uma rigorosa observância aos ritos solenes e a escassez de conceitos (jurídicos) primitivos para, ao final, reconhecer, de forma mitigada, a presença de ordálios no mais antigo direito romano.

Apresenta, portanto, por primeiro, a tradicional tratativa do tema conduzida de Leist, segundo a qual, sempre na tentativa de reconstrução de uma base comum de elementos jurídico-sociológicos presentes no antigo direito de fundo greco-romano, teria surgido em sucessão a um período de ilimitada defesa privada, marcado pela reação violenta, imediata e brutal por parte do ofendido contra o seu ofensor, sem qualquer controle ou restrição, um outro período, no qual embora ainda presentes a vingança e defesa privada, ambas sujeitavam-se a um "*modus*" juridicamente organizado, cujo principal característico seria a resolução do conflito pela pretensão da coisa controvertida com base em um combate com o adversário organizado pelo magistrado.

---

na Idade Média)". Cf.Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Edição Brasileira, IV volume, 4ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1958, p.3592.

[115] Federico Patetta, *Le Ordalie – Studio di Storia del Diritto e Scienza del Diritto Comparato*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, Ristampa Anastatica, Milano: Cisalpino-Goliardica, 1972, p.2

Sob a crença de que os deuses pronunciariam, ao final, o seu julgamento, mediante a concessão de um veredito em favor da parte que, vencendo o duelo, passaria a ser reconhecida como possuidora do direito, a legítima pretensão de vingança privada estava sendo exercida, embora, agora, não de forma ilimitada, porém sob algum controle jurídico, ainda que restrito.

Afirma a existência de um mecanismo processual, a "*generalis actio sacramenti*", uma "*actio*" primitiva, genérica e abrangente, hábil a tutelar qualquer "*iniuria*", entendida no sentido antigo da palavra, ou seja, um comportamento em contrariedade ao "*ius*", cuja base resolutiva da controvérsia era decidida, ao final, sempre por meio do duelo.

Neste sentido, o magistrado não era aquele que decidia (no sentido de julgar) a causa, porém aquele que introduzia o processo e, provavelmente, organizava os termos do duelo, aguardando ou ratificando a decisão entendida como proveniente dos deuses.

O duelo, na concepção supra citada, seria a única forma de resolução de conflitos. A exigência do juramento prévio, invocando a justiça divina, legitimava o "*agere*" primitivo, emprestando-lhe foros de procedimento sagrado.

Progressivamente o duelo será abolido, mediante a aceitação de uma composição por meio de um "*iudex*", obrigando-se, por meio de um juramento, a aceitar a sua decisão.

Porém, tal é a principal conclusão de Leist, ainda que desaparecido o duelo, todo o modelo processual que passaria a ter lugar na seqüência, guardaria os traços primários e essenciais de uma luta entre adversários, um verdadeiro combate, ainda que, mais modernamente, o referido embate não seja conduzido às vias físicas, mas "espiritualmente", mediante o direito de presença dos litigantes diante de um órgão judicante, um tribunal constituído.

Um duelo juridicamente organizado.

---

[116] Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciare – Etude de sociologie juridique*, Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 57

Entretanto, Patteta, analisando criticamente as hipóteses aventadas por Leist, não aceita, em linhas gerais, as grandes linhas procedimentais por ele traçadas.

Prefere afirmar que, provavelmente, nem todos os processos terminavam por meio de um duelo ou um Juízo de Deus, entendendo, destarte, que composições em bases arbitrais ou mesmo conciliatórias, já deveriam ter tido lugar, mesmo no arcaico procedimento dos direitos greco-romanos, afastando-se, portanto, em boa medida, da concepção de Leist que preferia ver no duelo uma origem exclusivamente fundada em um sentimento de vingança privada em movimento, tal qual a "*faida*", ou seja, a primitiva guerra particular de fundo germânico primitivo.

Patetta prefere apontar a sua origem no sentimento de busca pela justiça, na crença na divindade. Trata-se, pois, da tradicional fé na infalibilidade da decisão divina.

O duelo, para Patetta, como primitiva manifestação de ordálios, era assim, com maior propriedade, um autêntico meio de prova para os povos itálicos e não um mero mecanismo de exercício e liberação de defesa privada.

Os elementos hábeis a justificar os ordálios como autênticos meios de prova, em especial, a crença no poder constritivo divino, embora tendo persistido por mais tempo na Grécia, podem, entretanto, ser identificados e indiretamente comprovados, embora de forma mais rarefeita, entre os romanos na fase de desenvolvimento primitivo da "*civitas*".

O duelo já teria sido constatado entre os úmbrios primitivos, afirma Patetta, escorado num passo de Nicolò Damasceno, autor que viveu no século I a.C., sendo-lhes usual a idéia de recorrerem às armas para a elucidação da verdade ou para a identificação da inverdade quando tinham controvérsias entre si.

Há ainda um outro passo analisado por Patetta, de autoria de Pseudo-Acron, que menciona a existência uma antiga prova que poderia ser entendida como algo equivalente à prova do "*iudicium panis*", bastante utilizada na Idade Média, que era caracterizada pela ingestão de uma determinada quantidade de pão para a determinação da verdade.

Porém, ressalva Patetta, em razão da data que costuma ser atribuída à obra do Pseudo-Acron (provavelmente século V d.C.), pode ser que a mencionada prova seja, a rigor, um verdadeiro ordálio germânico, introduzido pelos bárbaros que ao referido tempo já apresentavam atividades militares no território itálico.

Por fim, a tradição, por meio do relato do duelo entre os Horários e os Curiácios, bem como da lenda das Vestais que recorreram à divindade, como forma de purgar a suspeita de impureza, poderiam indicar que, nos primórdios, valeram-se os romanos de ordálios.

Ao fim e ao cabo, Patetta irá construir a sua preciosa e detalhada análise dos ordálios ao longo da História, em especial no período da antiguidade tardia, amparado pela concepção de que a identificação dos sistemas jurídicos passíveis de constatação da presença dos Juízos de Deus diz mais respeito aos progressivos estádios de desenvolvimento civilizacional do que a circunscrições ou particularizações de determinados povos ou etnias.

Assim, tendo atravessado os povos greco-romanos um período de desenvolvimento escalonado, natural a presença de Juízos de Deus na formação de seus sistemas jurídicos, sendo certo que os ordálios, acabariam, progressivamente, por desaparecer com a evolução sociológica e maturação jurídica dos povos greco-romanos, com maior velocidade, segundo Patetta, em Roma [117].

Uma observação crítica, entretanto, deve ser efetuada a respeito do recorte metodológico adotado por Patetta na sua construção sistemática.

O autor busca caracterizar um desaparecimento demasiadamente rápido do sistema de ordálios na evolução jurídica romana para poder, ao final, preparar outra de suas linhas centrais de raciocínio, qual seja, a de que ao Direito Romano, "*maestoso edifício giurídico, innalzado dalla sapienza romana*", quando de seu ressurgimento na Europa, na Baixa Idade Média, estaria reservado, dentre os seus vários desdobramentos, a missão da eliminação do arcaico sistema dos Juízos de Deus:

---

[117] Cf. Federico Patetta, *Le Ordalie – Studio di Storia del Diritto e Scienza del Diritto Comparato*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, Ristampa Anastatica, Milano: Cisalpino-Goliardica, 1972, pp.123-149.

> "*Infine, come giá abbiamo ricordato, era riservata precipuamente al diritto romano, il cui rinascimento, e la cui recezione in quase tutta Europa, forma uno dei piú mirabili fenomeni nella storia del diritto e della civiltà, il compito di far scomparire gradatamente l'ordalia daí tribunali d'ogni paese civile*"[118]

O desaparecimento do sistema de ordálios não foi, de fato, tão rápido e tão definitivo como desejou caracterizar Patetta.

Talvez, os ordálios mais bem poderiam ser caracterizados como sendo um outro daqueles muitos institutos jurídicos tradicionais, de latente historicidade que, de forma oscilante ao longo dos tempos, ora têm sua força mitigada e, momentaneamente, restam como que se submergidos estivessem, ora abruptamente, renascem, ressurgindo, freqüentemente, sob novos contornos, porém mantendo a sua substância original.

A questão da efetiva confirmação da presença de ordálios no Direito Romano primitivo persiste, porém, como um problema ainda em aberto para a historiografia, conforme bem salienta Jean Philippe Lévy, uma vez que não há elementos seguros indicativos de uma prática regular e constante em tal sentido [119].

Embora saibamos que o processo de maturação do Direito Romano ao longo de sua ampla evolução tenha se esforçado por se afastar das práticas de ordálios, por meio de uma progressiva valorização da busca da elucidação da verdade com o emprego de atividades instrutórias de fundo mais racional, as referências nas fontes literárias às práticas místicas em matéria de prova para a formação da convicção judicial não se limitarão apenas ao período mais antigo.

---

[118] Idem, p. 123 e p. 149, "*in fine*".
[119] Jean Philippe Lévy, "Le probleme des ordalies en droit romain", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, p. 35.

Por igual, ainda que as lições do direito romano justinianeu, insculpidas no Digesto, freqüentemente revisitadas ao tempo da Recepção medieval, porém devidamente re-elaboradas com a força dos influxos provenientes das notáveis construções do canonismo já amadurecido, de fato, tivessem servido de paradigma para a elaboração de um sistema probatório mais racional no direito comum, mitigando, portanto, para aquilo que nos interessa, os ordálios, não se pode negar a permanência, em variados graus de intensidade, de elementos de fundo místico, de feição típica dos Juízos de Deus, no trato probatório no mesmo período.

Trata-se da força de resistência das práticas e usos dos múltiplos direitos consuetudinários, os quais, embora sendo pressionados pelo modelo romano-canônico, insistiam em permanecer como autêntica manifestação jurídica popular.

Ao que parece, as abordagens de determinados historiadores do direito, em especial os que recebiam os influxos, ainda que tardiamente do iluminismo, como é o caso de Patetta, se posicionando tanto pelo rápido abandono romano às práticas de ordálios pelos romanos primitivos, como pela sua completa eliminação, na transição da alta para a baixa Idade Média, por força exclusiva da adoção do modelo romano-canônico, mais nos parecem como que concepções acadêmicas típicas da época, impregnadas pelo ambiente intelectual usualmente verificado no XVIII, e também no XIX, porém atualmente já superadas, ou seja, a do inevitável confronto, na Baixa Idade Média, entre a usualmente apontada “barbárie” cultural germânica e a sua definitiva derrota e superação por meio dos elementos civilizacionais provenientes da recuperação dos fundamentos da antiguidade clássica, iluminados, sem dúvida, pela avassaladora força crescente do cristianismo, em um evidente “resgate civilizacional”.

Talvez, e em idêntico sentido esteja a precisa observação de J. P. Lévy, convidando-nos a olhar, de modo imprescindível, para os raros fragmentos literários indicativos da existência de ordálios no antigo direito romano.

É o caso da narrativa do drama da vestal Tuccia, conforme relatado por Plínio e também por Dionísio de Halicarnasso, se submetendo à prova das águas, ou seja, à submersão voluntária no caudaloso e perigoso Tibre.

Na seqüência dos eventos, destas mesmas águas sairia totalmente ilesa diante do Fórum, provando, pois, a inverdade dos indícios e testemunhos que lhe imputavam a terrível acusação de quebra do voto de castidade.

Há ainda a outra narrativa do mesmo Dionísio e também de Valerius Maximus, sempre sobre as mesmas vestais, agora, porém, acerca de uma outra personagem, de nome Aemilia, que teria recebido a gravíssima acusação de ter propiciado o apagar do fogo sagrado no altar de Vesta.

Levantando a mão em direção ao altar, a vestal invoca em seu favor o testemunho da própria deusa Vesta, a guardiã da "*civitas*", e, arrancando a túnica que vestia, a joga nas cinzas já apagadas do altar, quando, imediatamente, uma enorme labareda surge das cinzas apagadas, propiciando, segundo acabou sendo interpretado, a devida manifestação da vontade da deusa em favor da inocência da inocente vestal Aemilia.

Por igual há o episódio da famosa Claudia Quinta, segundo conta Propércio, matrona de uma tradicional família romana, cuja reputação, entretanto, na voz do povo, não era tão imaculada como afirmava, tentando fazer desencalhar, ao final da segunda guerra púnica, um navio preso na embocadura do Tibre, mediante a invocação do vaticínio da deusa Cibele, que deveria, julgando a intocada honra de Claudia, fazer mover o navio - constatando que, de fato, os romanos conheceram tipos de ordálios.

A rigor, a percepção usual de ordálios tende a ser aquela do instituto já em fase medieval, de índole germânica, geralmente cruel ou perigoso, imposto a um dos litigantes ou ambos.

Porém, nem sempre os ordálios mantiveram estas características padrão. Nos casos das vestais, a prova não é exigida, porém oferecida voluntariamente. Tampouco é bilateral, já que aos acusadores das vestais ou de Claudia Quinta nada é demandado.

São os acusados que se incumbem de provar a sua inocência. Isto também é Juízo de Deus, ou seja, o recurso à divindade como forma de determinação da verdade.

Independente de o ordálio ser unilateral ou bilateral, voluntário ou compulsório, perigoso ou não, Lévy observa que a intervenção divina pode assumir uma outra forma, mantendo seu característico de Juízo de Deus, para o que nos interessa.

É o caso no qual as partes não realizam quaisquer atividades probatórias, porém ficará a cargo do Juiz consultar os deuses, não se excluindo ainda a manifestação dos deuses sem provação, fazendo com que augúrios, consultas, oráculos, presságios etc pudessem servir como meios de resolução de processos.

O verdadeiro problema, conforme sintetiza o autor, repousa não na indagação que a historiografia formula acerca da utilização pelos romanos de um tipo ordálico similar ao modelo germânico.

A questão relevante é a constatação sobre se os romanos se serviram, ainda que sob roupagens não tradicionais, de formas místicas de processos, nos quais a solução era permeada por forças sobrenaturais, no plano das divindades.

Destacando que os romanos foram talvez entre os seus pares um dos mais supersticiosos povos antigos, com freqüentes consultas aos deuses:

> *"prises d'auspices, recours aux augures, aux haruspices, aux livres sibyllins, prédèdent aussim bien les actes importants de l avie privée [par example: le marriage ne se celèbre qu'après la prise dês auspices] que la vie publique*"[120].

Difícil, pois, acreditar que o processo, dada sua relevância institucional, permanecesse como sendo o único âmbito social no qual os romanos desprezassem os sinais sobrenaturais[121].

A permanência da referida concepção encontra-se referendada, expressamente, por Cícero:

> "*Os deuses fazem conhecer o futuro por sinais. Se nos equivocamos em interpretá-los não são os deuses que estão em falta, são os homens que não souberam compreendê-los...*"[122].

Assim sendo, alinhados com a opinião de Lévy, concluímos que embora não de forma regular, deve ter havido, de fato, a presença de provas religiosas no antigo direito romano, ainda que com escassos registros deixados nas fontes [123].

---

[120] Jean Philippe Lévy, "Le probleme des ordalies en droit romain", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, em especial, para o raciocínio desenvolvido, pp. 35-54.

[121] Conforme aponta Cícero: "*E não tem sido um só o tipo de adivinhação que se vinha praticando no âmbito público ou no privado, pois o nosso povo – para deixar de lado os demais – quantos tipos de adivinhação tem chegado a abraçar....*" Cf. Cícero, *De divinatione*, líber I, trad. A. Escobar, Madrid: Edit. Gredos, 1999, p. 36 ".V. ainda, no mesmo sentido, o relato historiográfico de Dionísio de Halicarnasso reportando-se, expressamente, aos augúrios sagrados, presentes desde a fundação de Roma. Cf. *História Antiga de Roma*, trad. D. Plácido, Madrid: Gredos, 1984, p. 153.

[122] Cf. Cícero, *De la nature des Dieux, 2.4,* trad. C. Appuhn, Paris: Garnier, s/d, p. 125.

[123] Jean Philippe Lévy, "Le probleme des ordalies en droit romain", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, em especial, para o raciocínio desenvolvido, pp. 35-54.

6.1.1. Antigo procedimento romano

Uma descrição precisa do processo romano nos seus primórdios e seu respectivo procedimento é também, em razoável medida, uma construção hipotética, permeada de lacunas de informações não mencionadas nas fontes. Entretanto, é possível o estabelecimento, ainda que por referências indiretas, de uma tentativa de abordagem genérica, tal qual a levada a cabo por Lévy-Bruhl, escorado em fontes mais modernas, que mencionam, de fato, algumas características da gênese do processo civil romano em sua gênese.

Sem dúvida o relato contido nas Institutas de Gaio, 4.16, ao descrever a "*Sacramentum in rem*" continua sendo o fundamental ponto de partida, porém, como informa o autor, é possível a extração de outros elementos importantes nas fontes de Gélio, Cícero e também Valerius Probo. Com base nesses passos, defende a idéia de que, no início, as pretensões eram resolvidas judicialmente por meio de uma "*actio*" ampla, uma "*Sacramentum*" genérica[124].

A questão, portanto, que divide os romanistas seria a da exata determinação da natureza desta "*Sacramentum*" primitiva.

A "*legis actio per sacramentum"*, em razão de sua aplicação geral, pode ser caracterizada como o paradigma do processo contencioso romano, segundo Broggini[125].

O relato contido nas Institutas de Gaio, entretanto, descreve um modelo procedimental bastante amadurecido, distante do período mais antigo, no qual é possível a constatação de mecanismos processuais mais ou menos racionais, como, *v.g.*, a introdução diante do magistrado das pretensões contrárias, a possibilidade de descrição das partes acerca dos seus argumentos, a análise do "*iudex*" acerca das pretensões em juízo com base em elementos probatórios tradicionais já laicizados, como a possibilidade de instrução por meio de testemunhas e análise de documentos e, por fim, a adjudicação da causa.

---

[124] Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960, pp. 23-24.
[125] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 244-245.

Broggini destaca que todo o panorama traçado por Gaio refere-se a uma época mais recente na história do processo civil romano, no qual a sentença do "*iudex*" representava a sua opinião pessoal da causa, obtida com base em instrução permeada de maior racionalidade. Em época mais remota, pelo contrário, a força normativa da sentença que decidia a causa era mais ampla, em razão do caráter místico da prova.

O estádio mais antigo era o da "revelação", "*c'est-à-dire de la solution par intervention de la divinité, dont le juge est l'interprète autorisé*", fazendo com que um dos elementos mais importantes sobrevivesse ao longo do tempo, como reporta Gaio: o juramento, "*iusiurandum*"[126].

Dessarte, consoante tal concepção, a "*Sacramentum*" antiga, mais se aproximaria de uma forma de juramento assertório, condicionado a uma consulta aos deuses, tendo como conseqüência uma auto-sujeição em caso de perjúrio.

Esse elemento místico, ou seja, o fato de aquele que viesse a ter o seu juramento infirmado pela resposta divina, seria transformado, quando da laicização do direito, na sanção do abandono da soma oferecida em sacramento, tal qual relatado por Gaio[127]

Alinhado com tal entendimento, Ulhoa Cintra, ao tratar detalhadamente da referida "*Legis Actio*", aponta para o fato de que antes do ordenamento decenviral, a "*Sacramentum*" seria ação fundada no direito costumeiro, ligada ao direito sacro.

Com as XII Tábuas, entende o autor, ocorreria a laicização do procedimento, incorporando, progressivamente, variados elementos de cunho não sagrado ao seu procedimento, fazendo com que o relato contido em Gaio não se refira, de fato, à mesma ação primitiva [128].

---

[126] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 244-245.

[127] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 245, que também entende ser mais provável que a consulta aos deuses fosse efetuada mediante "*aspicium*".

[128] Geraldo de Ulhoa Cintra, *De actione sacramento*, São Paulo, tese, 1960, pp. 47- 48.

Impossível de ser datada com precisão, em razão de sua antiga origem consuetudinária, deve ser, porém, anterior ao século V a.C., ou seja, anterior às XII Tábuas, evidenciando uma origem bem recuada no tempo, segundo Lévy-Bruhl, que admite, portanto, uma "*actio*" padrão, uma "*Sacramentum*" de modelo procedimental primitivo, não exatamente equiparada àquela contida no relato de Gaio[129].

Ulhoa Cintra não hesita em determinar que, originalmente, ao rei, na posição de "*rex sacrificulius*" era lícito oferecer sacrifícios propiciatórios e expiatórios, cujo "*imperium*", tanto no domínio do público como do jurídico, se subordinava ao "*auspicium*".

Logo, ao rei, por primeiro, cabia a decisão neste modelo processual primitivo, mediante a consulta aos deuses. Acredita que havia também a possibilidade de ser substituído por sacerdotes, em especial os augures e os flâmines, uma vez que o conteúdo decisório era de traço religioso.

O procedimento, por ser ritualístico, era, desta forma, conduzido, direta ou indiretamente, sob a atenção dos sacerdotes, detentores dos segredos ritualísticos e encarregados também da observância de um outro elemento procedimental arcaico condicionante: o oferecimento de sacrifícios.

Para o autor, a presença do rito mágico-religioso é tão forte que nesse tipo de procedimento mais arcaico não seria possível nenhum tipo de prova jurídica.

Assim sendo, os adversários, perante a autoridade encarregada do julgamento primitivo, o rei ou sacerdotes, apresentavam, tal qual relata Gaio, as suas pretensões contraditórias, mediante os atos e palavras típicos, evidenciando os ritos de apreensão, com a reprodução da fórmula de vindicação, amparada pela imposição da "*festuca*".

A seguir, os adversários pronunciam as respectivas fórmulas sacramentais, obrigando-se ao "*Sacramentum*".

---

[129] Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960, pp. 25-26.

Entende Cintra que a antiga denominação "*Sacramentum*" derivava do fato de que o ato processual era realizado mediante uma "consagração", obtida via de um juramento realizado por ambos os litigantes, o "*iusiurandum*", por meio do qual a parte jurava que se tivesse agido impiamente, injustamente, ou seja, contrariamente à religião, logo, sem o direito alegado, que fosse considerado "*sacer*", ou seja, a sanção processual era religiosa.

Neste ponto, entende que a forma pela qual a decisão final da controvérsia era atingida, decorria, exclusivamente, de elementos religiosos; "*Só os augures podiam dar esta resposta, porque é uma resposta divina*".

Portanto, Cintra, ao enfatizar a natureza religiosa do processo primitivo, acaba por apontar um sistema probatório rudimentar, lastreado no "*iusiurandum*" em combinação com meios metafísicos de prova, ordálicos, sem dúvida, destinados à apuração da verdade, mediante a consulta pelos sacerdotes à vontade dos deuses. Avança ainda uma hipótese:

> "*O recurso aos augures é provavelmente a origem da divisão do processo romano em duas partes" o augure que aprova o 'ius', é 'ju-dex', etimologicamente aquele que aponta, que dá, que diz, que interpreta o direito"*[130].

Noailles, por igual, entendendo que os juramentos recíprocos faziam parte desse modelo de ação primitiva, de índole marcadamente religiosa, afirma que o mecanismo processual previa que, tendo sido proferidos dois juramentos em sentidos contraditórios, um deles deveria ser, portanto, falso. Como o falso juramento representava uma grave ofensa à divindade:

> "*le roi, representant du dieu, est obligé de juger cette ofense, et voilá porquoi l'office du juge est de déterminer le 'sacramentum justum' et le 'sacramentum injustum'* "[131].

---

[130] Cf. Geraldo de Ulhoa Cintra, *De actione sacramento*, São Paulo, tese, 1960, pp. 48-62.
[131] Pierre Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949, p.277.

Porém, e este ponto é central para Noailles determinar, segundo sua visão, a natureza da "*Sacramentum*" primitiva: o característico principal repousava na prática de sacrifícios de animais. Este seria o autêntico sentido de "*Sacramentum*", uma vez que a palavra juramento sempre era o "*iusiurandum*"[132].

O antigo "*Sacramentum*" era o sacrifício, presente também pelo soldado ao seu general como sinal de obediência. No estado primitivo da ação, diz o autor, em lugar da entrega de uma soma de dinheiro, ocorria a entrega de animais para o sacrifício.

A transformação do ritual de sacrifício para o ritual de oferecimento de dinheiro teria ocorrido com as XII Tábuas. A oferenda de animais seria, primitivamente, o ato que ensejaria o exame da causa por um juiz. E esta oferenda, este sacrifício, seria "*un sacrifice de consultation...*", levado a cabo pelos arúspices, tal qual nas demais atividades públicas, como a reunião de comícios, a votação de leis, a nomeação de magistrados, os atos do cônsul etc. O exame das vísceras, "*exta*", teria tido um lugar de destaque na vida pública e privada romana.[133]

Por fim, outros houve, como é o caso de Cuq, que preferiram apontar na "*Sacramentum*" a existência de atos de força, por meio dos quais se constatava um conflito de duas pretensões contraditórias, representado, posteriormente, por um "*simulacro de combate*"[134].

Na origem mais antiga, entretanto, o combate, o duelo entre os litigantes, teria sido o procedimento padrão, e se amparado por uma concepção metafísica, repousaria, provavelmente, num plano sobrenatural a decisão da causa, no puro modelo de ordálios.

Conforme podemos perceber, há divergência na doutrina acerca da natureza do procedimento mais antigo romano, a "*Sacramentum*" primitiva.

---

[132] Escapa do âmbito probatório um outro tipo de juramento bastante empregado no processo romano, denominado "*iusiurandum in litem*", o qual, segundo Provera, era o meio ao qual o juiz recorria para valorar o montante da condenação pecuniária por meio de uma estimativa realizada por juramento do autor. Cf. Giuseppe Provera, *Contributi allo studio del "iusiurandum in litem*", Torino: Giappichelli, 1953, p. 2.
[133] Pierre Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949, pp. 277- 283.
[134] Édouard Cuq, *Les institutions juridiques des romains, Tome premier: L'ancien droit*, 2ª edição, Paris: Plon, 1904, p.145.

Percebe-se que há varias concepções, ora atribuindo à "*actio*" primitiva a natureza de juramento, ora atribuindo a natureza de cerimonial de sacrifício e até mesmo um combate judicial.

Entretanto, ainda que as explicações sejam escoradas em diversas hipóteses, um traço emerge, qual seja, a indubitável presença de um critério místico de resolução da causa.

A prova mística, portanto, parece ter permeado as origens dos procedimentos judiciais primitivos, como bem se evidencia na antiga "*sacramnentum*", cuja necessidade de palavras sacramentais e de rigorosa ritualidade no agir, aliás, elementos sempre presentes em todas as primitivas ações da lei, estavam destinadas, consoante a mentalidade dos homens do mundo antigo, como bem pontua Giomaro,

> "*ad aprire i contati fra il mondo dell'umano ed il mondo del divino per ottenerne la soluzione di un caso dubbio*"[135].

Haverá um momento, e alguns apontam para a constituição decenviral em meados do IV a. C. como sendo um marco, em que o procedimento religioso restará abolido e, conseqüentemente, sofrerá laicização.

Porém, na origem, o fundo religioso prevaleceu. Assim atestariam as formalidades presentes na tardia descrição de Gaio para a "*Legis Actio per Sacramentum*".

O exame pelos arúspices dos "*exta*", das vísceras dos animais oferecidos em sacrifício, se válida a interpretação de Noialles, parece uma hipótese plausível, pois respeita a notória influência que o mundo espiritual etrusco teria exercido na formação de Roma.

J. P. Lévy, analisando as posições da doutrina, entende que, na antiga "*Sacramentum*", os deuses deveriam exercer algum papel, pois, o radical da palavra "*sacer*" se liga à "*Sacramentum*".

---

[135] Anna Maria Giomaro, *La tipicità delle 'Legis Actiones' e la 'Nominatio Causae'*", Milano: Giuffrè, 1988, p. 46.

Porém, objeta o autor acerca da provável atuação dos arúspices informando que mais provável teria sido uma atuação dos pontífices, uma vez que há um texto de Varro, em "*De língua latina*", que atestaria a intervenção dos referidos sacerdotes: "*uturque quingenos aeris adde pontem deponebant*".

Mas, o próprio autor reconhece que a natureza da intervenção dos referidos sacerdotes não fica esclarecida[136].

Entretanto, acerca da objeção, é possível se contra-objetar que as informações que nos chegaram acerca das atividades e das áreas de atuação dos sacerdotes vêem por mãos de autores do período clássico, os quais, em razão da introdução de novas crenças e influências, tendem a interpretar os fenômenos antigos de acordo com suas próprias perspectivas, não raro revelando desconhecimento das realidades primitivas.

Assim sendo, não se pode propugnar por áreas de atuação ou matérias exclusivas para determinados sacerdotes.

Veja-se a tal respeito a mobilidade que o Senado, grande usuário dos serviços interpretativos dos sacerdotes, costumava adotar quando necessitava esclarecimentos acerca de presságios ou prodígios:

> "*El Senado podia dirigirse a los pontífices, a los Libros Sibilinos o a los Arúspices.... No era raro que dos de esas autoridades competentes fueran consultadas al mismo tiempo.....La repartición de competencia en materia de 'procuratio' entre los pontífices, los Libros Sibilinos y los arúspices responde a los caracteres de estos diferentes organismos, pero las condiciones proprias de cada periodo y también el cambio de las preocupaciones según los siglos determinaron, además, que se recurriera a uno o outro de ellos.....* "[137]

---

[136] Jean Philippe Lévy, "Le probleme des ordalies en droit romain", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, pp 428-432.

[137] Raymond Bloch, *Los prodigios en la antiguedad clasica*, tradução E. Prieto, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1978, p. 100 e 145- 146.

Respaldando a hipótese à qual acima nos filiamos, qual seja, aquela de que a prova no antigo procedimento romano ocorria por intermédio de mecanismo aruspicial, logo de natureza sobrenatural, um ordálio, portanto, "*lato sensu*", está a abalizada opinião de Lévy-Bruhl, que para lançar similar tese, que adjetiva de audaciosa, se apóia em Varro e Festus para delinear a "*Sacramentum*" primitiva como sendo uma operação religiosa que comportava um juramento e um sacrifício .

O autor detecta similar mecanismo em outras instituições de direito, em especial, de as pertencentes ao direito internacional, como é o caso da declaração de guerra por meio do ritual da "*Clarigatio*", a qual, embora não sendo realizada com um sacrifício, obedecia a um ritual, quanto ao juramento, próximo àquele que deveria ser o padrão da "*Sacramentum*", para, ao final, evidenciar a sua natureza probatória:

> "*On sait que les Romains pratiquaient la divination par l'examen des entreailles des victimes. C'est l'art des haruspices, que les Romains auraient emprunté aux Etrusques. Il est, par consequence, permis de penser que le sacrifice, dans le 'sacramentum', n'est pas uniquement une offrande faite aux dieux, mais était, en même temps, et même davantage, un rouage du mécanisme judiciaire: il étai destiné à determiner la verité ou la fausseté de la déclaration faite par chacun des deux plaideurs.....*""".

Fica, portanto, consoante a respeitada opinião de Lévy-Bruhl, o mais antigo processo romano, de época arcaica, como sendo um complexo de atos organizados, mediante "*vindicaciones*" contraditórias igualmente lançadas, cujo procedimento ritualizado se desenrola perante uma única autoridade, um autêntico ritual religioso, cujo "*Sacramentum*", combinação de juramento prestado e sacrifício oferecido para interpretação dos sinais das entranhas do animal, será a sua última e mais definitiva ordália, fazendo com que, neste antigo processo, não sejam perquiridos os argumentos para apoiar o direito do litigante, porém, seja ganho o processo, ao final, por aquele em favor de quem tenha ocorrido a manifestação do substrato divino. [138]

---

[138] Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960, p.67 e 73. Para a afirmação sobre a existência de mecanismo de prova aruspicial, p.74-75.

6.2. Lei das XII Tábuas

A laicização do direito e do processo foi um movimento lento e progressivo que teve início, provavelmente, nas origens da "*civitas*", ainda sob a presença do forte influxo da religião, permeando de forma marcante as relações jurídico-processuais, e foi, progressivamente, caminhando até o século V a. C., quando da publicação das XII Tábuas, que costuma ser apontado como um marco a indicar a efetiva laicização jurídica[139].

Entretanto, a nosso ver, o processo de laicização ainda não se encontrará definitivamente concluído ao tempo da legislação dos decênviros. A rigor, seria temerária uma afirmação veemente no sentido de que elementos religiosos teriam sido completamente expurgados do processo e da prova em meados do século V. Como veremos na seqüência, haverá institutos jurídicos que manterão as suas estruturas processuais, em especial, os probatórios, conectados com as matrizes religiosas romanas.

Porém, não se pode negar que mudanças ocorreram. O próprio Broggini aponta a opinião de Lévy-Bruhl e Noialles no sentido de que a criação da cidade, como núcleo de poder devidamente centralizado, que acabou por submeter ao seu domínio as forças individuais gentílicas rivalizantes.

De fato, uma maior racionalidade passará a ser experimentada nas instituições jurídicas. A temática da prova acabaria por receber estas influências na medida em que provas racionais começam a ser introduzidas no processo romano.

O autor entende que, neste particular, a influência grega, experimentada em outros campos, foi fundamental para a transformação dos modos jurídicos autóctones em concepções mais refletidas e racionalizadas[140].

---

[139] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 252.
[140] Idem, pp. 252-253.

Assim sendo, entendemos que um olhar acerca do contexto social presente ao tempo da publicização da Lei das XII Tábuas, sua interpretação e valoração, inclusive por parte dos testemunhos das fontes literárias, poderá jogar luzes na obscura temática da evolução do sistema probatório em um momento mais amadurecido, localizado no início, "*grosso modo*", do sistema processual do "*ordo iudiciorum privatorum*".

Os autores romanos, em especial os de época clássica, pretenderam transmitir a sua descrição dos eventos relacionados com a história dos primeiros tempos de Roma conferindo-lhes, freqüentemente, particulares significados, por meio dos quais as narrativas não apenas resgatavam os acontecimentos pretéritos, vistos sob uma ótica de relevância, como também conformavam, peculiarmente, suas dimensões e desdobramentos, reforçando, em ampla medida, o panorama ideológico contemporâneo, presente na sociedade na qual estavam, séculos depois, inseridos.

Desse modo, justifica-se a construção e coerência de toda uma categoria de discursos historiográficos, característica do período em questão, por meio da qual, ao mesmo tempo, entre outros aspectos, se enfatizava a inevitabilidade e infalibilidade das primeiras conquistas expansionistas e, por igual, se resgatava todo um ideário daquilo que era tido como sendo representativo das mais antigas vocações romanas, repristinando os aspectos que pretendiam destacar, como sendo os elementos fundantes e característicos da "*civitas*".

Sob tal viés, encontrarão explicação não apenas as mudanças de orientação na política, como restará amenizada ou dissimulada toda uma seqüência de intensa opressão.

Nessa linha de interpretação, restará plausível a intencionalidade do conteúdo ideológico usualmente presente na descrição histórica dos episódios relacionados com o período implementação da República, no início do século VI a.C., evidenciando, quase sempre. um movimento de restauração da liberdade conduzido pelo povo, mediante a definitiva suplantação de uma antiga estrutura monárquica, já bastante corroída e desgastada, cujo perfil pessoal de seu último monarca, um desprezível tirano etrusco, bem denotava sua inaceitabilidade e insustentabilidade.

Esses elementos encontram-se presentes na fala de Tito Livio, ao narrar a revolta do povo que culminaria na expulsão do "*odioso*" rei Tarquínio, sob o comando do romano Junio Bruto, "*o libertador de Roma*":

> *1.59:..... "A emoção não foi menor em Roma que em Colácio, diante do crime atroz. O povo acorria ao Fórum de todos os pontos da cidade. Em meio à multidão, um arauto convocou o povo a apresentar-se diante do tribuno dos céleres, cargo então ocupado por Bruto. No discurso pronunciado por Bruto não se podia mais reconhecer as opiniões e os sentimentos até então simulados. Discorreu sobre a paixão libidinosa de Sexto Tarquínio, sobre o estupro nefando de Lucrécia e seu desgraçado suicídio, sobre o luto de Tricipitino, que se entristecia e revoltava menos com a morte da filha do que pela própria causa que a motivara. Daí passou a falar sobre a tirania do rei, as misérias e trabalhos dos plebeus mergulhados nas fossas e cloacas que tinham de cavar, e os romanos vencedores de todos os povos vizinhos que foram reduzidos a operários e pedreiros, ao invés de guerreiros. Lembrou ao povo o indigno assassínio do rei Sérvio Túlio, o cadáver de um pai esmagado sob o ímpio carro da filha, e invocou os deuses vingadores dos pais. Esses e outros ataques violentos, que surgem em momentos de indignação e que ao escritor são difíceis de reproduzir, inflamaram a multidão, levaram-na a destituir o rei e a condenar ao exílio Lúcio Tarquínio, sua mulher e seus filhos. Bruto alistou e armou os jovens que se apresentaram espontaneamente para sublevar o exército contra o rei, e partiu para os campos de Ardéia, deixando o comando de Roma a Lucrécio, que fora nomeado prefeito da cidade pelo rei.....1.60: Quando esses fatos foram anunciados no acampamento, o rei amedrontado com a revolta partiu para Roma a fim de reprimi-la..... Quase na mesma hora,e por caminhos diferentes, Bruto e Tarquínio chegaram, respectivamente, a Ardéia e a Roma. Tarquínio encontrou as portas da cidade fechadas e uma ordem de exílio. O libertador de Roma, ao contrário, foi recebido com alegria no acampamento, donde foram expulsos os filhos do Rei..."* [141]

---

[141] Tito Livio, *Ab urbe condita libri*, *História de Roma*, vol I, tradução Paulo M. Peixoto, 2ª edição, São Paulo: Paumape, 1995, pp. 100-101.

Entretanto, a rigor, não foi um bem-sucedido movimento revolucionário popular, individualmente identificável, que teria propiciado a imediata mutação do sistema de governo, ensejando uma ruptura hábil a viabilizar a passagem da realeza para um sistema republicano. Muito menos poderíamos supor que tais movimentações propiciariam uma maior integração da plebe nas impermeáveis estruturas de poder aristocrático.

O ano de 509 a.C., de fato, marca uma certa mudança na forma institucional de governo. Porém, tais eventos não ocorreram apenas e exclusivamente em Roma. Aliás, há toda uma complexidade que envolve tais dinâmicas, relacionadas não apenas com o cenário político, porém, de igual forma, com o âmbito econômico e social. Em outras cidades peninsulares, muitas delas igualmente postadas sob a influência e domínio etruscos, ocorreram, por igual, substituições na forma de exercício do poder, que passou em vários casos a ser exercido por meio de determinados magistrados, especialmente escolhidos, porém sempre personagens de origem aristocrática, revelando a continuidade da influência no poder das poderosas famílias patrícias, muitas das quais de origem etrusca.

O poder etrusco - como elemento discrepante da pretendida hegemonia romana – tardaria ainda algum tempo a diminuir, sendo certo que apenas por volta de 480 ou 470 a. C. ocorreria seu desaparecimento, em decorrência de conflitos políticos sofridos mais ao sul da província itálica, culminando com a perda do controle do Lácio e da Campânia.

Porém, se o poder das linhagens etruscas tendia, desde algum tempo, a um desgaste progressivo na "*civitas*", a sua mitigação e posterior desaparecimento não significaram o desgaste ou enfraquecimento dos outros grupos familiares aristocráticos locais, igualmente enriquecidos e poderosos.

Pelo contrário, outros grupos patrícios se fortaleceram e passaram a ocupar os espaços institucionais deixados pelos etruscos, reforçando ainda mais a sua riqueza e influência em Roma. Consolidou-se, pois, com a implantação da República, o poder das aristocracias locais.

A dimensão importante que deve ser acentuada resulta do fato de que o povo, a massa identificada com a plebe, não passou a participar da gestão coisa pública em razão da sua provável participação na revolta contra os soberanos Tarquínios.

Pelo contrário, sua representatividade permaneceu inexpressiva, uma vez que são exatamente as mais antigas famílias, representantes da tradicional aristocracia fundiária romana, que passarão a ocupar as principais magistraturas, cargos e sacerdócios em época republicana, reforçando a influência de seus membros, em especial por meio dos "*patres*", inseridos no Senado, num movimento excludente de qualquer participação significativa plebéia no jogo político, como, aliás, já se fazia sentir desde as remotas origens da "*civitas*".

As conseqüências do agravamento desse movimento de concentração de poder nas mãos de um reduzido número de famílias aristocráticas, em detrimento de um amplo e crescente substrato popular plebeu, em breve se fariam sentir em Roma.

Se, por um lado, a exclusão da participação da plebe dos benefícios – especialmente os econômicos - que decorriam da gestão dos negócios públicos, todos eles reservados aos patrícios e seus clientes, implicava, entre outros, a retenção de poder, e conseqüentemente acumulação de riquezas nas mãos da aristocracia, por outro lado, estimulava um progressivo estado de descontentamento na plebe.

A partir da substituição das elites etruscas por elites patrícias, agora sob vestes republicanas, este processo se agravou, tornando-se com o tempo crônico, de modo a propiciar a progressiva articulação política da plebe.

Com o seu crescimento numérico, tornava-se evidente a percepção de sua importância estratégica, como elemento essencial na composição das forças de defesa contra as ameaças externas nessa típica cidade-estado da antiguidade, constantemente ameaçada por povos vizinhos e rivais. Este é o principal móvel que vai deflagrar um movimento de reivindicações e ocasionar conquistas de posições de vantagens pela plebe diante dos patrícios, em especial no campo político, como, por exemplo, a criação de magistraturas plebéias e também no campo religioso, com a criação de templos plebeus.

Por tais razões, bem afirma Corassin, "*Os cidadãos excluídos da vida política se organizaram e reagiram. A ação da plebe se articulou como uma luta política que durou mais de dois séculos, resultando na criação pelos plebeus de um 'Estado dentro do Estado'*"[142]

A Lei das XII Tábuas, cujo aparecimento localiza-se por volta de meados do século V a. C., é usualmente relacionado como uma decorrência de crescentes reivindicações plebéias, sendo apontado como um momento único na história do direito romano, fazendo com que a referida lei fosse "*esaltata e celebrata nei secoli come monumento e pilastro fondamentale (' fons privatique iuris', dice Livio, 3,34,6)* "[143].

De fato, como aponta Heurgon, entre os anos de 451 e 450, os "*Fastos Consulares"* interrompem a listagem, comprovando a eleição de magistrados especiais, os decenviros, que teriam recebido a incumbência, mediante investidura análoga ao poder consular, para, além de exercer o governo da cidade durante um período turbulento, efetuar a redação de uma lei [144].

Pomponio informa que após a expulsão dos reis, a ausência da promulgação de leis fez surgir uma situação de indefinição no plano jurídico, uma vez que passaram os romanos, durante um período que o autor indica como sendo de vinte anos, a reger-se por um direito incerto e pelos costumes. Seu relato é lacônico e não menciona, de forma explícita, as tensões entre patrícios e plebeus [145].

Livio, entretanto, relata as resistências oferecidas pelos patrícios acerca da elaboração do referido diploma, bem como suas manobras para obstar a aprovação da referida lei, sempre no sentido de manter sua posição de predominância política em relação aos plebeus.

---

[142] Cf. Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, pp. 19-21.
[143] Giuseppe Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª edição, Torino: Giappichelli, 1965, p. 93.
[144] Jacques Heurgon, *Roma y el Mediterráneo occidental hasta las guerras púnicas*, tradução A. Antelo, Barcelona: Labor, 1971, p.195.
[145] Pomponio, *Libro singulari Enchiridii*, D. 2.2.3. "*Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes legis hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est*". *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, coordenação P. Krueger e T. Mommsen, 10ª edição, Berolini, 1905, p. 2.

Finalmente, os "*decenviri legibus scribundis*", no exercício de uma magistratura especialmente eleita, redigiram o texto das dez tábuas, às quais, posteriormente, outras duas foram acrescidas, que foram aprovadas, finalmente, no ano de 455 a. C [146] ou, como prefere Arangio-Ruiz, entre os anos de 451 e 450 a. C.[147]

Colhe-se em Cícero a informação de que as dez primeiras tábuas teriam sido escritas pelos decênviros "*com prudência e suma equidade*", os quais subrogaram, no ano seguinte a sua autoridade a outros magistrados, os quais não teriam exercido seus cargos com a mesma justiça, sendo que as duas tábuas posteriormente escritas continham iniqüidades, como, por exemplo, a proibição de alianças entre patrícios e plebeus, disposição esta, mais tarde derrogada pelo plebiscito Canuléio[148].

Embora elogiadas por Tácito como sendo as últimas leis fundadas na igualdade do direito – "*finis aequi iuris*" [149], a lei das XII Tábuas reproduz uma estrutura típica dos direitos da antiguidade, marcados por uma desigualdade substancial entre os cidadãos, contendo ainda normas rudes e primitivas, como, por exemplo, o violento tratamento destinado ao devedor inadimplente por meio da aplicação da "*manus iniectio*".

Trata-se, sem dúvida de uma coletânea de leis, e também, provavelmente, de antigos costumes, os chamados "*mores maiorum*" [150]-, cuja inquestionável importância se encontra no fato de ter colocado, pela primeira vez, por escrito, um conjunto normativo claro e determinado, limitando assim o arbítrio.

Por igual, embora contendo normas de natureza variada, a importância concedida pelo legislador ao tema do processo é evidente, conforme observa Noailles[151].

Até o surgimento da legislação decenviral, o direito a ser aplicado, lastreado no "*ius civile*", poderia ser conhecido e interpretado apenas mediante intervenção dos pontífices.

---

[146] José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p.29.
[147] Vicenzo Arangio–Ruiz,. *Storia del diritto romano*, 7ª edição, Napoli: Jovene, 1981, p.55.
[148] Marco Túlio Cícero, *De Republica*, 3.36 e 3.37, *Da República*, tradução de A. Cisneiros, Bauru: Edipro, 1995, p. 63.
[149] Tácito, *Anais*, 3. 27, tradução L. Pereira, Rio de Janeiro: s/ e., 1964, p. 117. Vide também: P. Cornelius Tacitus, *The Annals and the Histories*, trad. A. Church e W. Broidribb, Chicago: University of Chicago, 1952, p. 51.

Os pontífices, como é sabido, eram membros das classes dominantes. Ou seja, os interpretes oficiais do "*ius*", não se vinculavam, originariamente, às aspirações plebéias, fator que era, provavelmente, fomentador de iniqüidades. A aprovação de uma lei escrita, ainda que incipiente no seu conteúdo, deve ter trazido maior transparência às relações jurídicas envolvendo patrícios os plebeus, até então, instáveis, incertas e tumultuadas.

Evidencia-se, portanto, em última análise, uma antiga preocupação, ou seja, a da busca pela segurança jurídica que decorre, neste caso, do conhecimento claro do texto da lei escrita, conforme apontou Corassin:

> *"Não constituiu, de fato, uma nova legislação favorável à plebe.... Contudo, o fato de o direito passar a ser fixado em um código escrito representou um avanço político da maior relevância para o cidadão comum."*[152]

É difícil e complexo o estabelecimento de um juízo crítico acerca do período do decenvirato, o qual não se limita, cronologicamente, ao momento da redação da Lei das XII Tábuas.

O movimento que os leva ao poder em um momento de agitações e instabilidades políticas, respondia, claramente, ao propósito de manutenção e consolidação das prerrogativas do patriciado, em especial, no sentido de obstar o acesso da plebe ao consulado, em mitigar as conseqüências incômodas da aplicação da "*provocatio*" e evita a contaminação pelo "*conubium*", como destaca Heurgon.

---

[150] Silvio A. B. Meira, *A lei das XII Tábuas – fonte do direito público e privado*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 237
[151] Pierre Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949, p.9.
[152] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p. 23.

A obra legislativa dos decenviros, com a publicização e securalização do direito, serviria, ao longo do tempo, como importante elemento catalisador no processo de unificação da "*civitas*", porém não é apropriado afirmar-se que a Lei das XII Tábuas teria proclamado a "*aequatio legum omnibus*", a igualdade de todos perante a lei. "*Sin embargo*", afirma Heurgon,

> "*la desigualdad jurídica de las clases censitarias se reafirmaba en el artículo de la ley según el cual la defensa, en juicio, de un rico ('adsiduus') debia estar asegurada por otro rico, mientras que la de un proletario podia asumirla cualquier ciudadano*"[153].

Por outro lado, a precisa interpretação do conteúdo substancial da referida Lei em tempos modernos, que já ocupou de forma tão intensa os romanistas no passado, também oferece significativas dificuldades para o estabelecimento de uma análise valorativa.

Aliás, Aulo Gellio, reproduzindo a fala do seu principal interlocutor, o filósofo Favorinus, ao debater com o jurisconsulto Sexto Cecílio acerca da Lei das XII Tábuas, dá ênfase para o fato de que, setecentos anos depois de promulgada a Lei, o seu conteúdo era pelo primeiro interpretado ora como contendo passagens obscuras, ora bárbaras, outros pontos eram reputados suaves e outros mal expressados.

Diante de tais assertivas, o jurisconsulto responde, com precisão, que o tempo acaba por transformar a linguagem e os usos antigos, fazendo com que a compreensão das leis antiga se torne muito difícil[154].

Porém, ainda que considerados tais aspectos, a Lei da XII Tábuas, foi um grande passo.

---

[153] Jacques Heurgon, *Roma y el Mediterrâneo occidental hasta las guerras púnicas*, tradução A. Antelo, Barcelona: Labor, 1971, pp. 198-199.
[154] Aulo Gellio, *Noct Att*., 20.1, cf. *Noches Áticas, - capítulos jurídicos*, tradução Francisco Navarro y Calvo, Buenos Aires: EJEA, 1959, pp. 223-224.

Tratou-se de um monumento legislativo de notória expressão para a sociedade romana e de alongada permanência institucional, uma vez que referências a seu respeito são colhidas ao longo de todo o período evolutivo do direito romano, até mesmo no direito justinianeu, no século VI d. C.

Não diminui a sua importância o fato de não ter tratado as suas variadas matérias mediante uma rigorosa sistematização por princípios. Esta é uma preocupação moderna, que não encontra paralelo nos direitos da antiguidade [155].

A fixação, por escrito, das normas procedimentais, civis e penais, das penas para delitos e dos limites do processo de execução, entre outros temas, segundo Grosso,

> "*poteva considerarsi in quel tempo una conquista per la plebe, in quanto importava una maggior sicurezza del diritto: e fu questa la conquista, sia pur limitata, che rappresentò la legge delle XII Tavole.*"[156]

Assim sendo, entre dois marcos tão claramente identificáveis, quais sejam, um sistema primevo, caracterizado pelas provas exclusivamente fundadas em elementos sobrenaturais, e, em um segundo momento, a partir do qual já é possível a identificação de um sistema de provas marcadas, de forma preponderante, porém não exclusiva, pela introdução de elementos mais racionais, deve ter havido a adoção e aplicação de modelos probatórios intermediários, que tiveram lugar nessa fase de transição no longo processo de desenvolvimento da experiência jurídica romana.

---

[155] Vide as considerações de José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história - lições introdutórias*, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 45.

6.2.1. Testemunho

A partir dos elementos que chegaram até os nossos dias, elaborados por meio das reconstruções que foram efetuadas do texto da Lei das XII Tábuas [157], recolhem-se menções ao tema da prova, em especial, da prova testemunhal.

Tradicionalmente, a celebração de contratos e demais atos jurídicos solenes era, no antigo direito quiritário, realizada com o suporte oral. O atendimento a rígidos esquemas formais pré-estabelecidos representava condição de validade para inúmeras categorias de direito material.

A "*mancipatio*", um dos modos de transmissão da propriedade, negócio solene, por excelência, não prescindia, nas suas remotas origens, do formalismo[158], mediante o qual, o ato era realizado diante de cinco testemunhas – "*classici testes*" – e de uma sexta pessoa – o "*libripens*" – que portava a balança, segundo C. Maynz [159].

A própria atuação processual das partes, que não escapava do formalismo procedimental, vinculava-se a necessidade da manifestação oral.

No processo civil, ao tempo das "*legis actiones*", desde o ato de chamamento em juízo, a "*in ius vocatio*", tudo se desenrolava oralmente.

---

[156] Giuseppe Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª edição, Torino: Giappichelli, 1965, p. 98.

[157] Seguiremos, neste ponto, o conteúdo da Lei das XII Tábuas oferecido por Silvio Meira, incluindo a tradução em vernáculo por ele efetuada, baseado na versão textual de J. Godefroy. Cf. Silvio A. B. Meira, *A lei das XII Tábuas – fonte do direito público e privado*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 147-152, para o texto em latim, e pp.167-175, para a tradução.

[158] Chegaram até nossos dias, por meio do relato de Gaio, as palavras rituais para utilizadas na celebração do referido negócio jurídico: "*A mancipação é, como dissemos acima, uma venda imaginária; é instituição própria aos cidadãos romanos. Realiza-se assim: na presença de pelo menos cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes, acompanhados de outra testemunha, também cidadão romano e que empunha a balança de bronze, chamado libripende, aquele que recebe em mancipio, tomando o metal, diz:" Eu, digo ser este homem meu pelo direito dos quirites, e que tal seja me vendido a mim por meio deste bronze e desta balança de bronze". Em seguida, toca a balança coma barra de bronze, dando esta barra como preço à pessoa de quem recebe em mancipação.*". Cf. "Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino", in: Alexandre Correia e G. Sciascia, *Manual de direito romano* (em cooperação com Alexandre Augusto de Castro Correia), São Paulo: Saraiva, 1955, pp..48-51

[159] Charles Maynz, *Cours de droit romain*, tomo I, 5ª edição, Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cie, 1891, p. 702-703.

O seu momento de maior solenidade perante o pretor, o da "*litis contestatio*", a manifestação oral dos litigantes ocorria diante de testemunhas, elemento essencial para sua celebração[160].

O testemunho, tido como cânone inviolável, era instituto fundante do processo, pois "*a palavra precisa, exata, enquadrada dentro do pleito, do contrato ou da fixação da verdade era tudo...*"[161]

Natural, portanto, que a importância da palavra falada valorizasse o testemunho, uma de suas mais evidentes e solenes manifestações, como meio de prova por excelência nos períodos mais remotos.

Conforme observa Moacyr Amaral Santos,

> "*apesar da Lei das XII Tábuas apenas acidentalmente aludir à matéria probatória, concluir-se, se medo de errar, que em Roma, predominava, então, sem contraste, a prova testemunhal*"[162].

---

[160] José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 57.
[161] Jayme de Altavila, *A testemunha na história e no direito*, São Paulo: Melhoramentos,1967, p. 56
[162] Moacyr Amaral Santos, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. III, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1953, pp. 14-17.

6.2.2. *"In ius vocatio"*

A Lei das XII Tábuas cuidou, logo na Tábua primeira (1,2), ao regular o chamamento a juízo, de estabelecer que, na hipótese de a parte ter sido chamada em juízo, porém não ter comparecido, era lícito àquele que o tinha citado prender o demandado recalcitrante. Porém, estabelecia a seguir (1,3) que para efetuar a prisão, o demandante deveria tomar testemunhas.

Azevedo, escorado na leitura de Plauto, entre outras fontes literárias, esclarece que a condução "*obtorto collo rapere in ius*", ou seja, agarrando o demandado que se esquivasse pelo pescoço – ou, como ressalva, "*pela gola da túnica*"- para levá-lo ao diante do pretor, deveria ser, necessariamente, presenciada por testemunhas.

A seguir, destaca que, embora entenda ser possível a convocação de quaisquer pessoas que estivessem presentes ao ato de recusa de comparecimento em juízo, em momento tão recuado na História, os laços de solidariedade primitiva entre os membros da mesma família estavam de tal modo fortificados e atuantes que, provavelmente, o demandante era, desde o início, acompanhado por membros de sua "*gens*", os quais, em juízo, serviriam de testemunhas, por assim dizer, "instrumentais"[163].

A relevância do testemunho pode ser aferida mediante a análise de um outro passo contido nas XII Tábuas (7,17): "*Si falsum testimonium dicaSit, saxo dejucitor*".

Trata-se da precipitação do condenado por falso testemunho da Rocha Tarpéia[164], podendo ser aplicado tanto para o testemunho judicial como o extrajudicial, ou, eventualmente, como pretende ver Vincenti, equiparado, analogicamente ao falso juramento, uma vez que, em época arcaica, a parte não testemunharia sem antes oferecer juramento, o qual, ao final, representava "*l'invocazione della testimonianza divina*"[165].

---

[163] Luiz Carlos de Azevedo. *O direito de ser citado*, São Paulo: Resenha, 1980, pp. 103-107.
[164] Marcello Finzi, *I reati di falso*, vol. I, Torino: Fratelli Bocca, 1908, p. 235.
[165] Umberto Vincenti, *"Duo Genera Sunt Testium"- Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989, p. 27.

Tratava-se da invocação, mediante formalidades, da própria divindade, "*pedindo-se-lhe o castigo para a hipótese de mentira*"[166].

O delito de falso era matéria regulada pelo "*ius*", severamente apenado, em contraposição com as matérias reguladas pelo "*fas*", primariamente ofensivas à religião, como era o caso do perjúrio, cuja violação representava uma violação à "*fides*". [167].

Entretanto, o referido tradicional princípio, ou seja, a vedação a qualquer comportamento contrário a "*fides*", não se restringia apenas à esfera religiosa, uma vez que, também no âmbito público, uma variedade ampla de condutas fundadas em tal violação, sob uma outra dimensão, no caso, a pública, eram, por igual, reprimidas.

Assim seriam os casos apontado por Conrado Finzi, como, por exemplo, os crimes de "*falsa*" ou de "*quasi-falsa*", um amplo conjunto de diferentes categorias criminosas, "*esta gran variedad dificulta la determinación de los elementos jurídicos que inegraban el 'crimen falsi'; en los casos más importantes y numerosos (falsedades monetárias, documentales, testamentárias), objeto de la lésion era la fe pública...*", de qualquer modo, conforme arremata o autor: "*el 'crimen falsi implicaba infamia*"[168] .

---

[166] Cf. Paulo Heber de Morais e João Batista Lopes, *Da prova Penal - teoria e prática*, Campinas: Julex, 1978, p. 12

[167] Cf. Luiz Regis Prado, *Falso testemunho e falsa perícia*, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 23-24.

[168] Conrado A. Finzi, *La estafa y otros fraudes*, Buenos Aires: De Palma, 1961, p. 16.

6.2.3. *“Obvagulatio”, “intestabilitas”* e *“infamia”*

Há a outra menção na Tábua segunda que se relaciona com a temática da prova testemunhal (2,2): “*Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum Ito*”.

Aquele que tivesse experimentado a recusa por parte de uma outra pessoa em atuar como testemunha sua, ficava autorizado a ir, por três dias, à porta de sua casa e ali mesmo lançaria, em altos brados, a temível *“obvagulatio”*.

Para a plena compreensão do instituto em questão é necessária a sua conjugação com outro passo encontrado na Tábua sétima (7,15): “*Qui se siriTestarier, libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisquEsto*” , ou seja, se, eventualmente, aquele que tivesse participado do ato da “*mancipatio”*, seja como testemunha, seja como “*libripens”*, se recusasse a oferecer seu testemunho, deveria ser considerado “*intestabilis”* e também receber uma sanção adicional: a de ser considerado infame.

Ambas situações estão relacionadas com o mesmo padrão comportamento: a recusa em oferecer testemunho.

Uma vez que a testemunha possui o dever de atuar com fidelidade, a sua recusa a classifica como sendo uma testemunha infiel. A partir deste comportamento decorrem as sanções especificadas.

A “*obvagulatio”* é um antigo procedimento, que, provavelmente, remonta a uma época arcaica de constituição da “*civitas”*, combinando elementos jurídicos e religiosos em sua aplicação.

Ela deveria ser aplicada àqueles que se recusassem oferecer o seu testemunho em juízo.

Procedia-se da seguinte forma: durante três dias[169], aquele a quem o testemunho tinha sido negado, deveria ir até a porta da casa da testemunha defeituosa. Durante três dias deveria lançar, aos gritos, provavelmente para que a comunidade não ignorasse a gravidade da situação que se descortinava, palavras injuriosas contra aquele que se recusava a testemunhar. No terceiro dia, a "*obvagulatio*" produzia toda a sua eficácia: a testemunha infiel era considerada "*intestabilis*", ou seja, incapaz de produzir ou, o que era bem mais grave, receber testemunho[170].

É difícil estabelecer o conteúdo das "*obvagulationes*". As palavras poderiam conter uma séria admoestação, sob a forma de uma "ordem de comparecimento", o que parece plausível, uma vez que o interesse principal é o do comparecimento da testemunha em juízo. Porém, há um conteúdo sancionatório implícito que não deveria deixar de ser apregoado: caso a testemunha insistisse em não comparecer, a "*obvagulatio*" seria novamente lançada no dia seguinte diante da sua porta, em público. Se, porventura, a testemunha infiel persistisse na sua recusa, após o terceiro dia de novas "*obvagulationes*", tornar-se-ia, de pleno direito, "*intestabilis*".

A pena era muito severa e preocupante, vez que o imobilizaria quase que completamente para o trânsito negocial formal, pois já que não poderia nem oferecer nem receber qualquer espécie testemunho, não poderia, por conseqüência, nem adquirir nem alienar quaisquer bens, ou seja, realizar os negócios do dia-a-dia, como, por exemplo, o caso da "*mancipatio*".

Outros negócios jurídicos que dependessem de testemunho – e eram muitos no cotidiano romano – por igual, ser-lhe-iam proibidos. As fontes silenciam acerca da eventual possibilidade de purgação da pena pelo comparecimento ainda que atrasado, porém é de se supor que fosse possível.

---

[169] Não há como precisar o sentido da expressão "*tertiis diebus*", podendo significar a cada três dias, ou o terceiro dia, porém como defende Vincenti, muito provavelmente devia se referir a três dias consecutivos, sendo que o *dies a quo* deveria ser o da denegação do oferecimento do testemunho. Cf. Umberto Vincenti, *"Duo Genera Sunt Testium"- Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989, p. 23.

[170] Cf. V. César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, 2º volume, São Paulo: Bushatsky, 1957, p. 473.

O outro passo citado, que menciona especificamente a hipótese da recusa em oferecer testemunho após ter participado do negócio jurídico de transmissão de propriedade, um "*gestum per aes et libram*", tanto na condição de testemunha, como na de "*libripens*", conforme acima apontado, obedece a aplicação de similar sanção que a hipótese anterior, qual seja, a de tornar-se "*intestabilis*".

As sérias repercussões que afetariam o âmbito negocial já foram acima apontadas, porém, neste caso, agravar-se-ia ainda mais a sua situação uma vez que a pessoa passaria a receber a pena da infâmia.

Praticamente equiparada a uma morte civil, a infâmia contaminaria também, ainda que indiretamente, a família.

Evidencia-se, portanto, a relevância que a sociedade arcaica emprestava ao testemunho.

A negativa no seu oferecimento, numa dimensão social, rompia definitivamente com os vínculos de solidariedade que deveriam estar presentes nos primórdios da "*civitas*" e precisava ser evitada.

Não se pode negar que a "*obvagulatio*" remonte suas origens aos procedimentos sacramentais de um período primitivo da "*civitas*".

Por tal razão, Burdese preferiu defini-la como sendo a possibilidade de aplicação de sanções de natureza mágica, previstas para o caso de recusa de testemunho processual, "*consistente nel legittimare l'interessato a fare esorcismi a giorni alterni dinanzi alla porta del reo...*" [171]

Na mesma linha interpretativa, é possível relacionar a prática da "*obvagulatio*" com práticas mágico-religiosas consistentes na invocação de maldições e apenamentos sobrenaturais contra a testemunha que se negasse ao comparecimento em juízo.

---

[171] Alberto Burdese, *Manuale de diritto pubblico romano*, 2ª edição, Torino: UTET, 1982, p. 234.

A mentalidade romana, de fato, ligava-se, em variados graus, a práticas místicas que poderiam permitir tal interpretação, fazendo com que maldições e exorcismos fossem usuais nos períodos mais recuados[172].

Arangio-Ruiz preferiu classificar a "*obvagulatio*" como sendo um ato legitimado de prática de magia, em contraste com bom número de outros comportamentos tidos igualmente como mágicos, previstos nas XII Tábuas como atos de feitiçaria, como, por exemplo, "*malum carmen incantare*", ou seja, invocar a morte de alguém mediante a invocação de cânticos ou encantos, muitos dos quais eram severamente punidos, até mesmo com pena capital.

No caso da "*obvagulatio*", o autor prefere classificá-la como sendo uma pena, aplicável aos cidadãos que haviam presenciado a "*litis contestatio*", ao serem convocados para oferecer a sua recordação acerca dos seus termos, recusavam o testemunho "*apud iudicem*".

Assim, era permitido que fossem invocadas na porta da testemunha reticente, a cada três dias, em altas vozes, fórmulas de vingança consagradas aos deuses infernais [173].

Umberto Vicenti, analisando o tema, adota uma visão ampliativa para as hipóteses de aplicação da "*obvagulatio*", de modo a conferir para o testemunho um sentido "*lato*", abrangendo tanto uma atuação judicial, como extrajudicial.

Para ele, a recusa de oferecer testemunho poderia compreender diversas situações, como é o caso, por exemplo,

> **a)** da testemunha que não comparecesse em juízo ao ser convocada ou mesmo comparecendo, se recusasse a depor; ou,

---

[172] Umberto Vincenti, *"Duo Genera Sunt Testium"- Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989, p. 22

[173] Vicenzo Arangio–Ruiz. *Storia del diritto romano*, 7ª edição, Napoli: Jovene, 1981, p.75.

b) da testemunha que não houvesse participado, fora do juízo, das atividades necessárias ao aperfeiçoamento de determinados atos ou negócios jurídicos, como é o caso da *"confarreatio"*, da in *"ius vocatio"*, da própria *"litis contestatio"* etc; ou ainda,

c) da testemunha, sempre fora do juízo, que se negasse ao comparecimento aos atos e negócios jurídicos, como os acima citados, para os quais era necessária a participação na condição de terceiros.

Vicenti não descarta a possibilidade de que também nos atos per *"aes et libram"*, deveria ocorrer a necessidade da utilização complementar da *"obvagulatio"*, como forma de oferecer publicidade às sanções cominadas de *"infâmia"* e *"intestabilitas"*, fazendo com que terceiros tivessem notícia da aplicação do preceito [174].

É razoável supor-se que a *"obvagulatio"* tenha, progressivamente, assumido uma função de veículo informativo aos demais membros da comunidade, a respeito das restrições e sanções aplicadas aos demais cidadãos, até mesmo porque não haveria outra forma de oferecer-se publicização das referidas cominações.

Porém, as fontes silenciam acerca de proclamações públicas realizadas sob a forma de *"obvagulationes"*.

---

[174] Umberto Vincenti, *"Duo Genera Sunt Testium"- Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989, pp. 17-26.

6.2.4. Juramento e Confissão

O juramento, que desde os mais remotos tempos, representava a invocação do testemunho da divindade em favor daquele que jurava, "*Testis mihi Deus est*", tornar-se-á de grande relevância para o direito romano, vindo a se transformar, em razão dos dogmas canônicos, pedra angular do procedimento probatório no direito medieval.

Trata-se da confirmação solene de uma declaração, como informa Bertolini, mediante a invocação da divindade, seja de forma direta ou indireta, expressa ou subentendida, esclarecendo que, nos primeiros séculos da história romana, a mentalidade primitiva escorava-se, entre outros, no conceito da "*fides*"[175].

O juramento potencializava tal construção, no sentido de representar "*invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alega*" [176].

A palavra latina "*iusiurandum*", no sentido de juramento, possui etimologia controvertida na doutrina. Firmemente ligada ao radical "*ius*", no sentido de direito, pode ter sido concebida para representar uma situação fática, ou seja, uma vez ocorrido o juramento, assumia-se um valor equiparado ao de um direito e deveria, por tal razão, ser rigorosamente observado.

É uma hipótese, assim como aquela apontada por Bertolini, segundo a qual o vocábulo derivaria da contração de "*Jovis iurandum*".

Por igual, costuma o "*iusiurandum*" encontrar sinonímia em "*iuramentum*", algumas vezes guardando o primeiro vocábulo o sentido de um juramento realizado em juízo e o segundo vocábulo ("*iuramentum*"), um juramento realizado extrajudicialmente. A diferença apontada, entretanto, não é precisa, pois se colhem aplicações e conteúdos variados entre os jurisconsultos.

---

[175] Cesare Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino: s/e, 1886, edizione anastatica, Roma: "L'erma" di Bretschneider, 1967, p. 3.
[176] Moacyr Amaral Santos, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 30.

Por outro lado, há também a sinonímia entre "*iusiurandum*" e "*sacramentum*"[177]. O juramento promissório diz respeito ao futuro e se relaciona com o adimplemento contratual e também obrigacional, resguardando a execução. Assume, pois, um traço de garantia. O juramento assertório consubstancia-se na declaração positiva ou negativa acerca da existência de um dado acontecimento, presente ou passado.

Logo, assume o viés probatório, podendo ser efetuado tanto acerca de matéria litigiosa, como não litigiosa. No campo litigioso, algumas vezes, quando prestado por uma das partes, poderia decidir a lide, ou seja, juramento "*litis decisório*". Podendo ainda ser prestado por imposição do juiz ("*suppletorio*"). Há também o juramento de calúnia, visando à inibir a incoação de juízos escorados em comportamento de má fé. Como diz Cordopatri, "*con il 'iusiurandum calumniae', lo attore assume formale impegno di 'non vexandi adversarii gratia actionem instituere' o di 'non calumniae causa agere'. Analogamente, il convenuto, si impegna.... di 'non calumniae causa infitias ire'*"[178].Outro sentido possuia o juramento estimatório, que servia para o oferecimento de uma estimativa de prejuízo ou dano sofrido[179].

Porém, a rigor, o nome mais adequado, tecnicamente, para juramento no direito romano parece sempre ter sido "*iusiurandum*", uma vez que "*Sacramentum*", conforme já apontamos anteriormente, nas suas remotas origens era um tipo especial de cerimônia, a chamada "*Sacramentum militare*", ou seja, o ato pelo qual o soldado, formalmente, se ligava ao general, jurando-lhe fidelidade e obediência no momento do enfrentamento da guerra. Provavelmente, também acabou sendo adotado no idioma o nome da cerimônia, "*Sacramentum*", no sentido genérico de juramento [180]. Alias, entre os romanos, raras eram as cerimônias públicas e privadas, que não contivessem a convocação do testemunho da divindade, como forma de juramento.

De qualquer modo, é necessário destacar que a palavra juramento possui conteúdo polissêmico na experiência romana.

---

[177] Cesare Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino: s/e, 1886, edizione anastatica, Roma: "L'erma" di Bretschneider, 1967, pp. 27-29.
[178] Francesco Cordopatri, *L'abuso del processo, vol. I, Presuposti Storici*, Padova: Cedam, 2000, p. 95
[179] Cesare Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino: s/e, 1886, edizione anastatica, Roma: "L'erma" di Bretschneider, 1967, pp. 40-42.
[180] Pierre Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949, pp. 277-278.

A "*civitas*" primitiva, um agrupamento reduzido e fechado, ao que parece, valorizava, de forma evidente, o seu nome e reputação, preservando, conseqüentemente não apenas a própria honra como a de sua "*gens*". É recorrente o relato das fontes literárias acerca da abjuração à infâmia entre os romanos até mesmo ao longo da idade republicana.

A dimensão da honra intocada permeava tanto as relações privadas, no âmbito doméstico, como aquelas no âmbito público.

O juramento liga-se, portanto, a tal concepção, assumindo grande importância não apenas a palavra empenhada, como a confirmação, pela divindade, da honradez.

Há também uma concepção primitiva acerca da onipresença e perfeição dos deuses, que não deveriam, sob nenhum pretexto, serem desrespeitados, sob pena de caracterizar uma grave ofensa, eventualmente passível de expiação.

Um ato individual de perjúrio poderia, até mesmo, comprometer o precário equilíbrio entre as forças místicas supostamente reguladoras dos destinos da "*civitas*" primitiva.

Entre os institutos probatórios típicos do mundo antigo, o juramento parece bem representar um dos que mais alongada permanência ofereceram para o direito romano, com recorrentes manifestações ao longo da História do Direito, ainda que sua longevidade, no que diz respeito ao direito romano e em outros sistemas tenha sido fortemente estimulada pelo temor religioso, intencionalmente incutido e cultivado, em uma massa popular notadamente supersticiosa e temerosa, conforme o relato supra citado de Polibio [181].Nas XII Tábuas infere-se, indiretamente, a presença do juramento como meio de prova. Gaio, em suas Institutas (4.14) ao traçar um panorama da "*Legis Actio per Sacramentum*" informa que o procedimento de ser exigido um "*Sacramentum*" de cinqüenta ou quinhentos asses já se encontrava previsto na Lei das XII Tábuas[182].

---

[181] Cesare Bertolini, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino: s/e, 1886, edizione anastática, Roma: "L'erma" di Bretschneider, 1967, p. 17.

[182] Jobbé-Duval afirma que "*Sacramentum*", nesse contexto, seria a soma depositada por cada um dos litigantes nas mãos dos representantes da cidade. Emile Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure*

Uma vez que o oferecimento do "*Sacramentum"* era precedido de uma solene afirmação de seu direito, mediante juramento[183], infere-se, indiretamente, que a Lei das XII Tábuas deveria ter contemplado normas sobre o juramento, ao tratar da "*Legis Actio per Sacramentum"*. Já a Tábua terceira (3,4) traz uma menção à confissão, estabelecendo o prazo de trinta dias para aquele que tivesse confessado a dívida perante o pretor ou fosse condenado efetuasse o pagamento: "*Aeris confeSi rebusque iure iudicatis, XXX dies iusti sunto*". Aulo Gellio esclarece que a antiga denominação "*dies iusti*" se relaciona com "*iustitium"*, ou seja, um interstício concedido a fim de que a quantia devida pudesse ser obtida e paga, durante o qual nada poderia ser legalmente reclamado [184].

A equiparação entre a condenação e o resultado da confissão perante o magistrado, fazendo valer o brocardo "*confessus pro iudicato habetur*", é expressa no texto da lei.

Ambos casos receberiam idêntico tratamento: a concessão do prazo para pagamento ou a liberação dos severos efeitos da "*manus iniectio"*. Após a divisão da instância, a admissão de um fato perante o "*iudex*" não receberia o valor absoluto daquela perante o magistrado, ensejando livre apreciação[185]. Portanto, a confissão poderia se operar perante o magistrado, a "*confessio in iure*". Acarretava, desta forma, ao confesso situação análoga à de "*iudicatus*"[186]. Neste caso, como ensina Moacyr Lobo da Costa, valia "*como título para ter lugar a execução contra o réu*". Entretanto, se a confissão fosse realizada diante do juiz privado, os resultados seriam diferentes:

> "*tal confissão não impedia o "judex" de proferir a sentença, cumprindo-lhe, somente, tomar em consideração o fato confessado como elemento de prova favorável ao autor*"[187]

---

civile chez les romains, tome premier – La procédure par le pari (agere per sponsionem), Paris: Arthur Rousseau, 1896, p. 13.

[183] Cf. Geraldo de Ulhoa Cintra, *De actione sacramento*, São Paulo, tese, 1960, p. 239.

[184] Aulo Gellio, *Noct Att*., 20.1, cf. *Noches Áticas, - capítulos jurídicos*, tradução Francisco Navarro y Calvo, Buenos Aires: EJEA, 1959, p.230.

[185] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p.262. Segundo Bernard Segarra, "*tambien puede utilizarse como instrumento de prueba en un proceso la confesión extrajudicial...*". Cf. Lucía Bernard Segarra, "Sobre el valor de la ""*confessio in iure certae pecuniae*"....", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 91

[186] Cf. Humberto Cuenca, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires: EJEA, 1957, p. 103.

[187] Moacyr Lobo da Costa, *Confissão e reconhecimento jurídico do pedido*, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 2.

6.2.5. Documentos, especialistas e inspeção

Os atos escritos, nos períodos mais antigos, possuíam um papel menor, secundário, dentre os meios de prova existentes, em razão da reduzida aplicação cotidiana da escrita. Havia as formas primitivas de "*testatio*", ou seja, o conteúdo de um testemunho reduzido a escrito que seria guardado para ser utilizado no futuro, logo, com natureza de prova pré-constituída, muito mais ligada ao conteúdo de um testemunho que a uma prova autenticamente documental, embora sob a forma escrita.

Broggini cogita ainda a respeito de uma arcaica "*litis contestatio*", eventualmente consubstanciada sob a forma de documento escrito.

Mais precisamente, o autor observa que em decorrência de ações de divisão e delimitação de terrenos, dois meios de prova especiais poderiam ter surgido em época antiga, a inspeção judicial e a prova por especialistas ("*expert*").

A segunda categoria poderia compreender os "*agrimensori*". Porém, como não há exatamente uma separação entre testemunha e especialista, Broggini acaba por qualificá-lo, no período arcaico, como uma "*testemunha qualificada*"[188].

Para a inspeção judicial, um passo de Ulpiano no Digesto, 10.8, traz um subsídio interessante ao analisar como deveria se proceder, em juízo, em caso de alteração de limites de propriedades em decorrência do transbordamento de um rio. Nesse caso, para a determinação dos marcos limítrofes das propriedades o juiz se serviria de um agrimensor: "*terminosque per menorem declarari iubet*".

Mas o mesmo passo indica que é justo ao juiz enviar agrimensores para resolver a disputa demarcatória, porém, caso necessário, deveria agir inspecionando o local com seus prórios olhos, "*si ita res exigit, oculisque suis subiectis locis*" (*D. 10.8.1, Ulpiano, Opiniones libro VI*).

---

[188] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 267-269.

A questão que se coloca em objeção à contemporização em época arcaica feita por Broggini para o referido meio de prova seria a da ausência de determinação expressa de datação, de modo a comprovar uma tão longeva anterioridade para a inspeção, uma vez que o citado passo de Ulpiano não reporta, com precisão, qual a exata cronologia.

A inspeção, entretanto, deve, como bem intuiu Broggini, se remontar aos momentos mais recuados na história romana, uma vez que conflitos demarcatórios constituem prática recorrente nas sociedades de exploração agrária, como foi o caso de Roma, desde há muito voltada para o campo.

Um exemplo da necessidade da presença de especialistas pode ser inferido, indiretamente, por meio do relato de Gaio (Instituas. 4.42). Ao descrever, sinteticamente as principais partes da fórmula, no caso a "*adiudicatio*", o autor informa que tal dispositivo formular permitia que o juiz atribuísse, adjudicando, a parte da coisa obtida nos casos de ação de divisão de coisa comum – "*actio communi dividundo*"-, nos casos de atribuição de bens em partilha entre co-herdeiros – "*actio familiae erciscundae*" e também nos referidos casos de demarcação – "*actio finium regundorum*".

Difícil imaginar que em período formular todos os juizes dispusessem de conhecimentos técnicos suficientes para, por si, empreenderem divisões de glebas ou demarcações. Tal parece ter sido a sistemática processual vigente ao tempo da "*actio per iudicis potulatio*".

Entretanto, essa ação, teria sido introduzida pelas XII Tábuas, conforme Gaio (Institutas, *4.17a*), e segundo o texto gaiano, para os casos de divisão, partilha ou demarcação, o pretor designaria um "*arbiter*", que seria incumbido de definir a causa, em provimento de natureza constitutiva[189]. Porém, aqui a questão merece um tratamento particularizado.

A referida ação, de fato, estabelecia um regramento para a apuração de elementos fáticos em juízo, porém, é de se destacar, que incumbiria ao próprio julgador, e não terceiros, a determinação da demanda com base no resultado da dilação probatória por ele mesmo realizada.

6.3 Laicização do sistema probatório

Broggini entende que após o período do monopólio da prova mística, no qual prova e decisão da causa se encontravam ligadas de forma indissociável, uma sucessiva forma de julgamento, lastreada em precedentes será desenvolvida e conservada, sendo os pontífices encarregados de sua manutenção.

Essa forma de julgar acabará emprestando maior racionalidade para o processo, se afastando, progressivamente, do substrato místico que, até então, era a diretriz interpretativa dominante[190].

Porém, importante ressaltar, conforme faz Cruz e Tucci, com entendimento também lastreado na opinião de Orestano, o fato de que, embora relevantes e formadores de um sistema referencial, os precedentes colecionados pela jurisprudência pontifical não possuíam, como equivocadamente poderia se supor, neste tempo, uma força vinculante[191], porém já forneciam diretrizes interpretativas acerca do direito aplicável ao caso.

A partir desse ponto, conforme observa Broggini, os domínios do juízo acerca do fato e o juízo acerca do direito tenderão a se isolar conceitualmente.

O magistrado sentenciante, em um primeiro momento, na formação de sua convicção, realizará uma atividade intelectual que contará com subsídios provenientes de duas fontes distintas para o "*ius*" e para o "*factum*".

De um lado, para os temas de direito, os "*prudens*" e os membros de seu "*consilium*", e, para os temas de fato, testemunhas.

---

[189] José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 67.

[190] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 253-256.

[191] José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004, pp.34-35 e, em especial, nota nº 4.

Apenas a partir deste marco, o autor concebe possível a bipartição das instâncias de julgamento, sendo, desde então, encarregado um membro da comunidade, no início, alguém da confiança do magistrado ou, posteriormente, alguém da confiança das partes, de analisar, na segunda fase, perante o "*iudex*", as questões de fato, ou seja, os problemas relacionados com a matéria respeitante, de forma mais concentrada, aos fatos.

Entretanto, a partir da progressiva complexidade das causas, acredita-se que a qualificação jurídica dos fatos tenha imposto ao "*iudex*", na fase "*apud iudicem*", a incumbência das atividades da interpretação ds regras de direito. Porém, é também de se conceber que as atividades de apreciação da prova pelo "*iudex*" ainda não ocorram de forma plena e intensa, com base em elementos estritamente racionais, fazendo com que aspectos formais acabem por determinar o conteúdo valorativo da prova.

O exemplo utilizado pelo autor seria o do peso exercido na formação da convicção do "*iudex*" quando, por exemplo, as testemunhas desfrutassem de evidente respeitabilidade social no confronto com outras, ou mesmo, no caso do testemunho unilateral.

Não haveria, provavelmente, um aprofundamento acerca da matéria posta em juízo com base no conteúdo da prova, bastando, portanto, para a decisão fatores externos ao conteúdo da prova, cujo resultado seria por eles influenciado, ou até mesmo, determinado, em mera apreciação formal e não substancial. Outro exemplo seria o testemunho de cinco pessoas afirmando estarem presentes ao negócio "*per aes et libram*". O juiz estaria vinculado, devendo confirmar a "*mancipatio*".

O formalismo, no exemplo citado, atuante no plano do direito material, ainda exerceria influência na determinação da valoração da prova[192].

Destarte, constata-se que o sistema de provas primitivo, lastreado em elementos místicos, como é o caso dos juramentos, dos ordálios variados, dos sacrifícios, que encontravam plena acolhida em uma "*civitas*" de mentalidade primitiva, supersticiosa e religiosa, passará a incorporar, progressivamente, elementos portadores de maior racionalidade para o julgamento, demonstrando amadurecimento institucional.

---

[192] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 252-262.

A Lei das XII Tábuas ao tratar de temas como a confissão e testemunho indica a paulatina incorporação da matriz racional na seara da prova, em substituição à anterior matriz sobrenatural.

A laicização do direito acabará por repercutir no âmbito da prova, fazendo com que os elementos de fundo ordálico, de forma crescente, acabassem por ser sobrepujados por instrumentos dotados de maior racionalidade, *v.g.*, a prova testemunhal.

Os litigantes passariam, cada vez mais, a tentar influenciar o resultado do julgamento com base em seus argumentos[193], distanciando-se do plano do sagrado que outrora também havia regrado, por muito tempo, o trânsito jurídico na "*civitas*" primitiva. Curioso verificar que nos domínios das provas sobrenaturais não há que se falar em determinação de eventuais regras acerca de "*onus probandi*".

O juramento bilateral da antiga "*Sacramentum*" é prestado por ambos litigantes. Broggini afirma que a partir da mitigação da sistemática da prova religiosa, cada parte passaria a receber o encargo de provar suas alegações, ressalvando, assim, que autênticas regras acerca da distribuição do ônus da prova, marcadas pelo tecnicismo e racionalidade, ainda que insinuadas ou delineadas nos períodos anteriores, como é o que estamos analisando, apenas encontrarão amadurecimento e lugar com a atividade judicante dos magistrados "juristas"[194].

Buzaid retroage até o período formular do antigo processo romano para passar a analisar o tema do ônus da prova, e, ao constatar a escassez das fontes em períodos mais remotos, afirma que o direito romano,

> "*fundara seu sistema no princípio do livre convencimento judicial, cabendo às partes tanto formular as suas afirmações quanto subministrar as provas tendentes a justificá-las*"[195].

---

[193] Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960, p. 214.

6.4. Período Republicano e o "*Ordo iudiciorum privatorum*"

É tradicional a divisão dicotômica dos grandes sistemas processuais romanos. De um lado, o "*ordo iudiciorum privatorum*", de outro, a "*extraordinaria cognitio*" ou, também denominada, "*cognitio extra ordinem*" [196].

A ordem dos juízos privados, o "*ordo iudiciorum privatorum*", como primeiro grande sistema processual romano, compreendeu duas subdivisões.

A primeira delas foi o denominado período das "*legis actiones*", as ações da lei, as mais antigas modalidades processuais que remontavam aos tempos históricos, desde a fundação de Roma, talvez antes, ultrapassaram o século VI, com o advento da República, para, apenas no século I a.C., serem extintas, sob a coroa de Augusto, no Império.

A segunda subdivisão foi o sistema processual "*per formulas*", ou formular. Tendo surgido por volta do século III a.C., foi, oficialmente, introduzido no último quartel do período republicano, entre 149-126 a.C., e acabou por se estender pela primeira metade do período imperial, para, apenas ao tempo do dominato, com Diocleciano, na passagem do século III para o IV d.C., encontrar seu desaparecimento, quando a "*cognitio extra ordinem*", instituída, progressivamente, desde o principado, já havia se tornado a única realidade processual vigente[197].

O relato gaiano contido em Institutas, 4.12 informa a existência de cinco principais modalidades de ações da lei. Com exclusão da "*manus inectio*" e da "*pignoris capio*", que, modernamente poderiam se relacionar com os instrumentos para a satisfação de pretensões executivas, as demais ações, "*Sacramentum*", "*iudicis postulatio*" e "*conditio*" poderiam ser entendidas como formas processuais de obtenção de um pronunciamento judicial de natureza condenatória.

---

[194] Gerardo Broggini, "La preuve dans l'ancien droit romain", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l 'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquite*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp.270-276.

[195] Alfredo Buzaid, "Do ônus da prova", *in: Revista de Direito Processual Civil*, 4º volume, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 8.

[196] V., para a identificação dos sistemas, Silvio A. B. Meira, *Noções gerais de processo civil romano*, Roma: Tripi & Di Maria, 1963, p.5. Vide ainda, do mesmo autor, a edição brasileira da supra referida obra. Cf. *Processo civil romano*, 2ª edição, Belém: Gráfica Falangola, s.d., p. 11.

Em tais modelos processuais, portanto, encontrar-se-á lugar para a atividade probatória. Ocorre que, a "*Sacramentum*" era, na verdade, a ação geral, razão pela qual, o seu procedimento padrão, tanto na modalidade "*in rem*", como na "*in personam"*, poderá servir de paradigma para a observação da atividade instrutória, no viés procedimental.

As "*legis actiones"* eram, como é notório, marcadas por sua escassez e extremado formalismo ritualístico, já que ligadas, na sua gênese remota, conforme exaustivamente visto acima, às antigas praticas religiosas romanas. Tiveram elas ampla aplicação em Roma até meados do século II a. C e, de forma mais limitada, restrita a temas específicos, até o final da república.

Em razão de seu exacerbado ritualismo, fonte de grandes iniqüidades para aqueles que, não conseguindo seguir, de forma precisa, as complexas palavras e gestos sacramentais previstos para cada tipo de ação, viessem a cometer o menor deslize, o sistema lhes reservava uma severa sanção: acabavam por perder, definitivamente, o seu direito em juízo. Por tais circunstâncias, foram elas reputadas "*odiosas*" e, posteriormente, abolidas, como ilustra Gaio:

> "*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eos res perducta est, ut vel qui minimum erraset litem perderet*".[198]

Porém, embora não mencionado por Gaio, na base do desaparecimento das antigas ações da lei está um fenômeno econômico de singular relevância e maior abrangência que o mero repúdio dos jurisdicionados ao formalismo procedimental.

A progressiva penetração do sistema formular, que irá funcionar concomitantemente às ações da lei, até o ponto de suplantá-las por completo, irá ocorrer num momento de profundas transformações estruturais na sociedade romana.

---

[197] Para a datação, v., por todos, Cruz e Tucci e Azevedo, cf. José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 39.

[198] Gaio, *Institutas*, 4.30: "*Mas todas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perder a causa*".. Cf. Alexandre Correia, Gaetano Sciascia e Alexandre Augusto de Castro Correia, *Manual de Direito Romano - Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, vol II, São Paulo: Saraiva, 1955, p.235.

Trata-se da definitiva conquista da bacia do Mediterrâneo, com as duas Guerras Púnicas. A supremacia obtida por meio da subjugação das áreas de influência de Cartago, implicou a solidificação de uma posição de prevalência no contexto econômico da antiguidade em favor exclusivo de Roma. Com a conquista e monopolização das rotas comerciais outrora manejadas pelos púnicos em articulação com os seus aliados, Roma irá receber um impressionante afluxo de riquezas jamais experimentado.

Uma nova realidade econômica, com um tráfego comercial crescente, dado o ambiente seguro, irá demandar novas formas de regulação econômica e, principalmente, novas formas de composição de litígios decorrentes, da ampliação não apenas das referidas atividades comerciais, porém, do novo cenário econômico que se implantava em Roma e, progressivamente, nas províncias[199].

O aparecimento do segundo subsistema processual, sempre dentro do "*ordo*" o "*per formulas*", encontra, quanto à sua origem, explicação mais consistente se encarado sob a luz das transformações econômicas, que irão ter um desdobramento futuro inexorável.

As profundas mudanças sociais que irão se implantar a partir das conflagrações púnicas irão constituir o terreno fértil para a aceleração do desgaste das estruturas republicanas e a convergência de interesses e circunstâncias ensejadoras das articulações políticas que irão propiciar a concentração do poder militar, já esboçada ao tempo do primeiro triunvirato, delineada com César e consolidada com Augusto.

O Império Romano, diz Rostovtzeff, tal qual pode ser observado ao tempo de Augusto, será o resultado de um período confuso de Guerras Civis, ao longo de mais de oitenta anos, entremeado por curtos períodos de paz. As Guerras Civis, por sua vez, vão encontrar antecedentes na posição de predominância atingida por Roma entre o III e II a. C. e "*por outro, el desarollo paulatino de los antagonismos sociales....*" [200].

---

[199] Este ponto foi captado, com precisão, por Cruz e Tucci e Azevedo, Cf. José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 76.

[200] M. Rostovtzeff, *Historia social y econômica del imperio romano*, Tomo I, tradução L. Lopes-Ballestreros, Madrid: Espasa-Calpe, 1937, p.31.

Uma certa "*lex Aebutia*", imprecisamente datada por volta ou de 149 a. C ou 126 a.C. teria introduzido o novo sistema processual, o "*per formulas*", afastando-se, em grandes linhas, do rígido formalismo presente no sistema das ações da lei, que acabariam por cair em desuso, principalmente, com a oficialização do sistema, em 17 a. C., coincidentemente, por ordem de Augusto, como parte das reformas processuais conduzidas pelo "*princeps*".

Entre outras novidades, como cediço, o novo sistema propiciava, em certa medida, uma progressiva maleabilidade na aplicação do direito para além das restritas hipóteses contidas no tradicional "*ius civile*", na medida em que permita ao pretor, ao preparar a causa, defrontando-se com uma circunstância não prevista no ordenamento vigente, oferecer uma solução jurídica para o caso concreto, mediante a elaboração de uma formula [201].

Com o tempo, passaria ele a dar publicidade aos jurisdicionados, no início do período de sua magistratura, das situações jurídicas a serem por ele tuteladas, mediante a publicação de um "*Edito*". A ampliação dos poderes do pretor, que a partir do processo formular passa a desfrutar de maior liberdade de ação, em larga medida distanciando-se do vetusto "*ius quiritarium*", o mais antigo direito aplicável exclusivamente aos cidadãos romanos nos termos do rígido "*ius civile*", representa um verdadeiro salto qualitativo na atividade judiciária e na produção jurídica romanas.

Jacques Ellul chega a afirmar que a instauração desta nova forma processual e juntamente com a concessão de notáveis poderes aos pretores, como os meios complementares de tutela pretoriana, em especial os "*interdicta*", foi uma das transformações fundamentais que teriam dado ensejo, no futuro, às bases para a constituição do principado [202]. Conforme afirma M. C. Giordani:

---

[201] A afirmação, sem dúvida, é um reducionismo utilizado apenas para sinalizar por ora o que nos interessa, ou seja, que por obra dos pretores começará a ocorrer uma elasticidade na aplicação do direito. O fenômeno da formação do "*ius praetorium*" é sem dúvida bem mais amplo que a abordagem utilizada e se relaciona com o alargamento das atividades do pretor, em especial, a partir da criação do pretor urbano e do pretor peregrino. Vide, entre vários, para uma abordagem mais pontual, partindo da obra dos referidos pretores – urbano e peregrino – as considerações contidas na obra de Giuseppe Provera, *Introduzione al corso di istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 1983, pp. 86-96.

[202] Jacques Ellul, *Storia delle istituzioni - l'antichità*, trad. G. Ancarani e E. Nicolini, Milano: Murcia, 1981, p 251.

> *"os editos dos magistrados constituem uma nova e original fonte do direito.... Os editos dos magistrados foram criando um direito novo que, em oposição ao antigo direito civil ('ius civile'), recebeu o nome de 'ius honorarium' ou ainda 'ius praetorium; a primeira designação está relacionada com o fato de serem os criadores do novo direito pessoas que tinham honras ('honores'), Isto é, os magistrados, a segunda explica-se por serem considerados de maior importância os editos dos pretores".*[203]

O sistema "*per formulas*" perduraria até o tempo do imperador Diocleciano[204]. Ainda que marcados, como já asseverado, cada qual por suas especificidades, as duas subcategorias que compunham o "*ordo iudiciorum privatorum*" guardavam uma característica em comum: o processo previsto tanto nas "*legis actones*" como no "*per formulas*" se desenvolvia mediante um procedimento necessariamente bipartido, dividido em duas fases distintas, conduzidas, cada qual por um personagem diferente.

De acordo com a sistemática prevista pelo tradicional "*ordo iudiciorum privatorum*", o modo de se conduzir os julgamentos das causas cíveis estabelecia uma primeira fase, na qual atuava um magistrado oficial, um funcionário estatal, denominado pretor, que não decidia a causa, porém apenas preparava o julgamento, de acordo com o direito aplicável à espécie. Encerrada sua tarefa, remetia as partes para a segunda fase.

Incumbia a condução da segunda fase não mais a um magistrado oficial, porém a um juiz privado, um particular, um cidadão denominado "*iudex*".

O "*iudex*" era um cidadão romano, escolhido pelas partes ou sorteado. O seu julgamento era, ao tempo do "*Ordo*", irrecorrível, uma vez que proferido por um cidadão romano, autêntico e legítimo representante da vontade do "*popolus*" romano, razão pela qual falava-se em "*ordo iudiciorum privatorum*", ou seja, a ordem dos juízos marcada pela atuação dos particulares, dos juízes privados, a ordem dos juízos privados.

---

[203] Mario Curtis Giordani, *História de Roma*, 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 1972, p. 261. Para Maria Cristina da S. Carmignani, "*um sistema de ações, e não um sistema de direitos*". Cf. Maria Cristina da Silva Carmignani, *A origem romana da tutela antecipada*, São Paulo: LTR, 2001, p. 17.

[204] José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p.39.

Portanto, é exatamente este um dos característicos estruturais das ações da lei que se torna necessário enfatizar, ocorrido já na sua evolução processual mais amadurecida, tal qual nos foi reportado pelo texto gaiano, qual seja, o fato de que a condução da causa, nos primórdios conduzida diante de autoridade única, passou a ser empreendida em procedimento bipartido, por dois personagens distintos, em duas fases separadas.

Porém é necessário destacar que aquela autoridade estatal, o pretor, que cuidava da primeira fase da causa, no chamado procedimento em juízo, não o fazia até a sentença. A segunda e derradeira fase do procedimento seria conduzida como acima apontado, não por um magistrado oficial com conhecimentos jurídicos inerentes ao seu ofício, porém por um cidadão romano, o "*iudex*", que sentenciaria o feito.

Este cidadão estaria, nessa segunda fase procedimental, denominada "*apud iudicem*", incumbido ultimar a causa, e este é o ponto que mais nos interessa: a ele incumbiria todo o julgamento final do processo, mediante a instrução probatória da causa e a prolação de uma decisão, refletindo a sua opinião acerca da questão submetida, emitindo, portanto, uma "*sententia*", precedida, repetimos, das atividades instrutórias da causa, visando à demonstração dos fatos controvertidos da causa, mediante as "*probationes*".

Esta particular característica procedimental, que estará presente tanto nas "*Legis Actiones*" como no sistema formular, acabaria por fazer com que a bipartição fásica do procedimento, evidenciada pela atuação jurisdicional de dois personagens distintos, um técnico e um leigo, fosse uma das características mais marcantes do "*ordo*".

De um lado, no início da causa, a atuação do magistrado oficial, com conhecimentos jurídicos, a quem incumbia a organização formal da causa, excluía, na regularidade das causas, as atividades instrutória e decisória. Estas, como afirmado, encontravam-se compreendidas na esfera de atuação do "*iudex*", um cidadão privado, não necessariamente possuidor de conhecimentos técnico-jurídicos, sob cuja responsabilidade encontrava-se toda a apreciação, interpretação e valoração da atividade probatória desenvolvida pelas partes. A dilação probatória perante o pretor, embora menos freqüente, era possível de ocorrência em hipóteses excepcionais, como, por exemplo, nos casos dos interditos, que eram incoados e se realizavam diante da autoridade oficial e não do "*iudex*".

Tome-se, como exemplo, a "*Operis novi nunciatio*", na qual o demandante deveria fazer prova diante do pretor, entre outras, acerca do local da realização da obra, o detalhamento das atividades realizadas, quem era o titular de domínio do solo ou o possuidor, etc, "*estas circunstancias de hecho podian probarse por testigos, por documento y hasta por el reconoscimiento 'in situ' del magistrado*"[205]. Da mesma forma, Sparano, escorado em Marrone, aponta na "*actio ad exhibendum*" uma utilidade probatória, por exemplo, contra o devedor para a exibição do documento ou nos casos de litígio envolvendo argentário[206]. Como ação autônoma ou preparatória, o seu desenvolvimento dava-se diante do pretor.

Porém, é necessário enfatizar, conforme ressalva Gandolfi, a prova, que, nos "*interdicta*" incumbia ao autor, correspondia, especificamente, à atividade instrutória, pertinente ao tipo de tutela interdital pleiteada e era apreciada pelo pretor, pois, "*se mancano prove idonee....l'interdetto non viene pronunciato – 'deficit interdictum'*"[207]

A temática da prova deve, portanto, no contexto do "*ordo*", na generalidade dos casos, ser apreciada, de início, sob a luz de sua compartimentalização procedimental específica, apreciada por um personagem de formação não técnica, cujas preocupações com o dimensionamento processual da prova não eram, necessariamente, marcadas pelo viés do pensamento jurídico, pelo simples fato de que para a realização de suas atividades judicantes, não lhe era exigida a formação jurídica própria do magistrado oficial.

Os problemas para o exercício do "*munus*" de "*iudex*", no início do funcionamento do "*ordo*", não deveriam ser, de fato, tão expressivos. Porém, é de se supor que com o incremento do tráfego jurídico, decorrente da aceleração da vida econômica e a complexidade crescente da ciência jurídica romana, em franco desenvolvimento, as dificuldades se tornassem cada vez mais presentes para estes cidadãos.

---

[205] Cf. Marta Etel Cazayous de Dillon, "La prueba en el procedimiento de la "operis novi nunciatio"..." *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 168.
[206] Vincenzo Sparano, *L'esibizione di prove nel processo civile*, Napoli: Jovene, 1961, p.55.
[207] Giuseppe Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interditale romano*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 68.

Ao menos é o que se pode inferir pelo relato de Gélio, afirmando que, nos primeiros tempos em que fora nomeado "*iudex*" pelos pretores, ainda jovem, passou a buscar formação para uma escorreita atuação judicante por meio da leitura de livros, gregos e latinos, que cuidassem da complexa arte do ofício de juiz, tendo se escorado nas obras dos poetas e "*a rethorum epilogis*", ou seja, nos modelos dos discursos, nas perorações dos retores[208].

Percebe-se, portanto, não apenas a dificuldade experimentada pelo esforçado Gélio, que afirma ter decidido aprender acerca das coisas jurídicas por meio dos "*mestres mudos*" que são os livros, porém, e este ponto é mais importante, como também fica evidente que para a formação inicial de um "*iudex*" a fonte de conhecimento disponível não se encontrava inserida nos tratados de cunho jurídico, porém nas obras ficcionais, gênero que ilustrava o padrão culto da época, e, principalmente, nas obras de retórica, que permitiam apreender a atividade discursiva dos advogados atuantes no meio forense. O discurso acerca da instrução que o "*iudex*" deveria interpretar era, portanto, o da retórica.

O próprio Gélio, no mesmo passo, relata ter se servido dos comentários de um certo Massurius Sabinus e de outros jurisconsultos, bem como de ter recorrido à leitura dos textos legais, no caso, a Lei Julia. Porém, confessa Gélio, estes livros não o teriam ajudado a distinguir, com clareza, os fatos dentro de uma massa de argumentações contrárias que assolavam o juiz no seu ofício, sendo, portanto, necessário que o juiz conhecesse algumas regras e princípios gerais a fim de que pudesse, com auxílio delas, formar sua convicção com apoio nos elementos intrínsecos da causa.

A prova realizada, "*apud iudicem*", ou seja, diante do "*iudex*", era, pois, muito mais ligada ao universo da atuação performática dos advogados oradores - que se serviam da retórica como discurso organizado, mas ostensivamente voltado para o convencimento emocional dos presentes, inclusive do "*iudex*" - que a um mecanismo de caráter técnico-jurídico, preciso e bem elaborado, como, talvez, preferiríamos conceber, conferindo-lhe, anacrônica e equivocadamente, um lugar privilegiado como um provável instrumento jurídico sofisticado pertencente aos quadros da ciência processual romana.

---

[208] Aulu-Gelle, *Les nuit attiques*, 14.2, Tomo III, tradução Maurice Mignon, Paris: Garnier, 1934, p.19.

Novos meios de prova, incipientes no período arcaico, haviam despontado e estavam em aplicação, entretanto, continuavam eles sendo introduzidos na "*práxis*" mais por força do desenvolvimento econômico romano que em decorrência de uma autêntica e intencional construção dogmática inovadora, objetivando a elaboração de uma teoria jurídica da prova.

É o caso do documento escrito, a prova literal, que desempenhava, nos primórdios do período arcaico, um papel tímido, mas começa a ser mencionada de forma mais freqüente nas fontes do período republicano. Porém, a prova testemunhal mantém posição de importância, como é possível de ser constatado por meio da atenção que os retores davam ao referido meio de prova.

Surgik, analisando o processo formular, informa que, no geral, cada uma das partes deveria oferecer a demonstração das suas razões em juízo por meio da prova. O autor é enfático ao afirmar que o princípio...

> "*necessitas probandi incumbit illi qui agit (a necessidade de provar incumbe ao autor) é de fonte pós-clássica, sendo que o texto, na afirmação de renomados estudiosos, não é genuíno, e é muito provável que os clássicos nunca formulassem um princípio geral sobre o ônus da prova*"[209].

Ao referido tempo, adverte Surgik, os meios de prova mais utilizados eram as testemunhas, o juramento, e, por influência da praxe oriental,[210] os documentos ("*scripta, tabulae, instrumenta, syngrapha*").

---

[209] Cf. Aloísio Surgik, *Lineamentos do Processo Civil Romano*, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990, pp. 69-71.

[210] No mesmo sentido, Moacyr Lobo da Costa, apoiando-se em Wenger, informa que, no período formular, a influência da praxe helenista teria acelerado a penetração dos documentos na vida jurídica, permitindo a sua admissão em juízo como prova dos fatos. Cf. "Rescisória por descoberta de documento novo", *in: Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*", São Paulo: Saraiva, 1982, p. 238. Valverde relata a incorporação progressiva na vida cotidiana negocial romana dos "*tabulae accepti et expensi*", ou, também denominado "*codex*", livros de escrituração das entradas e saídas, e, com o afluxo de capitais, em especial, a partir da expansão decorrente das guerras púnicas, com uma maior exposição dos banqueiros ("*argentari*") e cambistas ("*nummularii*"), tornam-se freqüentes a utilização, em especialmente pelos primeiros, do "*codex rationum mensae*" ou "*argentariae*", livros de lançamentos que deveriam servir, como prova documental caso desejasse cobrar dívida não paga. A exatidão nos lançamentos e apuração de saldos era necessária para que se evitasse a "*plus petitio*" em juízo, Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Fôrça probante dos livros mercantis*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp.10-17.

Escorado em Veyne, Surgik associa de forma inseparável, ao referido tempo, Direito e Retórica, "*pedras fundamentais na educação romana*"[211]. Porém, frise-se, a prova no "*ordo*" pertencia ao campo da retórica e não ao campo do direito.

E, neste particular, há dois pontos que merecem ser destacados, de modo a evitar raciocínios anacrônicos. Estando contida a temática da prova em tratados de retórica, deve-se atentar, em primeiro lugar, para o fato de que as referidas obras eram elaboradas para servirem, utilitariamente, aos retores no seu dia a dia.

Logo, não é de se surpreender que tais tratados não tenham cuidado da prova de modo a destacar seu conteúdo objetivo. Na grande maioria dos casos, a abordagem dos autores será no viés prático, informando acerca da prova como uma ferramenta de trabalho.

Em segundo lugar, é necessária uma visão realista acerca da importância que os juristas do "*ordo*" emprestavam à prova. A noção de prova, a esse tempo, não guarda qualquer paralelismo com a importância que atualmente concebemos ao instituto.

De fato, como informa Giovanni Pugliese, ao analisar a prova no período clássico do direito romano, tanto na teoria como na prática do direito, a relevância da categoria jurídica da prova era menos significativa do que desejaríamos supor. Observa o autor, as fontes não distinguem, com a precisão que, modernamente, pretenderíamos encontrar, a prova civil da prova criminal.

Alias, aqui também as fontes são escassas e ensejam a construção de raciocínios hipotéticos por parte do pesquisador, "*on est obligé de remédier avec des hypothèses `a une étonnante réticence des sources....*". E, por igual, quando se ocupam da prova, o fazem, no mais das vezes, de forma secundária e periférica, ao tratarem de outros institutos jurídicos [212].

---

[211] Cf. Aloísio Surgik, *Lineamentos do Processo Civil Romano*, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990, pp. 69-71.

[212] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 278.

Não é de se estranhar, portanto, que as fontes – jurídicas - do "*ordo*" pouco se interessassem, a esse tempo, pela temática probatória, atividade processual não atribuída aos magistrados, homens de formação jurídica, porém ao "*iudex*", personagem que, embora de destacada posição e prestígio social, era, a rigor, um simples cidadão, não necessariamente provido do conhecimento do direito.

Longe, portanto, estava a prova do universo das preocupações dos juristas do "*ordo*", os quais pouco se esforçaram para delinear uma construção dogmática para os meios de prova e, principalmente, para a atividade probatória.

> "*En droit classique*", informa Lévy, "*existent certes modes de preuve... ainsi que des règles les concernant, dejá assez nombreuses au deuxième siècle. Aucune veritable théorie des preuves n'a cependant été faite dans lês sources juridiques*".

O monumento legislativo mais importante do período, o *Edito do Pretor*, afirma o autor, "*ne contenait rien ou pesque rien sur les preuves*"[213].

Pugliese, reiterando o fato de que a maior parte das informações de que dispomos acerca da prova no período clássico são provenientes dos discursos dos oradores e das citadas obras de retórica, enfatiza que as referidas fontes não se preocupavam em oferecer observações acerca do conteúdo objetivo da prova.

Schultz destaca o fato de que, em geral, a jurisprudência romana considerou o tema dos fatos como já verificados, "*y se ocupo solo de las cuestiones de derecho*"[214].

---

[213] Jean Philippe Lévy, "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, p. 420. Embora seja possível consultar, como fez Lenel, algumas passagens a partir das quais a temática do juramento pode ser inferida no Edito, ainda que reflexamente. Cf. Otto Lenel, *Essai de reconstitution de L'Edit Perpétuel*, tome I, trad. F. Peltier, Paris: Larose, 1901, reedição, Paris: Edouard Duchemin, 1975, p. 271 e seguintes. Jousserandot, por sua vez, explora, também reflexamente a temática do "*De Jurejurando*", para discorrer acerca das três espécies tradicionais de juramento: o voluntário, o necessário e aquele que denomina judiciário, determinado pelo juiz. Cf. Louis Jousserandot, *L'Édit perpétuel*, tome I, Paris: A. Marescq Ainé, 1883, p. 258.

[214] Fritz Schultz, *Princípios del Derecho Romano*, trad. M. Velasco, 2ª edição, Madrid: Civitas, 2000, p.52.

Vinculadas à prática da retórica, as informações, quase na sua totalidade, dizem apenas respeito à correta forma de o orador, em seus discursos, por um lado, bem explorar as provas favoráveis, e, por outro, com veemência ou sutileza, afastar as que lhe fossem desfavoráveis [215].

A inserção da retórica como importante disciplina para formação intelectual na sociedade romana data, provavelmente, do século II a. C.

Bretone destaca que a retórica, assim como a dialética e a gramática, "*faziam parte do estágio de qualquer pessoa culta*"[216].

Pugliese não discrepa e afirma que os primeiros retores gregos chegam a Roma logo no início do séc. II a. C. Ainda que as inúmeras artes gregas tenham sido objeto de atitudes xenófobas por parte de setores mais conservadores da sociedade romana, assustados com a possibilidade de distorção dos tradicionais valores culturais romanos, como foi o caso das manifestações de Catão acerca do tema, a penetração das doutrinas gregas ocorreu de forma intensa no mundo romano. Há relatos de membros da aristocracia romana que se serviram dos ensinamentos de retores gregos.

O fato é que, no séc. I a. C. a técnica grega da retórica já estava incorporada na prática dos oradores romanos, que passaram a organizar seus discursos sob tal perspectiva, eram os denominados "*latini rhetores*" [217].

Uma das repercussões no campo do direito da influência cultural helênica, informa Méhész, foi a proliferação das escolas de oratória, onde conhecidos retores ensinavam sua técnica. O saber dos retores tornou-se inequívoco sinal de distinção social [218].

---

[215] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 278.
[216] Mario Bretone, *História do Direito Romano*, trad. I. Santos e H. Shooja, Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 125.
[217] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 284-285.
[218] Kornél Zoltán Méhész, *Advocatvs Romanvs*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1971, p. 58.

Entre as obras literárias hábeis a demonstrar as técnicas da retórica na antiguidade romana que chegaram até os nossos dias, as de Cícero[219], em razão de sua amplitude, ocupam, como é notório, um lugar privilegiado e costumam ser objeto de análises aprofundadas, inclusive acerca da prova[220].

Entretanto, há um outro autor, que será objeto um análise mais detalhada, cuja obra revela-se de singular importância, pelo fato de ter sido escrita sob a forma de tratado e pelo fato de ter sido preservada na sua quase totalidade.

Trata-se da obra do jurista do século I d. C., nascido na província da *"Hispania"*, Fabio Quintiliano, *"Institutio Oratória"*[221].

No quinto livro da obra está a abordagem da prova. Por meio de uma análise da abordagem prática que Quintiliano ofereceu aos seus leitores, é possível inferir, ainda que indiretamente, a configuração dos meios de prova a partir do momento em que a retórica é introduzida e adotada com êxito na prática forense romana, a partir da segunda metade do período republicana, tendo sido aplicada, porém de forma mitigada, em período imperial.

Para Quintiliano há dois grandes grupos de provas: de um lado, as provas que são independentes da retórica e, do outro lado, as provas que são fornecidas pela própria retórica, segundo a tradicional divisão de Aristóteles.

---

[219] É usual na doutrina, ao se tratar da prova, a menção à vasta obra de Cícero, com inúmeras menções acerca do tema. Ainda que o pensamento de Cícero não venha a ser tratado no presente trabalho de forma preponderante, porém apenas referencial, uma vez que será feita a opção metodológica pela abordagem direta de uma obra específica de retórica, de autoria de Quintiliano, imprescindível apontar para a tratativa de Cícero, que, entre as diversas espécies de provas (por exemplo, "*tabulae, pacta, testimonia, conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa")*, enfatizava a existência de uma categoria de provas, que tinham origem na própria causa ou eram trazidas pelo cliente, denominadas extrínsecas, todas, elas, entretanto, extremamente importantes para a atividade de um orador. Cf. Cícero, *De L'orateur*, trad. E. Courbaud, Paris: Belles Letres, 1927, pp. 51-53. Vide, analisando o mesmo passo de Cícero, a opinião de Cruz e Tucci, enfatizando a menção de Cícero aos precedentes, como importantes elementos a serem oferecidos perante o juiz para a formação de sua convicção. Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004, p. 47.

[220] Cf. aborda, em análise especifica do tema da prova no discurso ciceroniano, Jean Philippe Lévy, "Cicéron et la preuve judiciaire", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, pp. 23-33. Por igual, *in*: *Droits de l'antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959, pp. 187-197.

[221] Quintiliano, *Institutio Oratoria*, líber V, Oeuvres Complètes de Quintilien, trad. Ouizille, t. II, Paris: Garnier, s/d, pp. 1-117. Quintiliano, *Intitution Oratoire*, trad. H. Bornecque, tomo II, 116-277. Paris: Garnier, s/d., pp- Quintilian, *The Institutio Oratoria*, trad. H. Butler, tomo II, Cambridge: Harvard University Press, 1953, pp. 169-191.

O primeiro grupo compreende a categoria designada por Quintiliano como "*provas inartificiais*". O segundo grupo, ou seja, as provas que são extraídas e nascem, portanto, do próprio debate retórico, compreende as denominadas "*provas artificiais*".

O primeiro grupo compreende os julgamentos proferidos anteriormente ("*Praeiudiciis*"), os rumores públicos e a fama ("*fama*" e "*rumores*"), a tortura ("*tormenta*"), os documentos ("*tabulae*"), o juramento ("*ius jurandum*"), as testemunhas ("*testes*").

Dentre as provas que pertencem ao domínio da própria atividade retórica, Quintiliano inclui: os indícios ("*signis*"), argumentos ("*argumentis*"), os exemplos ("*exemplis*").

O próprio Quintiliano esclarece que, no que diz respeito às provas inartificiais "*in quibus pars maxima contentionum forensium consistit*", ou seja, compreendem a maior parte das discussões no foro, razão pela qual o relato do autor sobre a referida categoria (provas inartificiais), embora objetivando ensinar técnicas de retórica, fornece um bom panorama sobre os plúrimos elementos, conforme modernamente denominaríamos, de formação da convicção judicial.

Iniciando a sua abordagem das provas inartificiais, Quintiliano aponta em primeiro lugar os julgamentos proferidos anteriormente, destacando a possibilidade de se invocar um caso que já tenha sido julgado anteriormente acerca de matéria semelhante àquela da causa em debate. Trata-se do precedente judicial, o qual, por não ser vinculante, porém persuasivo, é passível de ser atacado pelas técnicas retóricas.

Entretanto, após tratar das formas de se lidar com as invocações em juízo dos precedentes judiciais proferidos em casos análogos, Quintiliano alertava o seu leitor que "*adversus consulta autem senatus et decreta principum vel magistratuum remedium nullum est*", ou seja, contra os senato-consultos e decisões do próprio príncipe ou dos magistrados supremos não haveria qualquer remédio possível, exceto o de se tentar demonstrar que os casos não seriam, de fato, semelhantes ou que, eventualmente, haveria uma decisão contrária proferida por instância ou autoridade superior.

Caso contrário, resume o autor, torna-se inútil lutar.

A seguir, cuida da fama e dos rumores. Trata-se de um tipo de voz comum na cidade, uma espécie de testemunho público[222].

Porém, Quintiliano recomenda cautela, pois também poderia tratar-se de um rumor que teria se propagado sem fundamento, ou seja, que foi originado da maldade dos homens.

A tortura, a "*quaestio*", segundo Quintiliano, assim como os rumores e a fama, também divide as opiniões. Para uns, representaria um modo infalível e seguro de se fazer surgir a verdade.

Para outros, entretanto, a partir de sua utilização seria obtidas apenas falsas declarações, uma vez que, em muitos casos, a pouca resistência à dor propiciaria a extração de quaisquer declarações.

De qualquer modo, Quintiliano ao esclarecer quais as técnicas retóricas para bem se utilizar em juízo, o conteúdo dos fatos obtidos mediante a aplicação da tortura, descreve, resumidamente, algumas características do complexo procedimento empregado nos "*tormentis*": é necessário saber quem pede a tortura, em que tipo de processo ela ocorre, se já houvera tortura prévia, qual o juiz que a teria presidido, quem teria sido submetido à tortura e qual o meio de tormento empregado, se o torturado manteve coerência com a sua primeira declaração ou alguns aspectos foram mudando durante a aplicação dos tormentos, se foi obtida a declaração logo no começo da atividade de tortura ou apenas a partir do momento em que a dor se tornou mais aguda etc. Enfim, todo um quadro que demonstra a ritualização procedimental da tortura judiciária[223].

---

[222] Carnelli, repetindo Goyena, afirma que fama "*é a opinião comum ou crença que têm todos ou a mór parte dos habitantes de um lugar a propósito do fato, afirmando tê-lo visto, ou ouvido referir por pessoas certas e fidedignas que o presenciaram*", ou seja, a "fama" possuiria mais consistência e mais volume que o simples "rumor", porém, seria menos que o "notório". Cf. Lorenzo Carnelli, *O fato notório*, trad. E. Maciel, Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p.104.

[223] Pugliese informa que em período republicana era usual a adoção do princípio de que o homem livre não deveria ser submetido á tortura. Em geral, a tortura era aplicada aos escravos. Cf. Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 322.

Quanto aos documentos, Quintiliano destaca o fato de que sua utilização era freqüente, sendo usuais as impugnações quanto a sua validade e autenticidade, a partir de um exame detalhado de seus elementos constitutivos (assinatura *etc*) e também no confronto com as circunstâncias do negócio jurídico subjacente[224].

Quintiliano não deixa de demonstrar que, freqüentemente, era utilizada uma "*inspectio*", ou seja, uma atividade de inspeção a ser conduzida no próprio documento de modo a comprovar a sua falsidade.

Ao tratar do juramento, Quintiliano esclarece que ele poderia ser realizado por qualquer um dos litigantes ou mesmo por ambos, bem como ser recusado, demonstrando que a prática dos juramentos já se encontrava amadurecida ao seu tempo, talvez, já como uma atividade procedimental mais abrandada, sem o seu rígido caráter religioso presente nos primeiros tempos[225].

O meio de prova ao qual Quintiliano dedica mais alongada abordagem é, sem dúvida, a testemunhal.

Embora demonstre a sua importância, o autor ressalva que a prova testemunhal também é aquela que mais problemas causa ao advogado, exigindo-lhe, conseqüentemente, maior esforço.

O testemunho, segundo Quintiliano, pode ser produzido oralmente, de viva voz ou por escrito.

---

[224] Com a ressalva de que Quintiliano, e também Cícero, em geral, utilizam a palavra "*tabulae*" ao se referirem aos testamentos, sendo que, "documentos", em sentido comum, recebem a denominação de "*instrumenta*". Porém há fontes que usam "*tabulae*" nos sentido de documentos. Por sua vez, surgem aprimoramentos terminológicos: "*chirographum*" seria o documento escrito na primeira pessoa, "*testatio*" seria aquele redigido na terceira pessoa e selado por testemunhas. "*epistula*", no seu sentido literal, ou "*cautio*", no sentido do documento de uma estipulação, porém com utilizações de documento em sentido amplo. Cf. Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 334.

[225] Pugliese informa que o juramento era possível até mesmo na fase "*apud iudicem*", entretanto aponta para a divisão entre os romanistas, fazendo com que alguns defendam que o referido juramento poderia, a rigor, ser decisório, e outros entendam que o "*iudex*" apreciaria a prova de maneira livre. Cf. Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 325 e seguintes.

Pugliese, analisando a obra de Quintiliano esclarece que o testemunho por escrito, "*per tabulas*" como modalidade de prova, que poderia ser produzido até mesmo fora do processo, no período que vai do século I a. C. ao século I d. C. se propaga em larga medida, exemplificando com as "*Tábuas de Herculannum*", reveladoras do processo de P. Iusta.[226].

Aliás, Boyé, que se debruçou na análise do referido processo, na materialidade das tabletas, informa que elas contêm pelo menos treze trípticos probatórios, sob a forma de "*chirographa*", sendo que cinco deles revelam a redução a escrito dos depoimentos de testemunhas, nos quais a "*scriptura interior*" dos documentos foi feita pela mão das próprias testemunhas, exceto uma delas, que era analfabeta, tendo sido, ao final, os documentos por elas devidamente selados, em cooperação com os "*signatores*". Precedidos de um juramento a Júpiter, eles revelam o conteúdo dos testemunhos acerca dos fatos que, ao final, determinariam a causa, demonstrando o peso das provas testemunhais na questão discutida, sendo três no sentido de afirmar que Petronia Iusta era ingênua e dois no sentido de afirmar que era liberta[227].

A prova testemunhal, segue Quintiliano, trazida por escrito seria mais fácil de ser atacada, *v. g.*, mediante o argumento de que o depoente poderia ter se sentido mais confortável para emitir, por escrito, uma declaração falsa na presença de poucas testemunhas (co-signatários do ato) e à sua ausência no julgamento poderia ser atribuída à impressão de falta de autoconfiança.

Se, por outro lado, fosse impossível atacar o caráter do depoente, o descrédito deveria ser lançado contra a personalidade e o caráter do(s) co-signatário(s) do documento.

Por igual, deve-se notar que o testemunho escrito comportava, em si mesmo, uma certa prevenção, ainda que implícita, uma vez que ninguém o realizava, exceto por livre vontade, indicando, aprioristicamente, uma forma de antagonismo prévio, um desgostar antecipado, entre o depoente e aquele contra quem o testemunho era realizado.

---

[226] Cf. Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 313, nota (2).

[227] A. J. Boyé, "Pro Petronia Ivsta", in: *Droits de l'antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959, pp. 41-44.

Entretanto, ressalva Quintiliano, o orador deve ter extrema cautela antes de afirmar pelo vício do testemunho de um amigo em favor de seu amigo, ou de um inimigo contra o seu desafeto, especialmente nos casos em que se tratar de testemunhas íntegras, agindo de boa-fé. Porém, nos casos em que o testemunho é oferecido oralmente surgem as maiores dificuldades, tanto para reiterar o seu conteúdo, como para refutá-lo.

Uma primeira técnica, ensina Quintiliano, seria aquela pela qual o orador inicia o seu discurso, falando, abertamente, a favor ou contra o valor da prova testemunhal, dependendo, obviamente, do interesse da parte que defende.

Pode-se alegar, por exemplo, para reforçar o conteúdo de um testemunho, não haver prova mais segura, mais sólida, que aquela que deflui do conhecimento, da própria convicção dos homens acerca dos eventos presenciados. Ou, por outro lado, para retirar-lhe a credibilidade, pode-se enumerar, diretamente, todos os métodos pelos quais o falso testemunho costuma se apresentar nos julgamentos.

Uma segunda técnica, aliás, de uso muito freqüente, seria aquela efetuar “ataques especiais”, como, por exemplo, o ataque destinado à desqualificação dos testemunhos oferecidos por um grande número de pessoas.

Um exemplo poderia ser o da desqualificação de todo um grupo ou categoria de pessoas que testemunham por “ouvir dizer”. A rigor, sequer poderiam ser entendidas como testemunhas, uma vez que apenas repetiriam aquilo que terceiros, que, por sua vez, não prestaram juramento no processo, teriam dito. Da mesma forma, é possível a desqualificação do testemunho daquelas pessoas que depõem nos casos de prevaricação, concussão ou peculato. Nestes casos, diz o autor, as pessoas que, sob juramento, afirmam que, de fato, participaram dos eventos nas causas de “*repetundarum*”, entregando o dinheiro, não deveriam ser admitidas como testemunhas, porém, deveriam ser consideradas como partes no processo.

Quintiliano é enfático ao afirmar que a maior obrigação de todo orador é a de estar completamente familiarizado com todas as particularidades e detalhes da causa.

Este imprescindível conhecimento fornece ao orador todas as armas necessárias ao debate, indicando-lhe, em especial, os principais pontos que deverão ser argüidos no debate com o objetivo final de preparar a convicção do julgador, pois, conforme afirma, abertamente, será exatamente em decorrência do conteúdo do discurso do orador que será dado crédito, ou será desqualificado, um determinado testemunho, sendo que a referida convicção do julgador será formada na exata medida daquilo que, antecipadamente, ele foi influenciado a acreditar ou a não acreditar.

Quintiliano afirma que a testemunha voluntariamente trazida pela parte, ou seja, aquela que comparece espontaneamente, para em seu favor depor, oferece a vantagem de que o conteúdo de seu testemunho é passível de prévio conhecimento, fazendo com que o seu interrogatório resulte mais fácil.

Entretanto, adverte o autor, mesmo nestes casos cautela é recomendável. É necessário que a testemunha não seja tímida ao depor, nem caia em contradição, nem seja imprudente.

Quintiliano adverte que é necessário cuidado para se evitar que o advogado da parte contrária faça a referida testemunha cair em uma armadilha, pois, nestes casos o prejuízo que ela pode causar à causa será maior do que o benefício que poderia resultar caso o seu testemunho tivesse sido realizado conforme esperado.

Assim, ensina Quintiliano, o advogado deve, antecipadamente, em lugar reservado, preparar a testemunha, treinando-a exaustivamente acerca das prováveis inquirições que poderão ser efetuadas pelo patrono da parte adversa.

Desta forma, conclui ele, a testemunha não entrará em contradição e, caso ocorra, por acaso, algum deslize por parte da testemunha, uma pergunta oportuna propositalmente lançada pelo próprio advogado da parte que a trouxe irá, sem dúvida, recolocá-la, por assim dizer, no prumo certo do depoimento esperado. Quintiliano adverte, entretanto, que mesmo nos casos em que se espera um depoimento favorável de determinada testemunha, é necessário sempre cautela, pois, não raro, os adversários subornam as testemunhas e, no momento do julgamento, o seu depoimento pode passar a ser efetuado em sentido completamente oposto ao esperado.

Para evitar tais inconvenientes, é preciso um trabalho prévio por parte do patrono ao selecionar a testemunha, devendo verificar se, porventura, ainda persistiriam algumas desavenças ou inimizades pretéritas na relação pessoal entre a parte e a sua testemunha que poderiam, eventualmente, ensejar uma abrupta mudança de atitude de última hora.

Essa seria, segundo o autor, uma forma segura de não permitir que as testemunhas viessem a ser, ao final, corrompidas pela parte contrária.

Essas precauções eram necessárias para aquelas testemunhas que, sabidamente, se comprometeram a dizer a verdade, e "*multo magis in iis, qui se dicturos, quae falsa sunt pollicentur*", ou seja, com maior razão, indispensáveis no caso daquelas testemunhas que prometeram fornecer falso testemunho.

"*A experiência ensina que*", conforme afirma literalmente Quintiliano, "*essas pessoas*" (aquelas que haviam prometido oferecer o falso testemunho) "*são mais passíveis de arrependimentos nos seus propósitos e suas promessas são menos confiáveis, sendo que, ainda que venham, ao fim, a manter a palavra empenhada*" (no sentido de oferecer, de fato, o falso testemunho durante o julgamento) "*o seu depoimento é mais fácil de ser refutado pela parte contrária*".

Com relação à testemunha que é intimada, ou seja, aquela que não comparece voluntariamente, porém é exigida para comparecer e depor como testemunha de acusação, Quintiliano recomenda duas formas de atuação aplicáveis para o advogado da parte que está exercendo a acusação.

Caso o patrono, atuando sempre como acusador, saiba que a testemunha, de fato, possui notória intenção de prejudicar a outra parte, ou seja, o acusado, o patrono do acusador não deve permitir que tal intenção transpareça aos presentes.

Deve, portanto, conduzir o depoimento da testemunha de forma indireta, não tocando, de imediato, no ponto principal que ela pretende revelar para prejudicar o acusado.

Deve se valer de circunlóquios, fazendo com que os presentes tenham a impressão que a testemunha foi sendo forçada a relatar todos os eventos, em especial, ao final, o mais importante deles, aquele que prejudicará o acusado.

Por igual, não deve realizar muitas indagações, pois uma testemunha que responde a tudo, gera desconfiança.

No caso de a testemunha estar relutante em dizer a verdade, o ideal é que pareça aos presentes que a verdade foi extraída de seu depoimento contra sua vontade. Neste caso, o patrono deve fazer perguntas que aparentem, aos olhos da testemunha, irrelevância.

Assim, a testemunha irá fornecer, seqüencialmente, variadas respostas, entendendo que, a rigor, elas não são prejudiciais ao acusado, porém, ao final, ela será conduzida em seu depoimento a um determinado ponto a partir do qual ela não mais poderá negar aquilo que, em princípio, estava relutante em revelar.

O patrono deve formular abundantes questões que aparentem irrelevância para a causa, como datas, lugares, pessoas etc., de modo a ensejar contradições ou as afirmações que se deseja obter. Se nada disso funcionar, deve-se tentar deixar clara a relutância da testemunha em dizer a verdade, de modo que ela se mostre suspeita aos olhos do julgador.

Por outro lado, afirma Quintiliano, caso o patrono, atuando sempre como acusador, não saiba se a testemunha, de fato, possui intenção de prejudicar a outra parte, ou seja, o acusado, o patrono do acusador deve ser cauteloso e realizar, passo a passo, suas indagações, de modo a sondar a disposição da testemunha e, ao final, se possível, obter a resposta que deseja.

Porém, deve saber que se trata de uma testemunha de acusação. Entretanto, adverte o autor, como há testemunhas que se valem do artifício de, no início, responder conforme é desejado pelo patrono, para, ao final, inverter as premissas e ensejar conclusões contrárias àquelas originalmente intencionadas pelo advogado, uma das habilidades do patrono da causa deve ser aquela de estar sempre atento à ocorrência de tal circunstância e, neste caso, rapidamente, dispensar a testemunha.

Quintiliano também não descuida de enfocar as possíveis linhas de atuação que podem ser implementadas pelos patronos de defesa do acusado diante de uma testemunha de acusação intimada a comparecer. O autor, entretanto, adverte que o interrogatório desse tipo de testemunha pode se apresentar como circunstância fácil ou como uma circunstância difícil, na perspectiva da atuação do advogado de defesa.

Revela-se como tarefa difícil em razão do total desconhecimento prévio do conteúdo do depoimento (sempre desfavorável) que será oferecido pela testemunha.

Por outro lado, revela-se como tarefa mais fácil, em razão de que o questionamento no depoimento que o patrono de defesa deverá efetuar ocorrerá apenas após a atividade já ter sido desenvolvida pelo advogado de acusação, preparando-lhe, de certo modo, as suas prováveis linhas de defesa, em razão da prévia revelação dos fatos testemunhados.

Assim sendo, tendo em vista a incerteza, Quintiliano recomenda que o patrono do acusado se concentre em conhecer o tipo de caráter da testemunha e quais as razões de sua hostilidade (e a sua extensão) em prejuízo do acusado.

Todos esses elementos devem ser apresentados pelo patrono, de proêmio, de modo a enfraquecer o conteúdo do depoimento prestado ao advogado de acusação, relacionando-o com os prováveis motivos que teriam inspirado a testemunha a depor em detrimento do acusado, como o ódio, a inveja ou o suborno.

Se o número de testemunhas trazidas é pequeno, o patrono do acusado deve atacar a sua pouca quantidade. Se o número de pessoas é elevado, deve alegar uma conspiração. Se as pessoas trazidas são de baixo estamento social, o patrono deve atacar a sua insignificância. Se, por outro lado, são trazidas para testemunhar, pessoas importantes da comunidade, o patrono deve alegar que a outra parte busca abusar, de forma indevida, do poder de influência e do prestígio das referidas pessoas.

Diante destes argumentos, o advogado do acusador deve replicar com base nos mesmos elementos de forma análoga: se as testemunhas apresentadas são poucas e obscuras, o patrono acusador deve elogiar a boa fé do acusado que o levou a não precisar ter de recorrer do testemunho de pessoas poderosas e famosas.

O essencial, preleciona Quintiliano, "*é conhecer a sua testemunha*": uma pessoa tímida, pode ser aterrorizada; um tolo, pode ser enganado; um irascível, provocado; um ambicioso, inflado; um verborrágico, faça-o falar. Entretanto, uma testemunha prudente e senhora e si, à qual nada é capaz de desconcertá-la, deve ser, imediatamente, dispensada, com poucas palavras, procurando caracterizá-la como inimiga da parte.

Quintiliano ressalva que as escolas, provavelmente se referindo às escolas que ensinavam a arte da oratória, não forneciam um modelo a ser seguido. Entretanto, o autor não hesita em indicar o modelo que entende ser o melhor paradigma para o desenvolvimento da arte de interrogar: os diálogos de Sócrates e Platão. Da mesma forma, o autor recomenda que no interrogatório seja utilizada pelo patrono uma linguagem coloquial diante de pessoas incultas.

Por fim, o autor recomenda que não seja utilizado o expediente, freqüentemente empregado, de se subornar uma testemunha para que ela se coloque à disposição da parte contrária e, no momento do depoimento, comece a prejudicá-la por meio de um depoimento desfavorável. O resultado, entretanto, pode vir a ser exatamente o contrário, em evidente prejuízo para a parte que acreditava poder se beneficiar. Trata-se, pois, como diz Quintiliano, de uma prática não recomendável.

Quintiliano não descarta a possibilidade de serem introduzidos na causa, como prova, os "*divina testimonia*", que compreende as respostas, oráculos e presságios.

Uma primeira abordagem que antecederia a atividade de reforço ou desconstituição dos referidos meios de prova seria lançar a tradicional pergunta: "*Este mundo é regido por uma providência?*". Por igual, diferentes seriam os meios de confirmar ou destruir a autoridade dos oráculos, arúspices, áugures, adivinhos, leitores de sonhos etc, revelando a permanência de aspectos místicos em época avançada na sociedade romana.

Ao tratar dos indícios, "*de signis*", que para Quintiliano, como acima asseverado, representa uma prova fornecida pela retórica, apresenta a sua divisão em indícios certos (indubitáveis) e incertos (que geram dúvida).

O primeiro caso, segundo o autor, sequer há de ser mencionado, pois não há o que ser contestado, exemplificando: "*uma mulher que pariu uma criança, seguramente teve relação com um homem*". Os indícios pertencentes à segunda categoria, pelo contrário, embora não sejam capazes de eliminar a incerteza, se juntam a outras provas. São os "*indicium*" ou "*vestigium*", para designar "*uma coisa que implica uma outra*".

Os indícios podem ser alegados por ambos os litigantes na causa: um sinal de ferimento pode representar tanto o sinal de um assassinato como um suicídio, ou conforme diz o autor: "*a força dos indícios depende do apoio que eles encontram em outras provas...*"[228] Segundo a etimologia, como ensina, Gianturco, "*indicium*" provem de "*indicere*", no sentido de fazer saber ou manifestar. Trata-se de um "*argumentum demonstrativum*"[229]

Em síntese conclusiva, Pugliese enfatiza o destacado papel que a retórica exerceu na sociedade romana em período clássico. A matéria da prova, ao referido tempo, embora distanciada dos interesses prioritários dos juristas, representou objeto de interesse dos oradores, "*il faut avant tout considérer que la tâche de produire et discuter les preuves appartenait à ceux que nous appelerons avocats, c'est-a-dire aux orateurs qui plaidaient dans les tribunaux*"[230]. Não é de se estranhar, afirma o autor, "*que todas as vezes que se tratasse de convencer o juiz que os fatos e as circunstâncias de um certo caso se apresentavam desta ou daquela maneira e que, por conseqüência, o caso deveria ser resolvido neste ou naquele sentido, os litigantes romanos recorressem a um orador-advogado, mais do que a jurista, e com ele entrando no campo da retórica, afastando-se do campo do direito"*, arrematando que nesta linha de raciocínio encontra sentido as palavras que são atribuídas por Cícero a Aquilus Gallus, evidenciando a renúncia dos juristas a se ocuparem da temática da prova: "*Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*".[231]

---

[228] Cf. Quintiliano, *Institutio Oratoria*, líber V, Oeuvres Complètes de Quintilien, trad. Ouizille, t. II, Paris: Garnier, s/d, pp. 1-117. Quintiliano, *Intitution Oratoire*, trad. H. Bornecque, tomo II, 116-277. Paris: Garnier, s/d., pp- Quintilian, *The Institutio Oratoria*, trad. H. Butler, tomo II, Cambridge: Harvard University Press, 1953, pp. 169-191.
[229] Vito Gianturco, *La prova indiziaria*, Milano: Giuffrè, 1958, pp. 2-3.
[230] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 287.
[231] Idem, p. 291.

6.5. Período Imperial e a *"Extraordinaria Cognitio"*

6.5.1. O principado augustano e as reformas processuais

O principado augustano é, sem dúvida, um especial momento na história do direito romano, e é caracterizado, *"grosso modo"*, por duas grandes estruturas, aparentemente distanciadas, as quais, entretanto, acabam por se completar e, em boa medida, interagir.

Por um lado, é possível constatar, em comparação com o paradigma de exercício do governo existente ao final do período republicano, a ocorrência de significativas e sensíveis "mutações" na ordem política.

O primeiro aspecto, mais evidente, refletido, de maneira inquestionável, na nova forma de exercício do poder, é a notável concentração de poderes, os quais, em breve, tornar-se-iam ilimitados, nas mãos de um único governante, no caso, Augusto, o "*princeps*".

Por outro lado, como segundo aspecto, o advento do principado acabaria por propiciar, em expressiva medida, a "manutenção" das tradicionais estruturas sociais existentes, desde há muito, em Roma.

Trata-se de uma sociedade de classes, com contrastes cada vez mais definidos, cujas ligeiras modificações internas no decorrer do período tardo-republicano e, posteriormente, no imperial, pouco lhe alterariam a feição e substância.

Pertinente, portanto, falar-se na existência de "*permanências*", mas também em "*transformações*", ao tempo de Augusto, revelando tal dicotomia, um dos muitos aspectos paradoxais da complexa Roma antiga, evidenciados no último quartel daquele séc. I a.C.

Embora usual a afirmação no sentido da localização do surgimento do Império apenas a partir de Augusto, é conveniente atentar para o fato de que uma nova ordem político-militar já havia sido traçada e executada por seu antecessor, Julio César, ao final das crises provocadas pelas gravíssimas conflagrações, desde meados do séc. I a. C.

Entretanto, será por intervenção direta do *"princeps"* que serão consolidados, definitivamente, os alicerces para a perpetuação de uma nova forma de governo, marcada por uma crescente e irreversível concentração de poder autocrático[232].

Levando-se em conta a natureza acima apontada para a caracterização do período augustano, entre os muitos aspectos inovadores advindos no plano social com a política de Augusto, imperativo destacar as transformações havidas no campo do direito processual civil.

Várias serão as transformações pontuais nas instituições processuais e bem servirão para demonstrar a preocupação do *"princeps"* com a temática jurídico-processual, sob a forma de uma útil ferramenta visando à consolidação de seu poder, como adiante será tratado.

Augusto introduzirá sensíveis alterações no sistema processual vigente, as quais acabarão por viabilizar a introdução, de forma gradual, de um novo sistema, que será denominado *"cognitio extraordinaria"* , também denominado *"cognitio extra ordinem"*, ou seja, o sistema da cognição extraordinária das causas pelo *"princeps"*.

Este sistema, contrapondo-se ao "*ordo iudiciorum privatorum*", acabará por sobrepor-se e, por fim, suplantar os resquícios de aplicações do processo "*per formulas*".

---

[232] Conforme assevera Acacio Vaz de Lima Filho: *"Uma vez fundado por Otaviano, o Principado não se manteve inalterado. Foi ele 'uma realidade política, jurídica e institucional em constante evolução....A evolução do Principado obedeceu, basicamente, às três tendências seguintes: - 1º) Crescente fortalecimento do poder pessoal do "Princeps"; 2º) Incremento incessante da centralização administrativa, por parte do Imperador, e 3º) Surgimento, ainda sob Augusto, de uma burocracia imperial, que não cessou de crescer, tornando-se cada vez mais numerosa, sofisticada e poderosa*". V. Acacio Vaz de Lima Filho, *As Constituições Imperiais como fonte do Direito Romano*, São Paulo: Ícone, 2006, p. 95.

A "*cognitio*" tornar-se-ia, pois, o derradeiro sistema processual em Roma e as alterações advindas com a sua implementação acabariam por influenciar a sistemática da prova, que passará por um sensível processo de amadurecimento institucional.

Uma das primeiras alterações significativas ocorreria no viés procedimento, ou seja, no modo de o processo se desenvolver, o chamado iter procedimental.

Sob Augusto, especialmente, em caráter excepcional, porém progressivo, inaugurar-se-ia uma nova sistemática de tramitação do processo, seguindo um novo rito, diverso do antes aplicado no sistema formulário, muito embora, de início, aplicável exclusivamente a determinadas categorias jurídicas.

A nova modalidade traria como grande novidade o fato de nela ser o processo totalmente conduzido, do início até o fim, exclusivamente, por um funcionário dos quadros do poder imperial, um magistrado oficial diretamente ligado ao imperador e não mais, como ocorria até então, com a intervenção de particulares, que atuavam como juízes privados, na sistemática da ordem dos juízos privados, desde o modelo processual das antigas ações da lei.

Uma outra modificação será o fato de que, embora de forma incipiente e não sistematizada, já teriam começado a surgir notícias, desde o início do reinado de Augusto, atestando a existência de uma prática até então desconhecida (ou pelo menos não registrada de forma clara e segura nas fontes) na sistemática processual romana: a possibilidade de se recorrer das decisões proferidas pelos tais magistrados oficiais.

Trata-se, por óbvio, da "*appelatio*", um recurso judicial dirigido, por primeiro, ao próprio "*princeps*" e, posteriormente, para seus delegados.

É de se ter presente que, até então, as decisões judiciais eram, todas elas, irrecorríveis, sendo desconhecida qualquer forma regular de medida judicial sistematizada e ordinarizada sob a forma de recurso.

O manejo da "*appelatio*" pelos jurisdicionados contra as decisões do magistrado oficial viria, com o tempo, a se tornar procedimento ordinário, prática recursal usual no direito processual romano, representando uma completa ruptura com o anterior modelo da irrecorribilidade das decisões proferidas pelos juízes privados.

As duas alterações observadas sob o reinado de Augusto não esgotam de forma alguma, a sua interferência no âmbito do direito, porém apenas servirão para ilustrar a atuação direta e intencional do "*princeps*" na aplicação da justiça, sendo certo que ele, além de legislar acerca de diversos outros temas jurídicos, cuidou de implementar reformas complementares no processo.

A questão que parece de relevância para o presente estudo seria a de, ao final, conectarmos as mudanças mais importantes acima apontadas, para demonstrar, se possível, os reflexos na temática da prova a partir da introdução da "*cognitio*".

As duas mudanças acima apontadas, embora produtos de um processo histórico identificável, não surgiram, como é de se supor, de forma inusitada ou imotivada. Sua inserção na ordem jurídica romana obedece, sem dúvida, toda uma linha de motivações.

Trata-se de eventos, como buscaremos demonstrar, cujas raízes encontram-se amalgamadas, com maior intensidade, no processo de luta pelo poder imperial.

Sem dúvida, tal qual outros elementos pertinentes às grandes estruturas históricas, também decorreram do desenvolvimento de múltiplos fatores, como os sociais econômicos, políticos, comerciais e operacionais, no correr do tempo.

Vejamos, portanto, em breve síntese, os antecedentes, em especial, aqueles inseridos na temática social, que conduziriam Augusto ao poder e forneceriam o pano de fundo para sua destacada intervenção – intencional - nos assuntos jurídicos.

6.5.1.1. O agravamento da crise republicana e o aparecimento de Augusto

A segunda metade do século I a.C. representa o fechamento de um longo e turbulento processo de convulsões políticas, sociais, econômicas e, principalmente, militares, evidenciando em grandes linhas o desgaste do modelo republicano de poder, surgido em Roma, nos primórdios do século VI a.C., caminhando, agora, para a sua inexorável desintegração, como afirmou Tácito, uma "*república já cansada das discórdias civis*" [233]. Nesse sentido, entendeu Leon Homo:

> "*la dissolucion del régimen de la ciudad, que comienza en el siglo II a. de C., para terminar en el establecimiento del Imperio, fue resultado de una doble evolución: decadencia gradual de las instituciones políticas tradicionales, desarollo cresciente del poder militar*." [234]

Foi, portanto, exatamente no delinear definitivo desse alongado e traumático, processo, mais precisamente, a partir do assassinato de Julio César, em 44 a.C., que o jovem Otaviano, que posteriormente receberia o nome de Augusto[235], aparece, ou melhor é projetado [236], aos dezenove anos de idade [237], para o restrito círculo do poder em Roma.

---

[233] Tacito, Anais, livro I, trad. L. Pereira, Rio de Janeiro: s/ ed., 1964, p.7. "*Augustus, who when the world was wearied by civil strife, subjected it to empire, under the title of 'Prince'*".Tacitus, *The Annals*, trad. A, Church e W. Bodribe, Chicago:University of Chicago, 1952, p.1.

[234] Leon Homo, *Las instituciones políticas romanas -de la ciudad al estado*, trad. J. Lopez Perez, 2ª ed., Mexico: Union tipografica Ed. Hispano Americana, 1958, p. 188.

[235] Octavius, tornado Otaviano em razão da adoção de César, receberia, posteriormente, o nome de "Augustus", "*un nome grandioso "car se terme, derivé soit d'auctus, soit de l1expression* avium gestus *ou* gustus *s'applique églament aux lieux sanctifiés par la religion...*" Cf. Jean Hubaux, *Les grands mithes de Rome*, Paris: Presses Universitaires de France, 1945, p.117

[236] "*Caesar assassination on the Ides (15th) of March 44 BC threw into turmoil the plans and feelings of his adoptive son...*" Cf. David Shotter, *Augustus Caesar*, London: Routledge, 1991, p.19.

[237] Suetônio afirma que Augusto teria nascido durante o consulado de M. Tullio Cicerone e C. Antonio, portanto, em 63 a.C., tendo falecido, em 14 d.C., durante o consulado de Sextus Pompeu e Sextus Appuleius. Cf. Suetonii, "*Divvs Avgvstvs*", in: *De Vita Caesarum*, V. e C. e SUÉTONE. *Vies des douze Cesars*, tome I, *trad. H. Ailloud, 12a ed.*, Paris: Les Belles Lettres, 1954, pp. 67 e 147.

O seu inusitado aparecimento nas esferas públicas, de início como legítimo herdeiro de seu tio-avô, Júlio César, agora seu pai, por adoção testamentária, recém assassinado, o qual lhe transmitiria além do nome de *"Iulius Caesar Octavianus"* e um patrimônio de monta, irá adicionar um novo elemento no quadro da luta pelo poder na sucessão imperial.

Na verdade, o assassinato de César apenas estará abrindo a fase derradeira de uma longa crise institucional, numa sociedade que desde muito antes deste período vinha se desequilibrando.

Augusto acabará, nos próximos anos, por exercer um papel determinante nas articulações político-militares, inerentes ao jogo pelo controle do poder em Roma, o qual terminará por conduzí-lo ao trono.

Embora se encontrem na historiografia, especialmente na mais antiga, referências ao período inaugurado por César e, definitivamente consolidado por Augusto, como um processo revolucionário, pragmaticamente, não há que se falar em uma autêntica revolução, pois, como demonstrou De Martino, as relações entre as classes sociais, de fato, não foram substancialmente alteradas [238].

Trata-se, pois, de uma sociedade que, mesmo na fase tardia do Império, não deixaria de privilegiar e resguardar a sua aristocracia de sangue, tradicional detentora do bem mais importante em Roma, a propriedade fundiária[239].

Entretanto, se a estratificação social não oferecia perspectiva de mutações, a forma de governo, sem dúvida, restará definitivamente alterada com a inserção de Augusto.

Pode-se afirmar que, após a batalha de Azio, em 31 a. C., com a derrota de seu potencial oponente, Marco Antonio, e a conseqüente anexação do cobiçado Egito como província romana, ocorrerá uma expressiva e crescente concentração de poder nas mãos de Augusto, consolidando uma nova forma de regime constitucional [240]:

---

[238] Francesco De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, v. IV, parte prima, Napoli: Jovene, 1974, p.3.
[239] Maria Luiza Corassin, "A idealização do príncipe na ideologia aristocrática romana", in: *Boletim do CPA*, Campinas, nº 4, jul/dez, 1997, p. 208.
[240] A. Burdese, *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, 2ª ed., Torino: UTET, 1982, p. 139.

> *"O príncipe acumula todos os poderes:- Pelo'imperium', tem a faculdade de fazer leis, de promulgar decretos, mandatos, rescritos e editos. Senhor do poder judicial, julga, em último recurso, todas as causas cíveis e criminais. Chefe supremo do exército, decide da paz e da guerra. Dirige as finanças do Estado. Administra as províncias. Preside ao Senado, em virtude de seu poder tribunício. Orienta o culto, graças à sua dignidade de Sumo Pontífice"*[241].

A forma de governo recém introduzida, geralmente denominado, nesta sua fase inicial, de principado, em razão de preferir Augusto denominar-se "*princeps*"[242], o primeiro cidadão, cujo reinado se prolongaria até 14 d. C., ano de sua morte, aos setenta e seis anos de idade, alteraria, definitivamente, a configuração do poder em Roma.

---

[241] Antonio G. Mattoso, *História da Civilização*, v. I, 3ª. Ed., Lisboa: Sá da Costa, 1956, pp. 526-527.

[242] O título de primeiro personagem da república já tinha sido outorgado a Pompeu, como informa J. Ellul. Cf. Jacques Ellul, *Storia delle istituzioni - l'antichità*, trad. G. Ancarani e E. Nicolini, Milano: Murcia, 1981, p. 285. Porém, foi Augusto que melhor o representou, como concepção original, na medida em que, com tal denominação, estabeleceu uma relação de poder diferenciado, de liderança monárquica, revestida de atributos civis, embora alguns tenham sustentado que os poderes de Augusto, como *princeps*, embora inovadores, não se alinhavam com uma verdadeira monarquia, porém se relacionavam com o ideal republicano, agora redimensionado com um "*presidente do senado*". Vd, nesse sentido A. Piccarolo, *Augusto e seu século*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1939, p. 121. De forma mais realista, Malet afirma: "*Se llama Império el gobierno personal de Octavio, aunque, en apariencia, el funcionamiento de las instituciones romanas no hubiera cambiado. A fin de no suscitar los mismos ódios que César, Octavio se dedico a reinar sin parecerlo. No quiso aceptar el título de dictatdor; dejó subsistir el senado, los cônsules y los comícios, y aceptó solamente que sus súbditos lo llamaran con un nombre nuevo..... Augusto tenia um poder absoluto, pero en torno suyo todo pareci subsistir como anteriormente.....Aquella vida pública no era más que una aparência. Augusto lo dirigia todo*".Cf. A. Malet, *Historia Romana*, trad. N. Binayan, Buenos Aires: Libreria Hachette, 1958, pp. 123-124.

6.5.1.2. Os antecedentes – a questão agrária e as guerras civis

O processo expansionista romano atinge proporções continentais, principalmente após as Guerras Púnicas, em especial a segunda delas, quando, em 201 a.C., após a derrota cartaginesa em Zama, a paz foi finalmente celebrada, resultando, em favor de Roma, a conquista de parte da Espanha e Siracusa, a fértil Sicília.

Cipião, o grande general romano condutor da vitória, retornaria a Roma, para receber seu triunfo, tendo depositado no tesouro, como informa Tito Livio, cento e trinta e três mil libras de prata e a cada soldado distribuído quatrocentos asses, tirados do butim.

Recebeu o epíteto de "o africano", "*o primeiro general a celebrizar-se sob o nome do povo por ele vencido*"[243]

Porém, embora contando com expressivo território conquistado, tendo em vista que por volta de 168 a.C. ocorreu a conquista da Macedônia, a propulsão imperialista romana não cessaria.

Cartago, não obstante as pesadas condições de rendição impostas pelos romanos ao final da segunda conflagração anibálica conforme o relato de Políbios [244], num espaço de poucas décadas, retornaria a assumir pujança econômica, fazendo com que, no período entre 149 a 146 a. C., uma terceira guerra fosse empreendida pelos romanos contra os cartagineses, culminando com sua definitiva derrota e destruição total de Cartago.

Assegurava-se a conquista do norte da África, a organização da "*Hispania*", como província e a ocupação do território da Grécia. Em 133 a.C. com a incorporação do antigo reino de Pérgamo, surgiria uma nova área provincial, a Ásia.

Delineado estava um novo mundo romano.

---

[243] Tito Livio, "*ab urbe condita libri*", XXX, 45, *História de Roma*, 4º volume, trad. Paulo Matos Peixoto, São Paulo: Paumape, 1990, pp. 194-195.

A importância do ciclo das guerras externas a partir do século III a.C. reside no fato de que, com a destruição de Cartago, Roma passaria a contar com um notável território, viabilizando a extração de riquezas minerais, acelerando, sobremaneira, a atividade comercial e impulsionando a economia mediante a inserção em progressão de um enorme contingente de escravos.

Os reflexos da nova ordem sócio-econômica serão sentidos em variados campos, sendo que, conforme apontado anteriormente, as mutações decorrentes das conflagrações púnicas teriam até mesmo estimulado o desenvolvimento do novo sistema processual formular, mais dinâmico que o anterior processo das ações da lei, cujas raízes perdiam-se nos tempos históricos.

A presença romana na bacia do Mediterrâneo é total, razão pela qual, como observa Corassin "*os romanos podiam chamar o Mediterrâneo de' mare nostrum*"'[245].

Porém, a conquista do espaço mediterrâneo levaria a república romana a tomar contato com inúmeros movimentos revoltosos e insurreições ao longo do seu imenso território.

As revoltas servis, por primeiro na Sicília de 135 a 132 a. C., embora podendo ser consideradas "*mais inconvenientes que perigos*" [246], traduziam-se na constatação que as instabilidades e descontentamentos cresciam na proporção da ampliação territorial.

Corassin aponta que "*grandes levantes servis ocorreram na Sicília em 134 e em 104 a. C. e só foram dominados com dificuldade*", apontando que a última grande revolta, a de Espártaco, entre 73 e 71 a. C., em Cápua, resultou na total subjugação dos revoltosos e, como conseqüência, seis mil escravos crucificados, por ordem do próprio Crasso, com o apoio de dez legiões[247].

---

[244] "*Os cartagineses deveriam pagar aos romanos dez mil talentos durante cinqüenta anos*.." Cf. Políbios, *História*, XV, 18, trad. M. Kury, Brasília: UNB, 1985, p. 442.
[245] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p. 38.
[246] John A. Garraty e Peter Gay (coord.), *The Columbia History of the world*, .., New York: Harper & Row Publishers, 1987,p.196
[247] Cf. Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p. 50. Na verdade, tratava-se da estrita aplicação do direito, pois, como adverte Franciosi acerca do episódio de Espártaco, a crucificação era a pena aplicável aos escravos rebelados, "*depois de serem submetidos à*

Entretanto, Ciro Flamarion Cardoso adverte acerca da existência rebeliões servis em momentos anteriores, como as de 198, 196 e 185 a. C., demonstrando que o ambiente era instável desde há muito[248]. Acerca dessa última insurreição, a de 185 a.C., como enfatizou o autor, relata o historiador Tito Livio:

> "*Nesse ano, registraram-se graves insubordinações entre os escravos da Apúlia....O pretor Lúcio Postúmio que comandava a província de Tarento, procedeu com extremado rigor contra os grupamentos de pastores, que andavam a infestar com suas tropelias, os campos e as estradas. Condenou mais de sete mil homens, alguns dos quais escaparam, outros foram supliciados...*" [249].

As Guerras Sociais, já em 91 a.C., de igual forma demonstrariam, décadas depois, a dificuldade em gerir e administrar o imenso território conquistado, evidenciando os problemas para o efetivo controle das massas.

O processo expansionista romano beneficiou e consolidou, sem dúvida, as classes mais proeminentes, seja no âmbito da ascensão e manutenção do poder, como foi o caso da classe senatorial, seja no âmbito econômico, como a ascensão da classe dos cavaleiros, estes últimos, em especial, em razão da sua pujança financeira crescente, uma vez que os "*equites*" acabaram por constituir um articulado e coeso grupo de negociantes e banqueiros, que bem soube desfrutar da proximidade do poder e da potencialidade do movimento de geração de riquezas decorrentes das conquistas, principalmente, a partir das províncias.

A riqueza, em especial neste século II a.C. "*diventó uno istrumento di potere e il mezzo per accedere alle magistrature, dato che l'elezione costavano molto*"[250].

---

tortura". Cf. Gennaro Franciosi, *Famiglia e persone in Roma ântica dalle'ettà arcaica al principato*, 3ª ed., Torino: Giappichelli, 1985, pp. 216-217.

[248] Cf; Ciro Flamarion Cardoso, *Trabalho compulsório na antiguidade*, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p. 57.

[249] Cf. Tito Livio, *Ab urbe condita libri*, XXXIX, 29, *História de Roma*, 5º volume, trad. Paulo Matos Peixoto, São Paulo: Paumape, 1990, p. 310.

[250] Jacques Ellul, *Storia delle istituzioni- l'antichità*, trad. G. Ancarani e E. Nicolini, Milano: Murcia, 1981, p. 251.

Em grandes linhas, o que se verificou foi a ascensão de um grupo dirigente, representado pela classe senatorial e pela classe dos cavaleiros, que passa a concentrar extraordinária riqueza, sendo certo que tais personagens exercerão o papel primordial na condução da política e do poder no período republicano, com repercussões ao tempo do Império, a ponto de Badian concluir:

> "*Perhaps there is also a lesson we have learnt as historians of Rome.The study of the Roman Republic- and that of the Empiry to a considerable degree – is basically the study, not of its economic development, or of its masses, or even of great individuals: it is chiefly the study of its ruling class....*"[251]

As classes mais abastadas tenderiam a converter a sua fortuna na aquisição do ativo mais tradicional e seguro, pelo menos fiel à tradição e mentalidade romanas: terras.

> "*Numa sociedade basicamente agrária, é compreensível que a propriedade fundiária predominasse nas classes dirigentes. A terra era o investimento mais valorizado, que dava "dignidade" ao proprietário, além de ser considerada a forma mais segura da riqueza.*" [252] Ou seja, "*a terra era a base das fortunas pessoais*" e, em breve, " *da riqueza do império*". [253]

Se, por um lado, tanto a classe senatorial e como a dos "*equites*" postavam-se nas partes mais elevadas da estratificada hierarquia social romana, especialmente após o processo expansionista, por outro, abaixo dessas categorias privilegiadas, localiza-se um outro importante segmento social, os pequenos e médios proprietários rurais, agricultores de terras cultiváveis e criadores de rebanhos, enquadrando-se, num sentido mais amplo, como membros da plebe. Sua função, entretanto, era essencial para a república.

Forneciam, para mais além da necessária produção agrícola, um elemento indispensável para Roma: eram a ampla base, quiçá a única consistente, do recrutamento de soldados para o poderoso exército romano.

---

[251] E. Badian, *Roman imperialism in the late republic*, 2a ed., Ithaca: Cornell University Press, 1981, p.92.
[252] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p, 43.
[253] Peter Garnsey e Richard Saller, *Storia sociale dell' Impero romano*, trad. M. Coracciolo, Roma: Editori Laterza, 1989, p.76.

Porém, o processo expansionista deixou seqüelas profundas na economia interna romana, tendo afetado mais diretamente o segmento acima referenciado: "*uma das conseqüências da segunda guerra púnica*", afirma Corassin:

> "*foi o empobrecimento e proletarização desse agricultores-soldados..... Calcula-se que, durante essa longa guerra, a metade dos homens entre 18 e 46 anos, capazes de servir, foi convocada..... As baixas foram tremendas..... O território itálico, principalmente o sul sofreu terrível devastação com a movimentação dos exércitos e as represálias de Roma contra as cidades meridionais que aderiram a Aníbal. Após o fim da guerra, muitos soldados, ao retornarem a suas propriedades, encontraram-nas arruinadas – e nem todos tinham condição de reconstruí-las. Assim, os pequenos e médios proprietários de terras, cidadãos que constituíam o cerne das legiões romanas, encontram-se profundamente atingidos.....*"[254]

Alföldy não discrepa ao afirmar que uma das conseqüências mais traumáticas da segunda guerra púnica, e da expansão que ela decorreu, foi redução à miséria de muitos camponeses.

Sem dúvida, os camponeses, a base do exército, sofreram duplamente: por um lado tiveram de suportar as pesadas baixas na campanha púnica, por outro, desfalcaram, irreversivelmente, os seus quadros de mão de obra, tornando extremamente difícil, quando não, no mais das vezes, impossível, a recuperação de seu segmento econômico no período posterior à guerra anibálica [255]. O empobrecimento desse segmento social, por outro lado, constituía uma excelente possibilidade de investimento especulativo para os proprietários mais abastados, pois, em um ritmo crescente, os agricultores endividados começaram a vender suas propriedades, com o fito de conseguir sua sobrevivência, ainda que permanecendo no campo, em situação empobrecida e precária, porém, não mais na condição de proprietários, mas de agricultores livres. Entretanto, passariam a experimentar a concorrência da mão obra escrava no campo, que abundantemente era introduzida em Roma em razão das guerras de expansionistas.

---

[254] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, pp. 43-44.
[255] Géza Alföldy, *Historia social de Roma*, trad. V. Alonso Troncoso, Madrid: Alianza, 1987, p. 78.

Norberto Luiz Guarinello é enfático ao destacar as expressivas transformações, afirmando que, a partir da segunda guerra púnica, ocorreria o desenvolvimento da produção mercantil em Roma, escorada na intensa utilização da mão de obra escrava,

> "*o desenvolvimento, pela primeira vez no Mundo Antigo, do modo de produção escravista como sistema produtivo dominante foi possibilitado e favorecido pela expansão imperialista anterior, que propiciara a acumulação de recursos – em bens materiais, terras e escravos – em grande quantidade e sua inversão numa forma de produção (a fazenda ou 'villa' escravista) voltada à produção de bens agrícolas para a venda num mercado em expansão. Por outro lado, essa vasta transformação econômica alterou profundamente a dinâmica e a própria natureza do imperialismo romano, na utilização e distribuição dos recursos e na forma de organizar e administrar as conquistas.*" [256]

Aqueles que dispunham de recursos, em geral, grandes proprietários, passaram, sistematicamente, a investir na aquisição das terras que eram colocadas à venda pelos agricultores empobrecidos e endividados, conforme acima afirmado.

Por outro lado, o próprio processo expansionista contribuía, indiretamente, para agravar a situação dos camponeses.

As conquistas romanas, além das possessões e riquezas materiais, traziam para o continente uma enorme massa de escravos, subjugados nas batalhas:

> "*a guerra colocou uma mão-de-obra escrava barata e abundante à disposição dos proprietários fundiários romanos. O resultado foi claro: a situação dos camponeses piorou. Muitos desses cidadãos que os romanos gostavam de chamar 'conquistadores do mundo' perderam suas terras e nelas foram substituídos pelos povos vencidos reduzidos à escravidão*"[257].

---

[256] Norberto Luiz Guarinello, *Imperialismo Greco-Romano*, 3ª edição, São Paulo: Ática, 1994, p. 47.
[257] Maria Luiza Corassin, *A reforma agrária na Roma antiga*, São Paulo: Brasiliense, 1988, p.17.

Outros camponeses, afetados pela crise, iniciaram um lento processo de migração do campo para a cidade, "*vastas massas de camponeses preferiram dirigir-se para as cidades, principalmente para Roma, formando um proletariado urbano, que passou a viver de trabalhos ocasionais ou donativos*"[258].

Ou seja, grandes massas de origem rural, empobrecidas, proletarizadas, passaram a viver em Roma, pronta "*para apoyar a cualquier político que estuvise dispuesto a socorrerlas*"[259].

Assim, a crise no campo, levava, sem dúvida, a um outro grave problema, relacionado com a segurança do Império: o esvaziamento no contingente alistável, pois o recrutamento para a formação das grandes fileiras do exército continuou tendo como base os homens do campo, que em razão de seu empobrecimento, não poderiam mais se alistar, em razão de estarem abaixo dos padrões censitários exigidos para o recrutamento.

Surge, portanto, em 133 a.C. a iniciativa de um grupo de senadores em tentar regular a fixação de colonos nas terras públicas. Coube a Tibério Graco, tribuno da plebe, apresentar um projeto que, em linhas gerais, visava a regular a ocupação do "*ager publicus"* pelos empobrecidos, de modo que passassem a contar com um nível financeiro mínimo de censo, passíveis, portanto, de alistamento.

Roma não podia se dar ao luxo de após o processo de expansão, negligenciar a manutenção de seus quadros militares. Por outro lado, as massas empobrecidas, na cidade, eram notório fator de preocupação.

Como resultado direto das conquistas romanas, as terras dos povos subjugados, incorporadas ao Império, tornavam-se terras públicas, "*ager publicus"*. Poderiam vir a dar origem a colônias, como de fato, ocorreu em alguns casos. Por outro lado, Roma passou a possibilitar a ocupação, por grupos influentes, das terras públicas, mediante o pagamento de tributo específico, o "*vectigal"*.

---

[258] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p. 46.
[259] Géza Alföldy, *Historia social de Roma*, trad. V. Alonso Troncoso, Madrid: Alianza, 1987, p. 80.

Porém, os mais poderosos, grandes proprietários de terras, próximos aos "*censores*", encarregados da distribuição do "*ager publicus*", passaram, progressivamente, a realizar a "*occupatio*" do "*ager publicus*", indiscriminadamente, numa situação que embora não consolidasse o "*dominium*", tendia, com o tempo, a consolidar uma situação de posse, que era, de igual forma, transmitida às próximas gerações, sedimentando uma situação.

Exatamente para inibir o uso indiscriminado do "*ager publicus*", e principalmente, com o intuito de assentamento dos camponeses empobrecidos, que Tibério Graco buscou, num primeiro momento limitar a área a ser passível de ocupação pelos tradicionais possuidores a 500 jeiras, dependendo do número de filhos de cada ocupante.

Num segundo momento, sempre segundo a lei gracana, o remanescente das terras deveria ser retornado ao Estado que procederia ao re-assentamento dos sem terra em pequenos lotes de 30 jeiras.

A reação da aristocracia fundiária, severamente atacada nas suas prerrogativas e privilégios, foi rápida e vigorosa, sendo que Tibério acabaria por ser assassinado.

Seu irmão Caio Graco, em 123 a.C. tornou-se tribuno da plebe e iniciou um programa sistemático de ataque aos interesses relacionados com a oligarquia.

O conflito de interesses foi ampliado, sendo que em 121 a.C. ao tentar a recondução à magistratura dos tribunos, viu-se envolvido numa conspiração articulada pela mesma aristocracia agrária e acabou se suicidando.

Embora tenha a oligarquia atingido, momentaneamente, o seu objetivo de neutralizar a amplificação da discussão da temática das leis agrárias, "*os problemas levantados pelos irmãos Gracos marcam uma profunda ruptura na vida política de Roma. O uso da violência como instrumento de ação pelos conservadores do Senado tornou-se habitual e seria adotado por todas as facções no período final da República, caracterizado*

pelo recurso à ilegalidade. Os problemas sociais e políticos não tinham sido resolvidos...."[260]

Segue-se um período de freqüentes violações às leis e à Constituição não escrita de Roma, demonstrando a fragilidade das instituições políticas [261].

No cenário externo, Roma enfrentava dificuldades no norte da África, alongando a guerra contra Jugurta, rei da Numídia. Neste ambiente de indecisão, somado à situação interna turbulenta, Mario, cônsul eleito, homem novo, porém de "*grande ciência da milícia, alma intrépida na guerra*", como afirmou Salústio[262], reivindica em 108 a. C. o comando da operação militar em solo africano.

Enfrentando resistência do poder tradicional senatorial acerca de sua indicação, ele inovou e obteve a outorga da permissão para a guerra por meio de um mecanismo não convencional, um plebiscito, realizado pela assembléia popular, em detrimento da opinião senatorial, como tradicionalmente ocorria.

Enfrentando os sérios problemas para o alistamento de tropas para a guerra, em razão do já mencionado empobrecimento no campo, criando uma enorme camada populacional de pessoas economicamente impossibilitadas de alistamento no exército, Mario inova e permite, pela primeira vez, o alistamento dos proletários ("*capite censi*").

Esses homens, que tudo haviam perdido, encontravam no exército uma nova possibilidade, talvez a única, de sobrevivência. Por tudo isso, Corassin aponta o forte vínculo de lealdade que passava a ser criado entre esses soldados, ambicionando com as vitórias a outorga de terras, e seus comandantes, ambicionando estes, de igual forma, riquezas, e principalmente, poder. Inevitável a sinalização do início da formação de uma nova oligarquia, lastreada, agora, no poderio militar e amparada pela lealdade das tropas:

---

[260] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, pp.52- 55.
[261] Jacques Ellul, *Storia delle istituzioni- l'antichità*, trad. G. Ancarani e E. Nicolini, Milano: Murcia, 1981, p 261.
[262] Salústio, *Guerra Jugurtina*, .trad. Barreto Feio, Rio de Janeiro, Edições de Ouro, s/d., p.157

> "*O exército tornou-se uma arma terrível contra a República. Os generais aristocráticos passaram a usá-lo como instrumento para obter o poder pessoal* "[263].

De fato, a inegável e irreversível profissionalização do exército alteraria, definitivamente, o equilíbrio do poder no final da república.

Rostovtzeff assevera que depois das reformas de Mário, o exercito deixou de ser uma milícia de camponeses itálicos e passou a ser

> "*um exército profissional de camponeses proletários empobrecidos*"..... "*mucho mas importante como expression de los deseos de un amplio núcleo de romanos, y mas eficaz como possible instrumento de ambiciosos caudillos, era el nuevo ejército*".[264]

Este ponto representa notória inflexão na história, principalmente pelo fato de que se tornava irreversível o processo de concentração de um poder de natureza militar. A própria composição do exército, a partir de Mario, torna indubitável a afirmação:

> "*A reforma militar de Mario era a oficialização de uma realidade – a proletarização da sociedade romana. O exército passou a ser composto quase que totalmente por cidadãos sem terra, para os quais o serviço militar se tornou um meio de vida. O soldado profissional romano não pode ser confundido com um mercenário. Camponeses privados de terras, seu interesse pelo serviço militar ligava-se principalmente à expectativa de poder iniciar uma nova vida como pequenos proprietários*".[265]

---

[263] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, pp.55-57.
[264] M. Rostovtzeff. *Historia social y econômica del imperio romano*, trad. L. Lopez-Ballestreros, tomo I, Madrid: Espasa-Calpe, 1937, p. 60.
[265] Maria Luiza Corassin, *A reforma agrária na Roma antiga*, São Paulo: Brasiliense, 1988, p.76.

O assassinato do tribuno da plebe, Druso, em 91 a.C., empenhado na promessa de concessão de cidadania aos aliados itálicos, abriria uma nova conflagração, as chamadas guerras sociais, de "*socii*", no sentido de aliados.

Embora tenham os romanos subjugado os revoltosos, a guerra revelar-se-ia desastrosa para a classe dirigente romana, tendo sido apenas definitivamente encerrada com a concessão da cidadania romana àqueles que, num primeiro momento não tivessem se rebelado, ou mesmo àqueles que, tendo deposto as armas, a requisitassem dentro de sessenta dias.

A questão, como coloca Guido Clemente, era a respeito da forma de inserção dos novos cidadãos na estratificada sociedade romana[266]. De fato, como observou J. M. Roberts: " *they* (os "*socii*") *were only pacified with concessions which made nonsense of the notion that the Roman popular assemblies were the ultimate sovereign...*"[267].

Inegável, pois, a diluição das antigas estruturas políticas que, durante séculos, haviam sustentado o poder senatorial.

Abria-se espaço para que um poder militarizado acabasse por se consolidar. Em breve, surge outra liderança, a de Sila.

Do subseqüente conflito entre Mário e Sila, fundado na questão acerca do comando na guerra contra Mitridates, com o apoio popular a Mario e o senatorial a Sila, este último acabaria por sagrar-se vitorioso, num episódio que seria para sempre lembrado pelos romanos, pois "*"em 89 a. C., pela primeira vez foi visto um magistrado sitiar a cidade de Roma e ocupá-la à força....*". Sila acabaria por ocupar a ditadura, com plenos poderes "*o primeiro passo da República rumo ao poder autocrático....*"[268].

Num quadro de tensões constantes, as gestões de Sila acerca da distribuição de terras foi igualmente traumática.

---

[266] Guido Clemente,*Guida alla storia romana*, Milano: Mondadori, 1977, p. 199.
[267] J. M. Roberts, *History of the world*, New York: Oxford Univ. Press, 1993, p. 191.
[268] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p.59.

Sua política de proscrições representou o seu interesse pelos ativos de seus antigos inimigos ou mesmo de proprietários ricos, que acabariam executados e seus bens, por fim, confiscados.

Estas terras foram vendidas aos partidários de Sila: "*as proscrições favoreceram a concentração da propriedade e a formação de latifúndios. Algumas das maiores fortunas de Roma surgiram nesta época*", afirma Corassin[269].

Se, por um lado, Sila acomodava com terras seus antigos aliados, tal mister era realizado mediante o desapossamento de milhares de pessoas, gerando novas massas de camponeses sem terras.

O problema de fundo, portanto, remanescia. Os grandes proprietários de terras nos tempos finais da república, influentes membros de uma economia predominantemente agrária, não nutriam nenhuma simpatia por alterações na estrutura social e constituiriam uma das bases para a implementação do Império[270].

Após a morte de Sila, na repartição de espaços de poder, forma-se, em 60 a. C., o primeiro triunvirato, o conhecido acordo entre as lideranças no conturbado cenário político romano: Crasso, de notória fortuna, de êxito destacado na repressão da revolta servil de Espártaco[271], Pompeu, com os louros obtidos no combate e repressão à pirataria no Mediterrâneo, que comprometia o estratégico suprimento de trigo para Roma, e, por fim, César.

Após ser eleito cônsul, Júlio César inicia a campanha de conquista da Gália e, na porção oriental do Império, Crasso acabaria derrotado.

A instabilidade, fruto da mútua pretensão pelo poder único entre os dois sobreviventes líderes é por demais conhecida, sendo que, após toda uma série de convulsões e guerra civil, Pompeu é derrotado e morto em 48 a.C.

---

[269] Maria Luiza Corassin, *A reforma agrária na Roma antiga*, São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 78.
[270] Cf. Francesco De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, v. IV, Napoli: Jovene, 1974, p. 14.
[271] Oliveira Martins, *História da República Romana*, v. III, Lisboa:Guimarães ed., 1952, p. 19.

César tornar-se-ia senhor único de Roma e encarregar-se-ia, sob a forma de ditador, da reorganização de Roma. Como afirma Corassin:

> "*Recebeu o titulo vitalício de 'imperator', o que lhe dava o controle dos exércitos e, em 44 a.C., tornou-se ditador vitalício..... No comando de 39 legiões e poderoso como jamais alguém o fora antes dele, César empreendeu um vasto programa de reformas.....* " [272]

Entretanto, a morte de César em 44 iria projetar, uma vez mais, o mundo romano diante de uma nova crise. Pirenne aponta a oscilação:

> "*L'assassinat de César replaçait lê monde devant la crise à laquelle el semblait avoir echappé. Serait-il une monarchie universelle établie sur les idées de droit naturel qui s'etaient developpées dans le monde hellénistique, ou un empire asservi à l'aristocracie romaine?*"[273] .

Surge, então, o jovem Otávio, que vinha reclamar a herança de seu pai adotivo e com ela, organizaria o seu primeiro exército, atividade com a qual, iniciaria a sua vida pública, como ele próprio relata em suas *Res Gestae*:

> "*Aos dezenove anos, por minha própria iniciativa e à minha custa, reuni um exército com o qual afastei do estado uma facção que o oprimia...*"[274]

Desde 40 a.C. usa o título de "*imperator*", com o comando supremo do exército, pró-cônsul em 27, dirige as províncias, desde 31 a. C. é cônsul. Como prefeito dos costumes passa a determinar a inclusão e exclusão dos membros das listas dos senadores e cavaleiros.

---

[272] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p. 60.
[273] Jacques Pirenne, *Les grands courants de l'histoire universelle*, vol I, Paris: Éditions Albin Michel, 1950, p. 286
[274] *Res Gestae divi Augusti*, trad. G. D. Leoni, São Paulo: Nobel, 1957, p. 14.

É tribuno do povo, exercendo a "*sacrosanta potestas*", poder contra o qual ninguém poderá atentar.

Será, por fim, pontífice máximo, entre tantas outras magistraturas e poderes[275].

Toda essa notável gama de poderes, concentrados sob a exclusiva autoridade de Augusto, permitiriam o exercício do mais absoluto poder autocrático, jamais conhecido em Roma desde o período da antiga realeza nos primórdios da "*civitas*".

Quanto ao âmbito jurídico, destacam Cruz e Tucci e Azevedo:

> " *a atividade legislativa dos comícios e do senado é substituída pela do príncipe, iniciando-se um processo de unificação das fontes do direito.*
>
> *É lícito, pois dessumir que as novas feições das instituições públicas, devido às evidentes transformações da realidade histórica, exerceram direta influência nos modos de revelação do direito, uma vez que as determinantes do mundo jurídico estavam agora sob única e exclusiva direção*"[276].

Augusto, como pontua também Theodor Mommsen, "*não apenas quis criar uma forma duradoura de estado, como, de fato, a criou*".[277]

---

[275] Antonio G. Mattoso, *História da Civilização*, v. I, 3ª. Ed., Lisboa: Sá da Costa, 1956, p.496.
[276] José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 137.
[277] *Compendio del derecho publico romano*, Buenos Aires: Ed. Impulso, 1942, p.. 264

6.5.1.3. A progressiva inserção da "cognitio" na ordem jurídica imperial

Tradicionalmente, afirma Pietro Bonfante, a nova constituição do Estado foi definitivamente estabelecida, em janeiro de 27 a.C., num ato político dos mais difíceis de serem compreendidos até mesmo nos nossos dias [278], embora como, de igual forma, adverte Rostovtzeff, seja inútil procurar enquadrar os resultados obtidos por Augusto dentro de uma fórmula única[279], o importante é a natureza eminentemente autocrática de sua "*potestas*", que vai propiciar o delineamento de todo um instrumental político e jurídico de acordo com a sua conveniência.

Os eventos de janeiro de 27 a. C., na origem, representam a comunicação de Otaviano ao Senado da sua decisão no sentido de, logo após haver assumido o seu sétimo consulado, desejar restituir a "*res publica*" às mãos do Povo e do Senado.

Com tal ato, ele renunciava aos poderes extraordinários nos quais tinha sido investido, a fim de que pudesse conduzir a vitoriosa guerra contra Marco Antônio.

Porém, um acordo entre Otaviano e o Senado, lhe concederia, além do nome de "*Augustus*", o poder de "*imperium*" sobre as províncias, com a manutenção dos antigos privilégios e honras, como o título de "*imperator*" e, principalmente, aquele que não havia sido renunciado ou retornado, em especial, o "*'ius tribunicium' con la giurisdizione in grado di appello*"[280] .

Assim nos fala o próprio Augusto, em suas "*Res Gestae*", acerca da sessão senatorial de janeiro de 27 a.C.:

---

[278] Pietro Bonfante, *Storia Del diritto romano*, 4ª ed., vol. I, Torino: UTET, 1934, pp. 312-313.
[279] M. Rostovtzeff, *História de Roma*, 2ª ed., trad. W. Dutra, Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967, p.. 165.
[280] Francesco De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, v. IV, Napoli: Jovene, 1974, pp.150-151.

> "*Durante o meu sexto e sétimo consulado, depois de ter feito acabar as guerras civis, tendo assumido o supremo poder por consenso universal, transferi o governo da república, passando-o da minha pessoa às mãos do senado e do povo romano.*
>
> *Em compensação de tudo isso, por decreto do senado, foi-me conferido o título de Augusto...*"[281]

A respeito do momento preciso da introdução da "*extraordinaria cognitio*" na ordem jurídica processual romana, diverge a doutrina especializada, como bem informam Cruz e Tucci e Azevedo, sendo mais plausível, segundo os autores, que a introdução desse novo modelo processual tenha ocorrido de forma progressiva, acompanhando, por assim dizer o ritmo de fortalecimento gradual dos poderes do "*princeps*", para se consolidar, por definitivo, sob a coroa dos próximos imperadores[282], percepção corroborada por Luzzato: "*la 'cognito extra ordinem' si è venuta affermando e sviluppado gradualmente....*"[283]

Armando Torrent, buscando precisar os antecedentes do novo sistema, apontou que, desde o século I a.C., variações relevantes no procedimento tradicionalmente empregado, o formular, já poderiam ser observadas, em especial, nas províncias, evidenciando a adoção de práticas distintas do antigo sistema "*per formulas*", inserido no "*ordo*".

Para demonstrar sua tese, serviu-se do caso ocorrido na Sicília, relatado na acusação de Cícero contra Verres, o governador provincial.

Na hipótese analisada, tratou-se de um processo movido pelos habitantes locais que exigiam de Heráclito de Siracusa, um nobre e rico personagem, o cumprimento de obrigações específicas por ele assumidas em prol da comunidade, como condição de recebimento de uma determinada herança.

---

[281] *Res Gestae divi Augusti*, trad. G. D. Leoni, São Paulo: Nobel, 1957, pp. 45-46.
[282] José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, pp. 138-139.
[283] Giuseppe Ignazio Luzzato. *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"*, v. I, Bologna: Casa Editrice Prof. Riccardo Patron, 1965, p. 10.

Ao final, embora tendo recebido a referida herança, Heráclito não cumpriu a contraprestação à qual tinha se obrigado, no caso, a construção de estátuas, fazendo com que os interessados viessem a juízo exigir o cumprimento da obrigação assumida.

Cícero acusa Verres, entre outros crimes, de intervir, de forma indevida (e tendenciosa), em favor de Heráclito, na condução do processo[284]. A polêmica que serve de pano de fundo para Torrent, é, pois, a possibilidade de as variações verificadas na condução do processo, com forte e pessoal intervenção do governador, representarem, outrossim, novas formas procedimentais, já em utilização nas províncias, como por exemplo, entre vários elementos desviantes contidos na acusação ciceroniana, o fato de Verres ter indicado juízes de sua confiança, delegados, para o julgamento da causa, em lugar da tradicional consulta ao álbum de escolha livre de cidadãos ou eventual sorteio, bem como o fato de previsão de ocorrência de lide em contumácia, ou seja, processo fluindo mesmo na ausência do demandado, o que não era possível no sistema do "*ordo*", e ainda pelo fato de ter ocorrido uma variação da forma até então empregada de aviso dos termos da demanda ao réu, a denominada "*editio actionis*", antes realizada, em caráter privado, pelo autor ao réu, a qual no caso, foi substituída por uma forma oficial de notificação, inspirada, provavelmente em elementos do direito helenístico, denominada "*dicarum scriptio*".[285]

Há, pois, segundo Torrent, a possibilidade de a prática judicial provincial, plasmada de variações no iter processual tradicional, ter oferecido fértil paradigma para a implantação de um novo procedimento, de natureza interventiva das autoridades romanas, mais oficial que privada, sem, contudo, destacar, com cautela, que o quadro ciceroniano bem pode demonstrar um claro exemplo: "*de las deformaciones que sufre el procedimiento em funcion de las exigências locales, y no hay que perder munca de vista las interconexiones, clarísimas en el caso de Verres, entre procedimiento y autonomia locales*." [286]

---

[284] Ressalvada a notória intenção de Cícero em carregar as cores, afastando-se, em larga escala da objetividade, contra Verres, bem exprimida no Exordio da *IV Oratio* contra Verres: "*Entrarei agora, Senhores, a tratar daquilo a que Verres chama diligência, seus amigos achaque, os sicilianos latrocínio...* " Cf. Cícero, *Orações*, IV Verrinas, trad. A. Joaquim, Rio de Janeiro, W.M. Jackson, 1964, p. 261.

[285] V. as ponderações de Umberto Bara Bresolin acerca dos contornos particulares da lide contumacial no processo romano em suas diversas fases, com cuidadosa perspectiva histórica. Cf. Umberto Bara Bresolin, *Revelia e seus efeitos*, São Paulo: Atlas, 2006, pp. 11-15.

[286] Armando Torrent, "L'eredità di Eraclito di Siracusa e le origini della "cognitio extra ordinem", in: *Atti del II Seminario Romanistico Gardesano*, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 177-188

Luzzato apontou para o fato de que a praxe provincial no Egito já apresentaria forte conteúdo de demonstração da autoridade do "*princeps*":

> *" il 'praefectus Aegypti', e cioè l'organo giurisdizionale per eccelenza dopo la conquista romana, esercita una giurisdizione delegata che non è, in sostanza, se non la manifestazione della volontà del 'princeps legibus solutus', del quale il prefetto stesso è l'organo..."*[287].

Apenas, conveniente ressaltar, que a conquista definitiva do Egito ocorreu ao tempo de Otávio, como já afirmado. Alias, foi um de seus grandes triunfos ao derrotar Marco Antonio.

Sabe-se que ao tempo de Cícero havia, por assim dizer, uma certa crise no plano do direito, com reflexos no plano processual, a reclamar meios menos rígidos de procedimento para facilitar, ao final, o florescente trânsito negocial, como destacou Riccobono:

> "*Il processo formulare, diviso in due stadi, 'in iure' , 'in iudicio' perpetuava istituti e norme rigorose che erano proprii del processo primitivo ed ormai in contrasto con una agile sollecita e sana amministrazione della giustizia. Sopratutto, gravi lacuni si riscontravano nell'ordine giuridico che esperienza di ogni giorno nel sviluppo della vita sociale e l'imponente e vivace movimento di persone, di affari e di merci metteva in evidenza*".

Ainda segundo o mesmo autor, apontando para a maior atuação do magistrado oficial como determinação das medidas do "*princeps*": "*e questo spiega almeno l'inizio della 'cognito extra ordinem' che si riporta ad Augusto, inaugurata al principio del suo reggimento della 'res publica'.*"[288]

---

[287] Giuseppe Ignazio Luzzato, "In tema di origine nel processo "extra ordinem"- lineamenti critici e ricostruttivi", *in*: *Studi in onore di Edorado Volterra*, vol II, Milano: Giuffrè, 1971, p. 684.
[288] Salvatore Riccobono, "*Cognitio extra ordinem", nozione e caratteri*, s/d, s/e, pp. 277-293.

Portanto, a partir da instauração do principado, para aquilo que nos interessa nesse ponto, ressalvadas as múltiplas variações que o tema da origem precisa do novo sistema comporta na historiografia, os modelos tradicionais de procedimentos judiciais, até então vigentes, ou predominantes, no período do "*ordo iudiciorum privatorum*", começariam a sofrer sensíveis alterações por atuação direta e intencional do "*princeps*".

O sistema do procedimento da "*cognitio extra ordinem*", de todo excepcional, permitia a eliminação da antiga bipartição de rito, fazendo com que, a partir de agora, tais causas especiais fossem julgadas por meio de um novo procedimento, a se desenrolar em fase única, conduzido, do início ao fim, por um exclusivo e especialmente designado magistrado estatal.

Se, no âmbito do antigo sistema do "*ordo iudiciorum privatorum*" o sentido da expressão "*cognitio*" significava o conhecimento da causa para o julgamento da demanda, atividade intrinsecamente ligada à primordial função exercida por aquele cidadão que julgava como juiz privado, o "*iudex*", agora, a partir da introdução do novo sistema, a expressão assume contornos nitidamente publicísticos, relacionados com uma atividade judicial na órbita de poder do monarca, como afirmam Cruz e Tucci e Azevedo: "*consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano: 'ex autoritate principis'.*"[289]

Nas hipóteses previstas, haveria apenas um funcionário estatal a conduzir o processo, incumbido de proferir o julgamento: o magistrado estatal, ligado, por óbvio, aos quadros burocráticos do Império, sob o comando direto do poder imperial.

Não é por outra razão que Sohm afirmava, "*desde la fundación del Principado, todos los litígios del imperio pueden someterse a la decisón del principe, el cual conoce y falla en cuantos asuntos se le defieran....* "[290]

---

[289]José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 140.

[290] Rodolfo Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano – História y Sistema*, trad. W. Roces, 17ª ed., Madrid: Tipograffa Artistica, 1928, p. 678.

Augusto não busca, num primeiro momento, confrontar as estruturas jurídicas tradicionalmente estabelecidas e consolidada nos "*mores*", para o julgamento das causas, tanto é que, como afirmado, em 17 a.C. é legalizado o procedimento "*per formulas*", que servirá de instrumento, na maioria dos casos, para a aplicação do tradicional "*ius civile*" ou das matérias contidas no "*edito*", como acima referido.

Entretanto, e nesse ponto reside a particularidade da intervenção do "*princeps*", a partir da época augustana, casos excepcionais, que não encontravam tratamento jurídico nem no "*ius civile*" [291], nem nas previsões dos editos dos pretores, como o caso do "*fideicommissum*"[292], começaram a ser tratados de forma particularizada, mediante um procedimento de conhecimento diferenciado do tradicional, de "*extraordinaria cognitio*".

Que a matéria dos fideicomissos escapava ao tratamento tradicional do "*ius civile*" é afirmado pelo jurisconsulto Ulpiano:

> "*1. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.2.Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: " Fidei comitto, peto, volo dari" et simila....*"[293]

Assim sendo, como exemplifica Alejandro Guzmán Brito, caso um "*pater familias*" houvesse encarregando um herdeiro ou legatário de cumprir disposições em favor de determinada pessoa, o beneficiário do fideicomisso, tal "obrigação" (em sentido lato) não era prevista (e o seu descumprimento, portanto, não era sancionado legalmente) pelo sistema jurídico do "*ius civile*", ou seja, não sendo jurídica, fundava-se apenas na fé, na "*fides*" daquele a quem incumbia atender a solicitação, por isso eram denominados fideicomissos:

---

[291] "*Era quella disposizione di ultima volonta, di per sé inidonea a produrre effetti secondo il* ius civile...".Cf, Federico del Giudice e Sergio Beltrani, *Nuovo Dizionario Giuridico Romano*, 2ª ed., Napoli: Edizioni Simone, 1995, p.206.

[292] "*No D. Rom., do período clássico, chamava-se fideicomisso, a disposição de última vontade, pela qual o testador encarregava ao seu herdeiro (fiduciário) de restituir no todo ou em parte, e em dado tempo, a uma terceira pessoa (fideicomissário), a herança recebida*". Cf. V. César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, 1º volume, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1957, p.261.

[293] *Regras de Ulpiano*, 21.1 e 25.2. "*fideicomisso é o que se deixa não com palavras formais, mas de modo exortativo; não se procede do rigor do direito civil e sim é pela vontade do* de cuius *que se dá. 2.estas em geral são as palavras usadas nos fideicomissos: Confio á tua fé, peço,quero que se dê" e semelhantes*.".Cf. *Regras de Ulpiano*, tradução Gaetano Sciascia, São Paulo: Industria Gráfica Siqueira, 1952, pp. 94-95.

> "*et ideo fideicommissa appelata sunt, quai nullo vinculo iuris, sed tantum pudore corum, qui rogabatur, continebantur* "[294]

Em termos práticos, não havia, nos primeiros tempos, como consta do "*Corpus Iuris Civilis"*, no ordenamento jurídico qualquer mecanismo, qualquer *"actio"* disponível, que permitisse ao beneficiário fazer valer, com a possibilidade de coerção estatal, os direitos que lhe tinham sido outorgados, uma vez que ninguém era obrigado contra sua vontade a cumprir as disposições que lhe haviam sido apenas solicitadas, sem a ocorrência das formalidades tradicionais que eram hábeis a vincular as partes, juridicamente, criando a "*obligatio"*:

> "*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestere id, de quo regatus erat*"[295]

Assim sendo, "*por primera vez, Augusto ordeno que se diese um recurso com tal finalidad, y encomendo a los consules el conoscimiento del asunto"*[296].

O *"princeps"*, portanto, intercedeu diretamente e, com isso, deu ensejo à institucionalização de uma nova forma de se proceder, uma nova forma de fazer com que um magistrado especialmente designado, no início os próprios cônsules, pudesse conhecer, fora da ordem tradicional, do assunto em questão: "*Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim concersum est in assiduam iurisditionem; tantusque eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant."*[297], ou seja, como tal medida pareceu justa e popular,a intervenção converteu-se em jurisdição permanente e se criou um pretor especial,o pretor dos fideicomissarios.

---

[294] *Institutas*, 2.23.1:" *y por eso se llamaron fideicomisos, porque no se apoyaban en ningún vinculo de derecho, sino tan solo en la honradez de los que eran rogados*.". vide: *Corpus Iuris Civilis, Cuerpo de Derecho Civil Romano, Institutas*, trad. Ildefonso L. Garcia Del Corral, Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889, tomo I, p. 74, cf. re-edição, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004..

[295] *Institutas*, 2.23.1, *caput*."Nos primeiros tempos os fideicomissos não tinham nenhum valor, já que ninguém era obrigado a fazer aquilo que neles era pedido".

[296] Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 265.

[297] Institutas, 2.23.1.

Portanto, toda vez que um beneficiário de um fideicomisso – o fideicomissário - não conseguisse receber o seu legado voluntariamente por parte do fiduciário encarregado da entrega, poderia ele agir pelo novo procedimento, perante o pretor especialmente criado para a matéria e exigir, juridicamente, o que lhe era devido:

> *"Augusto estabilì che, nel caso de inadempimento, particolarmente riprovevole, il beneficiário del fedecommesso potesse agire extra ordinem, rivolgendosi ad uno especiale pretore, il' praetor fidecommissarius'...."*[298]

A iniciativa de Augusto é destacada nas Institutas, de Justiniano, com a menção de que o príncipe teria ordenado aos cônsules[299] que interpusessem a sua autoridade para resolver, extraordinariamente, as querelas acerca de fideicomissos:

> *"Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretus, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere".*[300]

Paulatinamente, a forma de intervenção extraordinária dos magistrados iria abranger matérias outras que os fideicomissos:

> *A partir de entonces, paulatinamente se fue ampliando el circulo de matérias que podiam ser sometidas al conoscimiento de magistrados, algunos de ellos creados especialmente, como el praetor fideicommisarius, el praetor de libertatis causis.*

---

[298] ...Cf, Federico del Giudice e Sergio Beltrani, *Nuovo Dizionario Giuridico Romano*, 2ª ed., Napoli: Edizioni Simone, 1995, p.206.

[299] Augusto teria encarregado os cônsules no sentido não apenas com o objetivo de se cumprirem os fideicomissos, porém, para decidirem quando não deveriam eles ser cumpridos. Muito embora, como informa Declareuil, "*su jurisprudencia se inclinó cada vez más en favor de la ejecución*". Cf. J. Declareuil, *Roma y la organización del derecho*, 2ª ed., trad. J. Lopez Peres, Mexico: Union Tipografica Editorial Hispano Americana, 1958, p. 288

[300] *Institutas*, 2.23.1., na tradução de Spencer Vampre, acerca do comportamento de certas pessoas que teriam propiciado a intervenção de Augusto : " *ou por causa da extraordinária perfídia de certos indivíduos...*" Cf. Spencer Vampre, *Institutas do Imperador Justiniano,- traduzidas e comparadas com o Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Livraria Magalhães, 1915, p. 137.

A "*cognitio extra ordinem*" acabaria, com o tempo, por se tornar o procedimento mais abrangente da justiça cível, sem, contudo penetrar formalmente no "*ordo*", eliminando, progressivamente, com a ampliação das hipóteses de cabimento, a possibilidade de ingerência daquele antigo juiz particular, o "*iudex*", que desaparece junto com o procedimento formular. Este, por sua vez, cai em desuso por primeiro nas províncias, sendo extinto, definitivamente, em 342 d. C, conforme consta do Codex 57.1, na Constituição dos imperadores Constancio e Constante.

O sistema do "*ordo iudiciorum privatorum*", como acima destacado conviveu durante alargado período, simultaneamente, com a da "*cognitio extraordinem*".

A sobreposição de dois sistemas processuais pode ser constatada pelo fato de que o processo extraordinário nasce, como visto, de forma excepcional, a partir de Augusto, sendo certo que no mesmo momento o sistema "*per formulas*", pertencente ao "*ordo*", já vigia desde a legislação Aebúciana (por volta de meados do século II a.C.), tendo sido institucionalizado por ato do próprio *princeps*, em 17 a.C., com reorganização judicial levada a cabo pelo monarca por meio da "*Lex Iulia privatorum*"[301].

Como salientado, na sistemática do "*ordo*", no processo formular, a sentença proferida pelo "*iudex*", cidadão privado, era ato irrecorrível resolvendo a causa ao ser prolatada com uma declaração de procedência ou improcedência. Resolvia-se assim, naquele momento, de forma definitiva, com a "*sententia*" do "*iudex*", a questão posta em juízo, do ponto de vista da condenação ou absolvição. Por ser indiscutível, tal decisão era proveniente de um cidadão romano, livremente eleito pelas partes, que tinham se comprometido perante o pretor, por meio da uma especial solenidade denominada "*litis contestatio*", a aceitar o "*decisum*" que viesse a ser proferido pelo "*iudex*", julgando soberanamente os seus pares, inconcebível em tal sistemática a existência de um recurso, como mecanismo ordinário de revisão das decisões.

---

[301] Para uma visão ampla do provável conteúdo da referida lei augustana, com a análise de aspectos e institutos processuais, inclusive acerca do objetivo de implementar uma menor duração ao tempo no processo, vide a recente obra de Federica Bertoldi, *La "Lex Iulia Privatorum"*, Torino: Giappichelli, 2003, "*passim*".

Entretanto, a intervenção do "*princeps"* na ordem processual, com a viabilização da "*extraordinaria cognitio"*, como visto, implicou um novo procedimento, inteiramente conduzido e concluído por um funcionário oficial, o magistrado[302].

Esse funcionário estatal, em contraposição ao "*iudex"* privado, estava inserido nos quadros da burocracia imperial, subalterno, por óbvio, à autoridade daquele que se postava na mais alta posição de poder, ou seja, o próprio imperador,

Nesse exato sentido informam Cruz e Tucci e Azevedo:

> "*à época do principado, como corolário lógico da nova organização judiciária, estabelecida segundo um critério hierárquico tendo no vértice o imperador como suprema autoridade, surge a 'appellatio' que, pela praxe reiterada, passaria a ser conceituada como remédio ordinário contra a injustiça substancial do julgado*."[303]

Assim, num primeiro momento, por força da própria circunstância hierárquica do principado, ou seja, de personalização de poder máximo exclusivamente na figura do imperador, surgiu a praxe de que as sentenças proferidas pelo magistrado oficial, no âmbito da *extraordinaria cognitio*, ao que parece, já sob Augusto, se tornassem passíveis de reapreciação pelo nível hierárquico imediatamente superior, no início, o próprio *princeps*, como afirmado, postado soberanamente no vértice dos quadros imperiais, posteriormente, pelos quadros dos tribunais imperiais.

Enfim, a última palavra acerca do direito a ser aplicado à espécie era a do "*princeps"* e, por suposto, a vertente adotada obedeceria, numa perspectiva ampla, os interesses do Império, ou seja, seus interesses.

---

[302] A atuação do "*princeps*" foi, por igual, meticulosa no campo penal. Confira-se, neste âmbito, a análise dos Editos dos Cirineus, empreendida por José Rogério Cruz e Tucci, cf. "Processo penal provincial (Editos aos Cirineus), *in: Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 17-24.

A temática da hierarquização dos funcionários imperiais, em especial os encarregados da aplicação da justiça é destacada por Cuenca, afirmando que "*cuando Augusto crea distintas classes sociales y magistrados superiores, la apelación surge espontaneamente como uma necesidad...*"[304]

A localização da introdução da "*appellatio*" sob a coroa de Augusto é usual na doutrina romanista, em razão do quadro favorável que teria sido criado com a instituição do sistema da "*extraordinaria cognitio*" e a conseqüente hierarquização da justiça. Porém, como afirma Azevedo no estudo que realizou acerca da gênese remota no antigo direito processual romano do instituto jurídico da apelação,

> "*fixar, todavia, qual o momento da sua introdução; já se torna bem mais difícil; isto porque nem sempre se pode afirmar, com segurança, pelo estudo dos textos, e os mesmos se referem ao processo do 'ordo iudiciorum privatorum' ou da 'extra ordinem'*"[305]

Suetônio relata a interessante passagem da qual se extrai que Augusto tinha o hábito de render, com assiduidade, justiça, às vezes até tarde, ainda que cansado, ou colocando sua liteira diante do tribunal ou mesmo na sua cama, em casa:

> " *Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnumquam, si parum corpore ualeret, lectica pro tribunali collocata uel etiam domi cubans.*"[306]

O passo citado de Suetônio aponta que teria Augusto, pessoalmente, intervindo no julgamento de determinadas causas, muito embora o autor pretenda com isso mais demonstrar a parcimônia e extrema indulgência do "*princeps*" que, propriamente, descrever uma atividade recursal.

---

[303]José Rogério Cruz e Tucci. *Lições de História do Processo Civil Romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 150.
[304] Humberto Cuenca, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires: EJEA, 1957, pp. 106-107.
[305] Luiz Carlos de Azevedo, *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*, São Paulo:FIEO, 1976, p.44.
[306] Cf. Suetonii, "*Divvs Avgvstvs*", *in*: *De Vita Caesarum*, XXXIII.. V. SUÉTONE. *Vies des douze Cesars*, tome I, *trad. H. Ailloud, 12a ed.*, Paris: Les Belles Lettres, 1954, pp. 91.

Segundo Suetônio, Augusto teria intercedido num caso de parricídio para evitar que fosse aplicada ao culpado, de forma inexorável, a antiga pena de ser ele costurado num saco de couro (juntamente com uma víbora, um galo e um macaco) e lançado, posteriormente, às águas para conseqüente afogamento.

A referida pena era aplicada aos réus que confessassem o crime, portanto, Augusto teria, com o escopo de evitar a aplicação de tão drástica pena, interrogado o réu nos seguintes termos: "*certe patrem tuum non occidisti*? ", ou seja: "*com certeza você não matou o seu pai* ?". Afastando a confissão, afastaria o monarca a aplicação automática da cruel pena de morte por costura no saco de couro.

Sempre no mesmo passo, Suetônio parece indicar que o "*princeps*" teria até mesmo alterado o procedimento de um julgamento nos moldes do processo formular.

Como se sabe, a função do pretor neste processo era a de preparar o julgamento posterior pelo "*iudex*".

O pretor preparava, com os elementos da causa, a fórmula que seria inscrita em tabletas e, em seguida, remetida ao "*iudex*" para julgamento. A fórmula, entre outros elementos, consistia numa instrução final ao "*iudex*" que pode ser resumida, quanto aos seu aspecto de possibilidade decisória, nos seguintes termos: "*Iudex*, se lhe parecer que assim ocorreu, condene; caso contrário, absolva".

Suetônio narra que num caso de falso testamento, no qual os envolvidos eram passíveis das penas previstas pela "*Lex Cornelia*" (provavelmente, Suetônio queria referir-se à "*Lex Cornelia de falsariis*", emanada pelo ditador Silla, por volta de 81 a. C., que cominava para os casos de subtração destruição ou alteração (falsificação) de testamento, o "*interdictio aqua et igni*", banimento definitivo para fora do território romano, com a perda de qualquer capacidade jurídica, uma verdadeira morte civil. No caso em tela, segundo o autor, Augusto teria feito com que fossem remetidas ao julgador da causa não apenas as duas fórmulas tradicionais de absolvição ou condenação, mas também uma "terceira" que permitiria a graça aos que tivessem sido vítimas de uma fraude ou cometessem erro, mitigando, portanto, o rigor das penas da lei para os referidos casos excepcionais:

> "*et cum falso testamento ageretur omnesque signatores lege Cornelia tenerentur, non tantum duas tabellas, damnatoriam et absolutoriam, simul cognscentibus dedit, sed tertiam quoque, qua ignosceretur iis, quos fraude ad signandum uel errore inductos contitisset*".

Entretanto, ao final do mesmo passo, Suetônio trata especificamente da matéria das "*appellationes"* e afirma que para julgar os processos de apelações, Augusto delegava os seus poderes ao pretor urbano (em Roma) e a um antigo cônsul (em cada uma das província):

> "*appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano, at prouincialum consularibus uiris, quos singulos cuiusque prouinciae negotiis praepossuisset*".

Ao comentar o referido passo, Orestano procurou afirmar que o termo "*appellationes"*, na narrativa de Suetônio, não poderia possuir o significado técnico, no sentido de apelação [como mecanismo técnico-jurídico recursal destinado à reapreciação por outro órgão judicante de causas já submetidas a um primeiro julgamento], sentido que assumiria apenas em momento posterior, estando, segundo quer o autor, mais a significar um modo genérico de atuar, pelo qual os demandantes solicitavam a intervenção do imperador, seja para uma interferência ainda com a causa em curso, seja para uma intervenção após a causa estar julgada[307].

Porém, como afirma como afirma P. Southern:

> "*He took on judicial functions, attending the courts sometimes as onlooker and sometimes hearing cases himself*", concluindo, a seguir: "*it was probably inevitable that he or his successors would assume the place of supreme judge….* " [308]

[307] Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino: Giapichelli,1966, p. 199.
[308] Pat Southern, *Augustus*, London: Routledge, 2001, p. 196.

De qualquer forma, seja como uma prática excepcional de se solicitar ao "*princeps"* uma intervenção direta nas causas, seja como uma reapreciação da matéria decidida em juízo, nas hipóteses de julgamentos "*extra ordinem"*, o fato importante, é o de que, sob Augusto, recolhem-se as primeiras notícias desse especial mecanismo processual, a "*Appellatio"*, embora, em tal tempo, de contornos imprecisos e não bem sistematizados, não tardaria a amadurecer e se tornar o meio ordinário de impugnação de sentenças.

A relevância do recolhimento das primeiras notícias da "*Appellatio"* sob Augusto reside no fato de que há grande possibilidade de o instituto estar ligado diretamente às transformações operadas no principado, principalmente com o surgimento de uma crescente hierarquização na justiça.

Entretanto, Mommsen entende que a justiça real, como instância de graça, ínsita a qualquer sistema autocrático que permite a detenção do poder exclusivamente na mão de um exclusivo soberano, já despontava com César.

O imperador, segundo o autor, como tribuno da plebe, tinha a faculdade de anular qualquer decisão judicial nos assuntos civis e privados, depois de avocar a causa em razão de sua competência soberana.

Segundo ele, tal modalidade concorria com a jurisdição ordinária, "*criava César uma espécie de tribunal de alçada*", não deixando de arrematar:

> "*A decir verdad, estos nuevos princípios no rigen ni se manifestan por completo hasta el reinado de Augusto, pero como estas notables reformas judiciales se hallan contenidas, por decirlo así, en la instituición imperial, tal como César la fundó, nos parece oportuno referislas también a él*"[309]

6.1.5.4. A síntese de Max Kaser acerca das características processuais da "cognitio extra ordinem"[310]

Dúvida não pode haver, como bem aponta Max Kaser, que com a introdução do novo tipo de processo, o da "*extraordinaria cognitio*", começa uma nova fase, uma nova era no processo civil romano.

A ruptura sistêmica provocada por tal inflexão demonstrou ser mais profunda que as alterações trazidas quando da passagem do primitivo sistema das ações da lei para o formular.

A diferença principal entre o "*ordo*" e a "*cognitio*", como acima tratado, permitimo-nos insistir, residia no fato de que, no sistema do "*ordo*", compreendendo, pois, tanto o sistema das "*legis actiones*" como o "*per formulas*", havia a obrigatória bipartição do iter procedimental, duas fases distintas em cada processo.

Como asseverado, culminava a primeira fase, a "*in iure*", com o encerramento das atividades até então conduzidas pela autoridade estatal, "*magistrado- funcionário*", no dizer de Cruz e Tucci[311].

A segunda fase a ser instalada para a continuidade do processo judicial, denominada "*apud iudicem*" ou "*in iudicium*", ocorria perante o "*iudex*", como sabido um particular, escolhido pelas partes ou sorteado.

---

[309] Theodor Mommsen, *Historia de Roma*, t. II, trad. G. Moreno, Buenos Aires: J. Gil Ed., 1953, p. 1880.
[310] Cf. Max Kaser, "Gli inizi della 'cognitio extra ordinem'", trad. Tullio S. Vigirita, in: *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli: Jovene, 1976, pp.499-527.
[311] José Rogério Cruz e Tucci, *Jurisdição e Poder-contribuição para a história dos recursos cíveis*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 28.

Portanto, a condução da segunda e derradeira fase competia a um órgão judicante, singular ou, quando necessário, colegiado[312], que não pertencia aos quadros da magistratura estatal. Sua função era, sem dúvida, de excepcional relevância, competindo-lhe a importante fase instrutória, ou seja, a admissão, produção e valoração da prova, e por fim, o ato culminante do processo, a prolação da sentença, a decisão da causa. Porém, sua natureza era eminentemente particular.

A implantação do sistema da "*cognitio*" vem a romper tal paradigma. Agora o magistrado estatal será encarregado de conduzir o processo, de cuidar da fase probatória e, com base nesses elementos, proferir a decisão.

Na sistemática da "*cognitio*", por outro lado, a sentença revestir-se-ia de um comando oficial, emitido por um funcionário estatal, segundo Cruz e Tucci "*em que se descortinava a vontade do soberano*"[313]

Por igual, podia também o magistrado oficial nomear um julgador, porém tal nomeação seria facultativa. Cabendo tal escolha, nessa última hipótese exclusivamente ao magistrado estatal, verifica-se que não mais incumbirá às partes a possibilidade de escolha, como até então vinha ocorrendo, do julgador de sua causa.

Percebe-se, pois, o viés publicista, enquadrando-se a atividade jurisdicional, agora de forma abrangente, como uma prerrogativa pública, um ato de poder e não mais de atuação privada.

A presença do funcionário imperial resta mais evidente em Roma, onde a condução das causas não incumbe aos pretores urbano ou peregrino, porém, em um primeiro momento aos cônsules, depois a funcionários especialmente designados, sendo que, de preferência, assumirá a condução da causa o *praefectus urbi*, magistratura ligada, diretamente, ao círculo de poder imperial.

---

[312] Como nos casos de competência não do "*iudex unus*", porém dos "*recuperatores*", dos "*centumviri*" ou "*decenviri*", na esfera da jurisdição civil.
[313] José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004, p.54.

E assim resta conceituada a "*cognitio extra ordinem*" como um procedimento tipicamente imperial, independente de ser a matéria civil ou penal.

Entretanto, nesse campo especial de processo, não podem ser incluídos os procedimentos ditos "especiais" na jurisdição ordinária do pretor urbano ou peregrino, como o processo interdital, a "*restitutio in integrum*", as "*missiones*", em especial a "*missio in possessionem*", entre outros.

Todos esses mecanismos pertencem, de fato, ao espectro da atuação complementar do pretor e assim permanecerão.

Trata-se, em linhas gerais, dos meios complementares de tutela pretoriana, aos quais já se fizeram referências, vocacionados a permitir que o pretor mitigasse iniqüidades.

De igual forma, não podem estar compreendidos no âmbito da "*cognitio*" os atos de competência exclusiva do pretor, em razão de ser ele, e não o "*iudex*", o detentor do poder de "*imperium*"[314], como por exemplo na condução dos atos de oferecimento da tutela executiva ou aquelas hipóteses nas quais o pretor oferecia um "*decretum*".

Ainda que todas essas atividades, principalmente os "*interdicta*", pudessem ter, de alguma forma, modelado uma maior atuação discricionária dos magistrados, oferecendo, no futuro, provavelmente, as bases concretas para a ampliação dos seus poderes instrutórios, escapavam, por completo, da natureza excepcional da "*cognitio*".

Logo, Kaser não hesita em afirmar que é essencial à jurisdição "*per cognitionem*", o fato de ela fundar-se na autoridade e poder do *princeps*. Assim sendo, identifica o autor três modalidades distintas de "*cognitiones*".

---

[314] Os atos de execução, seja na modalidade primitiva, os de natureza corporal contra o próprio devedor, seja após a "*Lex Poetelia Papiria*", que eliminou o "*nexum* "e fez migrar a execução do corpo para o patrimônio do devedor, apenas podiam ser deflagrados pelo *pretor*, detentor do "*imperium*", do qual o "*iudex*" era despojado. Inconcebível, pois,na mentalidade romana, que atos tão graves como a sanção corporal, que podia chegar até a morte do devedor e, posteriormente, o desapossamento de seu patrimônio, pudessem ser autorizados por pessoa diversa que o detentor do "*imperium*". Vd, nesse sentido, *passim*, José Rubens de Moraes, *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, dissertação, USP, São Paulo, 2005.

A primeira delas, a "*cognitio extra ordinem*", em sentido restrito, seria aquela na qual o pretor nega a jurisdição ordinária, como por exemplo, a hipótese tradicional dos fideicomissos.

A segunda delas, seria a atividade jurisdicional do próprio "*princeps*", como, por exemplo, mediante o julgamento da "*appelatio*", seja em última, seja, esporadicamente, em primeira instância ou pelo manejo da "*intercessio*".

E, por fim, a terceira modalidade seria a praxe procedimental provincial, a jurisdição provincial, onde, por primeiro, introduziu-se o processo formular, que, por sua vez, acabaria por sofrer deformações estruturais.

Embora distintas as espécies, pertencem elas a um único gênero, para o qual destacam-se regras procedimentais mais ou menos unitárias, como, por exemplo, a citação oficial, em lugar da particular e as conseqüências da contumácia, como antes advertido, não admitida na estrutura do "*ordo*".

A matéria dos fideicomissos, uma entre as várias hipóteses jurídicas remodeladas por Augusto, não deixa de evidenciar o aspeto revolucionário e inovador da atuação do "*princeps*".

A nova sistemática "*extra ordinem*" introduzida por Augusto acerca dos fideicomissos contrariava, frontalmente, os ditames do antigo e tradicional direito sucessório, uma vez que se fundava exclusivamente, como visto, numa manifestação, numa súplica do testador, despojada da tradicional formalidade essencial.

Kaser afirma que Augusto, aconselhado por Trebazio Testa foi, de fato, bastante inteligente, pois, a fim de evitar que as novas medidas fossem obstruídas por algum pretor ou jurista mais conservador, de visão formalista, encarregou a condução das medidas aos cônsules, magistrados de mais destacado posicionamento hierárquico, ligados, destarte, à sua direta autoridade e supervisão.

Ou seja, como aponta Kaser, a nova forma procedimental era, de fato, uma inegável concessão do Estado, para a qual, na sua gênese, como quer demonstrar Augusto, estaria a tutela do bem comum, conduzida, intencionalmente, pelo próprio *"princeps"*, que demonstra a sua firme vontade no sentido de que os cidadãos, os jurisdicionados, tivessem na sua pessoa a mais plena confiança, afinal, seu objetivo ao tratar da coisa publica seria o bem da coletividade.

Dessa forma, embora antes pudessem as partes recusar, eventualmente, o "*iudex"* indicado para o julgamento da sua causa, sob a suspeita de parcialidade, tornava-se, agora, impossível a recusa ao julgador final, no caso, o próprio "*princeps"* ou os que agiam em delegação de sua autoridade.

Assim afirma Kaser, "*con le sue radicali innovazioni, Augusto passa sopra ai principi consacrati della giurisdizione tradizionale, lo guida in cio il motivo della opportunità, che egli persegue con mezzi assai più energici di quelli che l'ordinamento republicano conosceva.*"

Destarte, entende-se que o novo sistema processual das "*cognitiones"* tenderá a assumir relevância e, ao tempo de Diocleciano, com o desgaste experimentado pelo processo formular, acabará a "*cognitio extra ordinem"*, em razão da ampliação de suas hipóteses de cabimento, e paralelamente o fortalecimento do poder imperial, por se tornar o procedimento padrão.

Kaser, entretanto, afirma que, com Constantino, tudo vai mudar. Pois uma nova época para o direito processual irá ter lugar:

> "*il regresso culturale e morale rende illusoria la liberta di giudizio su cui si era fondato il sistema del processo cognitorio clássico: un sistema a maglie larghe, precisato solo nelle sue grandi linee.*
>
> *Ora deve di nuovo intervenire lo Stato com una regolamentazione particolareggiata che,come restringe la discrezione del giudice, cosi anche prescrive esattamente alle parti il loro comportamento processuale.*

> *Questa legislazione minuziosa, per più versi insufficiente e insoddisfacente, con una quantità di aprticolari concreti, conferisci un nuovo volto al diritto processuale tardo-romano.*
>
> *I suoi tratti non si lasciano, mi sembra, riconoscere esattamente, se, come è stato fino ad ora usuale, il procedimnto cognitorio clássico e quello postclassico venganno trattati come um sistema unitário.*
>
> *Confrontata con quella del período della decadenza, la 'cognitio' clássica si dimostra invero pur sempre come l'espressione della superiore arte giuridica romana al livelo della sua più alta floritura*".

Assim, numa visão prospectiva, com as importantes alterações que advirão ao tempo de Constantino, o regramento da "*cognitio*", como procedimento judicial padrão, seria transportado, em suas linhas gerais, para o inconsistente universo jurídico que se instauraria na Europa, com as invasões dos povos germânicos.

Os novos elementos provenientes da tradição barbárica, que no mais das vezes representavam um processo rude e de natureza assemblear, distante, portanto, das sofisticadas construções dogmáticas desenvolvidas pelos romanos, iriam oferecer, como elemento de mescla, nova base para a construção de uma tradição jurídica a partir do século V.

Posteriormente, com as estruturas recolhidas e desenvolvidas pelos juristas do *Corpus Iuris Civilis*, elaborado, por ordem de Justiniano, na parte oriental do Império, devidamente reinterpretadas a partir do século XI, nas Universidades, teríamos, um reviver da *cognitio*, contribuindo, para a formação jurídica da ciência processual.

6.5.1.5. A ideologia subjacente e os reflexos no campo probatório experimentados pela transposição do "ordo" para a "cognitio" – a prova na "cognitio extra ordinem"

Mais do que todos os aspectos circunstanciais geralmente apontados na análise das duas modificações geralmente apresentadas, quais sejam, a eliminação da atuação do "*iudex"* particular, por meio da inserção de magistrados funcionários imperiais, unificando a instância, e a possibilidade de se recorrer diretamente para o "*princeps*", por meio da "*appellatio"*, o fato que merece destaque, no nosso sentir, é o de que, tanto numa vertente como na outra, subjacente às idéias mais evidentes (na primeira hipótese, a possibilidade de que o novo processo "*extra ordinem"* implicaria o oferecimento de uma justiça mais especializada, portanto melhor, para causas não previstas no ordenamento jurídico tradicional e, na segunda hipótese, a possibilidade de ser possível uma decisão mais justa com a possibilidade da reapreciação da causa em sede de apelação) está um fundamental ponto de convergência das citadas duas transformações na ótica do poder, a revelar todo o desiderato da verdadeira vontade política do "*princeps"* em efetuar tais transformações.

A partir de então se delineava a possibilidade de que (com a colocação de funcionários imperiais para proferirem, "*ex autoritate principis"*, o julgamento das causas *extra ordinem*, bem como com a possibilidade de ao próprio monarca - ou nos momentos posteriores, aos membros dos tribunais imperiais por ele designados) fosse possível a revisão das sentenças dos magistrados, por meio da interposição da "*appellatio"*.

Deste modo tornou-se possível ao monarca controlar, de forma direta e eficiente, a imposição da sua vontade em todos os quadrantes do Império, por meio da aplicação do sentido da lei que entendesse mais adequado ao caso. A rigor, tratava-se da sua lei, em última análise, por óbvio, o seu desidério.

Eram alguns dos sinais dos novos tempos, de poder eminentemente autocrático, devidamente consolidados por Augusto, conforme bem apontado por Salvatore Riccobono:

> "*la 'cognitio extra ordinem', pertanto, si colloca in prima linea nel rinnovamento del diritto, attuando il concetto di giustizia al di fuori dei principi e delle norme del 'ius civile' ed in modo adeguato alle condizioni e allo spirito dei nuovi tempi.*"[315]

Revelam-se, pois, tanto a introdução de magistrados "*extra ordinem*" e a inserção gradual da "*appellatio*", como sendo duas ferramentas importantíssimas de concentração e de fortalecimento do poder do "*princeps*".

Entende-se, desta forma, a nítida percepção de Augusto, no sentido de que a justiça, por meio dos muitos instrumentos processuais, também pode representar um valioso mecanismo para a consolidação do poder imperial, o poder autocrático, o mais autêntico poder do "*princeps*".

Assim sendo, também nesse âmbito, pertinente ainda é a observação de Donald Earl: "*the age of Augustus forms a cardinal epoch in the history of all Europe and its effects and results are with us still today…*"[316],

Soube, portanto, Augusto, moldar e disponibilizar a ferramenta para que outros realizassem a obra que ele, no fundo, desejava e, ao fim e ao cabo, concretizou.

Estava idealizado e começava a ser montado um sistema jurídico que ensejaria, de forma progressiva, o modelo ideal de concentração do poder nas mãos dos monarcas, sendo que o seu melhor desenho, aquele solidificado ao tempo de Iustiniano, restaria como o paradigma para ser reproduzido, séculos depois, quando do renascimento do Direito Romano na Europa, de modo a atender as aspirações das monarquias em fase de centralização de poder.

---

[315] Salvatore Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 37

[316] Donald Earl *The age of Augustus*, New York: Crown publishers Inc., 1968, p. 194.

Este foi o caso, entre outros, de Portugal, que soube se aproveitar, logo no início de sua formação como Estado, das vantagens decorrentes da introdução de um direito forte e orientado para as prerrogativas de monopólio político pelos monarcas.

No âmbito da prova, a rigor, é conveniente destacar que algumas mutações já haviam se iniciado, em certa medida, ao tempo de amadurecimento do sistema formular.

Porém, o período clássico é sem dúvida o momento ideal para que, em razão da unificação das instâncias procedimentais, passassem os magistrados oficiais, e não mais os juízes privados, a cuidar da dilação probatória.

Tendo agora a temática probatória, aliás, como todo o processo, migrado da esfera privada para adentrar ao campo das magistraturas imperiais, portanto, pertencentes às esferas públicas, passaram os juízes e os juristas a se interessar mais pela prova, agora transformada em assunto exclusivamente jurídico, uma vez que respeitante ao próprio ofício do juiz, e não mais ao campo da "*praxis*" retórica, outrora de apreciação do "*iudex*". Porém, esse interesse por parte dos juristas não ocorreu de pronto.

Fritz Schultz, analisando as dificuldades da prova em período clássico para o tema da propriedade quiritária, é enfático ao afirmar a lacuna nos txtos dos juristas, pois "*Los juristas clásicos no prevén estas dificuldades porque no se ocupan de las cuestiones atinentes a la prueba*"[317].

Constata-se o lento, porém progressivo, aparecimento nas fontes jurídicas, de forma crescente, de uma literatura acerca da prova, que será recolhida, ao seu tempo, no Digesto, pois, conforme aponta Pugliese, a partir do Alto Império será percebida uma progressiva diminuição da predominância da análise do tema da prova exclusivamente sob os apectos da retórica.

Curiosamente, a própria introdução do principado representaria uma causa eficiente para que a retórica fosse perdendo importância. Pouco a pouco, afirma o autor, os juristas e a jurisprudência vão adentrando no domínio da prova, até então área de atuação dos oradores.

O "*genus deliberatorum*" que era ligado à atividade das assembléias livres entrará em franco declínio sob a coroa do "*princeps*". As questões mais importantes, entendidas como questões de Estado, acabariam por ser subtraídas da atividade comicial, e também do âmbito da própria atividade senatorial.

Enfim, a concentração de poder na mão do "*princeps*", com exclusividade, faria com que a antiga "eloqüência judiciária" não mais dispusesse de um local de atuação, ou, pelo menos, de um local de utilidade.

As grandes decisões políticas não mais se desenrolariam perante os antigos órgãos tradicionais deliberativos, sejam as assembléias ou mesmo o senado: "*os tribunais cessam de ser uma arena, onde aqueles que aspiravam à carreira política poderiam se exercitar e ganhar renome*".

Outro aspecto, salienta Pugliese, resultaria do fato de que os magistrados, em especial aqueles que atuavam nos processos cíveis, passariam, com o tempo, a adquirir conhecimentos jurídicos mais aprofundados.

A aquisição progressiva de conhecimentos técnico-jurídicos resultaria na circunstância de que, com o tempo, os magistrados tornar-se-iam menos influenciáveis e menos receptivos às antigas técnicas do discurso eloqüente, típica modalidade de dos oradores-advogados [318].

Construía-se, progressivamente, uma lenta profissionalização da carreira da magistratura judicial oficial, uma das conseqüências da introdução da "*cognitio*", que, por igual, acabaria, por sua vez, por ensejar mudanças na forma de atuar dos próprios advogados.

Trata-se da sinalização do caminho que levaria, ao tempo do amadurecimento da "*cognitio*", à sistemática de formação da cognição judicial no julgamento por meio da utilização de provas de natureza racional.

---

[317] Fritz Schultz, *Derecho Romano Clásico*, trad. J. Teigeiro, Barcelona: Bosch, 1960, p.354.
[318] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 293-295.

Pugliese, entretanto, ressalva que "*une preuve entièrement rationelle n'était possible, que si on avait clairment fixé l'obligation de motiver les jugement…*"[319], entretanto, não foi por outra razão que, entre nós, Cruz e Tucci asseverou, sem hesitar, em página definitiva acerca do tema, que:

> "*Assim, com a paulatina adequação da 'extraordinaria cognitio', novas regras passaram a informar o processo de época pós-clássica.....Ora, todas essas importantes modificações – que iriam perdurar até a época justinianéia – somadas à possibilidade de interpor-se recurso contra os atos decisórios injustos, induzem-nos, não obstante a lacunosidade das fontes, a uma única realidade, qual seja a de que as sentenças prolatadas na órbita da 'cognitio extra ordinem 'eram 'motivadas'!* **"**[320]

O período pós-classíco do direito romano abrange, "*grosso modo"*, a experiência processual da "*cognitio extra ordinem*", em fase já amadurecida.

Uma síntese do procedimento instrutório evidencia os novos e diferenciados contornos que, progressivamente, a temática da prova passou a assumir, distanciando-se, de forma evidente, do precedente modelo formular, o qual, por sua, vez, "*n'a pas dû entraver la liberte du juge*", conforme apontou Feenstra, "*bien au contraire, la possibilité de juger d'aprés sa conviction intime s'en trouvera même renforcée*".

---

[319] Giovanni Pugliese, "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 283.

[320] José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, p.33.

Na "*cognitio*", entretanto, a alocação dos magistrados oficiais nos quadros hierárquicos imperiais, acabaria por não permitir que desfrutassem, em matéria de apreciação da prova, da liberdade que gozavam nos dois sistemas processuais anteriores, tornando-se, progressivamente vinculados a um sistema de provas legais[321] , ou, com maior precisão, conforme prefere M. Beatriz Alvarez, um sistema de "*convicção regulada*" [322], denominação que indica, em razão das restrições que passará a sofrer, o estabelecimento de mecanismo de apreciação probatória intermediário, posicionado entre o do livre convencimento, (o do "*ordo*") e o da prova legal (consolidado ao tempo da experiência jurídica da antiguidade tardia).

O início da fase instrutória, conforme destaca Arangio-Ruiz tem início após a manifestação do autor acerca dos fatos da causa ("*narratio*") à qual se segue a ("*contradictio*") do demandado.

Realizam, portanto, segundo o autor, ambos os litigantes o tradicional "*iusiurandum de calumnia*", de modo a comprovar que não litigam temerariamente e são seguidos pelas manifestações dos advogados das partes com intuito de determinarem, cada qual, as questões e aspectos controvertidos da causa em litígio.

A Constituição de Justiniano, C. 58.2, trata do tema mandando que o autor, logo no início do pleito, deve jurar que não "*é movido pelo ânimo de caluniar*".

O réu, por sua vez, deve prestar juramento no sentido de caracterizar a ausência de ilicitude na sua resistência diante da pretensão do autor.

Tratava-se, pois, conforme afirma F. Camacho de los Rios, "*uno de los instrumentos destinados al control de los litigantes temerários*"[323].

---

[321] Robert Feenstra, "La preuve dans la civilisation romaine", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 644-645.

[322] Mirta Beatriz Álvarez, "La prueba documental en el derecho romano…", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 59.

[323] Fermín Camacho de los Rios, "'Iusiurandum calumniae' aproximacion a un proceso de recepción", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p.122.

Neste momento o magistrado instava as partes à comprovação de suas alegações. A valoração da prova por meio de livre convencimento do julgador, critério predominante nos dois sistemas anteriores, começa a sofrer sensíveis restrições agora no regime "*extra ordinem*". Em contrapartida, o juiz adquire maior elasticidade em seus poderes instrutórios, um maior poder de determinação e mando na instrução, por meio de um afastamento da "*praxis*" do antigo período formulário, como era o caso da possibilidade, na "*cognitio*", de o magistrado poder ordenar, de forma cogente, que as partes prestassem juramento em qualquer tipo de ação veiculada em juízo, tudo indicando que no derradeiro sistema processual romano desaparecerá a distinção entre juramento voluntário e necessário[324].

A prova escrita acabaria por prevalecer sobre a testemunhal[325], como informa Arangio-Ruiz: o testemunho de apenas uma pessoa não é suficiente, ainda que o depoente seja um senador, repristinando a regra do "*unus testis, nullus testis*", entretanto, o testemunho de uma pessoa bem posicionada na escala social romana, por exemplo, uma pessoa que fosse identificada como pertencente à categoria dos "*honestiores*", ou seja, os homens mais ricos, prevalece sobre o testemunho de pessoa menos abastada, por exemplo , um dos "*humiliores*"[326], aos quais seria imposto um juramento.

A matéria chegou a constar de uma Constituição de Constantino, em C. 4.20.9: "*Há tempos que ordenamos que as testemunhas sejam constrangidas por força da religião com o juramento antes que prestem testemunho*", "*et ut honestioribus potius fides testibus habeatur*", ou seja, "*e que preferencialmente se conceda crédito às testemunhas mais honradas*" (exatamente os acima mencionados "*honestiores*"). Trata-se, por um lado, como observou A. Tabosa, de uma valorização de predicados mais propriamente ligados com aspectos éticos e não propriamente jurídicos [327], ou, por outro lado, que pode revelar a manutenção legislativa da vetusta equiparação romana entre riqueza e dignidade.

---

[324] Nesse sentido, Eva Maria Polo Arévalo, "D. 25,4,1.- El juramento de la mujer encinta" *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 613.

[325] Codex 20.1: "*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*".

[326] "*Honestiores: No Baixo-Império Romano, são funcionários e grandes proprietários. Eles se classificam em cinco ordens de nobreza, dos 'ilustres' aos 'clarissimi'.Há a classe da plebe urbana, os 'humiliores', plebe rural. Trata-se de criação de novas classes sociais naquela aludida época. Os 'honestiores', portanto, constituíam as pessoas de classe social romana mais elevada, e às quais eram aligeiradas as penas, conforme as hipóteses*". Cf. V. César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, 1º volume, São Paulo: Bushatsky, 1957, p. 301.

[327] Agerson Tabosa Pinto, "La prueba ilicita en el proceso romano" *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p.51.

A lição é antiga e já havia sido bem configurada por Cícero. Ao definir a personalidade mais adequada para a testemunha, o orador apontava, com a praticidade do raciocínio conveniente, para a necessidade de bem conhecer as sua qualidades, como idade, força, figura, sexo, vícios, virtudes, amizades, relações, ou, como enfatizam Gutiérrez Garcia e Martínez Vela, "*generalmente, se suelen mencionar su auctoridad, su conducta intachable, su pertenencia a la más alta nobleza, su riqueza, su experiencia, su habilidad... como índices de la veracidad de sus afirmaciones*"[328].

Constantino equipara, em sede processual, a força e a fé dos documentos públicos aos depoimentos das testemunhas, conforme consta do Codex, em 4.21.15: "*In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*". Há um passo no Digesto 22.3.10, de Marcelo, que indica a força que o documento escrito passaria a desfrutar, de modo a progressivamente se impor como meio de prova ao testemunho: "*O Senado estabeleceu que o censo e os documentos públicos têm mais força que as testemunhas*".

Acerca da prova opinião de peritos, informa Arangio-Ruiz: "*il giudice può interpellare periti calligrafi, agronomi, medici etc*", demonstrando que a prova pericial, no sentido da convocação do testemunho de um "*expert*", passava, progressivamente, a tomar lugar no processo romano[329]. Por igual, ao lado das provas, as presunções, tanto as "*iuris tantum*", com as "*iuris et de iure*" são utilizadas no processo romano da "*cognitio*". No mesmo sentido, Longo não confunde prova e presunção, porém as coloca lado a lado, "*accanto alle prove, ha valore legal la 'praesumptio'. Il giudice puó dare per ammessi alcuni fatti o lo 'deve'*"[330]. Cuidando especificamente das presunções legais, adverte A. Alemán que elas "*no constituyan realmente un medio de prueba*" porém, por sua vez, "*están, sin duda, en intima conexión con la carga de la misma...*"[331].

---

[328] Cândida Gutiérrez Garcia, "La prueba testifical en las fuentes literarias" (em coop. com José Antonio Martinez Vela), *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 344.

[329] Vicenzo Arangio–Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 11ª edição, Napoli: Jovene, 1952, p. 154. Scialoja comprova o uso freqüente de agrimensores no processo romano como peritos, uma vez que havia grande quantidade de demandas versando sobre litígios de terras. Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano*, trad. Sentis Melendo, Ejea: Buenos Aires, 1954, p. 401.

[330] Giannetto Longo, *Manuale elementare di Diritto Romano*, Torino: UTET, 1939, p. 100.

[331] Cf. Ana Alemán, "El 'fraus creditorum. Praesumptio?" *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 49.

Porém, Surgik, ao analisar o tema, informa, com precisão, que o conceito de "*praesumptio*", que deita raízes no pensamento estóico, foi introduzido, por primeiro, no mundo clássico romano por influência das obras dos retóricos, tendo, entretanto, apenas penetrado, de fato:

> "*no pensamento jurídico somente na época da decadência, pela escola jurisprudencial pós-clássica, só então tomando vulto para, posteriormente, entrar em cheio na teoria jurídica da prova, sob a enorme influência que exerceu a retórica grega sobre a jurisprudência pós-clássica*".

Escorado em Ferrini, afirma que nos textos clássicos a "*praesumptio*" significava, e assim era utilizada, como "opinião". "*De fato*", arremata Surgik "*as presunções, perdendo a sua natureza primitiva, vieram, no período justinianeu, a transformar-se em normas legais*" [332]. Assim, será no direito justinianeu que o vocábulo "*praesumptio*" assumira a conotação técnica conforme conhecemos atualmente[333].

O Digesto regula a matéria, entre vários, em um título denominado "*das provas e das presunções*", o qual contém, em 3.2 o celebra passo de Paulo acerca da distribuição do ônus da prova: "*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*", que se articula, entre vários, com o passo de Marciano, D. 22.3.21: "*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*", e na emblemática Constituição de Diocleciano e Maximiano, C. 4.19.23, a qual determina que confessando o autor que ele não pode provar o que assevera, o demandado não haverá necessidade de o réu demonstrar o contrário, já que, pela natureza das coisas, não existe a prova da negativa ("*quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*"), bem como com o passo recolhido no Codex, em C.2.1.4 : "*actore non probante reus absolvitur*".

Em raciocínio simétrico, a prova deveria recair sobre o réu, nas hipóteses em que viesse ele a se servir de uma "*exceptio*".

---

[332] A. Surgik, "Das presunções como meios de prova (de Roma à atualidade)", *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 740-742.
[333] Cf. Sergio C. Covello, *A presunção em matéria civil*, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 8.

Ulpiano tratou do tema, D. 22.3.18: "*In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem implere...*", ou seja, nas exceções o demandado deve fazer as vezes de autor e provar, ele mesmo, a exceção. As fontes reproduzem o entendimento que, nesses casos, em razão de atuar o réu, valendo-se da exceção, em posição análoga a de um "*actor*", deveria fazer a prova dos fundamentos de sua pretensão de resistência, ou, como afirma Ulpiano, D. 44.1.1 "se considera que exerce ação também aquele que usa a exceção, pois o réu é autor na exceção, "*nam reus in exceptione actor est*".

Em D. 3.24, Modestino cuida, especificamente, de uma situação de presunção, qual seja, ainda que tenha sido cancelado o documento ("*chirographum*"), embora por presunção se considere que o devedor está, a rigor, liberado da dívida, o devedor será, entretanto, considerado legitimamente demandado por aquele montante, se o credor, por meio de robustas provas ("*manifestis probationibus*") tiver demonstrado que a dívida ainda persiste. Em D. 4.2.23 Ulpiano estatui não ser verossímil que uma pessoa ilustre ("*qui claram dignitatem*") tenha, a rigor, pago o que não devia, em razão de ter sido a tanto "forçado", no sentido de coagido, na cidade, pois poderia ele ter se socorrido, em sua defesa, do direito público, já que alguma autoridade, seguramente, impediria que sofresse qualquer violência, porém, contra tal presunção, deve opor provas evidentíssimas ("*apertissimas probationes*") da referida violência ocorrida.

Após a realização das provas, adentrava-se à fase propriamente decisória do processo: "*esaurite le prove e formatasi la convinzione del giudice, egli deve redigere la sentenza per iscritto...*"[334]. Entretanto, a convicção do magistrado deveria se compatibilizar com a hierarquização dos meios de prova acima apontada, ou seja:

> "*a diferencia de lo que ocurria en el procedimiento formulário, el juez deberá dar por provados ciertos hechos, sin importar cuál sea su íntima convicción, formada sobre la base de elementos de prueba a los que la ley le concede menor valor*"[335].

---

[334] Para o procedimento e as limitações de convicção judicial na nova sistemática probatória da "*cognitio*", cf. Vicenzo Arangio–Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*,11ª edição, Napoli: Jovene, 1952, pp. 153-154.

[335] Mirta Beatriz Álvarez, "La prueba documental en el derecho romano…", in: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 60.

A comprovação dos fatos por ordem do pretor, de caráter excepcional, oriunda, provavelmente, de tutela interdital, poderia ocorrer também por meio de inspeção judicial, realizada pelo próprio magistrado ou por pessoas a seu mando ou mesmo por terceiros, que cumprissem determinadas condições para "colher a prova". Caso interessante recolhido no Digesto, em D. 25.9, é o da "*inspeção do ventre*" e da "*custódia do parto*".

A hipótese é relatada por Ulpiano: se o esposo tivesse morrido e a mulher afirmasse que estava grávida, determinava o pretor que os interessados ou seus procuradores, deveriam ser avisados, duas vezes por mês, para que cuidassem de enviar, caso assim desejassem, pessoas (mulheres) que realizassem a "*inspeção do ventre*" ("*quae ventrem inspicient*").

Deveriam ser enviadas, no máximo cinco mulheres livres para a referida tarefa, que deveriam realizar sua inspeção "*todas ao mesmo tempo*", sendo que nenhuma delas poderia tocar o ventre da inspecionada, exceto com o seu consentimento.

Um mês antes da data esperada para o parto, os interessados ou procuradores deveriam, novamente, ser avisados para, caso assim desejassem, enviar pessoas agora para "*custodiar o ventre*".

Na casa na qual o parto estivesse para ocorrer não deveria haver mais que uma entrada. Se houvesse mais de uma, deveriam elas ser fechadas com tábuas por ambas as partes (parturiente e interessados).

O magistrado ordenava que, diante da porta da casa, fizessem guarda três homens, três mulheres livres e mais dois acompanhantes, que deveriam acompanhar a mulher na casa ou caso, eventualmente, ela se dirigisse a qualquer outro local, inclusive à casa de banho, deveria ser previamente inspecionada, bem como todos os que entrassem na habitação deveriam ter seus nomes registrados.

No momento em que a mulher entrava em trabalho de parto, os interessados deveriam ser imediatamente avisados, para enviarem cinco mulheres livres. Assim sendo, não poderiam estar na casa, no momento do parto, além de duas parteiras, mais que dez mulheres livres e seis escravas.

Todas as mulheres que estivessem no momento do parto deveriam ter seus nomes registrados e nenhuma delas poderia estar grávida. O ambiente onde o parto estava se realizando deveria ser bem iluminado, devendo ali haver pelo menos "*três luminárias, não menos*", pois a escuridão poderia ensejar fraudes no parto.

O recém nascido deveria, na seqüência, ser exibido aos interessados ou aos seus procuradores, que poderiam, caso assim desejassem, inspecioná-lo. Desta forma era, portanto, realizada a prova da filiação legítima, na particular hipótese acima tratada.

Desde que o parto fosse realizado segundo o trâmite estabelecido pelo procedimento da inspeção e guarda do ventre, a criança deveria ser considerada pelo magistrado como filha do pai falecido, titular, portanto, de todos os direitos hereditários aplicáveis.

Já na "*cognitio*", ao que parece, a função de perito, por sua vez, encontra-se desvinculada das funções antes exercidas pessoalmente pelos magistrados, como consta do Codex, C.12.36.6, ao tratar do afastamento do militar das tropas, que deveria ser determinado por um médico e também pelo exame de um juiz competente para tanto[336].

A prova dos costumes foi objeto de preocupações ao tempo dos Severos. A raiz da preocupação, conforme aponta, com sensibilidade Francisco J. Cuena Boy, residiria nos desdobramentos advindos da extensão da cidadania romana, em 212, por força da "*Constitutio Antoniniana*".

A partir da deliberação de Caracalla, houve a incorporação de um contingente enorme de novos cidadãos na órbita do sistema jurisdicional imperial "*apegados a sus anteriores 'derechos populares' y pretendiam, muy naturalmente, que los mismos fueran tenidos en cuenta a la hora de encauzar judicialmente sus controvérsias*". Resulta, pois, compreensível, o passo recolhido em D. 1.3.38, no qual Calistrato afirma que tendo o imperador (Septimio) Severo resolvido por meio de rescrito acerca das ambigüidades que nascem das leis, o costume deve ter força de lei, ou a autoridade das coisas julgadas ("*similiter iudicatarum auctoritatem*") perpetuamente, de maneira análoga.

Por igual, em C. 8.53 [52].1, Alexandre Severo determina que o presidente da província deverá determinar, com conhecimento da causa, que tendo sido provado aquilo que na mesma cidade se tenha observado com freqüência no mesmo tipo de controvérsia, dever-se-ia observar o costume precedente e as razões que aconselharam o referido costume.

Deveria, pois, o presidente da província cuidar para que o costume inveterado fosse respeitado. Ulpiano não discrepava, D. 1.4.34, ao afirmar que quando alguém parecer estar se escorando em costume utilizado em determinada cidade ou província, é necessário, por primeiro, investigar se o referido costume foi confirmado, em sede de contraditório.

Nota-se, pois, conforme aponta o autor, que os passos acima não se referem à uma mera praxe judiciária, "*mos iudiciorum*" ou "*consuetudo fori*". A supra referida prova do costume refere-se ao costume em sentido substancial, isto é, a "*norma consuetudinaria que podria proporcionar la substancia de la sentencia judicial*"[337].

A doutrina aponta que, com a morte do último dos Severos, o imperador Alexandre Severo (222-235 d. C.), encerra-se a fase do principado, cujas origens, como visto, remontam ao período augustano.

Tem início, pois, um dos momentos mais tumultuados da história romana, uma "*grave crise social*", no preciso dizer de Cruz e Tucci e Azevedo, a anarquia militar, transformando, de modo radical, as estruturas do Império romano, que apenas será, em alguma medida, resolvida, *"com a investidura do imperador Diocleciano (285-305 d. C.)"*. Exsurgirá, portanto, um novo momento histórico no Império, o Dominato, a rigor, uma nova fase de poder monárquico, de natureza tendencialmente absoluta[338].

---

[336] Cf. Luis Fernando Nardelli, *Inspeção Judicial*, São Paulo: Leud, 2007, p. 47, oferecendo, ainda, perspectiva histórica da evolução do instituto jurídico em questão.
[337] Francisco José Cuena Boy, "La prueba de la costumbre...", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 171-174.
[338] José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 152.

Na análise que realizou acerca da história do período[339], M. E. Ortuño Pérez esclarece que a concepção fundante do Dominato decorre da substituição da anterior condição do soberano que passa de "*princeps*" à nova situação de "*dominus*", reconcentrando em sua mão, agora mais do que nunca, todo o fluxo decisório das medidas e políticas do poder imperial.

Usual a menção no sentido de que Diocleciano irá, de fato, empreender uma completa reestruturação da sociedade romana, afetando, como um todo, a sociedade imperial convulsionada, tocando a administração central e provincial, economia, exército, religião, sistema tributário e, por óbvio, o campo, processual.

Diocleciano reestruturará, pois, a administração imperial, implementando a tetrarquia, composta pelo próprio Diocleciano, na parte oriental, e por Maximiano, na parte ocidental, ambos envergando o título de "*Augustos*", agregando à sua esfera de poder dois Césares, Galério, no oriente e Constâncio Cloro no ocidente, mantendo Diocleciano a inequívoca posição de supremacia sobre os demais na partição do poder tetrárquico.

Afirma a autora:

> "*una muestra más del carácter absolutista de su política e su interés en articular de nuevo el Imperio, fue la reestructuración de la administración civil, colocándose él mismo en la cúspide y organizándola jerárquicamente.*
>
> *Dentro de la misma se insertó la administración de justicia que, a su vez, se utilizó por el emperador para intervenir en el devenir del ámbito jurídico romano. Sus deciones judiciales junto a la promulgación e interpretación de las normas, fueron los médios usados por ello.*

[339] Maria Eugenia Ortuño Pérez, "La carga de la prueba de los hechos negativos, en Diocleciano", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 563-565.

> *Concretamente, em lo que atañe al proceso civil privado, creó el contexto adecuado para que se aplicara a todo el Império la 'cognitio extra ordinem' y que se abandonara la práctica del procedimiento 'per formulas'*"[340].

Muito embora a oficialização da abolição formal do sistema formular tenha ocorrido por Constancio e Constante, C. 2.57[58], em 342, pode-se entender pela inegável consolidação, alias já de longevas raízes, de um sistema de jurisdição oficial, de natureza pública, com a regular inserção e submissão dos magistrados a níveis superiores da hierarquia imperial.

Porém, para a compreensão das importantíssimas alterações que serão operadas na ordem jurídico-social imperial a partir do século II, é necessário retrocedermos algumas décadas na História em período anterior ao da instituição do Dominato, pois, as fundamentais modificações em tal período, com maior ênfase, no Império romano representam um quadro mais amplo, sinalizando, a rigor, o início do fim do mundo clássico.

Peter Brown analisou, de forma crítica, as múltiplas e significativas transformações sociais ocorridas no período final da assim chamada "*Antiguidade Clássica*", concentrando-se, na perspectiva temporal, em um recorte que compreende, aproximadamente, cinco séculos, qual seja, o período que vai de 200 a 700 d.C., ou, como prefere o autor enfatizar no subtítulo de sua obra, o período que vai "*De Marco Aurélio a Maomé*"[341].

Não se trata de uma periodização arbitrariamente escolhida por Brown, pois a época que se inicia com o final do reinado do imperador Marco Aurélio, por volta de 180 d. C., pode ser interpretada como uma solução de continuidade, uma autêntica inflexão no processo de desenvolvimento das estruturas do poder romano.

---

[340] Maria Eugenia Ortuño Pérez, "La carga de la prueba de los hechos negativos, en Diocleciano", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 564.

[341] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972.

O período final do governo de Marco Aurelio, importante imperador pertencente à célebre dinastia dos Antoninos, vai encerrar, portanto, um longo período de estabilidade interna, na seqüência da paz de Augusto.

O imperador Marco Aurélio ainda conseguiria viabilizar a sua sucessão no trono pela via hereditária, por meio da ascensão seu filho, o jovem príncipe Cômodo.

O emblemático exemplo da sucessão de Marco Aurélio coloca em evidência uma questão tormentosa que repercutirá, fortemente, tempos depois, à época do Dominato, com Diocleciano: a da forma adotada para a sucessão imperial, ou seja, a alternância entre dois modelos empregados com maior freqüência.

O primeiro deles, fundado na opção pela sucessão hereditária e um segundo modelo, fundado na indicação pessoal do imperador, ou seja, na escolha pelo mérito pessoal.

A forma de transmissão do trono imperial a ser implementada, a partir de Cômodo, relevado o brevíssimo reinado de Pertinax, privilegiaria aqueles homens pertencentes às importantes estruturas do poder militar, iniciando, dessa forma, um novo momento histórico, que pode ser entendido como sendo o início da ascensão dos imperadores ligados aos exércitos.

Evidencia-se, pois, que o encerramento do Mundo Antigo apresentaria importantes transformações na ótica das estruturas do poder imperial.

Os futuros imperadores, da dinastia dos Severos, serão, por um lado, homens provenientes das províncias romanas, muitos deles com fortes ligações com as monarquias orientais, como foi o caso de Septimio Severo, e bem exemplificam a nova ordem social que seria consolidada no vértice do poder imperial.

Todos eles, por outro lado, serão homens ligados aos exércitos, vinculados aos chefes militares, expressivas forças de guerra que os apóiam e, ao mesmo tempo, os justificam.

Assim sendo, encerrando o lapso temporal de sua análise, por volta de 700, Brown busca colocar em evidência outra ruptura que marcaria uma enorme transformação no mundo mediterrânico, qual seja, a consolidação e expansão do Islã, alterando, definitivamente, a concepção que, durante séculos, permitiu aos romanos conceberem o Mar Interior como sendo o "*Mare Nostrum*".

De qualquer forma, o período analisado permite a constatação das inúmeras tensões sociais existentes. Possibilita, ao final, revelar a feição do poder romano do período de fechamento da antiguidade clássica.

Não se trata apenas da usual menção aos conhecidos eventos do ano de 476 d. C., no viés de "queda" do Império romano, com deposição de Rômulo Augusto por Odoacro. A questão não será a de abrupta queda, porém de uma lenta dissolução civilizacional.

Trata-se, portanto, da percepção da ocorrência das profundas alterações nas grandes estruturas de poder até então consolidadas no mundo romano. Trata-se da constatação das novas configurações da sociedade em tão particular momento histórico.

Por um lado, ao término do período em análise, haverá a irreversível dissolução do Império romano no ocidente, com a definitiva fixação dos povos do norte, etnias bárbaras, muitas delas de origem germânica, iniciando a formatação das bases que irão ensejar as feições das sociedades medievais.

Por outro lado, o mundo oriental também enfrentará transformações. Em 655 o Império persa desaparecerá do oriente. Será a vez do Islã.

Marcantes, portanto, tornam-se as expressivas transformações operadas nesse final do Mundo Antigo, período no qual muitas das tradicionais instituições políticas, econômicas e sociais desaparecerão definitivamente no Ocidente e outras despontarão para, ao final, operar profundas mudanças civilizacionais.

É o caso do cristianismo, que exercerá a sua penetração mais acelerada nas áreas imperiais a partir do século III, e, na passagem do III para o IV, acabará por se consolidar no interior do Império romano.

Não há como deixar de se destacar, em razão de sua relevância, as profundas alterações que a penetração e consolidação institucional do cristianismo irão provocar nesse mundo em desagregação, não apenas na perspectiva de uma revolução espiritual como, principalmente, na visão de uma revolução social, uma vez que a nova religião, em pouco tempo, acabaria por ser associada aos quadros do poder imperial, tornando-se, no desdobramento dos eventos, a religião oficial do Império, de modo a impregnar com suas concepções, seus valores, sua moral, e em especial, com seus personagens, todo o panorama do Império romano do baixo Império.

O Império romano, mesmo após a paz de Augusto, não deixou de manter um ritmo de transformações, lento, porém perceptível, aliás, mais do que nunca, no século III, tratava-se de "*uma vasta sociedade em movimento*", como quer Brown.

Os desarranjos institucionais e crises políticas experimentadas no final do século II, início do III são um nítido sintoma das crescentes tensões existentes, em um Império que não mais consegue se expandir, e que ensejariam profundas rupturas.

Na perspectiva econômica, a riqueza principal de Roma continuava a repousar, fundamentalmente, na agricultura.

A terra, sempre a terra, o mais valioso ativo na sociedade romana servia-lhe de lastro e sustento. A expressiva maioria da população vivia no campo e dependia, diretamente, da agricultura. Também por tal razão, o Império conseguiu resistir, em boa medida, às vicissitudes políticas internas no período.

Assim, a partir de 240 d. C. o quadro político-social vai se tornar crônico, em decorrência das pressões das invasões bárbaras. A rigor, as convulsões começam com a morte de Alexandre Severo, em 235, e vão durar até a ascensão de Diocleciano ao poder, em 284. A crise que vai se instalar irá colocar em confronto, de um lado, um modo de vida tipicamente mediterrânico, aristocrático, fundado na desigualdade e no escravismo, lastreado na terra e na sua exploração, viabilizador das estruturas sociais aristocráticas que se renovaram e, ao final, se firmaram em decorrência da paz propiciada pela estabilidade do período pós-augustano. Um mundo aristocrático, um mundo conservador.

De outro lado, o mundo inquieto, violento, primitivo, frágil, móvel, combativo das fronteiras. O mundo bárbaro.

Após 248, ocorrerá o estabelecimento da confederação gótica na fronteira do Danúbio, que será acompanhado da movimentação de tantas outras hostes germânicas guerreiras, a partir de 260, na região do Reno.

O Império não poderá se furtar de concentrar seus maiores esforços de guerra, e conseqüentemente seus maiores gastos, nas fronteiras do norte.

O preço para garantir a higidez do "*limes*" tornar-se-á por demais gravoso.

Aliás, para tal tarefa, como enfatiza Brown, o Império não estava sequer bem preparado estruturalmente e resultados negativos, ou seja, derrotas, passam a se tornar recorrentes no plano militar.

Por volta de 251, o um exército romano sucumbe aos Godos nas margens do Dobruja; em 260 o imperador Valeriano é aprisionado com seus soldados em batalha. No Reno, na Criméia, na Bretanha, na Gália há devastações, "*o império romano desconjunta-se*" [342]. Agita-se o plano militar, inquietam-se os homens de armas.

As insurreições tornam-se fato recorrente, sinal de instabilidades, "*os soldados derrubam 25 imperadores, e, em 47 anos, só um morre no leito*"[343].

A crise terá uma importante conseqüência que afastará do poder os homens da política, por vezes denominados "prudentes", a rigor, a tradicional elite política civil, que, ao tempo de Marco Aurélio, intentava continuar a pretender determinar a vida institucional do Império. Outras forças, porém, despontavam e se articulavam.

---

[342] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 25.
[343] Idem.

Como conseqüência da ascensão das fileiras militares, a tradicional aristocracia senatorial, a classe senatorial, será, portanto, excluída do novo arranjo de poder que vem a se instalar no Império. Uma revolução militar, sem dúvida, na qual:

> *"raras vezes a sociedade chegara a cortar o podre das classes superiores com tanta coragem.... Os aristocratas vêem-se obrigados a servir como os soldados profissionais, que haviam subido pouco a pouco"*[344].

Novos tempos, como observa Corassin, determinavam novas composições institucionais:

> *"A ordem senatorial foi sendo excluída do poder político e dos cargos mais importantes a serviço do estado.... O velho modelo senatorial não era mais adequado às necessidades de defesa do império.*
>
> *A solução foi confiar os comandos militares a cavaleiros, com formação militar mais apropriada que os senadores"*[345].

O adensado e pesado exército de antigamente, de pouca mobilidade, passará por remodelações substanciais e será, forçosamente, reestruturado, dividido em pequenos destacamentos, de modo a oferecer uma forma de defesa mais ágil e flexível às conflagrações com as etnias bárbaras.

Nas fronteiras, as guarnições receberão a proteção de um novo tipo de força militar, uma força de choque, dotada de cavalaria pesada, os assim denominados "companheiros" do imperador, ou seja, "*comitatus*".

Se, por um lado o exército dobra de tamanho, por outro, dobrará também o seu custo de manutenção. Novas necessidades também serão verificadas na órbita da administração, culminando com um aumento nos quadros da burocracia imperial.

---

[344] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 26.
[345] Maria Luiza Corassin, *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001, p.103.

Para cobrir os déficits, determina-se um progressivo aumento na arrecadação de tributos. A economia de deteriora e a inflação passa a fustigar as camadas menos favorecidas. Por volta de 300, em razão das reformas de Diocleciano, haverá inúmeras queixas contra a máquina arrecadadora de impostos.

Porém, o novo exército terá êxito:

> "*Galiano vence os Bárbaros na Juguslávia e na Itália do norte, em 258 e 268; Cláudio pacifica a fronteira do Danúbio em 269; Aureliano avança através das províncias do Oriente, em 273; Galério esmaga a ameaça dos Persas, em 296*" [346].

Será a vez e a hora dos soldados e dos chefes militares das províncias do Danúbio, os mesmos homens que antes eram vistos como rudes aos olhos das aristocracias mediterrânicas. A partir de agora, serão "*os heróis da ressurreição imperial do fim do século III e do começo do século IV*"[347] .

Diocleciano, o grande protagonista da nova ordem, revelava uma origem social completamente diferente dos seus anteriores pares aristocratas:

> "*era filho de um liberto da Dalmácia; o seu adjunto, Galério (305-311), guardara gado nos Cárpatos; um de seus colegas,...* [Constâncio] *Cloro (305-306), não passava de um obscuro senhor rural dos arredores de Naissus (Nish)*"[348].

Serão estes homens que irão constituir as novas classes dirigentes, que não desprezarão as suas origens militares, mesmo os imperadores, que, em lugar da toga, aparecerão nas estátuas, com seus uniformes de guerra. O latim rústico das fronteiras tornar-se-á corrente.

---

[346] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 27.
[347] Idem.
[348] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 28.

Ao final, uma nova classe governamental, de natureza militar, estará implantada no centro do poder imperial. Uma nova sociedade dirigente, o novo poder imperial se acomodará perfeita e irreversivelmente em mãos militares.

Serão estes homens, que terão realizado a "*Reparatio Saeculi*", a idade da restauração, o mundo tradicional que haviam desafiado, reparando a ordem.

O século II no Império romano ensejará, pois, o início de uma grande crise nas cidades imperiais, cujo tecido social evidencia, ao referido tempo, uma profunda dualidade, "*grosso modo*", dois grandes contingentes sociais que tanto se diferenciam.

De um lado, um contingente humano ligado a uma classe governante, tradicionalista, ciosa de seus valores, preocupada com a manutenção de suas crenças, seu modo de vida e, principalmente, de seu "*status quo*".

Uma experiência existencial introspectiva, fechada e impermeável a mudanças institucionais, lastreada na reprodução e continuidade do um modelo social, político e econômico até então vigente de acento aristocrático.

As cidades, na vasta área imperial, se esforçam para a manutenção de seu modo de vida urbano diferenciado, adornadas com construções que evocam as antigas tradições, de modo a evidenciar um patriotismo local.

Da Grécia a África encontram-se, por exemplo, templos que cultuam e valorizam as divindades locais, embora construídos sob o patrocínio imperial. Por outro lado, um distinto agrupamento social se comporta de forma oposta aos valores dos grupos tradicionais, "*milhares de homens cuja experiência do Império Romano era diametralmente oposta à das classes dominantes*"[349]. Trata-se daquelas pessoas provenientes de segmentos sócio-econômico menos abastados, pessoas mais humildes, cuja percepção e expectativa em relação aos novos tempos imperiais ao final do séc. II, na passagem para o séc. III, diferia, substancialmente, daquela dos grupos dominantes.

---

[349] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 65.

Para os primeiros, o ambiente de paz e prosperidade dos tempos dava-lhes oportunidade para fortificação de suas estruturas de poder e, conseqüentemente, de manutenção dos costumes da cidade antiga.

Para os mais humildes, entretanto, a época de paz e tranqüilidade nos quadrantes imperiais representava, por sua vez, novas oportunidades, tanto na seara econômica quanto na espiritual. Novas experimentações.

As oportunidades de circulação e deslocamentos pelo Império propiciavam mobilidade de idéias e riquezas, razão pela qual o comércio lhes era uma oportunidade valorizada, de modo a ensejar a diminuição das barreiras sociais locais em decorrência da acumulação propiciada e da conseqüente prosperidade atingida:

> "*imperceptivelmente, o Império Romano anulava, entre as classes mais baixas, o sentido da tradição e da lealdade local de que dependiam as classes superiores*" [350].

Notável mobilidade e circulação são experimentadas por inúmeros mercadores, como os habitantes de regiões distantes, da Capadócia, da Frigia, da Bitínia, mantendo-se em constante movimentação, havendo até mesmo o caso relatado de um deles, um mercador frígio, que teria visitado Roma setenta e duas vezes.

Assim sendo, é natural que as primeiras penetrações de novas concepções ideológicas e religiosas, logo, dos cultos orientais, entre eles o cristianismo, venham a ocorrer entre os que mais se encontravam abertos e receptivos ao novo, ao plúrimo, assim,

> "*os homens que se libertam da existência tradicional e os itinerantes são os primeiros a serem tocados pelos inquietos pensamentos dos dirigentes religiosos do final do século II*"[351].

---

[350] Idem, p. 66.
[351] Idem.

Haverá, pois, um crescente segmento de população que não mais se considerará um simples cidadão de sua cidade.

Tanto aquele que exercia uma mercancia ativa, ou o pequeno empregado de atividades burocráticas ou mesmo a mulher, que havia adquirido nova educação, mais livre, passam, agora, a se considerar como sendo "*cidadãos do mundo*".

Será exatamente entre essa população inquieta, que se encontrarão os primeiros adeptos do cristianismo, na sua fase de expansão pelo Império.

Há uma predisposição e uma adequação entre essas pessoas para a progressiva simpatia pelos ideais e idéias dos primitivos cristãos.

Um mundo, como se constatará mais adiante, que valoriza redes de solidariedade e, ao assim agir, acaba por desvincular-se da rigidez e estratificação da tradicional romana.

Como resultado da proliferação do novo culto, a partir dos anos 200, as comunidades de novos cristãos não serão mais arregimentadas exclusivamente entre os "necessitados" e ou "oprimidos".

Será constatada nas cidades a progressiva penetração e a conseqüente incorporação de muitas pessoas de um segmento social médio, tais como artífices, pequenos funcionários etc. O perfil do pertencente à nova seita tornar-se-á plúrimo.

Tratava-se de pessoas, simples, não exatamente os "necessitados" de outrora, que teriam agora, ainda que em reduzida medida, conquistado alguma prosperidade, porém que percebiam a incerteza e instabilidade de suas novas inserção e posição sociais, inquietando-se, de forma crescente, com tal situação.

Resultará, pois, no século III, maior aceleração da penetração na porção ocidental do Império (Europa Ocidental) dos vários cultos orientais.

A incorporação dos novos cultos, em especial o mitraismo e o cristianismo primitivo, oferece ao emigrante e, posteriormente, àqueles locais que vão sendo incorporados à nova religião, uma sensação de efetivo pertencimento de grupo, comunhão, fato que não lhes era mais presente em suas cidades, onde, há muito, haviam perdido a percepção dos sentimentos de intimidade e lealdade comunitários.

Aponta-se o vigoroso aparecimento de associações de pessoas de poucas posses, que passaram a desfrutar de um ambiente de companheirismo que ia desde a realização de refeições comunitárias em vida até a forma de oferecimento das homenagens e lembranças dos companheiros depois de mortos. Forma-se um novo tecido social lastreado na solidariedade preconizada pela religião.

No plano cultural começa a surgir uma produção de manuais de astrologia, livros de sonhos e de feitiçaria, demonstrando as "*dificuldades deste novo público, insuficientemente educado, em enfrentar uma nova vida cuja paz não era segura*" [352].

Em meio a tamanhas alterações no interior das classes, em especial das mais desfavorecidas, a forma de os mais abastados verem os menos favorecidos seguia flagrantemente excludente.

A própria difusão dos modelos de conhecimentos típicos da antiguidade nesta fase, como era o caso da cultura filosófica do mundo grego, muda da "*koiné*", forma escrita popular, que tinha sido a língua padrão no oriente, para um "*estilo ático arcaico*", demonstrando a tentativa de tornar o saber impermeável aos não educados.

Ávidos de saber, não podendo ter acesso a elementos culturais filosóficos por meio do ensinamento dos professores gregos, muitos passaram a procurar os dirigentes religiosos, "*em cujas bocas as trivialidades de muitas salas de leitura poeirentas pareciam aos interessados imbuídas da espontaneidade e simplicidade de uma 'revelação'* "[353].

---

[352] Idem, p. 67.
[353] Idem, 67.

Os primeiros apologistas, portanto, irão direcionar os seus discursos não para a camada mais culta e instruída da sociedade, porém, exatamente para estes destinatários menos sofisticados, que se satisfaziam com o simples, com o trivial.

Desta forma, entende-se que a expansão do cristianismo não pode ser interpretada como dissociada de tantas modificações sociais, como se fenômeno espontâneo fosse. O novo que chega contrasta com o antigo que resiste.

O alastramento do cristianismo é vigoroso no século III, fazendo com que, a Igreja cristã viesse a se tornar "*uma força com que têm de contar as cidades de Mediterrâneo*".

Nesse sentido, entende-se a existência da crise que as sociedades urbanas atravessavam, no sentido de que "*na vida da cidade romana, faltava alguma coisa que o cristianismo procurava dar-lhe*" [354].

Porém, ainda que em um sentido lato, o cristianismo pudesse ser interpretado como um dos muitos cultos orientais, deles se diferenciava por vários aspectos. O primeiro deles era a intolerância com o mundo exterior.

Ainda que não contrariassem os costumes religiosos das sociedades em que estavam inseridos, os cultos cristãos eram, a rigor, exclusivos, ou seja, vedados aos estrangeiros.

Havia, pois, publicidade reduzida, o que mitigava as tentativas de perseguição sistemática e intermitente.

Por outro lado, enquanto os outros cultos orientais se dedicassem a propugnar pela salvação em um mundo futuro, os cristãos preocupavam-se com a salvação no mundo presente: "*a igreja cristã indicou a maneira de viver no mundo terreno*"[355].

Como afirma Guignebert:

---

[354] Idem, p. 68.
[355] Idem, p. 69.

> *"desde el siglo I, el cristianismo se presentó como una religión oriental, a la vez mistica y práctica, puesto que, por un lado, se apoyaba en la revelación divina y prometía la 'salvación'eterna por un Mediador todopoderoso y, por otro, pretendía instaurar en la tierra 'una vida'nueva", toda de amor y de virtud"* [356].

O aspecto organizacional da Igreja, com a sua forte hierarquização e estruturação, aliado à percepção para os fiéis de pertencerem a um grupo perfeitamente individuado, uma comunidade distinta, com hábitos e padrões de comportamento regrados, causaram evidente fortalecimento da imagem da Igreja às populações no século III.

Em um mundo sinalizando desagregação, a Igreja permanecia, e permanecerá por muito tempo, como uma referência tangível ao homem comum.

Percebia-se, na prática, como uma minoria era capaz de satisfazer as necessidades de seus afiliados.

Não será por outra razão que nas áreas mais afastadas, onde o poder romano se mostrasse menos intenso, mais fluído, portanto, que os missionários obtinham maior sucesso.

A debilidade da estrutura oficial passava a ser compensado por uma nova estrutura institucional.

Curiosamente, a rede social entre os "irmãos" passa a ser extremamente eficiente, em cooperação mútua.

Da mesma forma, como os cristãos não se encontravam presos a uma concepção religiosa regionalizada, sua movimentação ideológica, espiritual e material era cosmopolita.

---

[356] Charles Guignebert, *El cristianismo antiguo*, trad. N. O. Reynal, México: Fondo de Cultura, 1997, p. 120.

Sua fé era compartilhada por pessoas não de uma localidade específica, porém por habitantes dos vários quadrantes do Império, ideologicamente desprovidos de raízes, espiritualmente liberados de amarras que não os seus credos íntimos:

> "*numa altura em que tantas barreiras se desmoronam, penosa e obscuramente, os cristãos tomam a dianteira, considerando-se como um não povo*"[357].

Um agrupamento que ostensivamente pregava o igualitarismo das relações entre os seus membros, onde não importava a condição social, independente do fato de ser escravo ou livre, uma proposição deliberada e propositalmente igualitária, que assumia uma conotação, potencialmente, subversiva.

Entretanto, no universo social romano, passará a não ser mais possível distinguir-se, com tanta precisão, um tradicional senador de um próspero comerciante.

A Igreja cristã nada mais fazia do que reconhecer, reproduzindo em sua mensagem igualitária, uma evidente anomalia social existente, um mundo em que os sinais de distinção social das antigas aristocracias, se confundem com tantos homens de nova riqueza.

Dentro de pouco tempo, não haverá mais qualquer restrição para que uma pessoa de posses passe a sentir-se integrada e incorporado nessa nova percepção religiosa,

> "*uma experiência arrojada, fortalecida pelos incitamentos e perigos ocasionais de uma quebra com o passado e o ambiente*"[358].

Em um mundo que começa a sinalizar crescentes crises econômicas, com inflação e carestia, os cristãos investem pesadas somas de dinheiro em benefício do povo desamparado, reforçando a sua imagem e aceitação.

---

[357] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 69.
[358] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 70.

Quando ocorrem grandes epidemias ou sedições apenas o clero cristão não se nega a agir, sendo o principal agrupamento a cuidar do enterro dos mortos e, quando necessário, organizar socorros alimentares, reproduzindo, por paradoxal, em certa medida, comportamentos equivalentes às políticas frumentárias do início do principado. Em Roma, por exemplo, a Igreja sustenta milhares de pobres e viúvas.

Por volta das movimentações bárbaras de 254 e 256, a Igreja de Roma e de Cartago envia para a Capadócia expressiva soma de dinheiro destinada a remir a liberdade dos cativos e cria um paradigma potencialmente desprestigiante para o poder oficial que, duas gerações antes, enfrentando semelhante situação, havia abandonado os provinciais, fazendo com que

> *"na realidade, ser cristão em 250, dava mais garantias a um homem do que ser 'cives romanus'"* [359].

Porém, o aspecto mais impressionante da "crise das cidades" do século III não seria exatamente o dos grandes dispêndios da Igreja Cristã. O grande diferencial da Igreja cristã era o rigorismo de suas normas.

As esmolas e contribuições não eram distribuídas aos necessitados de forma indiscriminada.

Após serem arregimentadas dos fiéis, elas são interpretadas como um "sacrifício" de todo o grupo,

> *"assim abençoada, a riqueza da comunidade regressa apenas aos membros da comunidade, como parte da "amorosa ternura"de Deus pelo Seu povo especial"*[360].

A disseminação da propaganda cristã, por igual também era restrita e dirigida, não sendo usual a pregação em praça pública, seguindo o modelo dos filósofos:

---

[359] Idem, p. 72.
[360] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 72.

> *"em lugar disso, os candidatos a membros eram cuidadosamente escolhidos, lentamente preparados pela iniciação, e, uma vez iniciados, esperavam-nos graves provas até conhecerem a diferença entre os que pertenciam e os que não pertenciam à comunidade*" [361].

Destaca-se, pois, o radicalismo que caracteriza a primitiva comunidade, fator de sua coesão e seu fortalecimento, reproduzindo no interior, em razão do apregoamento de uma vida de relações solidárias e fraternas apenas entre os "irmãos", uma autêntica sociedade ideal, porém, em menor escala.

Haverá, entre 260 e 302, um período de tolerância, denominado "*pequena paz de Constantino*", que representará um elemento essencial para a difusão e consolidação do cristianismo no Império.

As crescentes preocupações e, em especial, as vultosas despesas geradas com a defesa das fronteiras imperiais no Reno e no Danúbio, fazem com que os imperadores não se preocupem, ao referido tempo, com as questões relativas às comunidades cristãs que se multiplicavam:

> *"Quando, finalmente, Diocleciano levanta o seu palácio em Nicomedia, já está preparado para não estranhar a vista de uma basílica cristã, erguida no monte oposto. O Império Romano sobrevivera, mas neste Império ecoara uma voz inteiramente nova – o cristianismo"* [362].

Assim sendo, pontua Corassin[363], com o objetivo de enfrentar a difícil logística decorrente da necessidade de uma efetiva manutenção das defesas imperiais nas fronteiras onde estavam as populações bárbaras, Diocleciano acaba por nomear, em 285, como César, um antigo companheiro de armas, amigo devotado, de similar origem humilde, Marco Aurélio Valério Maximiano, que foi encarregado do governo das províncias ocidentais.

---

[361] Idem, p. 74.
[362] Peter Brown, *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972, p. 74.
[363] Maria Luiza Corassin, "Constantino e o império cristão", *in: Revista de História*, n. 104, Outubro-Dezembro de 1975, pp.741-766.

No ano de 286, é elevado à condição de Augusto pelo próprio imperador, mantendo, entretanto, Diocleciano, a sua posição hierarquicamente mais elevada, como "*senior Augustus*".

Tendo em vista as dificuldades inerentes às operações de defesa das fronteiras imperiais, Diocleciano, sete anos depois da nomeação de Maximiano, agregaria ao poder dois outros Césares, cada qual subordinado a um dos Augustos. Aos Césares incumbiria a sucessão dos Augustos, em caso de vacância dos tronos.

O antigo César, uma vez transformado em Augusto, por sua vez, deveria indicar um novo César.

Dessa forma, criava-se um sistema de transmissão automática do poder, a tetrarquia, afastando-se do sistema de transmissão por linhagem familiar, assegurando, portanto, a ascensão ao trono dos melhores homens.

Assim, como César de Diocleciano, ascende Galério, e, como César de Maximiano, Marco Flávio Valério Constancio, mais tarde denominado pelos escritores de Constâncio Cloro.

Diocleciano acabaria por abdicar do trono, nas cercanias de Nicomedia, em 1 de maio de 305, nomeando para o trono o seu César, Galério. Este, por sua vez, nomeia para César um soldado, Maximino Daia.

Em Milão, na mesma data, Maximiano abdicaria em favor de Constâncio Cloro. Este, por sua vez, nomearia para César o também militar Flávio Severo.

Entretanto, a questão sucessória acabaria por se convulsionar, perdurando uma alongada crise que duraria mais de vinte anos, com a partilha do poder entre Constantino e Licínio, de 313 a 324, até a definitiva vitória de Constantino contra Licínio, em Crisópolis, em setembro de 324.

Um dos aspectos mais problemáticos que acabaria por se refletir no insucesso da tetrarquia reside no fato de que a opção de Diocleciano pela regra de sucessão por indicação acabou por excluir da linha sucessória, provavelmente, de forma intencional, tanto o filho de Constâncio Cloro, o jovem Caius Flavius Valerius Constantinus, ou seja, Constantino, assim como o filho de Maximiano, o jovem Marcus Aurelius Valerius Maxentius, ou, como ficou conhecido, Maxêncio.

Neste ponto, pondera Corassin, "*não podemos afirmar que o sistema político idealizado por Diocleciano ter-se-ia mantido caso ele respeitasse os princípios dinásticos, mas é certo que as pretensões dos dois jovens apressaram o seu declínio*"[364], evidenciando a rivalidade existente entre os jovens que acabaria, tempos depois, por colocar em risco a unidade do Império.

O embate definitivo entre Constantino e Maxêncio, em 312, ocorreria em Saxa Rubra, próximo a Ponte Mílvia, que, não longe de Roma, transpõe o Tibre.

Deve-se a Eusébio, aproximadamente vinte e cinco anos depois dos eventos, a história acerca da visão de Constantino, na véspera da batalha, de uma cruz de luz no céu com as palavras "Com este sinal, vencerás".

Eusébio chega até mesmo a afirmar que "*o milagre foi afirmado por juramento por Constantino*"[365].

Por fim, após inúmeros eventos militares entre os pretendentes do poder, restaria a definitiva batalha entre Constantino e Licínio, em Adrinópolis, em 324, com a vitória de Constantino.

Neste sentido, tendo se tornado o único detentor do poder monárquico, não mais partilhável, restaria a indicação, que, ao final, se tornaria seu sucessor, seu filho e herdeiro, Constancio, nascido em 317 e desde 323, associado ao poder, elevado, ainda que prematuramente, à condição de Cesar. Seu reinado iria de 337 a 361.

---

[364] Maria Luiza Corassin, *Revista de História*, n. 104, Outubro-Dezembro de 1975, p. 748.
[365] Michael Gough. *Os primitivos cristãos*, trad. M. Ondina, Lisboa: Verbo, 1969, p. 51.

A síntese das conquistas de Constantino pode ser resumida em uma dualidade: a reunificação do Império mediante a re-edificação de uma forma de governo monárquico e a sua política em relação ao cristianismo. Constantino era pagão, adepto do culto solar, tendo caminhado, lentamente, em direção ao cristianismo.

A rigor, Galério, pouco antes de sua morte, havia prolatado, na primavera de 311, um Edito autorizando a prática do culto cristão.

Gravemente enfermo, afirmava em seu Edito: "*Em troca da nossa indulgência, deverão orar pela nossa salvação, pelo Estado e por si mesmos....*"[366].

Como esse Edito não foi ab-rogado: "*É, portanto a partir deste momento que a existência do cristianismo foi oficialmente reconhecida e permitida. A era dos mártires estava finda*"[367].

Durante a campanha contra Maxêncio, Constantino se converte ao cristianismo e, a partir de então, nele procura apoio e justificação de seu poder.

Reunidos em Milão, em 313, Constantino e Licínio confirmam e complementam o anterior Edito de 311, outorgando a plena liberdade de culto, extensível às outras religiões, assim como a restituição dos bens imóveis confiscados.

Licínio, entretanto, ainda perseguiria os cristãos, como o ocorrido em 319 e 320 na Ásia e no Egito, em razão de neles ver o apoio ao seu rival Constantino.

Com a vitória definitiva, em 324, sobre Licínio, não haveria mais perseguições no Império.

É de se salientar que, embora tendo se convertido ao cristianismo, Constantino não rompeu, definitivamente, com as práticas do paganismo.

---

[366] André Aymard. "Roma e seu Império", xem coop. Com J. Auboyer, *História Geral das Civilizações*, tomo II, 2º volume, trad. Pedro Moacyr Campos, São Paulo: Difel, 1956, p. 280.
[367] Maria Luiza Corassin, *Revista de História*, n. 104, Outubro-Dezembro de 1975, p. 754.

A fundação de Constantinopla, por exemplo, iniciada a partir de novembro de 324, com a consagração da cidade em 11 de maio de 330, deu-se segundo os ritos pagãos tradicionais, tendo sido mantidas celebrações, embora de forma mitigada, do culto imperial.

Porém, toda a linha de atuação da política imperial iria se direcionar para o progressivo combate ao paganismo:

> "*a consulta a adivinhos e arúspices passou a ser permitida somente em determinados casos...*" e "*ao reconhecer a arbitragem dos bispos com a mesma validez das sentenças dos tribunais civis, fundou a jurisdição episcopal*"[368].

A compreensão do Imperador Constantino, complexa personagem histórica, oferece ao historiador múltiplas perspectivas de análise, como enfatiza Corassin.

No âmbito administrativo, afirma Brown, Constantino irá implementar o aumento de uma burocracia palaciana, e, alinhado com o ideal de Diocleciano, acabaria por fomentar o absolutismo imperial.

Porém, sob sua coroa, será adotada uma nova política em relação ao cristianismo e seus adeptos, que já eram expressivos a esta altura. Por determinação do monarca, as perseguições cessam, vindo a se tornar a religião oficial do Império, transformando-o, definitivamente.

Por fim, o monarca também materializará a fundação de uma nova capital imperial, que receberá o nome de Constantinopla, às margens do Bósforo, com o propósito de rivalizar com a antiga Roma.

---

[368] Maria Luiza Corassin, *Revista de História*, n. 104, Outubro-Dezembro de 1975, p. 756-757.

Na prática, viabilizaria, de forma irreversível, a separação entre Império romano do ocidente e Império romano do oriente. Tem início, pois, o período denominado baixo Império.

Por todos esses fatores, conclui Corassin, por um lado, é possível a visualização de Constantino como tendo, definitivamente, levado ao ocaso a antiga tradição de forma de poder romana, que Diocleciano teria tentado, sem sucesso, resgatar.

Por outro lado, foi, de fato, o articulador da consolidação do cristianismo no baixo Império.

Entretanto, Constantino, mais do que nenhum outro, bem compreendeu a necessidade do estabelecimento de uma religião oficial que apoiasse e justificasse a natureza (divina) do poder por ele exercido.

Conforme Corassin bem asseverou, Constantino, acabou por transformar as tradicionais estruturas políticas romanas e fez vir a lume uma nova configuração imperial:

> *"Se o julgarmos do ponto de vista da Idade Média, é preciso reconhecer que ele nos oferece a primeira imagem do soberano medieval, vivendo com os olhos voltados para o céu"* [369].

Será, pois, esse Império Cristão totalmente refigurado, conforme provarão os futuros eventos, que determinará as bases mais importantes para o estabelecimento da vindoura sociedade medieval, ou seja, a própria cristandade ocidental.

O processo, independente de sua configuração formal, vive, ontologicamente, imerso na sociabilidade humana e, conseqüentemente, dela não poderia deixar de receber todos influxos das sensíveis transfigurações sociais.

---

[369] Maria Luiza Corassin, *Revista de História*, n. 104, Outubro-Dezembro de 1975, p. 765.

Exatamente nesse sentido, Biondo Biondi, com acuidade, reconhecendo o característico do processo como um "*apparato strumentale*", escora-se em Calamandrei para, com ele, compartilhar da idéia de que o seu fim é sempre a atuação da justiça. Assim, Biondi afirma: "*è ovvio che tale congegno risente del clima del tempo, e quindi in época cristian ala giustizia che esso persegue non può essere che quella predicata da Cristo e sviluppata dalla Chiesa*"[370].

A afirmação do autor significa o fato de que o processo não tardaria a se compatibilizar com as concepções cristãs, fazendo com que suas normas passassem, progressivamente, a guardar alinhamento com a ideologia cristã.

Os reflexos no âmbito probatório ao tempo do Dominato serão, em primeiro momento, decorrência da consolidação da hierarquização imperial. Posteriormente, somando-se à hierarquização, virá o alinhamento ideológico com a nova religião:"*en relación a las pruebas del proceso, es el juez que dirige esta cuestión indicando a las partes los hechos que deben ser objeto de prueba....En general, hay uma tendência hacia la unidad sistemática de las mismas, estructuraas, jerárquicamente a la hora de determinar el valor que ha de atribuirse a cada medio de prueba*"[371].

Na legislação de Diocleciano há considerável preocupação com o tema probatório. É de se notar o fato de que das 67 leis que foram recolhidas no Codex acerca da prova, nos três títulos do livro IV - "*De probationibus*" (C. 4.19), "*De testibus*" (C. 4.20) e "*De fide instrumentorum*", (C. 4.21) – 19 delas pertencem às chancelarias dos imperadores Diocleciano e Maximiano, ainda que seja, em linhas gerais, para reafirmar a distribuição do ônus da prova por conta do demandante ou regular as regras para a determinação manutenção da validade de um ato jurídico, mesmo que desprovido do suporte material que o tenha instrumentalizado, concepções, de certo modo, já assentadas no período clássico e repristinadas no pós-clássico[372].

---

[370] Biondo Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1954, p. 375.

[371] Maria Eugenia Ortuño Pérez, "La carga de la prueba de los hechos negativos, en Diocleciano", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 563-565.

[372] Jean Philippe Lévy, "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, nota 60, p. 431.

O Baixo Império permite, pois, haurir a percepção no sentido de que, de forma progressiva, as chancelarias imperiais passaram a demonstrar crescente interesse pela temática probatória, conforme destaca Archi[373].

O Código Hermogeniano[374] contém, por exemplo, uma "*Consultatio*" dos imperadores Diocleciano e Maximiano, sob o título "*De instrumentis*" que menciona a matéria de prova documental[375].

O Código Gregoriano contém no livro IV uma determinação dos imperadores Valeriano e Galieno que também cuida de matéria probatória: "*Si potes probare, omnem pecuniam exolutam creditori tuo, cautio tua, quae apud heredem ejus remansit, inanis est, ut tamen aut ipsa reddatur tibi, aut incisa apud creditorem remaneat, heredem ejus convenire potest*", de modo a regular, na casuística, que se fosse possível para uma pessoa provar que ela havia adimplido a sua dívida ao seu credor, não seria relevante, juridicamente, o fato de o título da dívida se encontrar nas mãos de um herdeiro deste credor.

Neste caso, aquele que pagou poderia acionar o referido herdeiro para que devolvesse o referido título ou para que fosse ele cancelado nas mãos do herdeiro[376].

O Código Teodosiano, em 11.39, por sua vez, contém um título específico sobre as testemunhas e dos documentos, "*de fide testium et instrumentorum*", contendo várias manifestações dos imperadores.

Entretanto, logo no livro II, C. Th. 2.18.1, "*De iudiciis*", há uma emblemática constituição do imperador Constantino, em 321 d. C., instruindo acerca da forma pela qual o juiz deveria conduzir as diligências probatórias nos julgamentos.

---

[373] Gian Gualberto Archi, "Les preuves dans le droit du Bas-Empire", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 393.

[374] O Código Hermogeniano é um complemento do Código Gregoriano, ambos de natureza privada, portanto, não oficiais, datados, o Gregoriano do ano de 294 e o Hermogeniano, entre os anos de 314 e 324 d. C. Cf. Girard, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 3ª edição, Paris: A. Rousseau, 1901, p. 73.

[375] Cf. "Extraits de divers titres du Code Hermogénien", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão da Scientia Verlag, Aalen, 1979, p. 98.

Recomenda-se que o julgador tenha paciência no momento da exposição da causa, entretanto, resta claro que a eleição das provas não repousa apenas no arbítrio dos litigantes.

O juiz pode determinar as provas que entender necessárias, já que deve atuar para atingir "*plena inquisitione discutere*"[377].

Uma delas, em particular, recolhida em C. Th. 11.39.1 chama a atenção. Trata-se de uma determinação de Constantino, do ano de 325 d. C., que indica a intenção imperial acerca da administração da prova, em especial, a respeito da distribuição do ônus da prova em matéria de demanda de reivindicação imobiliária.

O imperador faz menção ao fato de que, embora as determinações imperiais precedentes tenham sido no sentido de fazer incumbir àquele que demandasse em juízo o ônus de provar a propriedade, a partir de agora, ficava ordenado que, em um primeiro momento, o demandante deveria provar que o objeto em disputa, de fato, lhe pertencia.

Entretanto, esta é a modificação, caso não pudesse realizar a prova que, em princípio, lhe incumbia, o demandado deveria provar a que título detinha a coisa e em que fundamento se fundava o seu direito, "*ut sic veritas examinetur*", assim, a verdade poderia ser investigada[378].

Archi opina no sentido de que a referida constituição tenha origem em uma autêntica reforma legislativa empreendida pelo imperador, no sentido de, sem desprezar os motivos fiscais subjacentes, buscar conferir maior segurança na circulação de bens imóveis no Império[379].

---

[376] Cf. "Extraits de divers titres du Code Grégorien", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão da Scientia Verlag, Aalen, 1979, p. 85.
[377] Cf. Nelly Dora Louzan Solimano, "Los testigos en el proceso romano" *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 469.
[378] Código Teodosiano,11.39.1. Cf. Clyde Pharr, *The Theodosian Code*, Union: Law Book Exchange, 2001, p.339.
[379] Gian Gualberto Archi, "Les preuves dans le droit du Bas-Empire", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 398.

O maior adensamento da legislação imperial, em especial, a partir de Diocleciano, acerca dos temas probatórios, para além das primeiras tímidas inserções nas compilações privadas citadas, como os Códigos Hermogeniano e Gregoriano indica que o tema, de fato, passou a chamar a atenção dos juristas contemporâneos, merendo maior destaque em suas obras, os quais, até então, de um modo geral, não se preocupavam com a temática da prova, como intui Lévy, "*talvez em decorrência da mudança no procedimento*"[380].

As Sentenças de Paulo contém em 5.14. um título denominado "*De quaestinibus habendis*", regulando a forma pela qual, na apuração da verdade nos crimes, a tortura poderia ser empregada nos interrogatórios com objetivo de extração de confissão ou da identificação dos cúmplices.

Há ainda uma recomendação de cunho prático: "*unius facinoris plurimi rei ita audiendi sunt, ut ab eo primum incipiatur, qui timidior, et tenerae aetatis esse videatur*", ou seja, no sentido de que existindo vários acusados do mesmo crime, deve-se interrogar, por primeiro, os mais tímidos e os mais jovens.

O título seguinte, 5.15, "*De testibus*", contém, entre várias, a importante regra de que o pai e a mãe, assim como os filhos e os libertos, não podem ser admitidos como testemunhas, uns contra os outros, uma vez que, em decorrência da afeição, a descoberta da verdade restaria comprometida.

Recolhidas em 5.16 as regras acerca da aplicação da "*quaestio*" aos escravos, que deveriam ser torturados, não em conjunto, porém um a um, para a extração da verdade.

Por fim, a regra de arremate do capítulo afirma que é necessário que aquele que acusa alguém de um crime é obrigado a declinar ao acusado os crimes que lhe são imputados, pois o acusado deve saber de quais acusações deve se defender[381].

---

[380] Jean Philippe Lévy, "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, p. 431.

[381] Cf. "Julii Pauli Sententiarum receptarum ad filium", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão da Scientia Verlag, Aalen, 1979, pp.258-262. As Sentenças de Paulo recolhidas na "*Lex Romana visigothorum*", embora contidas também no livro V da obra de Paulo, obedecem a uma outra numeração, a saber: "*titulus XVI. De quaestionibus habendis", "titulus XVII. De testibus",*

E, para não deixar dúvidas acerca da confissão, em D. 42.2.1, recolhe-se o seguinte passo de Paulo: "*confessus pro iudicatus est, qui quodammodo sua sententia damnatur*" .

O Digesto recolhe, em 48.8, Título denominado "*De quaestionibus*", inúmeros passos sobre a tortura judiciária. Em geral, como observa Peters, trata-se da aplicação da "*quaestio*" aos escravos[382].

Entretanto, o Digesto recolheu em 48.18.10 um passo de Aracadio Carisio, no qual fica clara a proibição de tortura, como meio de prova, a menores de quatorze anos, porém, em casos de crimes de traição ao imperador, qualquer pessoa poderia ser levada a tormento.

Se o processo da "*cognitio*" é marcado, desde os seus primórdios, pelo seu caráter publicista, para além de tal característico, o processo que nos é revelado pelas fontes posteriores à penetração do cristianismo, com maior evidência ao tempo do direito justinianeu, será um processo plasmado pelos dogmas da Igreja, propiciando, em boa medida, uma certa elasticidade nos aspectos técnicos dos institutos jurídicos, incluindo os atinentes à prova, mediante a preponderância dos valores éticos-religiosos:

> "*piu que pubblico, ha carattere ed impostazione religiosa, che si aferma in pieno al tempo di Giustiniano*"[383].

Justiniano, por sua vez, muito legislou acerca da temática probatória, em especial acerca do testemunho. No Codex há 11 constituições acerca da prova[384].

O juiz, como funcionário oficial, afirma Biondi, analisando o passo do Codex, 3.1.14, deverá, também ele jurar, não mais como o juiz pagão "*se cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositurос*". Esse juiz, o pagão, jurava perseguir a verdade humana objetiva, porém guarda uma diferença em relação ao juiz cristão:

"titulus. XVIII. De servorum quaestionibus", cf. *Lex Romana Visigothorum*, G. Haenel, 1848, reimpressão Scientia Verlag Aaalen, 1962, p. 430-433.

[382] Edward Peters, *Tortura*, trad, L. Spinelli, São Paulo: Ática, 1989, p. 39.

[383] Biondo Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1954, 377.

[384] Jean Philippe Lévy, "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, nota 62, p. 431.

> "*per il giudicce Cristiano, il quale prima di entrare in carica deve giurare di essere assertore della fede cattolica, la verità ricercata è la verità eterna, quale si concreta nei rapporti umani, e la legge, a cui dichiara di sottomettersi è anzitutto la legge divina, tanto que gli eretici non possono esercitare la funcione di giudice – appunto perchè ignorano i precetti divini*"[385].

No que diz respeito às particularidades da prova testemunhal, a questão da imprescindível boa reputação das testemunhas persistia como preocupação de Justiniano.

Nas Novelas, 90.1, há uma Constituição, provavelmente do ano de 539, endereçada a Ioanni, Prefeito do Pretório do Oriente, em cujo prefácio, o imperador, repristinando, expressamente, a legislação antiga, determina que as testemunhas deveriam ser homens bons e probos, de boa reputação, a fim de que não pairassem dúvidas acerca de sua moderação.

O imperador Justiniano afirma que não seria conveniente que as testemunhas fossem pessoas muito pobres ou artífices pouco conhecidos ou, como informa, "*obscuros*".

Entretanto, caso fosse absolutamente necessário o seu testemunho, excepcionalmente, as citadas pessoas deveriam ser, previamente, açoitadas, para garantir que falavam a verdade ou que não tinham sido corrompidas por qualquer uma das partes.

Porém, o açoite não era a única modalidade de tormento aplicada. No ano de 376, por exemplo, uma Constituição de Valente e Valentiano, C. 9.41.16, que cuidava de isentar os decuriões de tortura em determinados crimes, menciona, de forma expressa, o tormento por "*fidiculae*", também conhecido por "*nervus*" que era um tipo de corda, utilizada para amarrar e esticar o corpo do supliciado durante o tormento.

Serviam-se os romanos de vários tipos de instrumentos de tormento, quer como meio de prova, quer como suplício capital, no sentido de castigo.

---

[385] Biondo Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1954, p.377.

Um outro dispositivo conhecido era o "*equuleus*" ou "*catasta*", um tipo de cavalete, sobre o qual era amarrado o supliciado e torcido ou alongado, por meio de um sistema de pesos e cordas. O "*lignum*" era uma mesa, composta de duas placas de madeira, nas quais eram travados os pés e mãos e o corpo, progressivamente, alongado. Utilizavam os "*ungulae*", espécies de ganchos, em forma de garras duplas para penetração no corpo do supliciado. Praticavam o tormento por fogo, por meio de pedaços de ferro ou bronze aquecidos no fogo com os quais o corpo do supliciado era tocado. Outras vezes realizavam a mesma operação com o uso de archotes.[386] Embora fosse da tradição desde o direito clássico a isenção de determinadas pessoas ao testemunho, como era o caso dos anciãos, dos enfermos, dos militares, dos que estivessem ocupando fora de Roma uma magistratura a serviço da República, tal qual anteriormente tratado por Scaevola (D. 22.5.8), o imperador Justiniano, N. 123.8, determinou que os bispos não deveriam ser constrangidos a comparecer para prestar depoimento nos tribunais.

Para evitar o transtorno, algum emissário deveria ser enviado pelo juiz para colher o testemunho dos referidos sacerdotes, "*diante dos santos evangelhos*". Em 531, Justiniano determina que o testemunho de pessoa que seguisse seita herética não deveria ser admitido em pleitos que envolvessem ortodoxos, e por igual, deveriam ser rechaçados os testemunhos dos que "*judaicam superstitionem solunt*". O perjúrio era punido com a grave sanção da infâmia (Codex 2.4.41). Entretanto, recolhe-se no mesmo Codex, em C. 4.20.13, um regramento mais severo, pois além de ser condenado como "*falsarius*", porém, era permitido que, se no momento do testemunho houvesse suspeita da mentira, era permitido o tormento. Mas, caso o litígio fosse estabelecido entre heréticos e judeus, os seus testemunhos poderiam seriam aceitos, excetuando-se, em qualquer hipótese, os pertencentes à seita dos maniqueus, dos borboritas, dos samaritanos, dos montanistas, dos ascodrogitas e dos ofitas, aos quais, por semelhança de seus delitos, era-lhes vedada a prática de qualquer ato legal ("*quibus pro reatus similitudine omnis legitimus actus interditus est*") indicando os enfrentamentos entre a ortodoxia e as assim denominadas, pela Igreja, "heresias", a rigor, dissidentes da ortodoxia oficial, ou seja, do catolicismo romano, ainda que também fossem elas pertencentes à concepção religiosa cristã [387].

---

[386] Cf. Piero Fiorelli, *La tortura Giudiziaria*, vol I, Milano: Giuffrè, 1953, pp. 10-19.

[387] Charalambos N. Fragistas, "Le temoignage dans le proces civil em droit byzantin", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 628.

O Codex, em 2.59.2, recolhe uma Constituição de Justiniano, de 534, que determina que nenhum pleito poderia ser iniciado, sem que tanto o autor como o réu prestasse o juramento de calúnia, diante das Santas Escrituras.

Se o autor se recusasse a prestar o juramento de calúnia, "*non liceat ei penitus ad litem pervenire*", não poderia iniciar a demanda. O réu, por sua vez, recusando o juramento, "*pro confessus habeatur*", ou seja, seria tido como confesso.

Se, nos primórdios do processo romano, as atividades não poderiam ocorrer nos dias nefastos, agora, Codex 3.12.2, "*ut in die dominico.... reliquae causae vel lites quiescant*", proibia-se atividade judicial no domingo.

De igual forma, não haveria atividade judicial na Páscoa e Natal: "*sanctum quoque diem paschae, et diem natalis Domini...*"

Não poderiam ingressar na "*Togatorum Corsortium*", isto é, na Corporação dos Advogados, aqueles que não fossem católicos. Igual restrição se aplica, por óbvio, aos Juizes (Codex 2.6.8).

O Digesto recolhe em título específico, contido no livro XX, temas relacionados com a prova, como o do Título 3, sob a denominação "*De probationibus et praesumtionibus*" ou o livro 4, sobre testemunhas. Logo no início do título 3, está o famoso fragmento de Paulo, D. 22.3.2,"*Ei incumbit probatio, qui dicit, nom qui negat*".

No mesmo sentido, opinou Ulpiano, acerca de matéria testamentária, D. 22.3.22, "*àquele que afirma haver o testador mudado sua vontade"... "probare hoc debere*".

Desde o ano de 376 há a Constituição de Valente afirmando a impossibilidade de uma pessoa prestar testemunho em causa própria (C. 20.10). Era considerado como não admissível, por ser ilícito, o testemunho dos libertos contra os patronos. No ano de 528, Justiniano, determinou, C. 4.21.17, que todos os negócios por meio de contratos de venda ou permutas, inclusive doações, e outros mais, fossem realizados, exclusivamente, por meio de instrumento escrito, evidenciando a força do documento escrito ao final do período justinianeu.

A apreciação do tema probatório na complexa História do Direito Processual Romano permite a adoção de múltiplas linhas de análise, possibilitando, cada uma delas, a elaboração de conclusões específicas acerca dos modos pelos quais o sistema jurídico romano (se é que uma visão de sistema resulta possível, tendo em vista tão plúrimo quadro histórico institucional, desenvolvido, amadurecido e consolidado ao longo de mais de doze séculos) adotou para o fim de demonstrar a verdade dos fatos em juízo.

Uma das perspectivas que permitiria, a nosso ver, uma visão mais abrangente da evolução do fenômeno, para além do modelo tantas vezes repetido pelos autores, que busca evidenciar as particularidades dos variados meios de prova empregados e também da própria casuística da prova no "*Corpus Iuris Civilis*" - modelo que, por ser imprescindível, em razão da escassez e desarticulação das fontes - também foi por nós adotado no presente trabalho, seria o intrigante tema da evolução dos critérios empregados para a formação da convicção judicial.

Será, pois, sob tal perspectiva que buscaremos, a partir de agora, sintetizar a análise empreendida da prova no processo romano.

Para tanto, serviremo-nos de um antigo artigo, cuidadosamente elaborado, porém, até hoje, pouco divulgado, de Antonio Tozzi, denominado "*L'Evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*"[388], cujo conteúdo, em suas linhas gerais, encontra-se, a seguir analisado.

O referido tema, ligado a um ponto tão fundante da atividade da jurisdição, qual seja, o próprio órgão encarregado de julgar as causas, sempre atraiu a atenção dos estudiosos e acabou por incorporar, "*grosso modo*", um consenso.

O ponto de vista, de todo tradicional, desde há muito sedimentado na doutrina, ao buscar identificar uma diferenciação nos meios empregados pelo órgão judicante para a formação de sua convicção ao longo do tempo, acabou por apontar uma nítida diferenciação no âmbito dos mecanismos cognitivos permitidos ao juiz romano.

---

[388] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, pp125-155 e 212-229.

De acordo com tal linha de interpretação, teria restado firme a concepção, segundo a qual, os sistemas do "*ordo iudiciorum privatorum*" e o da "*cognitio extra ordinem*" ofereceram ao juiz romano, cada qual, distintas possibilidades de atuação. Assim, são contrastados dois grandes "modelos".

De um lado, aquele empregado pelo julgador do "*ordo iudiciorum privatorum*", marcado pela sua incoercibilidade de consciência, que, em plena liberdade de atuação, recusava-se, de forma categórica, a prolatar suas decisões baseando-se em regras formais e pré-estabelecidas, evidenciando, desta forma, a sua filiação ao sistema da mais completa e livre convicção.

De outro lado, o juiz da "*cognitio extra ordinem*", com maior destaque para o do baixo Império, que, atuando em um sistema processual marcadamente publicístico, passou a experimentar, de forma crescente, restrições na liberdade de formação que antes desfrutava, vinculando-se, progressivamente, a um sistema de rígidas normas de apreciação de provas e incorporação de determinadas regras de julgamento, de modo a evidenciar o seu encaminhamento para um futuro sistema de prova legal, cuja estréia, segundo Tozzi ocorre, ainda que de forma parcial, já no Baixo Império, vindo a se generalizar, para, ao final, ao tempo do processo medieval, acabar por se consolidar na "*praxis*" e no pensamento jurídico.

Subjacente a tal leitura, repousa a interpretação de que o primeiro modelo proporcionaria o aprazível e desejável exame direto e livre dos fatos na causa, idôneo para permitir a apuração da verdade, contrastando com o segundo modelo, opressivo, restritivo, formalista, que não seria hábil a possibilitar, por si, a apuração da verdade dos fatos.

Tal visão não discrepa da filiação a determinada corrente jurídico-histórica tradicional que se permite ver um movimento de descenso no tempo histórico, ou seja, a tormentosa caminhada de um momento melhor, idealizado, para um momento pior, desprestigiado.

Como bem diz Tozzi, a transposição de uma época feliz para uma época de miséria intelectual. Tal endereçamento, de todo anti-histórico, não poderia oferecer outra compreensão exceto aquela de aproximar o término de tão sofrido período de empobrecimento dos institutos jurídicos da noção de ascensão e queda do Império romano.

Segundo tal linha de entendimento, tal fenômeno, representaria um traumático momento, que culminaria por conduzir a uma nova fase da História, seqüencialmente articulada com o anterior, denotando, porém, uma ausência de evolução, como se estivesse ocorrendo um movimento meramente inercial das estruturas sociais e, principalmente, jurídicas. Nessa concepção, o resultado apenas poderia ser uma herança marcada por um obscurantismo e visão intelectual empobrecidos, realidades tão discrepantes da outrora esplendorosa ciência jurídica romana clássica - qual seja, a "terrível" Idade Média.

Tozzi, afastando-se da referida visão tradicional, em razão de entender pela sua inviabilidade na concretude dos fatos, já que tal concepção se filia ao entendimento do fenômeno histórico como se pudesse ser estigmatizado por um fatalismo imutável, afirma que todas as assim chamadas "*decadências*" devem sempre ser interpretadas como relativas, pois, com maior precisão, representam a adoção, em cada momento, das soluções disponíveis a cada sociedade.

Portanto, não seria apropriado conceber-se a passagem do sistema mais livre de formação de cognição judicial, como o empregado pelo "*iudex privatus*", como um regresso, porém, mais bem representaria "*un modo di sentire più alto e più complesso dei problemi processuali e della loro importanza nell'intero ordinamento giuridico.....*", complementando, com sensibilidade "*....e nella vita política e sociale*"[389].

A percepção mais evidente que exsurge a partir da análise do processo civil romano em suas origens, não necessariamente desde suas épocas mais recuadas, porém a partir daquele momento em que é possível algum registro histórico confiável, isto é, já ao tempo das ações da lei, é a sua divisão em um modelo bifásico de fases procedimentais.

---

[389] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 127.
.

Trata-se, como é cediço, da tradicional divisão dicotômica entre a fase de comparecimento das partes perante o pretor, o magistrado romano oficial, denominada "*in iure*" e a fase procedimental subseqüente, de comparecimento dos litigantes, após a "*litiscontestatio*", perante o "*iudex*", o julgador leigo, encarregado, na generalidade dos casos, da instrução e da prolação da decisão da causa, denominada "*in iudicium*" ou "*apud iudicem*".

Acerca da bipartição de instâncias, colocaram-se, em campos opostos, duas linhas de interpretação do fenômeno jurídico. Pela primeira delas, a referida bipartição, teria introduzido o juiz leigo no iter procedimental oficial, representando, pois, a obtenção de uma verdadeira conquista dos cidadãos organizados, tal qual uma garantia em defesa de um dos mais latentes aspectos sua legítima organização constitucional, o jurisdicional, na medida em que as funções de decidir as causas teriam sido retiradas, por completo, do magistrado oficial e atribuídas a mais autentica manifestação do verdadeiro poder jurisdicional, de natureza cívica e republicana, consubstanciada na instituição do "*iudex unus*", cidadão romano. De acordo com a segunda interpretação, tal fenômeno mais bem representaria a tentativa inicial, de todo exitosa, de intromissão de um poder crescente, de natureza oficial, mediante regulamentação específica por meio da atuação do magistrado estatal, subtraindo um espaço que antes era conferido, com exclusividade, à livre e incondicionada atuação das partes, qual seja, o da introdução e organização do processo, até o momento da celebração do importantíssimo ato processual, a "*litiscontestatio*".

A rigor, trata-se do confronto das posições dogmáticas sustentadas por Wenger e por Wlassak, respectivamente.

Destacando o afastamento doutrinário contemporâneo da primeira posição, Tozzi informa que a segunda apreciação, a de Wlassak, parece encontrar maior pertinência. Para suprir a impressionante reticência das fontes, jurídicas e não jurídicas, que poderiam lançar luzes na questão, o autor enfatiza alguns dos componentes mais característicos do processo romano de natureza procedimental bipartida, quais sejam, a nítida percepção da existência, ao referido tempo, de dois elementos, ambos constitutivos do processo: os de natureza publicística e os de natureza privatística.

Quanto aos primeiros, seriam eles decorrentes dos poderes do magistrado, realizados sob sua ordem e coordenação. Os segundos, por sua vez, seriam caracterizadores de um tipo de emanação de poderes ínsitos às partes, aos próprios litigantes, em atuação livre e incondicionada. No amalgama de tais elementos, delinear-se-ia o processo civil romano do "*ordo*".

Entretanto, como afirma Tozzi, este quadro de contraposição de poderes de natureza diferenciada e até mesmo antagônica, encontra-se estabelecido em um momento histórico no qual o poder estatal ainda é incipiente, tendente a um lento, porém progressivo alargamento, uma vez que, no início, a intervenção do pretor destinava-se, com maior ênfase, a impedir a utilização arbitrária da força entre os cidadãos, mediante a repressão à auto-tutela, com vistas à manutenção de um estado de paz social na "*civitas*".

Perceber-se-á, entretanto, que, com o tempo, a ingerência do "poder oficial" será crescente, abarcando, de forma progressiva, cada vez mais parcelas dos assim chamados "poderes privados".

A compreensão da transposição, dentro do próprio "*ordo*", de um sistema de atuação judicante oficial limitada como é o caso do sistema das ações da lei, para o sistema "*per formulas*", no qual o magistrado oficial passaria, de forma ativa, a não apenas organizar, formalmente, o processo, porém a atuar, substancialmente, mediante a elaboração e concessão da fórmula jurídica aplicável à solução do caso em litígio, e à qual deveria o "*iudex*", em sua atividade julgadora, obrigatoriamente, submeter-se, é nítido sintoma da tendência de preponderância progressiva de um dos poderes, o "oficial" sobre o outro, o "privado", no desenvolvimento da concepção jurisdicional romana.

Assim sendo, Tozzi afirma que

> "*pur limitata dall'intervento statuale (cui spetta autorizzare il giudizio, collaborare alla sua organizzazione, e garantire l'esito colla sua autoritá) la difesa privata dei diritti resta cosi a base dell'ordinamento processuale romano*"[390].

[390] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 130-131.

Entretanto, tal movimento de absorção do privado pelo público será lento e gradual.

O processo civil de época histórica mantém a predominância de um princípio individualista, uma vez que a vontade individual é a fonte e o manancial originário dos próprios direitos.

Na origem da "*civitas*", afirma Tozzi, escorado na tese de Bonfante, cada um dos principais institutos de direito privado possuíam nítidos contornos de um "direito soberano": a origem da família, por exemplo, remonta a uma forma de organização política soberana; a origem da propriedade, por sua vez, se ligaria a um território soberano; a origem da sucessão, a uma sucessão soberana e assim por diante.

Portanto, segundo ele, aproximam-se, sobremaneira, na origem de Roma, o "*ius privatum*" do "*ius publicum*".

Afirma Tozzi: "*l''ius privatum', pertanto, aveva in origine caratteri símile all''ius publicum', e nell'ambito più vasto dei'populus', garantiva e rappresentava l'autonoma sfera di sovranità dei singoli capi delle famiglie e delle genti*" [391].

Por tais razões, Tozzi entende que, nos períodos mais recuados, o cidadão "*sui iuris*" manterá uma posição de proeminência diante do poder oficial, ou seja, conservará em face da "*civitas*", no que concerne ao direito privado, a sua própria e destacada soberania autônoma.

Assim, os cidadãos não receberiam o direito privado como uma concessão estatal, porém, tratava-se de atributos originários, inerentes a sua condição de "*cives*", "*il raporto de sudditanza è ignoto al cittadino romano...*", ou seja, súditos, no sentido que compreendemos modernamente, apenas poderiam ser, eventualmente, os estrangeiros ou os subjugados [392].

---

[391] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p.131.
[392] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p.132.

Portanto, se, em referido período antigo, a vontade individual é a fonte mais autêntica dos direitos, Tozzi entende – sem pretender retirar do processo romano originário um caráter misto público e privado - ser perfeitamente natural e admissível que o próprio cidadão romano, o "*cives*", visto em sua condição individual e privada, viesse a se encarregar tanto do exercício como das formas de obter a própria tutela dos direitos pela via processual:

> "*L'azione in giustizia s presenta pertanto come l'attuaazione di un pottere immediato ed autonomo della parte*"[393].

Não se trata de ampliar essa visão de autonomia citadina para toda a estrutura de poder e constituição romanos, uma vez que, desde a época histórica mais recuada, destacam-se manifestações de poder unitário, superiores à dos meros poderes individuais, ainda que se materializassem, concretamente, em determinados indivíduos, como, por exemplo, foi caso dos atributos do "*imperium*" e da própria "*iurisdictio*" do magistrado.

Estes, segundo Tozzi, apenas se manifestaram nos campos onde uma unidade de comando era imprescindível ou, eventualmente, não era possível a gestão comum de um interesse geral, e mantiveram sempre, sua natureza excepcional e restritiva, como, por exemplo, nas limitações impostas aos detentores dos poderes militares de comando, uma das mais latentes manifestações do poder de "*imperium*". Entretanto, a partir do adensamento natural das relações sociais, cada vez mais complexas com o passar do tempo; a partir do progressivo incremento das relações comerciais, com o conseqüente desfiguramento da primitiva sociedade rural e, por fim, a partir do alargamento físico do território peninsular propiciado pela onda militar expansionista, surgiram novas e cada vez mais diversificadas necessidades na vida pública.

Se, buscarmos retroceder, por exemplo, à questão dos titulares habilitados para o exercício da "*actio*" no antigo sistema das ações da lei, verificaremos uma das manifestações do fenômeno no campo processual, constatável por meio da possibilidade para incoar ação exclusivamente por parte dos cidadãos romanos

---

[393] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 132.

Com o tempo, com a inserção do sistema formular, restaria mitigada e, por fim, rompida mais essa prerrogativa individual, ampliando, pois, a legitimidade processual aos estrangeiros, por força das novas realidades, demonstrando, conseqüentemente, uma interferência pública nas outrora rigidamente conservadas prerrogativas individuais, no caso, aquelas ligadas ao grupo quiritário original.

No mesmo sentido, ao tempo da "*cognitio*", a eliminação do juiz privado e sua substituição por um magistrado oficial é indicativo da predominância de um valor publicístico, ainda que manifestado como decorrência do abarcamento deliberado e irreversível dos demais poderes por parte do príncipe.

De qualquer modo, alterava-se o complexo jogo de forças sociais que, até então, modelando a configuração do processo, estabeleciam a necessidade de um particular que, alegadamente, em nome do povo romano, deveria proferir o julgamento aos seus pares.

Roma deixa, portanto, de ser uma típica Cidade-Estado da antiguidade clássica, ou mesmo uma confederação de Cidades–Estado, situação, aliás, muito freqüente no mundo antigo, e passa a se caracterizar como um espaço territorial unitário, amplo, diversificado e dinâmico, para muitos um Estado,

> "*il pottere degli organi statuali amplia progressivamente la sua sfera d'azione*" [394].

Tozzi não se equivoca ao apontar que, em primeiro lugar, o crescente poder oficial, em processo de franca expansão, até a total absorção do poder privado, por primeiro, teria se afirmado, não diante dos "*cives*", porém diante dos peregrinos e dos provinciais, grupos que, a rigor, não detinham a posição de predominância e autonomia que possuíam e faziam valer os cidadãos romanos.

---

[394] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p.132.

No mesmo sentido, é importante observar que, no âmbito processual, a imposição de uma maior interferência estatal na jurisdição ocasionada por meio da inserção, inicialmente, do processo formular e, posteriormente, por meio de sua mais latente manifestação, por meio do processo de cognição extraordinária, tem origem fora dos limites da "*civitas*", portanto fora do âmbito do "*cives*".

A experiência do processo "*per formulas*" teria tido, como afirmado, sua origem, por primeiro, nas províncias romanas ou, para outros, independentemente do local, como meio de facilitar o trato processual nas relações com os estrangeiros, fruto do crescente trato comercial verificado na marcha expansionista romana.

A inserção da "*cognitio*", por sua vez, tornou-se cada vez mais abrangente, revelando seus primeiros sinais, com maior recorrência, nas áreas provinciais [395]. Quiçá, os primeiros sinais do novo procedimento puderam ser sentidos, com maior vigor, no Egito romano, provavelmente pelo fato de que a sua conquista e anexação ocorreram, sob a coroa do próprio Augusto, com a vitória sobre Marco Antonio e sua rainha, momento em que, como já asseverado, estatuiu o "*princeps*" as primeiras hipóteses de uma atividade jurisdicional fora dos juízos privados, ou seja, a "*cognitio*".

Aliás, o Egito, em razão da referida temporalidade de anexação, fez com que Giuliana Foti Talamanca afirmasse "*in quanto è certo que le forme processuali in uso nell'Egitto romano erano soltanto quelle della 'cognitio' stessa*"[396].

---

[395] Para a comprovação da referida afirmação, apontando as múltiplas conjecturas acerca das origens do processo formular, enfatizando, entretanto, a sua natureza pretoriana, como resposta às exigências sociais do seu tempo, vide, em *Lições de História do Processo Civil Romano*, a precisa opinião de Cruz e Tucci e Azevedo, p. 40 e 76. Por igual, acerca das não menos controvertidas prováveis origens do processo da cognição extraordinária, e sua difusão a partir das províncias, vide, sempre na mesma obra, p. 40 e p. 138. Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996.

[396] Giuliana Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Egito greco-romano, parte II - Introduzione del giudizio*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 25. O Egito romano oferecerá, para o que ora nos interessa, interessante material de investigação para a constatação da existência de atividades probatórias também nas atividades administrativas do império, *v. g.*, os pedidos de dispensa dos militares após o tempo de serviço para, entre outros objetivos, regularizar a obtenção de terras concedidas aos veteranos. Cf. Rosalía Rodriguez Lopez, "'*Probatio ad probationem*'", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI*

De qualquer modo, assim entende Tozzi, o processo das ações da lei, ao ser bem observado, revela-nos a sua inserção na estrutura da organização política romana em delicada posição, uma vez que se localiza, institucionalmente, no cruzamento entre valores privatísticos e publicísticos supra citados.

É exatamente nesse jogo de tensões, nesse enfrentamento de forças sociais, que, ao referido tempo, ainda revelava a preponderância do elemento particular sobre o público, que se manifestava na temática probatória nas ações da lei, revelada, concebida e incorporada como atributo do cidadão particular, do "*cives*", quando do exercício da atividade "judicante" que lhe competia, que devia, soberanamente, em razão do seu mister, conhecer dos fatos, isto é apreciar a prova, e manifestar, ao final, o seu "sentimento", pessoal e autônomo, prolatando, pois, a "*Sententia*".

Percebe-se, pois, como ao tempo das antigas "*legis actiones*" uma das atividades preponderantes do processo, qual seja, a atuação do direito, encontrava-se posicionada nas mãos dos particulares.

As prerrogativas oficiais na atuação do magistrado público estavam restritas à organização e preparação do processo, mediante os mecanismos da "*datio*" ou da "*denegatio actionis*" e à celebração da "*litiscontestatio*".

No que diz respeito à atividade executiva, as suas prerrogativas estavam compreendidas na declaração da "*additio*", liberando toda a força da tutela executiva, no caso da "*manus iniectio*" realizada, a partir de então, em atuação exclusivamente privada pelo credor da qual não interviria mais o magistrado oficial, exceto, em casos excepcionais.

Na generalidade dos casos previstos no modelo das "*legis actionis*", incumbia ao particular a atuação do direito no caso concreto, seja na sua elaboração do preceito, por meio das atividades cognitiva e decisória, atribuída ao "*iudex*", seja na sua atuação prática, diretamente atribuída ao principal interessado, isto é, a própria parte litigante.

Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano), Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 683.

Cruz e Tucci e Azevedo, escorados na opinião de Sanfilippo, para tratarem da legitimidade, informam que o direito subjetivo não era configurado por meio de seu conteúdo substancial, porém pela "*ótica da ação*", e a conclusão a que chegam é a de que,

> "*considerava-se titular da 'actio' não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente, aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material realmente existente*"[397].

Percebe-se, pois, e esse também é o entendimento de Tozzi, que um dos efeitos da incorporação do direito no processo, na experiência romana antiga, determinava que ele fosse impregnado de elementos atinentes à própria substancia do direito, razão pela qual, enquanto perdurasse tal relação indiferenciada, o processo não conseguiria desenvolver, com maior amplitude, de forma mais instrumental formas e institutos autônomos.

É o caso da temática dos institutos probatórios, que permanecerão, em expressiva medida, presos aos ditames e características do direito material posto em juízo, que, por sua vez, na origem e por muito tempo, permanecerá vinculados aos aspectos religiosos, que impregnavam todo o tecido jurídico, como natural reflexo da vida cívica e atributo inerente do homem romano.

Apenas quando o processo puder se desvencilhar, ainda que em lentíssimo passo, das referidas interferências, para intentar tornar-se um instrumento mais genérico para a atuação do direito, seguramente, conseguirá desenvolver novas concepções tendentes ao estabelecimento de um regime probatório mais autônomo e adequado a oferecer melhores respostas às cambiáveis exigências sociais.

Assim, a percepção de Tozzi é no sentido de que, enquanto perdurasse a referida situação supra mencionada, que ele adjetiva, ainda que impropriamente, como sendo de natureza de manifestação de defesa privada, existiria um óbice concreto ao desenvolvimento de novas formas e estruturas probatórias, ou seja, haveria

---

[397] Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 45.

> "*una ragione técnica ostativa al formarsi un regolamento giuridico processuale del giudizzio di fatto*"[398].

Mesmo no sistema formular, no qual já se percebe uma maior interferência do poder oficial subtraindo as prerrogativas do cidadão privado, o "*iudex*", ainda que recebendo todas as instruções constantes na fórmula outorgada pelo pretor, deverá realizar, mediante prova, a análise da viabilidade do enquadramento fático à determinação do direito indicado, ou seja, realizar o acertamento da causa.

Todas essas importantes atividades realizadas "*in iudicium*" eram conduzidas mediante apreciação livre de valoração das provas e sua vinculação, para a formulação do seu convencimento pessoal, era, no mais das vezes, o limite de sua consciência.

Nem mesmo aquelas diretivas que pretendem indicar a existência de um sistema definido de "*ônus da prova*", como metodologia processual ou critério de julgamento, uma vez que, na generalidade dos casos, segundo quer Tozzi, são provenientes de casuísmos e não, propriamente, comandos gerais, podem ser caracterizadas como fatores limitadores ao livre convencimento do juiz no "*ordo*".

A única verdadeira exceção ao princípio da liberdade de consciência do juiz privado na formação de sua cognição na causa, diz Tozzi, reside no fato de que ele, ainda que na posição de julgador, poderia ser limitado pela vontade das partes, revelando, uma vez mais, a força dos elementos privatísticos presentes no processo do "*ordo*", o qual, aliás, precisamente, bem se denominava "*a ordem dos juízos privados*".

Veja-se também a força do interesse particular manifestado no caso da "*confessio in iure*", que, a rigor, não se relaciona com a apuração dos fatos para a decisão da causa, porém, revela um nítido conteúdo determinativo, para alguns, de natureza tipicamente, negocial, propiciando a deflagração de atividade decisória pelo magistrado oficial.

---

[398] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 137.

Teria, portanto, segundo o entendimento de Tozzi, conteúdo negocial direto, uma vez que revelaria mero ato de disposição das partes acerca do direito discutido, evidenciado a opção do confesso de assumir a responsabilidade que lhe diz respeito.

A força da confissão seria equiparável, quanto a sua força executiva, à sentença condenatória, dispensando, entretanto, a celebração da "*litiscontestatio*". Representaria, pois, a "*confessio in iure*" um ato de vontade dos particulares[399].

O mesmo raciocínio se aplica a assim chamada "*interrogatio in iure*", ou seja, perguntas que eram formuladas, tanto pelo outro litigante como pelo magistrado oficial.

Cuenca classifica as referidas "*interrogationes*" como um tipo de incidente no processo, que, ao tempo do final do período clássico, já teriam desaparecido da praxe processual, uma vez que, a partir de então, apenas o magistrado poderia formular perguntas às partes[400]. O objetivo das "*interrogationes*" era a indução à confissão, devendo ser interpretado como uma confissão provocada. Por tais motivos, há a firme posição de Tozzi, no sentido de que tanto a "*confessio*" como o "*iusiurandum*" (ou melhor, a recusa ao seu oferecimento), quando havidos diante do pretor, em razão da eficácia imediata decisória e executiva subseqüente, que, de pronto, eram deflagrados, não eram, a rigor, destinados a propiciar uma autêntica apuração dos fatos, os quais, alias, eram-lhe totalmente indiferentes, fazendo com que "*non possono porsi fra i mezzi di prova*" [401].

Assim sendo, o autor entende que a livre convicção que caracterizava a atividade cognitiva do juiz privado do "*ordo*" não representava outra coisa senão um reflexo da manifestação de um ordenamento primitivo,

---

[399] Em sentido contrário, vide a opinião de Santi Di Paola: "*Non credo, pertanto, che possano giustificarsi della "confessio", ricorrendo solo agli schemi del negozio giuridico, como non si è mancato di fare da parte da chi há ravvisato nella "confessio" un negozio formale, astratto, che, in quanto tale, avrebbe dato origine ad un rapporto obbligatorio fra attore e convenuto confesso*". Santi Di Paola, *Confessio in iure*, vol I, Milano: Giuffrè, 1952, p. 79. Ainda em sentido contrario, vide a opinião de Nevio Scapini, "*dal sistema processuale giustinieneo non si può trarre alcun serio elemento tala da giustificare una natura negoziale della 'confessio' né dal punto de vista sostanziale né da quello processuale*". Cf. Nevio Scapini, *La confessione nel diritto romano, II. Diritto Giustinianeo*, Milano: Giuffrè, 1983, 147-148.

[400] Cf. Humberto Cuenca, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires: EJEA, 1957, p. 83.

[401] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 148.

> "*che non sentiva, nè poteva sentire a causa della stessa struttura dell'"iudicium", tutto quel complesso ordine di esigenze che determinarono il regolamento formale del sistema probatorio*"[402].

Em linhas gerais, Tozzi afirma que como o direito ligava-se à "*actio*", o grande desenvolvimento pelo qual o direito privado passou refletia-se, exclusivamente, na porção procedimental relacionada com a "elaboração" do próprio direito, ou seja, na fase "*in iure*", justificando, por exemplo, a preocupação com a regulamentação dos elementos da fórmula.

Por outro lado, manifestava-se um desinteresse oficial por parte das atividades subseqüentes, que, segundo esta particular ótica, não eram partícipes diretas na atividade de geração do direito, razão pela qual permaneceram ao largo das preocupações e das atividades da magistratura oficial, uma vez que restaram incumbidas aos julgadores particulares.

Tozzi irá localizar a efetiva transformação no processo romano a partir dos Severos, momento em que o processo, abandonando a sua primitiva feição parcialmente privatística, assumirá sua integral configuração publicística. Reconhecendo a centralidade e concentração dos poderes monárquicos, ou seja, a única e inequívoca predominância do mando absoluto do "*princeps*", o autor aponta a explicação mais freqüentemente utilizada pelos estudiosos:

> "*Uno stato fortemente accentrato non puó permettere che l'attuazione dell diritto avvenga ad opera dei privati e che dipenda della loro volontà; l'amministrazione della giustizia deve essere, invece, un'esplicazione diretta dell'autorità dello stato,...*
> *....e cioè, per essere esatti, dell'onnipotente volontà imperiale in cui tutti i poteri si riassumono e si concentrano"*[403].

---

[402] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 148.
[403] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 213.

Tozzi não nega a íntima relação existente entre a publicização do processo e a crescente centralização do poder imperial, pois, de fato, como afirma, a nova configuração do poder, não permitiria, em razão da pretensão absolutista que a revestia, que a atuação do direito, tão importante instrumento para a consecução dos desidérios dos imperadores, permanecesse incumba a cidadãos particulares, como outrora fora, muito menos, que permanecesse como atributo exclusivo de tal vontade. Entretanto, a partir da análise das questões relacionadas com os novos modos de formulação e de criação do direito desde a época imperial se torna possível a constatação da ocorrência de sensíveis mutações havidas no plano processual.

Este quadro de alterações ocasionaria, como desdobramento, a supressão do antigo modelo de elaboração de cognição judicial fundado na irrestrita liberdade de convicção do julgador, dando lume a um modelo de feição progressivamente mais restritiva, de ação mais contida, muito mais formal que o anterior, tendencialmente direcionado para a vinculação do magistrado às conseqüências que passariam a ser previstas na legislação.

O novo modelo de instrução não prescindiu de um conjunto de atividades probatórias especificamente configuradas, cujos resultados, para a decisão da causa, encontravam-se rigidamente regulamentado e bem definido, tornando-se, em grande medida, de peso determinante no momento do julgamento das causas, desvinculando, deste modo, com o tempo, todo o sistema instrutório de uma percepção lastreada, exclusivamente, na livre consciência do juiz.

Vislumbrar-se-ia, pois, à época do baixo Império, as primeiras sinalizações do vindouro sistema da prova legal.

Na sistemática anterior, equiparável, "*grosso modo*", ao período dos dois sistemas processuais do "*ordo*", as normas de direito privado, diz Tozzi, que se manifestavam por meio da "*actio*", em lugar de serem concebidas abstratamente, eram elaboradas a partir de situações casuísticas decorrentes das situações que emergiam das relações jurídicas típicas da vida cotidiana.

Portanto, o direito privado, ao referido tempo, podia ser visualizado como um grande conjunto de normas, de todo fluídas, não codificadas, flexíveis e, principalmente, instáveis, "*aderente in modo perfetto alla viva realitá sociale cui doveva provvedere*"

Enquanto o direito privado encontrava-se em marcha do seu exuberante movimento de criação e transformações, ápice de um esplendoroso processo de evolução ao tempo do período clássico, o problema da necessidade de se conferir certeza e estabilidade não se colocava.

Entretanto, a partir do momento em que assume preponderância a vontade imperial, avocando para si a função criadora legislativa, revela-se

> "*imprimente il marchi della sua autoritá alla formazione del diritto nuovo, quella certeza e quella stabilità che costitui lo scopo costante della política degli imperatotori nel campo legislativo*".

Natural, portanto, que, em razão da determinação unificadora imperial no plano legislativo, ensejasse uma crescente predisposição codificadora, que culminaria, tempos depois, na grande obra de Justiniano.

Não será por outra razão que, a partir do momento em que o imperador chama para si, com exclusividade, a atividade criadora do direito, tenderão ao desaparecimento o conjunto de ordenamentos jurídicos e formas de produção jurídica do período clássico, perdendo o significado todas as distinções entre "*ius civile*" e "*ius honorarium*", "*responsa prudentium*" e "*edicta magistratuum*" etc [404].

Não é por outra razão que, de forma precisa, Cruz e Tucci preleciona:

---

[404] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, pp. 214-215.

> "*Da pluralidade de fontes de produção do direito, que conotou toda a época clássica, passa-se a um regime em que prevalece uma única fonte: a vontade imperial*"[405]

E, no mesmo sentido, Tozzi reforça a idéia de que a partir do momento em que a fonte originária do direito passou a ser, de forma exclusiva, o desidério imperial, "*l'autonomia dei privati viene a cadere ed il loro poteri sono assorbiti dall'autorità statate; in particolare anche l'attuazione del diritto diviene una funzione pubblica, cui lo stato provvede con organi propri*".

Paralelamente a esta importantíssima inflexão histórica, não poderia deixar de ocorrer, de forma conjunta e inseparável, a referida publicização do processo, fazendo com que o poder oficial, ao assumir a função de emanar as leis, como reflexo da vontade imperial, "*non significa altra cosa infatti, che la caduta del l'antico principio di autonomia della volontà soggetiva*".

Destarte, ainda restariam designadas por meio de duas tradicionais expressões as modalidades distintas de formas de atuação subjetiva no processo - a "*actio*" e a "*iurisdictiio*" - porém, a partir de então, em flagrante inversão conceitual, por meio da qual a "*actio*" passaria a ocupar um lugar secundário, caracterizada apenas como o poder do particular de exercício e disposição de seu direito, e, de outro lado, em posição preponderante e central, a:

> "'*iurisdictio*', "*che assume nel processo una funzione principale e determinante, poichè non è più la parte, ma lo stato que provvede all'accertamento ed alla realizzazione del diritto*" [406].

Constata-se, portanto, uma profunda alteração no âmbito do processo, que ensejou uma completa renovação, a qual, por força das mutações experimentadas na seara do direito material, culminaram, até mesmo, com uma atenuação do caráter processual que se comunicava com o próprio direito privado, afirma Tozzi.

---

[405] José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004, p.72.
[406] Cf. Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, pp. 217-218.

Assim sendo, profundas alterações serão operadas em muitos institutos jurídicos, em especial, com reflexos no campo do processo, a "*actio*", que antes constituía um organismo unitário, acabará por separar-se, repartindo-se em variadas noções desconhecidas ao tempo do período clássico.

Em primeiro lugar, em razão da não coincidência que se operou entre as posições subjetivas do titular do exercício de um direito e a de titular da aplicação deste mesmo direito, a "*actio*" assume, em razoável medida, a condição de meio genérico de proteção do direito material, cuja substância, passa a ser vista de forma independente.

A "*actio*" perdendo a forte individualidade de que dispunha antes, uma vez que realizada uma separação entre direito e processo, muda de significado, isto é:

> "*non designa che una attività genérica ed astratta che riceve colore e contenuto concreto soltanto dal diverso rapporto sostanziale che volta a volta è destinato a proteggere...*
>
> *In realtà il sistema del diritto non é piu un sistema de azioni, ma un sistema di precetti oggettivi e di correlativi rapporti giuridici sostanziali, cui la sentenza deve conformarsi*"[407].

A precisão da afirmação de Tozzi, ao apontar que o sistema de direito não mais poderia ser visto, ao tempo da "*cognitio*", como um sistema de ações, pode ser cotejada com a tradicional opinião de Cesare Sanfilippo, que, embora sem realizar, expressamente, um recorte temporal aplicável para sua concepção dentro dos quadrantes do "*ordo iudiciorum privatorum*", afirma que, na origem do processo romano, ao tempo em que se constatava um antagonismo entre duas pretensões discordantes, "*un vero conflito fra due forze*", as normas primárias - normas de caráter de direito material - apareciam amalgamadas com as de direito processual.

---

[407] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 218.

Por tal razão, o fenômeno jurídico, como um todo, era concebido sob uma perspectiva dinâmica, compreendido quando colocado em atuação, de modo que o direito subjetivo não era evidenciado a partir de seu conteúdo substancial, porém pelo prisma da "*actio*":"*I Romani non dicono <io ho un diritto> (e, per conseguenza, ho un azione per tutelarlo), ma dicono semplicemente: < io ho una azione>*"[408].

Em segundo lugar, tendo em vista a particular situação de que a produção normativa encontrava-se sob o mando do imperador, de modo que apenas a sua deliberação era, na prática, a lei, Tozzi observa que o magistrado encontrava-se tolhido de qualquer poder para influir na relação de direito substancial que lhe era colocada em apreciação, restringindo o seu escopo de atuação, como um órgão destinado a fazer valer, ao fim e ao cabo, apenas a vontade imperial.

Se, por um lado, o processo ganhou dimensão técnica, distanciando-se do direito material, a ponto de poder se aproximar, em muito boa medida, da moderna concepção de instrumento vocacionado a fazer atuar a vontade objetiva da lei no caso concreto, por outro lado, perdeu um de seus papéis centrais presentes na dinâmica do "*ordo*", ou seja, aquele de servir como uma instituição organicamente ativa no complexo movimento de elaboração no próprio direito, por meio da atuação criativa do magistrado.

No que diz respeito à prova, o esforço de normatização se acelera após Constantino, uma vez que, por ter se tornado público, o acertamento da verdade sobre os fatos, que condicionava a atuação do próprio órgão judicante, passava a se envolver de uma importância que transcendia o singular interesse das partes, pois,

---

[408] Cesare Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., Napoli: Jovene, 1955, pp. 93- 94. da mesma forma, também trabalhando com o suporte de Sanfilippo, vide José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996, p. 45.

> "*riguarda in modo direti ed immediato l'interesse generale della giustizia che lo stato há fatto próprio, e non può restare quindi indifferente al legislatore*"[409].

Assim, é possível apurar-se o endereçamento teleológico de muitas disposições acerca da prova inseridas no Digesto, no sentido da criação de mecanismos que não permitissem ao julgador distanciar-se da solução normativa preconizada para a interpretação dos fatos em juízo, dos quais decorreria o seu convencimento e, conseqüentemente, o resultado do julgamento da causa.

Tozzi, portanto, entende que a famosa regra, de todo consolidada no baixo Império, "*unus testis, testis nullus*" implicava uma valoração determinada para o julgador, no sentido da sua obrigação de considerar como se inexistentes fossem, na perspectiva da pertinência jurídica para a solução da causa, todos os fatos, por mais plausíveis que se apresentassem, desde que afirmados apenas e tão somente por uma testemunha.

Da mesma forma, era expresso para julgador o comando restritivo acerca da prevalência do testemunho escrito, recolhido em D. 4.20.1 "*contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium haud profertur*", ou seja, contra um testemunho escrito, não se produz testemunho não escrito.

Igualmente cogente para o juiz era o princípio que impedia o uso de determinados meios de prova aplicáveis à matérias especificamente relacionadas, como é o caso que foi recolhido em D. 4.20.2, por meio do qual, ficava determinado que a prova acerca do estado de ingenuidade deveria ser feita por quaisquer "*instrumentis et argumentis*", exceto "*testis*", já que, no caso, somente a prova testemunhal não era suficiente, "*soli etenim testes ad ingenuitates non sufficiunt*".

---

[409] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 222.

No passo recolhido em D. 42.1.56, "*post rem iudicatam, vel iureiurandum decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post Orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur*", ou seja, para o que ora nos interessa, acerca da confissão feita em juízo, não há necessidade de se questionar mais nada, "*porque os que confessaram são tidos como julgados*", constata-se a expressa determinação da lei no sentido de fazer operar uma preclusão, probindo a determinação ou o emprego de qualquer outro meio de prova subsequente[410].

A própria evolução social não deixou de transmitir novas impressões ao campo da prova, como, por exemplo, por meio da progressiva diminuição da importância da prova testemunhal no confronto com a prova documental, já que, ao magistrado oficial era mais seguro formar sua convicção com base em documentos escritos, mais idôneos às exigências das relações jurídicas mais amadurecidas, na perspectiva social, no Baixo Império.

Da mesma maneira, novas formas de percepções religiosas, especialmente com o cristianismo impregnando toda a sociedade imperial com seus valores e dogmas, o juramento, típica prova mística presa a remotíssimas raízes do passado, voltaria a assumir uma destacada posição.

A prática do juramento, informa Zuccotti, acaba por se tornar essencial requisito de validade para inúmeros institutos jurídicos, como a tutela, a curatela, também presente nas relações obrigacionais para provar a ausência de dolo, nas relações de familiares em juízo, como é o caso do reconhecimento da mulher pelo convivente na condição de esposa legítima:

---

[410] Nevio Scapini, *La confessione nel diritto romano, II. Diritto Giustinianeo*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 148.

> "*sopratutto nell'ambito del processo, agli antichi giuramenti già previsti dall'ordinamento pagano e ormai reinterpretati in chiave cristiana (si pensi in primo luogo al 'iusiurandum de calumnia', con cui le parti attestavano rispettivamente di aver intrapreso l'azione e di resistervi in buona fede), si aggiungono altri obblighi essenziali allo svolgimento del giudizio, che deve tra l'altro svolgersi dall'inizio alla fine davanti alle Sacre Scritture*"[411]

Assim, concluímos com Tozzi, a prova legal, que ensaia sua aparição ao tempo de Justiniano, para se desenvolver com todo o vigor nos períodos históricos subseqüentes, bem evidencia o rigorismo de um sistema de poder centralizado, a subordinação do juiz ao monarca.

No mesmo sentido, Gaetano Donà assevera que no Império, o poder do juiz de livre apreciação diminui progressivamente,

> "*obbligandolo un po' alla volta in un chiuso cerchio di norme prestabilite e di presunzione formali, d'indole ética in apparenza, ma in sostanza aventi finalità politiche*"[412].

Os juizes passaram a possuir apenas a condição de funcionários de uma enorme burocracia, cujos quadros eram objeto de constantes reformas, como aquelas empreendidas por Justiniano, que tinham por objetivo, entre outros,

---

[411] Ferdinando Zuccotti, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico - Elementi per uno studio comparatistico*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 99.
[412] Gaetano Donà, *La testimonizanza nel fatto comune e nella vicenda giudiziaria*, Torino: Fratelli Bocca, 1923, p.7.

> "*'ad hoc' and short term responses to specif problems in the empire, including imperial action directed at vennality and corruption, the slowness of the judicial system, and the inefficiencies or unfairness of the fiscal apparatus*"[413].

Os magistrados desse Império tardio não diferiam, pois, dos demais funcionários dos quadros imperiais. Tratava-se apenas outros burocratas, da mesma forma que também o eram os delegados ou emissários administrativos imperiais,

> "*tenuti soltanto ad obbedire ai suoi ordini ed alle sue istruzioni, e ad osservare la legge, che rappresenta anch'essa una manifestazione della sua volontà*"[414].

Agora, de forma preponderante toda a liberdade de atuação na formação da convicção judicial terá restado mitigada, a ponto de constar no Digesto, em D. 5.1.74, a expressa disposição no sentido de "*De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit*", ou seja, o juiz tornava-se obrigado a pronunciar sentença acerca da coisa que houvesse conhecido, não podendo declinar do seu ofício jurisdicional.

O antigo "*iudex*" romano, nos moldes relatados por Aulo Gélio, que, ao julgar, atuava tão livremente no processo, a ponto de poder proferir um "*sibe non liquere*", em caso de não conseguir, ou intencionar, formar a sua "*ratio decidendi*"[415], tornou-se, pois, mera reminiscência de uma época pretérita.

---

[413] John F. Haldon, "Economy and administration – How did the empire work?", *in: The age of Justinian*, coordenação M. Mass, New York: Cambridge, 2005, p. 49.
[414] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, pp. 224-225.

Um modelo processual menos flexível para a formação de convicção judicial, associado com um sistema de prova legal, que se delineia já no baixo Império, cumprem, portanto, neste contexto histórico de poder absoluto, uma relevante missão, qual seja, "*la funzione di garantire l'imparzialità del giudizio e di impedire gli eventuali abusi per mezzo dell'impersonalità e dell'oggettività del giudizio medesimo....*"[416].

Ao que parece o quadro institucional acerca das preocupações era complexo e de longa permanência no baixo Império, pois ainda ao tempo de Justiniano, John F. Haldon não deixa de enfatizar,

> "*the emperor's personal engagement with the day-to-day affairs of the empire, covering major issues of law and the operation of the courts, finance and taxation, military orgabisation, and civil administration, as well as minor but still important matters of precedence, privilege, and corruption*"[417].

Por tais razões, consoante a opinião de Tozzi, o estudo das sensíveis mutações nos sistemas de formação da convicção judicial no processo romano e, conseqüentemente, de toda a sistemática da prova que com ele se relaciona, não comporta, para uma compreensão apurada, explicações parciais, que buscam qualificar o período do "*ordo*" como o apogeu da livre convicção no confronto com o período do baixo Império, no qual a "*cognitio*" tornou-se a regra, de modo a justificar a aproximação do assim considerado início de uma fase de obscurantismo, pejorativamente adjetivada de bizantina ou medieval. Conforme bem sintetizou o autor, "*costituisce, de per sè, la manifestazione di tutto un più complesso modo d'intendere la vita e le relazione fra gli uomini, e dimostra una coscienza più matura del fini deil processo ed una più vasta comprensione delle esigenze sociali cui questo deve rispondere*"[418]

---

[415] Vd. Umberto Vincenti, "*Duo genera sunt testium" – contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989, pp. 98-100

[416] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, pp. 224-225.

[417] John F. Haldon, "Economy and administration – How did the empire work?", *in: The age of Justinian*, coordenação M. Mass, New York: Cambridge, 2005, p. 49.

[418] Antonio Tozzi, "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", *in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVII*, parte I, Padova: Cedam, 1940, p. 224.

Capítulo III

A PROVA NO DIREITO MEDIEVAL

Sumário: 7. Antiguidade tardia. 8. A prova na Idade Média. 8.1. Especificidades do contexto Ibérico. 8.1.1. "*Fuero Juzgo*". 8.1.2. "*Flores de Derecho*". 8.1.3. "*Siete Partidas"*. 9. Grandes sínteses do mundo medieval: o "Feudalismo" e o "Comércio" como agentes precursores para o surgimento das monarquias centralizadas. 9.1. Origens do Feudalismo. 9.2. Aspectos do Comércio na Europa entre os séculos VI e XII.

7. Antiguidade tardia

Le Goff é enfático ao pontuar que "*O ocidente medieval nasceu das ruínas do mundo romano. Nelas encontrou ao mesmo tempo apoio e desvantagens. Roma foi seu alimento e sua paralisia*".[419]

A especial circunstância, no sentido de que a desagregação do poderio, em especial o militar e o econômico, do Império romano não haver se consubstanciado em um único e abrupto acontecimento, porém, um lento e irreversível processo de dissolução e transformação estrutural, faz com que os importantes eventos relacionados com tal experiência histórica possam ser analisados e relacionados com algumas das principais causas que iriam, em seu conjunto, viabilizar o surgimento de uma nova realidade, a do mundo medieval.

Tal percepção permite, portanto, procurar identificar nos sinais de desestabilização e degradação, presentes, com maior força, no baixo Império, muitos dos fundamentos e causas remotas que viabilizariam a eclosão do feudalismo. A interpretação mais usual, de todo recorrente na historiografia, sempre identificou como sendo alguns dos sintomas relevantes, de todo latentes no século V, o colapso econômico, a inadequação de rendas, a insuficiência do exército para a defesa do Império e a estagnação intelectual. Entretanto, outras constatações permitem a nítida visualização de transformações significativas, indicativas de uma profunda crise, manifestada já desde o início do século III, que se instalava nos quadrantes do mundo romano no ocidente.

A bem da verdade, embora o episódio da definitiva capitulação do último imperador ocidental romano, o jovem Rômulo Augusto diante do germano Odoacro, em 476, sirva de cenário emblemático para a visualização de um momento ideal de ruptura, desde o final século I, Roma, enquanto vivia sob a tão propalada *"pax romana"*, por mais paradoxal que possa parecer, já enfrentava, sem mesmo nitidamente perceber, o início da gestação de muitas das causas da sua futura desestabilização.

Duby não discrepa quanto ao declínio de Roma: "*há muito que os efeitos de uma fase prolongada de regressão demográfica e econômica iam minando e fragmentando da rede de cidades e estradas que as legiões romanas haviam lançado sobre as províncias conquistadas para melhor as controlar*".[420]

Exemplo usualmente colacionado pelos historiadores é o da sensível diminuição na quantidade e no ritmo de reposição de escravos em razão da estabilização das conquistas. Uma sociedade fundada num modelo escravista, cedo ou tarde, sentiria o decréscimo na reprodução social de sua principal base econômica e modo de produção.

A necessidade de constante recrutamento de homens para a defesa das posições romanas, em especial a partir dos séculos IV e V, para conter as crescentes pressões de infiltração dos povos germânicos, acabou, com o tempo, por comprometer as já debilitadas estruturas agrícolas de Roma, com o conseqüente esvaziamento de homens nos campos.

---

[419] Jacques Le Goff, *A civilização do Ocidente Medieval*, trad. J.R. de Macedo, Bauru: Edusc, 2005, p.19.
[420] Georges Duby, *Sociedades Medievais*, trad. Augusto Joaquim, Lisboa: Terramar, 1999, p. 21.

Trata-se do enfraquecimento de um dos aspectos mais balizadores do mundo romano, em razão da sua natureza econômica eminentemente agrária.

Ressalte-se ainda que o processo de defesa dos limites territoriais imperiais não foi sempre conduzido por meio de um modo de ação militarizada, que contrapunha, em evidente antagonismo, súditos romanos "*versus*" invasores bárbaros.

Pelo contrário, a inserção das etnias germânicas no Império muitas vezes, aliás, mais freqüentemente do que se relata, não ocorreu, necessariamente, de modo belicoso, tendo sido usual a ocorrência de inúmeros acordos, os pactos de "*foedus*" de verdadeiras alianças entre os líderes germanos e os imperadores romanos. Assumiram, por exemplo, os visigodos, em 376, a especial condição jurídica de aliados dos romanos, mediante a concessão do título de "*foederatus*" [421].

Por igual, cedo ou tarde ocorreria uma quebra da hegemonia étnica nas fileiras do exército romano, com a progressiva inserção de mercenários, muitos de origem germânica, em seus quadros. Por outro lado, no campo, tão debilitado de homens, iria ocorrer o desencadeamento um processo de redução na taxa de natalidade e conseqüente declínio populacional.

A desorganização militar, sem dúvida associada ao declínio econômico experimentado, teve papel preponderante, na medida em que a quebra de unidade de comando militar central e o surgimento de plúrimos núcleos de poder foi uma de suas conseqüências. As transformações no campo foram importantes, pois geraram reflexos tanto na ordem política, na social, como na econômica. Os pequenos agricultores acabariam por receber toda a pressão decorrente da fragilidade econômica de um Império em dificuldades, evidenciada na pressão crescente por maior arrecadação fiscal. Assim, na medida em que, incapacitados pelos pesados ônus fiscais, muitos deles, para além da solução do êxodo rural, acabariam por buscar proteção junto aos poderosos locais, em troca da titularidade do domínio de suas terras. "*A grande propriedade*...", conforme afirma, em precisa síntese, S. R. Mendonça:

---

[421] Luisa Pelliciari, *Sulla natura giurica dei raporti tra visigoti e impero romano al tempo delle invasioni de Vo. Secolo*, Milano, Giuffrè,1982, p.4.

> "*....por um lado, ampliava a sua extensão às custas dos lotes vizinhos; por outro, absorvia um novo tipo de trabalhador, o camponês dependente ou colono. Em seu conjunto, ela voltava-se cada vez mais para o auto consumo*"[422].

O mundo romano, na parte oriental do Império, outrora composto por forte unidade política e robusto comércio internacional de dinâmica mediterrânica, iria, em breve, mudar drasticamente, viabilizando um notável retorno às suas remotas bases exclusivamente agrícolas, de viés notadamente de subsistência e propiciadores de uma grande regionalização.

A economia irá tornar-se, com o tempo, cada vez mais, precária e majoritariamente interiorizada.

Não se pode pretender tentar atribuir explicações simplistas ou mesmo hipóteses generalizantes como sendo a síntese explicativa de tão complexo quadro de rupturas sociais experimentadas com a desagregação do mundo romano na parte ocidental do Império, principalmente, pelo fato de que as inúmeras causas havidas, muitas delas aqui sequer apontadas, não operaram isoladamente, porém em interdependência com os demais fatores, e ainda em múltiplos níveis de articulação. Um dos fatores já citados foi o caso da progressiva infiltração do cristianismo no mundo romano, na perspectiva dos reflexos que decorrentes de seu inovador conteúdo espiritual e da mensagem subjacente tendente à reorganização institucional. Por outro lado, observou-se a ampliação do poder da Igreja, na perspectiva de sua dimensão temporal, que, progressivamente, em especial a partir do século IV, passaria a criar núcleos regionais de concentração de poder. Um outro aspecto decorrente de tais movimentações reside no fato de que, com a quebra da unidade da administração central e o conseqüente enfraquecimento do poder institucional oficial, muitos núcleos populacionais espalhados por todo o antigo território romano, em decorrência da constatação de um vazio institucional, passaram, progressivamente, a se submeter, política, militar e economicamente, a grupos de potentados regionais.

---

[422] Sonia Regina de Mendonça, *O mundo carolíngio*, São Paulo: Brasiliense, 1985, pp. 7-10.

Por tudo isso, sabe-se que o processo de transposição da antiguidade clássica para a realidade do mundo medieval não ocorreu abruptamente, porém de forma gradual, ao longo de vários séculos, por meio de inúmeros acontecimentos, muitos dos quais imperceptíveis ao tempo de sua ocorrência, revelando uma longa fase de transição, lenta e arrastada, porém avassaladora, na perspectiva da irreversível superação de um Império agonizante.

Exatamente neste sentido, analisando os sintomas e as causas que ensejaram o surgimento do mundo medieval, S. Katz afirma "*The fourth to the seventh centuries mark the decline of the ancient world and the birth of the medieval*".[423]

A pluralidade de povos germânicos, num cenário tendente a fragmentação, composto de múltiplas etnias originárias de locais distantes e diversificados, somados a outras, já romanizadas, no contraste e inter-relação com as populações locais das regiões continentais do Império, propiciaram o aparecimento uma considerável variedade de reinos germânicos na região que no futuro viria a ser compreendida como a Europa.

Para o propósito do presente trabalho, ressalvada a menção acerca da ocorrência da fixação de inúmeros outros grupos, destacaremos a trajetória de dois povos germânicos que, em larga medida, irão exercer influência na formação do Portugal medieval.

O reino dos Francos foi um deles. Eles acabariam, em pouco tempo, por estender seu território para a antiga região da Gália romana, no século V, e culminariam por formar um forte reino de matiz ético germânico, de relevante importância militar e social, revelando ainda um rei de significância ímpar para o contexto da Idade Média.

Trata-se de Clóvis, líder dos Sálicos, que conduziu a ampliação e consolidação do reino dos Francos, mediante a anexação de reinos próximos.

---

[423] Solomon Katz, *The decline of Rome and the rise of mediaeval Europe*, New York: Cornell University Press, 1968, pp. 70-84, em especial, para o trecho citado, p. 85. Embora com exacerbada justificativa para a causa moral, fruto de uma antiga e, de certo modo, tendenciosa leitura para o declínio romano, porém bem evidenciando as variadas contradições e tensões internas da própria civilização romana, A. Malet concluía sua abordagem tradicional, afirmando: "*por esto todo ha podido decirse, sin equivocarse, que Roma no cayó por obra de los bárbaros sino de su própria decomposicion interna, politica, financiera, econômica, social, militar, y sobre todo, moral*". Cf. Alberto Malet, *Roma*, Buenos Aires: Libreria Hachettte, 1953, p. 188.

Sua conversão ao cristianismo em 496 foi um evento de significativa importância para a estabilidade tanto das dinastias francas subseqüentes, como para a consolidação das bases de fortalecimento do poder da Igreja, na medida em que, entre outros fatores, além de se beneficiar da proximidade do poder eclesiástico, acabou por estabelecer uma forte relação de proximidade com a população galo-romana. Ensejou, pois, o fortalecimento de uma das principais dinastias da Alta Idade Média, de alongada permanência temporal, os Merovíngios.

Mais para o extremo oeste do continente, a fixação de outra etnia germânica, vai se destacar. Trata-se dos Visigodos. De inicio fixados na Aquitânia, no sudoeste da atual França, acabariam por migrar para a Península Obérica, a antiga *"Hispania"* romana.

Formariam em Toledo, portanto, um poderoso reino germânico, a partir de, aproximadamente 568, sob a coroa de um igualmente importante monarca, Leovegildo.

Seu filho, Recaredo, tendo se convertido ao Catolicismo, em 589, granjeou, de forma definitiva, todo o apoio da Igreja de Roma ao reino peninsular. Viveria, pois, por décadas, a península todo o esplendor do reino e cultura visigóticos e, apenas por volta do início do século oitavo, seria confrontado pelo invasor sarraceno[424]. O ponto importante a ser destacado é aquele em que a parte ocidental, na sua porção do centro e sul, do antigo Império romano havia, num primeiro momento, se germanizado, e, subseqüentemente, também se cristianizado, celebrando uma aliança com a Igreja que iria exercer um dos papéis de maior influência na construção do Portugal medieval.

Abordar, pois, a prova no contexto da antiguidade tardia, em sintonia com as principais mudanças sociais, significa lançarmos, por primeiro, um olhar para algumas das construções jurídicas do direito medieval aplicado na porção central do continente, para, a seguir, atentarmos para a importante contribuição do direito visigótico na região ibérica, cuja transposição, séculos depois para o direito foraleiro lusitano, irá constituir o duto por meio do qual muitos dos elementos jurídicos de fundo germânico seriam preservados e aplicados ao sul dos Pirineus.

---

[424] Vd., para a cronologia dos eventos apontados, Kay Slocum, *Medieval Civilisation*, London: Laurence King Publishing, 2005, pp.54-74.

8. A prova na Idade Média

A partir do aprofundado estudo que Salvioli empreendeu, com o objetivo de determinar os antecedentes históricos aplicáveis à análise da formação do direito italiano, em período medieval, restaram delineadas, entre outros aspectos, as principais características das técnicas probatórias utilizadas pelos povos germânicos, em especial, aquelas atuantes ao tempo da dominação longobarda, devidamente transpostas, "*a posteriori*", para as práticas judiciárias dos reinos francos. Originaram, pois, segundo o autor, um "sistema probatório" longobardo-franco [425].

A rigor, o núcleo essencial da prova na concepção longobarda, quanto ao sistema e aos meios, em muito não divergia das legislações congêneres, conforme é possível de se constatar na afirmação de D'Amico, referindo-se, em especial, à prova na legislação de Rotari: provar, afirma a autora

> "*indica il risultato che si consegue con l'espetamento dei mezzi di prova previsti dall'editto: è l'accertamento di un fatto o di um diritto, intorno al quale non possono più sorgere nè dubbi, nè accuse, nè contestazioni*"[426].

As referidas práticas probatórias, embora tenham sido, com o tempo, influenciadas pelo processo natural de adaptação - e reconformação institucional -, lastreado, principalmente, nos paradigmas jurídicos provenientes das experiências processuais romanas anteriores, acabariam por receber os influxos adicionais de um outro agente transformador, quais sejam, as construções oriundas do canonismo.

---

[425] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 247.
[426] Franca Sinatti D'Amico, *Le prove nel diritto longobardo*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 25.

Guardadas as especificidades presentes em cada um dos variados grupos germânicos que penetraram no "*limes*", é possível, por aproximação, a idealização dos principais modelos jurídico-processuais aplicáveis aos germânicos, não em razão de uma comum origem geográfica, o que não foi o caso, porém em razão do equivalente estádio civilizacional que se encontravam ao tempo das penetrações, ressalvando, entretanto, que algumas etnias, como foi o caso dos Visigodos, já estavam mais "romanizadas" que outras.

Assim, as mencionadas considerações permitem, em certa medida, a tentativa de elaboração de um cenário descritivo dos principais meios de prova empregados pelos povos germânicos ao tempo de seu lento e complexo processo de deslocamento e fixação nas regiões outrora compreendidas no interior das antigas áreas de dominação imperial.

Em muitos casos, as referidas práticas probatórias atuantes na Península Itálica acabariam por denotar aplicação para além dos territórios longobardos, instituindo um movimento de longa duração, constatado pela identificação de mecanismos probatórios análogos também aplicados em territórios de dominação de outras etnias germânicas.

Entretanto, quer nos parecer que, em razão da multiplicidade das diferentes grupos germânicos que acabaram por se fixar dentro das fronteiras imperiais, cada qual apresentando um "*ethos*" próprio, não é possível a utilização de um argumento definitivo no sentido de que este ou aquele povo teria adotado e incorporado, como modelo jurídico, o sistema probatório de esta ou aquela etnia germânica.

Os Visigodos, embora também pertencentes aos grupos germânicos, guardavam, de fato, particularidades étnico-sociológicas, e, para o que nos interessa, jurídicas, se comparados com os seus congêneres longobardos. Necessária, portanto, uma ressalva no sentido de que o quadro jurídico-processual, em especial, a prática probatória, não pode ser tomado como sendo, de forma absoluta, uniforme, para todas as populações germânicas recém fixadas, porém fornece um bom material para a construção de raciocínio hipotético.

Há um importante elemento que impende ser destacado, qual seja, o fato de que as migrações germânicas e as conseqüentes fixações acabaram por se realizar tanto no confronto como no contato com as populações locais.

Em alguns casos, como o da Península Ibérica, as referidas populações locais, embora súditos imperiais, praticavam, desde há muito, um direito romano já vulgarizado, moldado às necessidades regionais, ensejando um panorama particularizado em cada região do antigo Império.

Seguramente, as práticas jurídicas individualizadas típicas de cada etnia germânica, acabariam por participar desse enfrentamento sociológico. Na mesma medida em que, como conquistadores, procuravam impor seus padrões culturais - dos quais o Direito representa fator essencial -, acabavam por receber, em variadas medidas, os influxos do "*ethos*" da população local e, para o que nos interessa de sua "*praxis*" judicial.

Assim sendo, parece-nos que maior plausibilidade para a demonstração acerca das similaridades eventualmente encontradas nas estruturas probatórias dos variados povos germânicos, já fixados, pode ser obtida por meio da análise de um dos característicos mais latentes desse particular período, qual seja, a especialíssima conformação que a mentalidade do homem medieval irá adquirir.

Sua interpretação para a busca de coerência em um mundo tumultuado que lhe é não apenas apresentado, porém fisicamente sentido em tantos aspectos, após a traumática fase de dissolução do Império Romano, passará a ser lastreada e amparada com base nos referenciais disponíveis, em especial as construções religiosas oferecidas, que passam a enfatizar e articular, entre outros, a possibilidade de uma vida segura, ao menos no alegado plano espiritual, como alternativa a um mundo presente incoerente e hostil, desde que obedecidos os dogmas religiosos, que pouco a pouco passariam a ser ideologicamente conformados, de forma a viabilizar a reprodução das referidas construções religiosas.

A Igreja, como um dos poucos elementos remanescentes de uma época histórica pretérita, agora em constante transformação, oferecerá ao homem medieval uma referência segura e concreta em um ambiente socialmente desestruturado e conturbado. Exercerá, portanto, e esse é o ponto importante, um papel central e dominante na monopolização da idéia de religiosidade, abertamente excludente de quem divergisse de suas diretrizes.

Não tardará a Igreja em perceber que o Direito poderia servir, como de fato serviu, para a consolidação do poder episcopal.

A notável produção da Igreja no campo jurídico, o Direito Canônico, irá revelar, por meio de sua excelência, o empenho e a intencionalidade do clero no desenvolvimento de normas jurídicas aplicáveis às suas necessidades e seus propósitos.

Portanto, não é possível deixar de se apontar o papel fundamental que o Direito Canônico exerceu para o processo[427], como fonte produtora de pensamento jurídico, que adquirirá níveis de excelência, vindo a se combinar com a herança jurídica romana e as práticas germânicas, dando origem a um direito novo, um direito comum, um direito, para o que nos interessa de matriz romano-germânica-canônica.

> "*Tra i contributi di maggior pregio di cui la moderna cultura giuridica occidentale deve riconoscersi debitrice nei confronti del diritto canonico medievale vanno senz'altro annoverati quelli relativi allá costruzione di un processo tecnicamente più evoluto, capace di dare risposte maggiormente aadeguate alle esigenze di equità, di garanzia per le parti, di obiettivo accertamento dei fatti contestati*"[428].

Entretanto, também se faz necessário para a compreensão da matéria probatória no Direito Canônico, e o mesmo é válido para os diversos institutos do processo, a adoção de uma perspectiva diferenciada por parte do estudioso, que deve se afastar dos conceitos que inspiram o direito laico. Diferentemente desse último, o Direito Canônico e o seu processo possuem uma linha inspiradora transcendental, que não apenas o iluminam como o informam, qual seja, a "*salus animarum*"[429]. Será, pois, a salvação da alma a principal lente sob a qual deverão ocorrer tanto a interpretação do processo canônico como a segura compreensão da pesada carga axiológica imanente ao seu sistema probatório.

Como entende Hasso Jaeger, na concepção clássica da prova, no viés do direito laico,"*c'est ne pas le fait qui se trouve jugé, c'est 'l'homme'*", ou seja, se tratava de determinar se o homem havia ou não cometido um delito.

---

[427] Entre nós, para uma visão ampla acerca e rigorosamente sistematizada do direito processual civil no Direito Canônico, abordando a evolução de duas instituições, bem como a legislação positivada vigente, recomenda-se a consulta à obra de Luiz Carlos de Azevedo e de José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de Processo civil canônico*, São Paulo: RT, 2001.

[428] Luca Loschiavo, "Il ruolo dei testimoni e la formazione dell''ordo iudiciarus canonico' tra VII e IX secolo", *in: "Solvere et Ligare" – prospettive di soluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti*, vol I, org. F. Zanchini, Milano: Giuffrè, 2005, p.115.

E a valoração pela ação de haver ou não haver cometido o delito levava em conta, essencialmente, o seu prestígio no meio social em que se encontrava, de acordo com o seu caráter, suas qualidades e méritos. *"Dans la pratique judiciaire de l'Eglise, tout au contraire, ce n'est plus l'homme, c'est le fait intérieur qui importe"*[430].

Esse processo já é sentido desde o início da Idade Média, porém, irá amadurecer mais tarde, conforme afirma Salazar Revuelta,

> "*a partir de la Recepcion, cuando en el seno del procedimiento se armonizan las fuentes justinianeas, las germánicas y las disposiciones pontifícias, que conjugan, por un lado, los formalismos de los derechos romano y germánico y, por outro, el vitalismo religioso y espiritualista de princípios como el de la 'aequitas' canônica*"[431].

A prova canônica, de forma sintética, consoante a definição de Quintana Reynés, é a demonstração jurídica de um fato, "*argumentos por médios de los cuales puede constar jurídicamente la verdad*". Citando Reiffenstuel, o autor afirma "*probatio ut sic, est rei dubiae seu controversae, per legitima argumenta facta ostensio*", ou mesmo, agora com Wentz,

> "*a prova é a demonstração de uma coisa duvidosa ou controvertida, feita ao juiz, por meio de legítimos argumentos, ou seja, o ato judicial pelo qual, por meio de argumentos idôneos, propostos em forma legítima, se dá fé ao juiz (se proporciona certeza ao juiz) sobre uma coisa duvidosa e controvertida*"[432].

---

[429] Luiz Carlos de Azevedo e de José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de Processo civil canônico*, São Paulo: RT, 2001, pp. 14-15.
[430] Hasso Jaeger, "La preuve judiciaire d'après la tradicion rabbinique et patristique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p.498.
[431] Maria Salazar Revuelta, "El derecho probatório en el sistema jurídico del '*ius commune*'", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 705.
[432] Lorenzo Quintana Reynés, *La Prueba en el procedimiento canônico*, Barcelona: Bosch, 1943, pp. 14-15.

Os elementos pelo autor utilizados nas definições permitem a extração dos característicos principais que devem impregnar a atividade probatória canônica. Em primeiro lugar, a "*ostensio*", ou seja, o fato de a prova tornar manifesta uma coisa, de forma clara e de forma aberta.

O segundo elemento seria a "*rei dubiae*", ou seja, a coisa duvidosa, pois, tudo aquilo que se mostra certo e evidente carece de prova.

O terceiro elemento seria "*judici facta*", ou seja, o juiz é o destinatário da prova e não o adversário. Por fim, "*per legitima argumenta*", ou seja, por meio de argumentação admitida pela lei como legítima[433].

Assumem importância, pois, as atividades instrutórias, consoante a afirmação de Simonetta di Carlo, no sentido que a "*instructio*", no processo canônico, seria a fase na qual o juízo "*raccoglie le prove volte ad accertare i fatti nel modo più completo possibile e a consentire una decisione conforme a verità e gistizia*"[434].

Azevedo e Cruz e Tucci pontuam que desde a obra do bispo de Chartres (entre 1091-1116) podia ser detectada uma ruptura com o modelo do processo de fundo barbárico, com a implementação, no campo probatório, de diretrizes mais técnicas para a instrução. O ônus da prova, por exemplo, afirmam os autores, repristinava a regra romana "*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*". Quanto aos meios, assumia a prova testemunhal especial relevância, seguida da confissão, do juramento e da prova documental[435].

O Direito Canônico se serviu dos variados meios de prova elaborados ao longo da experiência romana, valorizando, pela razão da fé, o juramento e a confissão, que passou a exercer posição central em todo o ordenamento da Igreja, ao lado da prova testemunhal e também, de modo crescente, da prova literal, conforme comprovam seus grandes monumentos legislativos.

---

[433] Lorenzo Quintana Reynés, *La Prueba en el procedimiento canônico*, Barcelona: Bosch, 1943, pp. 14-15.
[434] Simonetta Di Carlo, "La forza probante delle tstimonianze nel processo canonico", *in: "Solvere et Ligare" – prospettive di soluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti*, vol I, org. F. Zanchini, Milano: Giuffrè, 2005, p. 66.
[435] Luiz Carlos de Azevedo e de José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de Processo civil canônico*, São Paulo: RT, 2001, pp. 37-39.

O Decreto de Graciano, de 1140, regula a matéria da prova, em especial, o juramento e a prova testemunhal, ambos impregnados da carga moral ínsita a Igreja. Azevedo e Cruz e Tucci informam que "*a capacidade da testemunha e, sobretudo a credibilidade que inspirava determinaram a edição de inúmeros princípios recolhidos no Decreto*"[436].

Porém, a matéria da prova no Decreto não deixou de tocar em outros meios, como é o caso do tormento. Acerca da tortura, como meio de prova, a Igreja manteve uma orientação genérica, contida no Decreto, recolhida em 2.15.6, no sentido de que as confissões deveriam ser obtidas de forma espontânea[437].

Entretanto, Graciano não deixou, consoante a necessidade de manutenção dos dogmas, de permitir a tortura de escravos nos casos em que devessem testemunhar nos crimes de adultério (Decreto 12.2.59). Por igual, o Decreto de Graciano, em 5.5.4, contempla a permissão de uso de tortura, como meio de prova, para os acusadores de bispos[438].

Peters informa que o Decreto não deixou de regular que "*em alguns casos pessoas pertencentes às classes mais inferiores da sociedade também poderiam ser torturadas*"[439].

As Decretais de Gregório IX, de 1234, contém sete títulos reservados para a prova[440]: "*de confessis*", "*de probationibus*", "*de testibus et attestationibus*", "*de testibus cogendis vel non*", "*de fide instrumentorum*", "*de praesumptionibus*" e "*de iureiurando*" (2.18 a 2.24).

O tema das gêneses variadas dos preceitos do Direito da Igreja e suas conformações é tão rico e detalhado que Attilio Moroni, cuidando da prova no direito canônico, afirma:

---

[436] Luiz Carlos de Azevedo e de José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de Processo civil canônico*, São Paulo: RT, 2001, p. 52.
[437] *Corpus Iuris Canonici*, edição de Emil Friedberg, vol I, 2ª edição, Liepzig: Tauchnitz, 1879, p. 753.
[438] Idem, p. 550.
[439] Edward Peters, *Tortura*, trad, L. Spinelli, São Paulo: Ática, 1989, p. 66. O Direito visigótico, por sua, vez irá bem se acomodar ao tema, consoante as origens históricas que contemplavam, como procedimento usual e aceitável, a prática da tortura judicial aos menos favorecidos e, apenas excepcionalmente, aplicável aos mais poderosos: "*na tradição greco-romana, a tortura está sempre emparelhada a uma sociedade estamental e hierarquizada*". Cf. Nilo Batista, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 108.
[440] Jean Philippe Lévy, "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992, p. 435.

> "*Dal diritto romano l´ordinamento canonico ha desunto due principi che costituiscono le base del processo: il libero convincimento del giudice e l´onus probandi dell´attore; mentre dal diritto germanico ha recepito gli istituti delle prove legali, del numero limitato dei testi, del valore dei documenti, del giuramento decisorio ed infine del' testimonium septimae manus'. Il tutto però aggettato su um unico fondamento: il potere monarchico episcopale, considerato quale proiezione necessaria, perchè istituzionale, della chiesa stessa.....*" [441]

Revela-se, destarte, também sob esse viés, uma das mais fortes causas explicativas do acelerado processo de permanência e engrandecimento da Igreja em período medieval, constituindo-se como a mais sua expressiva instituição, cujos reflexos serão experimentados pelos séculos vindouros, por meio de uma crescente atividade de dominação, política e social, lastreada no viés do espiritual, devidamente materializada no plano secular, atividade exercida, com extrema eficácia e êxito, por meio da consolidação da teologia e da articulação da prática impositiva dos sacramentos, como bem esclareceu Le Goff[442].

Assim sendo, não é de se estranhar que uma precisa interpretação das estruturas sociais e culturais medievais apenas possa ser corretamente realizada pelo historiador desde que efetuada por meio de uma especial lente, que não obscureça a visão acerca do papel central da religiosidade para o homem medieval e da atuação desenvolvida pela Igreja como seu único agente atuante em franca atividade de supressão e eliminação das opiniões divergentes. Não será por outra razão que combate às heresias será empreendido pela Igreja com tanta intensidade e obstinação ao longo de séculos.

O mundo no qual se desenrola o direito medieval é um mundo que deve ser interpretado sob a ótica preponderante de uma impactante religiosidade.

---

[441] Attilio Moroni, Verbete "Prova testimoniale", *in*: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino: Utet, 1967, p.

[442] Jacques Le Goff, *O Deus da Idade Média*, tradução marcos de Castro, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.88.

A concepção que deverá nortear uma interpretação da prova no direito medieval será, pois, a idéia de uma religiosidade imanente, agora devidamente consubstanciada e materializada na mensagem da Igreja e seu Deus único, a qual, especialmente, após Constantino, por ter resultado exitosa, porém em parte, no embate contra o paganismo, permitirá se arvorar na posição de única intérprete desse mesmo Deus, condutora dos desígnios da cristandade, fator que, mais particularmente, ao tempo da Idade Média Central, irá se tornar emblemático quando articulado com o feudalismo:

> "*Na Idade Média, no sistema político feudal, como de um modo geral no conjunto da existência, a Igreja desempenha um papel essencial. É preciso ver isso de um nível econômico e social muito humilde, o do imposto, do pagamento de dízimos. A Igreja cobra dízimos e sustenta os senhores que cobram foros.*
>
> *E na vida do dia-a-dia, nos sermões, a Igreja afirma que o dízimo não é dado a ela, o que seria um tanto constrangedor, mas a Deus, ou, com mais rigor, a São Pedro. Por outro lado, os padres, os monges, explicam que pagar os foros aos senhores é fazer a vontade de Deus, porque Deus lhes confiou um poder de comando que corresponde às suas intenções.*
>
> *Nesse mundo feudal, penso que nada de importante se passa sem que seja relacionado a Deus.*
>
> *Deus é ao mesmo tempo, o ponto mais alto e o fiador desse sistema. É o senhor dos senhores....*" [443]

As atitudes espirituais na Alta Idade Média, como enfatiza Salvioli, bem revelam o estádio civilizacional no referido período, por meio do qual, em razão da propagação da idéia da fé, aparece um desdobramento natural, no sentido de que, no plano processual, a divindade, Deus, como ente regulador máximo, estaria sempre à disposição para dirimir as contendas quando convocado fosse,

> "*se l'uomo è impotente a scoprire la verità per vie del raziocinio, non possono mancare altri mezzi che la impongano in una maniera che trascenda la ragione stessa. Da cio il giudizio di Dio o le ordalie*"[444].

Evidencia-se, portanto, os germanos invasores como posicionados em um estádio primitivo de desenvolvimento civilizacional, no qual o formalismo assumiria relevância excepcional, sendo certo que, em tal concepção, como afirmou Calasso,

> "*la volontà divina è ritenuta presente e rivelantesi nel rito processuale (il giudizio di Dio, 'ordalia'), che decide senz'altro la lite*"[445].

A particular atmosfera cultural na Idade Média permite, conforme informa Le Goff, a adoção da concepção no sentido de que a desordem no mundo terreno era fundamental para que Deus implementasse, ao final, a sua ordem, revelando aos humanos dois de seus atributos: a justiça e a paz.

Se na perspectiva da obtenção da paz, a atuação divina podia se revelar algo incerta, em razão das freqüentes conflagrações que havia, o mesmo não ocorria no plano da obtenção da justiça.

Aqui, o dogmatismo religioso sequer oferecia questionamentos e, freqüentemente incorporou práticas e concepções pagãs, profundamente arraigadas nos espíritos dos homens da época, adaptando-as e emprestando-lhes plausibilidade, coerência e utilidade:

---

[443] Jacques Le Goff, *O Deus da Idade Média*, tradução Marcos de Castro, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, pp. 82-83.
[444] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 247.
[445] Francesco Calasso, *Medio evo del diritto, I- Le fonti*, Milano: Giuffrè, 1954, p. 134

> *"... no domínio da justiça, a principal intervenção divina, na época da alta Idade Média,"foi o julgamento de Deus". Para obter a prova da culpabilidade ou da inocência de um acusado, este era submetido a provas. Podia ser,por exemplo, fazer com que o suspeito pegasse com as mãos um objeto de metal incandescente.*
>
> *Inocente, se o metal em fogo não o queimasse. Condenado, no caso contrário. Uma forma especialmente adaptada dos costumes dos guerreiros pagãos recém-convertidos foi o combate singular.*
>
> *Essa instituição deu lugar a um verdadeiro comércio. Os acusados, particularmente as mulheres, que quisessem provar a sua inocência num combate singular contra seu acusador, podiam recorrer a campeões, na maioria das vezes mercenários que assim tinham a oportunidade de ganhar riqueza e notoriedade pondo-se vitoriosamente a serviço de acusados fisicamente muito frágeis. Deus dava a esses campeões a força que os fazia vencer se a causa que defendiam fosse justa..."* [446]

Entretanto, o autor assevera a seguir, na mesma passagem, após consignar que o combate profissional, ou seja, o duelo em geral, em princípio, contava com o apoio de parte da aristocracia vulgar, mas a Igreja teria conseguido condená-lo, em definitivo, por volta do século XIII.

A questão que se coloca a partir da constatação de Le Goff seria a das razões que justificariam a progressiva desvinculação da Igreja não apenas das práticas de duelos, porém dos modelos ordálicos em geral, como meios de prova, uma vez que, no início, tais mecanismos foram endossados pela própria Igreja.

---

[446] Jacques Le Goff, *O Deus da Idade Média*, tradução marcos de Castro, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, pp. 76-77.

Parece-nos, que num primeiro momento a Igreja, ainda frágil institucionalmente, se coadunava com as estruturas mentais e culturais da Baixa Idade Média que acolhiam, sem maiores questionamentos, os ordálios como sendo puros veículos de manifestação da vontade de Deus.

Entretanto, a partir de um momento, a Igreja adquire força suficiente e consegue desestimular a aplicação de modelo probatório ordálico, o qual, por ser falível, uma vez que aleatório, poderia vincular, negativamente, a eventual percepção de Deus como agente de injustiças. Tal constatação poderia até mesmo se cristalizar e gerar uma insuperável polêmica, já que as estruturas mentais nos períodos posteriores da Idade Média não mais se acomodarão à ausência de questionamentos.

Como bem apontou Le Goff, a condenação por parte da Igreja ao sistema de duelos chega apenas por volta do XIII, mas, ao nosso ver, não encerrará, de forma definitiva, a aplicação dos ordálios no campo laico.

No mesmo sentido, Ulhoa Cintra informa que, em 1258, São Luis, na França proíbe o duelo, aperfeiçoando anterior proibição da Igreja, de 1215, acerca da prática de duelos. Porém, ressalva, "*Não obstante, a prática subsiste até o fim do século XIV*"[447].

Assim sendo, é necessário verificarmos, sinteticamente, o panorama, escorados num primeiro momento no estudo de Brunner[448] (para os antecedentes civilizacionais germânicos) e, na seqüência, amparados pela narrativa de Salvioli[449] (de momento posterior, mais amadurecido, para a experiência jurídica longobardo-franca). Ambos recortes, entretanto, são aptos a revelar os principais característicos do sistema probatório germânico, após a dissolução do Império Romano, já nos albores da Idade Média, num panorama distinto daquele informado, de forma algo imprecisa, eventualmente duvidosa, por Tácito, descrevendo, entre outras coisas, a cúpula da hierarquia guerreira participando do "*Ding*", agitando suas armas, em sinal de aprovação da deliberação assemblear[450].

---

[447] Geraldo de Ulhoa Cintra, *História da organização judiciária e do processo civil, tomo I – do século V a. C ao século XVIII d. C.*", Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 194.
[448] Heinrich Brunner, *História del Derecho Germánico*, 8ª edição, tradução J. L. Alvarez Lopes, Barcelona: Labor, 1936, *passim*.
[449] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, pp. 247-307.
[450] Tácito, *Germania, De origine et situ germanorum, XI*, trad. J. Stevenson, São Paulo: Brasil, 1952, p. 43.

Enfatizando a presença de um exacerbado formalismo na condução da prova entre os germanos, Brunner afirma que, no início, as partes pactuavam livremente em cada caso a respeito da atividade probatória a ser empreendida.

A deliberação da realização sobre o meio de prova, bem como acerca da definição da incumbência do ônus da prova – em geral a ser desempenhado pelo demandado - por ordem judicial, como forma de apuração da verdade em sede processual, seria a segunda etapa de um processo de desenvolvimento histórico de técnica instrutória germânica. O distanciamento do procedimento probatório medieval germânico dos postulados romanos fazia com que o ônus de provar recaísse, a rigor, agora, sobre o demandado[451].

Um juramento inicial era realizado pelo demandado com o fito de afirmar a improcedência da pretensão de seu adversário. Esse juramento poderia ser tanto unipessoal, ou seja, apenas realizado pelo próprio demandando, como pluripessoal, ou seja, realizado pelo demandado, acompanhado de um número determinado de conjuradores – "*coniuratores*", "*conscramentales*", que deveriam atestar que o juramento do demandado era livre de perjúrio. As praticas de conjuração remontam à estrutura da própria '*Sippe*', revelando o seu aspecto corporativo. Ganshof, analisando o direito medieval franco, aponta para a prática usual dos conjuradores cujo número era, no mais das vezes, doze homens – "*duodcima manu*" -, "*les cojureurs étaient sans dout originairement toujours ou presque toujours dês membres de la "Sippe" et même des parents proches*" [452].

A própria concepção de prova para o Direito Canônico, carregada, axiológicamente, dos dogmas da religião, bem exemplifica as particularidades do sistema.

---

[451] A. Calzada observa que este procedimento, típico da alta Idade Média, lastreava-se na percepção de que o demandado era, mais frequentemente, a parte mais fraca no processo, resultando daí que "*el ordenamiento le concede la prueba no como una carga sino como un derecho o privilégio, como un 'ius probandi' frente al demandante, permitiéndole así, eludir los peligros de las pruebas ordálicas o subjetivas que predominavan en esta época*". Cf. Aránzazu Calzada González, "El principio 'ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat'....". *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 111-112.

[452] F. L. Ganshof, "La preuve dans le droit franc", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – deuxième partie: Moyen Age et temps modernes*, vol XVII, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, pp.76-77.

A prova testemunhal era conhecida dos germanos, porém, a atuação de testemunhas era mais limitada, sendo que deveriam testemunhar apenas aqueles que tivessem conhecimento direto e efetivo do fato controvertido, que também deveriam prestar juramento. A presença de testemunhas do demandante excluía a obrigação de o demandado efetuar juramento.

Eram conhecidas as manifestações daqueles que haviam participado da celebração de um negócio jurídico, as testemunhas do negócio, bem como o testemunho de vizinhos acerca de fatos de interesse geral, denominadas testemunhas comunitárias.

Se ambas as partes apresentassem testemunhas em relação aos mesmos fatos, as testemunhas do demandado tinham precedência.

Brunner enfatiza que os ordálios eram largamente aplicados na experiência jurídica germânica, classificados, genericamente, em "*iudicium ignis*", juízos de fogo; "*examen aquae frigidae*", juízos da água; "*ad sortem ponatur*", juízo pela sorte; "*pugna duorum*", duelo. Posteriormente recebem o nome de "*purgatio vulgaris*", como forma de distinção da denominada "*purgatio canonica*", ou seja, o juramento.

O duelo apareceria como um atalho viável para a resolução imediata da controvérsia.

Caso o demandado estivesse pronto a extinguir o processo por meio de seu juramento com seus conjuradores, o demandante poderia efetuar uma impugnação do juramento a ser efetuado, o que levaria ao combate direto.

Havia uma via indireta, qual seja, a propositura de uma ação de perjúrio, o que levava, por igual, ao duelo, que era a única forma de resolução dos conflitos de tal natureza.

Porém, os ordálios medievais assumiriam particulares configurações para além do duelo. É o caso de inúmeras provas de inocência perante Deus e a sociedade.

A prova "*iudicium aquae ferventis*", a prova caldária, conforme indica o autor, teve aplicação particularizada, entre os Sálios, não se relevando como um fator de influência para a formação do direito probatório germânico subseqüente[453]. Porém, tal percepção não é precisa para os povos germânicos que se fixaram na Península Ibérica. Os Visigodos, por exemplo, conforme recolheu Zeumer em seu trabalho de compilação das leis germânicas, conheceram e aplicaram o ordálio da prova caldária. A Antiga Lei de Egiga (Witiza), 6.1.8, da "*Lex Visigothorum*", menciona a prova "*per examinationem caldarie*", sob o título "*Quomodo iudex per examen caldarie causam perquirat"*.[454]

Na experiência dos reinos francos houve algumas mutações para o sistema probatório, como, por exemplo, a limitação dos conjuradores ao seu círculo de parentes.

Um aspecto interessante parece ter sido o da exigência de um determinado nível de patrimônio para o exercício do testemunho, visando á conferir, na ótica medieval, um maior respaldo e credulidade ao referido meio de prova em razão do amparo econômico.

Um outro aspecto não menos interessante parece o de que, antes da realização dos juramentos das testemunhas, passou-se a adotar uma sistemática de confrontação entre os conteúdos substanciais dos relatos.

Havendo antagonismos entre os conteúdos, o juiz determinaria um duelo entre as testemunhas.

A prova documental era utilizada, porém com eficácia mitigada, uma vez que aos escritos particulares, apenas seria conferida valoração se acompanhados das testemunhas presenciais. A prova por "*inquisitionis*", ou seja, a determinação do juiz para o depoimento de determinadas testemunhas, interrogatório, tem origem na experiência germânica nas prerrogativas dos tribunais régios, concebida, por primeiro, como sendo uma excepcionalidade exclusivamente respeitante ao rei.[455].

---

[453] Heinrich Brunner, *História del Derecho Germánico*, 8ª edição, tradução J. L. Alvarez Lopes, Barcelona: Labor, 1936. pp. 24-26.
[454] *Monumenta Germaniae Historica, Leges Nationum germanicarum, tomo I, Leges Visigothorum*, ed. Zeumer, Hanover: Impensis, 1902, pp. 250-251.
[455] Heinrich Brunner, *História del Derecho Germánico*, 8ª edição, tradução J. L. Alvarez Lopes, Barcelona: Labor, 1936, pp. 82-84.

O particular quadro probatório dos germanos não pode ser apreendido por completo sem que seja interpretado, ontologicamente, sob a luz de que o seu principal fundamento não era, tal qual modernamente concebemos, a formação de uma convicção racional. Sua legitimação resultava no específico atendimento aos cânones formais que as leis ou costumes prescreviam em cada caso uma determinada prova e, por conseqüência, condicionavam, automaticamente, o veredito judicial ao resultado obtido. Na concepção germânica, em especial, a primitiva, a busca pela verdade resultava do rígido atendimento às prescrições formais que embasavam a atividade probatória. Segundo Salvioli, *"il fondamento di tutto il procedimento non era il credere, il formarsi un convincimento, ma la prescrizione della legge che dichiarava necessária e sufficiente una determinata prova, tanto che può dirsi essere prestata la prova non al tribunale ma alla lege, non introdotta per convincere la parte e il giudice, ma perchè era prescritta in quel caso e in quela determinata forma."*[456]

Assim sendo, diferenciando-se, em larga medida, do sistema probatório moderno, no qual a prova é destinada ao julgador, no antigo sistema germânico todos os partícipes, autor e réu, deviam colaborar, tendo restado mitigada a tradicional regra probatória romana que determinava a preferência, quanto ao ônus, ao réu.

Se as provas apresentadas pelo autor fossem insuficientes e não decisivas, a verdade formal seria aquela obtida a partir do conteúdo do resultado do juramento a ser prestado pelo réu, razão pela qual Salvioli entende que o referido juramento do demandado poderia ser enquadrado como sendo um direito, uma prerrogativa, do réu, uma vez que nenhuma outra prova seria admitida para infirmá-lo, tendo em vista a concepção espiritual da época lastreada no raciocínio de que a repressão ao eventual perjúrio encontraria plena tutela por meio da vingança divina.

Resulta, pois, consoante Salvioli, que a prova mais importante, o meio de prova por excelência, no processo germânico medieval, seria a prova mística, ou seja, tanto o juramento como os Juízos de Deus[457].

---

[456] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 248.

[457] Difícil e incerta a quantificação acerca da mais frequente aplicação no primitivo direito germânico entre os ordálios e o juramento. Escorado em Engelmann, no sentido de que o principal meio de prova, sobrepujando a ocorrência dos ordálios, seria o juramento, vide, entre nós, o trabalho de Clóvis Juarez

Tal concepção encontraria respaldo na particular visão do mundo que movia o homem medieval, segundo a qual todo o agir humano era, ao final, inspirado e, principalmente, supervisionado pela infalível justiça divina, a qual, por ser atributo do próprio Deus, sempre onisciente e onipresente, evitaria a ocorrência de injustiças, em especial aquelas que decorressem da corrupção da natureza humana: "*la giustizia divina illumina l'umana contro le malizie elle accuse e le false prove. Cosi è anche eliminato ogni pericolo dipendente dalla ignoranza o corruzione del giudice*[458]".

Em última análise, a comparação entre um sistema racional de provas e um sistema ordálico coloca em confronto duas formas de se conceber a prova, aliás, duas concepções meta-jurídicas, pois conforme afirma Gaudemet, "*au premier cas il s'agit de Verité, au econd de Pureté*"[459].

Debruçando-se nas antigas leis longobardas, Salvioli aponta a alongada permanência da prova irracional, fazendo com que apenas por volta do século IX a busca pela verdade por meio de provas racionais, assumisse mais nítido caráter de instrução, quando a "*inquisitio*", assume relevância como técnica probatória.

Até então, o procedimento padrão assemblear fazia com que o réu ao ser confrontado com a acusação, em sentido lato, que lhe era formulada pelo demandante, ou a reconhecesse como verdadeira ou invocasse o testemunho divino como comprovação de sua inocência.

Após ser-lhe concedido prazo para o oferecimento da defesa, no dia aprazado restava-lhe, para obstar a pretensão do demandante, oferecer um juramento[460], uma vez que a recusa, implicava condenação.

Kemmerich, *O direito processual na idade média*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 63. Parece-nos, entretanto, que os dois meios funcionavam articulados e, muito provavelmente, os ordálios acabavam, após o juramento, por definir a maioria das demandas, até mesmo em razão da provável existência, frequentemente, de juramentos opostos, onde cada litigante procuraria defender a sua versão dos fatos. Os ordálios, a nosso ver, predominaram no direito germânico medieval.

[458] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 249.

[459] Jean Gaudemet, "Les ordalies au moyen age", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – deuxième partie: Moyen Age et temps modernes*, vol XVII, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 100.

[460] Individual ou com auxílio de conjuradores, cf. Luiz Carlos de Azevedo. *O direito de ser citado*, São Paulo: Resenha, 1980, p. 162.

A seguir, conforme previsão legal específica para o caso em questão, o juiz emitia uma decisão, determinando as provas que deveriam ser realizadas.

Iniciar-se-ia a derradeira fase processual, a de produção das provas, sendo que ao julgador apenas cabia acompanhar e controlar o resultado da prova e, a seguir, prolatar a decisão, cujo formalismo era imanente, fazendo com que "*Anche se il giudice avesse avuto la scienza che il convenuto era innocente, se questi era sconfitto nella prova, doveva condannarlo.*"[461]

Não se pode olvidar a influência do processo de cristianização ocorrido ao longo da Alta Idade Média nas estruturas e práticas processuais germânicas. Em um primeiro momento, as estruturas ordálicas passaram a incorporar agentes e elementos cristãos, como foi o caso das bênçãos, das sagrações, dos cerimoniais precedentes etc.

Influência mais evidente foi aquela exercida por meio da adoção progressiva do supra referido procedimento inquisitorial como modo de apuração da verdade, no qual as autoridades atuavam de ofício na instrução, com maior amplitude de poderes. Aliás, tal iniciativa interessava aos poderes régios, que, ao final, se beneficiavam desse modo de proceder por razões de controle político.

Assim sendo, a partir do momento em que houve um fortalecimento das autoridades judiciais, o formalismo probatório restou progressivamente debilitado, "*indagando los jueces cada vez más la relación real entre lo probado y lo discutido y valorando el peso social y econômico del testigo, con el consiguinte cambio em la valoración de la prueba testifical y la introducción de la documental. Además se redujo la iniciativa protagónica de las partes, en beneficio de la dirección procesal judicial, robusteciendo esa tendencia con el soporte de la faculdad regia de dar ordenes...*"[462]

Com o tempo, uma nova concepção probatória vai se incorporar e se tornar prevalente, com maior força na Alta Idade Média, qual seja, aquela que buscou estabelecer uma dicotomia entre prova plena e prova semiplena, sempre nos quadrantes da prova legal.

---

[461] Giuseppe Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969, p. 249.

[462] José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Breviário de Derecho Germânico*, Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993, p. 94.

Rosoni se utiliza de Bártolo para apontar a divisão: "*Aut actor nil probat, et réus absolvitur. Aut probat plene et reus condemnatur*".

O sistema baseado na prova legal privilegiava os instrumentos e meios que tivessem como pressuposto a representação direta do fato.

Tratava-se das provas plenas, também chamadas de provas verdadeiras ou perfeitas, as quais eram por si suficientes, ou seja, bastavam em si mesmas para a comprovação do fato, permitiam, pois, a "*perfecta cognitio facti*".

Eram provas que vinculavam a decisão da causa, qualquer que fosse a opinião do juiz. A autora fornece exemplos de provas plenas em matéria criminal: o testemunho de duas pessoas irrepreensíveis, a confissão do réu, a prova escrita.

A prova semiplena, por sua vez, é uma prova insuficiente. Pode, até mesmo, ser uma prova direta, porém que apresente algum dos seus elementos viciados ou então, uma prova indiciária.

Trata-se, pois, de uma prova menor, cujo resultado não é impactante para a decisão da causa, a não ser que o indício seja considerado "claríssimo".

Neste caso, a força do indício era suficiente para ensejar a condenação[463].

Conforme veremos, a prova semiplena passará a reclamar, em sua ajuda e complementação, a realização de outras provas, geralmente um juramento.

---

[463] Isabella Rosoni, *"Quae singula non prosunt collecta iuvant"- La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano: Giuffrè, 1995, pp. 73-87.

8.1. Especificidades do contexto Ibérico:

O período das fixações germânicas compreende, "*grosso modo*", na Península Ibérica, um lapso temporal de aproximadamente três séculos, em decorrência de movimentações iniciadas, em datação imprecisa, a partir dos últimos dias de dezembro de 406 d. C., quando grupos de Vândalos e Alanos penetram na região das Gálias, introduzindo-se no "*limes*" romano, alongando-se, em termos de sua permanência por séculos, culminando, na maioria dos casos, com sua definitiva fixação no antigo território romano.

O cenário da penetração, dominação e fixação das etnias germânicas na Península Ibérica, entretanto, requer uma abordagem diferenciada do quadro genérico europeu, uma vez que compreende um período temporal de recorte mais específico, que se inicia, com maior vigor, na data acima mencionada e se encerra em 711 d. C., com as invasões árabes.

Trata-se, sem dúvida de um período de transição, entre os quadros típicos da antiguidade clássica, já em processo de acentuada transformação, rumo a um panorama medieval, já em processo de gestação.

A rigor, como bem acentua José Orlandis, quase todas as épocas pretéritas podem ser consideradas como sendo marcadas pelo característico da transição, uma vez que não é possível a percepção de um tempo histórico imobilizado, no qual a própria vida civilizacional se torne cristalizada, sem prejuízo da existência de períodos alongados de estabilidade.

Porém, como o tempo histórico é dinâmico, embora o período germânico no contexto ibérico seja delimitado, como fase prevalente dentro de um lapso de pouco mais de três séculos, o referido período contemplou importantes movimentações de povos, bem como não menos importantes acontecimentos políticos e eventos religiosos.

> "*llamados a dejar una huella perdurable en la vida de Hispania y de sus pueblos, aunque las estructuras sociales evolucionaran dentro de una línea fundamental de continuidad*".

Também no contexto peninsular não se pode falar em um período uniforme de presença, dominação e miscigenação germânica, entretanto, o período compreendido nos três séculos citados irá oferecer o testemunho do progressivo desmoronamento do já debilitado poder provincial romano do Baixo Império, propiciando o aparecimento de novas estruturas de poder, agora originárias das aristocracias invasoras, ainda que em contato e relação com as antigas estruturas locais de poder.

Embora, de início, o papel determinante nas campanhas militares germânicas tenha sido conduzido pelos Vândalos e pelos Suevos, posteriormente também pelos Alanos, serão os Visigodos que irão acabar por conduzir, de forma exitosa, o definitivo processo de dominação do território peninsular.

Estacionados nas Gálias, especialmente em decorrência do "*foedus*" celebrado em 418 d. C. entre Valia e o Império romano, que lhes propiciou condições jurídicas para um assentamento estável, os Visigodos, habitualmente, realizavam incursões na região peninsular ibérica.

A partir dos enfrentamentos militares entre as forças germânicas invasoras, como foi o caso da vitória do franco Clodoveo sobre o visigodo Alarico II, em princípios do século VI, a Gália passa ao poder hegemônico franco, inviabilizando a existência de um consistente domínio visigótico ao norte dos Pirineus.

O definitivo deslocamento dos visigodos rumo ao sul, em direção de Toledo, tornar-se-ia mais que uma opção, porém uma imperativa necessidade estratégica.

O reino baseado na capital toledana irá consolidar um poder por sobre quase toda a Península Ibérica sob a coroa de Leovegildo, que propiciará a anexação dos independentes domínios Suevos na região da Galícia.

Será o seu filho, Recaredo, o grande consolidador da monarquia católico-visigótica na antiga "*Hispania*", razão pela qual revela-se a importância do período de dominação visigótica na Península Ibérica.

A época visigótica será marcada pelo importantíssimo evento da conversão ao catolicismo, com a institucionalização de uma monarquia eletiva e os importantes concílios toledanos e, em especial, pela relevante produção jurídica visigótica, que em razão de sua permanência, ultrapassando a dominação islâmica, exerceria sólida influência na formação dos direitos medievais ao tempo da reconquista, paradigmas para os vindouros reinos peninsulares, tanto os hispânicos como o vindouro Portugal.

A monarquia visigótica permaneceria, portanto, por mais de dois séculos, até o final do VII, início do VIII, como sendo a essencial estrutura do poder peninsular.

> "*pero, por debajo de esas brillantes aparências, una larvada crisis minaba el reino visigodo español, que se derrumbó subitamente en el año 711 ante el ataque del Islam, en una de las catástrofes políticas más fulgurante que registra la historia del mundo*."[464]

Na perspectiva jurídica, ensina Surgik, o primeiro texto legal visigótico foi o "*Codex Euricianus*" (Código de Eurico), promulgado em 476[465]. Recesvindo, em 654, faz publicar o "*Código Visigótico*", o "*Liber Judiciorum*".

Em 506, Alarico II promulga a "*Lex Romana Visigothorum*", lastreado nas Novelas, nas Sentenças de Paulo, e, em grande parte, no Código Teodosiano, além de ter incorporado uma Epítome das Institutas de Gaio.

No Direito Visigótico a prova testemunhal, conforme aponta Marlasca Martinez, ocupa posição fundamental: "*primum testes interroget*".[466]

Porém, o juramento, de igual forma, irá ocupar posição de relevância, em todas as suas formas usuais, em especial o juramento de inocência[467].

---

[464] José Orlandis, *Historia del reino visigodo español*, 2ª edição, Madrid: Rialp, 2006, em especial, para a passagem citada, pp. 17-19.

[465] Entre nós, para uma visão mais aprofundada, sempre por meio de um magistério cuidadoso, acerca dos influxos, jurídicos, culturais e sociais, das etnias barbáricas na civilização ocidental, vide a excelente obra de Aluísio Surgik, *Gens Gothorum – as raízes bárbaras do legalismo dogmático*, 2ª edição, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 2004. Para a datação mencionada no período, vide, especificamente, pp. 72-75.

[466] Olga Marlasca Martinez, "Capacidad de testimoniar de los libertos en las fuentes", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p.p. 491-494.

É usual a concepção na doutrina acerca da pouca influência deixada do direito islâmico na formação do direito que seria praticado nos vindouros reinos cristãos peninsulares.

O principal motivo alegado seria o cunho confessional do direito islâmico, que em nada poderia ter frutificado na base cristã da sociedade submetida, em razão de se tratar, como é cediço, de duas sociedades distintas, nitidamente separadas: a sociedade conquistadora e aquela conquistada. Nuno Espinosa Gomes da Silva bem sintetiza a referida concepção:

> "*A sociedade islâmica rege-se pelo seu direito, contido, principalmente, no 'Alcorão'..... a sociedade cristã-moçarabe continua a aplicar, na suas relações, o direito do Código Visigótico*"[468].

Entretanto, a presença moura em solo peninsular, que tem início logo no começo do VIII, é de tal modo alongada – lembrando que a reconquista definitiva do Algarve pelos cristãos apenas ocorreria em meados do XIII – que chega a nos causar um desconforto intelectual a adoção irrestrita da referida concepção.

Ainda que presentes as diferentes concepções jurídico-axiológicas que inspiravam cada um dos referidos sistemas jurídicos, de fato distintos, a nosso ver, não seria crível a ausência de comunicação e interpenetração de valores entre os seus institutos.

O Direito, qualquer que seja a sua feição, no caso, apenas para bem exemplificar, o direito de fundo visigótico dos povos cristãos conquistados, caracterizado como um instituto fundamental para a existência de qualquer estrutura social, um dos produtos mais relevantes da experiência da sociabilidade humana, dificilmente conseguiria ter se mantido imune às influências do direito do povo conquistador ao longo de tantos séculos de assimilação social e cultural.

---

[467] Vd. M. Carmen Lázaro Guillaumón, "El 'Iusiurandum in iudicium delatum': Entre médio de prueba y ordália", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso*

Todo isso nos causa, na perspectiva da realidade histórica, uma certa estranheza. Talvez, a referida concepção, quando confrontada com uma mais aprimorada percepção historicizada das variadas práticas jurídicas aplicadas quando da dominação moura, não consiga subsistir.

É provável que o referido viés doutrinário decorra de um outro fenômeno, de longa, aliás, de longuíssima duração, qual seja, o esforço ideológico empreendido pela Cristandade em ver completamente apagados da memória coletiva todos os vestígios - materiais e imateriais - da presença civilizacional anterior, aliás, diga-se totalmente indesejada e sempre temida, mas, acima de tudo, pouco compreendida.

Tal circunstância se manifestou, claramente, no plano da religião, mediante o incansável empenho dos que combateram e retomaram o território aos mouros em demonstrar a preponderância, e também em permitir visibilidade apenas aos valores e dogmas de um cristianismo, que, ao final da Reconquista, logrou ser vitorioso.

A concepção da atividade da justiça, tão essencial como central na vida da Península Ibérica sob o domínio árabe está presente em numerosas fontes literárias, como aquela recolhida no "*Tratado de Ibn Adbun*", do começo do século XII, que nos é informada por Antônio Borges Coelho, apenas reforça a importância do Direito para os mouros:

> "*O Juiz não deve fechar a sua porta nem obrar afastado do público, pois todos os que recorrem a ele são vítimas de injustiça. E se se fecha ou não se deixa ver dos oprimidos, como poderá um dia a vítima fazer triunfar o seu direito, tendo tu fechada a tua porta e estando ocupado noutra coisa ?*" [469]

A página do inventário do preciso legado da civilização islâmica no direito peninsular ao tempo da Reconquista, a nosso ver, permitimo-nos insistir, ainda está por ser escrita pelos estudiosos.

Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano), Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 405.

[468] Cf. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 104.

[469] Antônio Borges Coelho, *Portugal na Espanha árabe*, vol. 2, Lisboa: Caminho, 1989, p. 281.

Entretanto, alguns aspectos da prova no direito árabe podem ser apontados. José López Ortiz informa que o Direito Islâmico, teria estabelecido uma ampla sistematização das presunções legais, "*de ello se ha originado una mecanización de la prueba, cuya carga está previamente establecida con um casuismo exuberante...*". Da mesma forma, entende o autor, assume relevância, o juramento, que poderia ser combinado com outros meios de prova na apuração da verdade.

A confissão era reconhecida como inquestionável meio de prova, porém "*la prueba por excelencia en el proceso islámico es la testifical*".

Deriva da prova testemunhal a prova escrita: para o fim de que os documentos tenham valor em juízo há que se somar um testemunho, fazendo com que a praxe negocial incorporasse nos atos a presença de testemunhas instrumentais: "*En Espana, el uso de la prueba documental y la práctica notarial llegaron a extraordinário desarollo*"[470].

Sousa demonstra a lenta evolução das percepções acerca da verdade no viés probatório para o Direito Islâmico, ao afirmar que embora os árabes praticassem ordálios na interação social, os chamados ordálios "*físicos*", estão ausente do Alcorão,

> "*mas a ordália, sob a forma restrita, de um apelo verbal, solene, ao julgamento de Deus, encontra-se ainda na situação de controvérsia religiosa....Conforme o Islão vai se expandindo por territórios estrangeiros, o modo probatório é mais seguro, à palavra humana, ao testemunho verbal dos homens juízes dignos de crédito e de fé.*
>
> *A par do Alcorão, nascem outros preceitos que enriquecem consideravelmene a doutrina dos juristas.... Aqui entram o 'qâdi', as testemunhas, os juízies, o tribunal....*"[471]

[470] José López Ortiz, *Derecho Musulmán*, Barcelona: Labor, 1932, pp. 84-87.
[471] João Silva de Sousa, *Religião e Direito no Alcorão*, Lisnoa: Estampa, 1986, pp. 185-186.

8.1.1. *"Fuero Juzgo"*

O "*Liber Iudiciorum*" representa preceitos em estádio mais avançado da legislação visigótica[472]. Muitos de suas leis preceitos estão recolhidas no "*Fuero Juzgo"*, o qual, no seu livro II, título IV, sob o nome de "*Titvlvs de testibvs et tetimoniis*", cuida especificamente da prova testemunhal. O monarca Flavius Cintasvintus parece ter legislado de forma ampla sobre a prova testemunhal, com várias leis acerca do tema. A Lei I estabelece que nenhum homem poderia ser testemunha ser prestar juramento. Homicidas, servos e ladrões, assim como os que tivessem sido condenados por crime de falso, entre outros, como "*aqueles que dão ervas*", não poderiam servir de testemunha[473].

A recusa ao testemunho e ao juramento implicaria que o faltoso "*nunqua mas puede seer testimonia en nengun pleyto*". Se fosse pessoa "*de menor guisa*" deveria ainda receber, adicionalmente, "*C azotes, e sea difamado*" pois "*Ca non es menor pecado de negar la verdad, de lo que es de dezir mentira"*[474].

Do mesmo monarca é a disposição contida na Lei III que cuida de estabelecer o procedimento quando houvesse um documento de autoria da testemunha. Estabelecia que quando o testemunho fosse num sentido e houvesse documento escrito pela própria testemunha em outro sentido, a rigor, deveria valer o escrito. Porém caso a testemunha negasse a autoria do escrito, alegando falsificação, "*el iuez deve pesquerir la verdad*", e deveria mandar que a testemunha, no ato, escrevesse um texto, de modo a permitir uma comparação das grafias. Se fosse comprovada a semelhança, seria condenada por falso e receberia a pena de difamação. Complementa ainda a referida lei o mecanismo de oitiva de testemunhas, transmitindo instruções para que o juiz não confiasse nelas apenas em razão de sua boa linhagem, porém deveria também perquirir se, de fato, tratava-se de homens de boa fama e de bons costumes. Deveria também verificar se eram ricos. Quanto aos pobres, alertava o legislador, o juiz deveria estar mais atento, para que não dissessem mentiras[475].

---

[472] Moacyr Lobo da Costa, *A revogação da setença*, São Paulo: Edusp, 1995, p. 93.
[473] *Fuero Juzgo*, Madrid: Real Academia, 1815, p. 33.
[474] *Fuero Juzgo*, 2.4.2.
[475] *Fuero Juzgo*, 2.4.3.

Os servos não poderiam, como regra, testemunhar. Porém, caso fosse necessário provar "*algum pecado*" contra algum homem ou contra seu senhor, deveriam ser submetidos ao tormento, para que pudessem dizer a verdade[476].

Outra lei do mesmo monarca estabelecia que caso a verdade não pudesse ser provada por testemunho de homens livres, o testemunho dos servos seria, excepcionalmente, válido[477].

A testemunha não poderia depor por carta. Deveria estar diante do juiz da causa e deveria apenas relatar aquilo que efetivamente tivesse visto, indicando que, nos termos da referida lei, o conteúdo do "ouvi dizer" não era valorado. Porém, em caso de velhice ou enfermidade a testemunha poderia oferecer seu relato, mediante prévio juramento diante de homens bons ao juiz da terra[478].

O apenamento para o crime de falso testemunho variava segundo a posição social do criminoso. Se fosse pessoa de posses, deveria pagar o prejuízo decorrente de sua falsidade, e, dali por diante, não mais poderia ser testemunha.

Entretanto, se fosse pessoa de menor posse, não tendo como pagar o prejuízo, deveria ser reduzido à posição de servo daquele cujo seu falso testemunho havia prejudicado. A pena de falso era aplicada tanto àquele que havia testemunhado, como àquele que havia corrompido a testemunha[479].

O rei Flavio Rescindo promulgou lei permitindo que meninos ou meninas maiores de catorze anos pudessem ser testemunhas[480].

Porém, estavam impedidos de serem testemunhas irmãos, irmãs, tios, tias, sobrinhos da parte, exceto em se tratando de demanda entre parentes da mesma linhagem, ou, caso, excepcionalmente, não houvesse nenhum outro homem livre para testemunhar[481].

---

[476] *Fuero Juzgo*, 2.4.4.
[477] *Fuero Juzgo*, 2.4.10.
[478] *Fuero Juzgo*, 2.4.5.
[479] *Fuero Juzgo*, 2.4.6.

No mesmo livro II, porém no título I, que cuida de regular a atividade dos juízes, há menções a respeito da importância da prova.

Antes, uma lei de Flavio Rescindo determinava que o juiz devia, em primeiro lugar, buscar saber da verdade por meio de testemunhas ou por meio de documentos, se, eventualmente, existissem.

Porém, recomendava também, como cautela, que conhecesse, por primeiro, o teor dos documentos[482].

A produção de provas era deferida a ambos litigantes: ”*En los pleytos que el iuez oye, cada una de las partes deve dar sus pesquisas e sus pruevas y el iuez deve catar qual preva meior*”.

Caso não conseguisse determinar a verdade por meio das provas, deveria o juiz deferir um juramento ao réu, para que se “*salvasse por meio de seu sacramento*”.

Caso o demandado jurasse, afirmando, portanto, que não havia cometido o ato que lhe era imputado ou que não possuía a coisa que lhe era exigida, deveria apenar o demandante em cinco soldos pues “*demandó tuerto*”.[483]

Havia proibição expressa de os judeus prestarem testemunho contra cristãos. Porém, poderiam atuar como testemunhas nas demandas entre judeus [484].

Percebe-se, portanto, que o testemunho e o juramento ocupam posição central no sistema probatório revelado pelo Fuero Juzgo.

Entretanto, é de se destacar que a prova documental também já é utilizada com freqüência, conforme se constata pela menção recorrente ao uso de documentos nas fontes.

---

[480] *Fuero Juzgo*, 2.4.11.
[481] *Fuero Juzgo*, 2.4.13.
[482] *Fuero Juzgo*, 2.1.21.
[483] *Fuero Juzgo*, 2.2.6.
[484] *Fuero Juzgo*, 12.2.9 e10.

8.1.2. *"Flores de Derecho"*

As "*Flores de Derecho*"[485], de meados do século XIII, em seu Livro II, Título III, Lei I ("*Flores de Derecho", 2.3.1*)[486], ao cuidarem do início do processo, contemplam um instituto denominado "*sacramentum calunpnie*". Trata-se do juramento de calúnia.

Caso o demandado, logo no início da causa, resistisse à pretensão do autor, portanto, oferecendo sua contestação, aos litigantes seria solicitado que prestassem juramento. Do demandante seriam exigidos cinco quesitos de juramento: que sua pretensão tem, de fato, fundamentos jurídicos; que dirá a verdade acerca do que souber ou do que lhe for perguntado; que não deu nem prometeu dar qualquer coisa para obter sentença [favorável], exceto àquelas pessoas que a lei determina, como é o caso de seu advogado, ou ao escrivão ou, ainda, a outras pessoas às quais não haja vedação legal; que não traga ao processo prova falsa e, por fim, que não demande prazo maliciosamente, com o propósito de procrastinar o pleito.

Do demandado, por sua vez, seria exigido que jurasse, em primeiro lugar, que sua resistência possui fundamento jurídico ("*que cree que deffiende so derecho*"). A seguir, repetiria os itens que foram, anteriormente, jurados pelo autor.

Após terem sido oferecidos juramentos por parte dos dois litigantes, ser-lhe-iam concedidos prazo para a dilação probatória ("*para que prueuen aquelo que prometiron de prouar*").

A confissão equipara-se à matéria "*prouada por cartas ou testigos*", sinalizando que tanto a prova testemunhal, como a documental, eram reconhecidas e manejadas neste tempo[487].

---

[485] As "*Flores de Derecho*" ou "*Flores de las Leyes*". Cf. "Flores de Derecho", *in:* Rafael de Urenã e Adolfo Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes – jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid: Reus, 1924, reimpressão fac simile, Pamplona: Analecta, s/d.

[486] "Flores de Derecho", *in:* Rafael de Urenã e Adolfo Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes – jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid: Reus, 1924, reimpressão fac simile, Pamplona: Analecta, s/d., pp. 107-110.

O Título V desse Livro II é intitulado "*delas prouas e de como e quando deuen seer recebidas*". A Lei I estabelece que três são as maneiras por meio das quais as coisas podem ser provadas em juízo: "*confession de qual quier delas partes*", "*testigos*" e, por fim, "*cartas opor estrumentos publicos*". Já os indícios e as presunções, diz a lei, não são em si mesmo meio de prova, porém ajudam a provar o fato.

No mesmo título, há a Lei II, que estabelece, expressamente, uma modalidade de produção antecipada de provas.

Estabelece que, ordinariamente, as provas devem ser produzidas somente após a resposta do réu. Porém, "*por rrazon que la uerdade non se asconda por ocasion de mengua de pruebas*", há casos, estabelecidos em lei, que a prova pode ser produzida antes que o pleito tenha sido começado.

Poderia ocorrer por determinação do Rei ou do Príncipe, que poderiam, sempre, a qualquer tempo, exigir eventual averiguação acerca de qualquer matéria.

Ou, e este é o ponto que nos interessa, caso as testemunhas que pretendam ser trazidas para oitiva em algum processo "*son mucho uieyos o mucho fracos odolientes"*, ou caso pretenda a testemunha ausentar-se, "*yr sobre mar olunge dela tierra*", ou por outra razão semelhante, como, por exemplo, nos casos em que haja a possibilidade de as testemunhas virem a falecer ou quando se tema que caso se retarde em demasia a oitiva, não seja mais possível o depoimento[488].

A lei determinava ainda que, nos referidos casos de produção antecipada de prova, dentro de um ano da produção da prova, a parte contrária deveria ser cientificada da dilação realizada pelo outro litigante, para que, caso assim fosse do seu interesse, "*uenga seguir so derecho se quisier*".

---

[487] "*Flores de Derecho*", 2.3.2, cf. Flores de Derecho", *in:* Rafael de Urenã e Adolfo Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes – jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid: Reus, 1924, reimpressão fac simile, Pamplona: Analecta, s/d., p. 110.
[488] *Flores de Derecho*", 2.5.1.

Caso o contraditório não restasse implementado, na forma e no prazo acima mencionados, as provas produzidas antecipadamente não poderiam mais ser utilizadas[489].

O iter processual regular continha a previsão de que as testemunhas também deveriam prestar um juramento antes de seu depoimento. Era o juramento das provas ou juramento das testemunhas.

Juravam, portanto, que diriam a verdade acerca da causa, nada omitiram, nem "*por amor, nen por desamor, nen por malquerencia, nen por miedo que aya de alguna de las partes, nen por don que recebisse delas, non negaram, nen encubriran ela uerdad...*"[490].

As testemunhas não deveriam prestar seus depoimentos diante das partes e caso, porventura, "errassem" no seu depoimento, era-lhes permitido emendá-los, desde que não saíssem do local e, principalmente, não se comunicassem com qualquer das partes.

Observa-se, pois, que as provas não eram produzidas publicamente, nem diante dos advogados, muito menos das próprias partes.

A oitiva das testemunhas não era sequer realizada sob o regime de publicidade reduzida, mas de forma secreta, fazendo com que tanto os advogados como as partes, tivessem, necessariamente, de aguardar um momento processual posterior, no qual haveria a revelação da atividade probatória realizada.

---

[489] *Flores de Derecho*", 2.5.2. Conveniente ressaltar que a referida disposição processual acerca do prazo de um ano para incoação da demanda principal, após a realização de produção antecipada de provas, não consta do texto da versão em português das "*Flores de Derecho*", que foi publicada em 1917 e 1918, sob a coordenação de Manuel Paulo Merêa, com o título "*A versão portuguesa das "Flores de Las Leys" de Jácome Ruiz*". Em seu lugar, consta uma antiga lei de Don Afonso "*Rey de Castella de Tuledo de leon. De Gualiza de Siuilla, de Corduua de Murça Aos concellos e os alcaldes de qual quer logar de todo meu Reyno*" sobre o horário de fechamento de Igrejas em razão da prática de criminosos nelas buscarem asilo e também regulamentando o tamanho máximo dos punhais que deveriam ser produzidos e portados no Reino. Provavelmente, a pessoa encarregada de realizar a tradução do antigo códice em castelhano para o português arcaico incluiu, inadvertidamente, como se fosse parte integrante da obra do Mestre Jacob, o fólio com a referida lei, que deveria estar enrolada no mesmo códice. Paulo Mêrea, cauteloso pesquisador e historiador detalhista que era, já advertia aos seus leitores, na edição de 1918, que era aguardada uma edição crítica do texto original em castelhano, a ser empreendida pelos Profs. Ureña e Bonilla, a qual poderia esclarecer muitos aspectos acerca da obra em questão. A referida edição crítica, de fato, veio à luz em 1924 e é a versão por nós ora consultada. Cf. Manuel Paulo Merêa, *A versão portuguesa das "Flores de Las Leys" de Jácome Ruiz*", Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918, p. 12. Vide também, sob o mesmo título, do mesmo autor, *in*: *Revista da Universidade de Coimbra*, Vol. VI, nº 3 e 4, julho e dezembro de 1917, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1917, pp. 341-371.

[490] *Flores de Derecho*", 2.6.1., 2.7.1 e 2.7.2.

O Título VIII especifica as pessoas que não poderiam prestar testemunho. Estavam proibidos de ser testemunha: os que tivessem má fama, os presos, os condenados por perjúrio, os loucos, os sem memória, os judeus, os mouros, os hereges, os apóstatas, os cristãos que tivessem se tornado mouros, judeus ou hereges. Por igual estavam proibidos, entre outros, os surdos, os que tivessem cometido falso testemunho, os inimigos das partes, aqueles que tivessem interesse na causa ou das partes fossem apaniguados, protegidos em geral, incluindo também os apadrinhados, e ainda os menores de catorze anos.

O homem muito pobre, o miserável, também não poderia ser testemunha, exceto se provasse que embora paupérrimo, era pessoa de "*buena uida*". Alcaides (no sentido de juízes), advogados e executores não poderiam, como regra geral, ser testemunha nos pleitos em que atuassem. No caso dos alcaides (juízes), excepcionalmente, poderiam servir como testemunha caso o conteúdo de seu depoimento versasse sobre algo que tivesse tido lugar diante deles, como, por exemplo, uma confissão ou a dilação de algum prazo.

O menor de vinte anos não poderia ser testemunha em matéria de crime, assim como a mulher, que também não poderia ser testemunha em testamento.

O pai não poderia ser testemunha do filho, e vice versa, nas causas contra estranhos, assim como os parentes até o quarto grau, exceto em causas entre parentes, em se tratando de vingança. Em qualquer hipótese, a mãe poderia testemunhar a idade de seu filho.

O servo não poderia servir de testemunha exceto nos feitos de seu senhor e no interesse dele.

Entretanto, havia três hipóteses nas quais o servo poderia servir de testemunha contra o seu senhor.

A primeira delas seria no caso de o senhor ser "*maordomo del Rey*" ou príncipe, e ter furtado ou escondido tributos recebidos por delegação real.

Outro caso era na hipótese de o senhor ter sido acusado de conspiração contra o Rei ou seus filhos. A última hipótese pela qual o servo poderia servir de testemunha contra o seu senhor era a de acusação de adultério.

Porém, a lei é expressa ao prever que todas as vezes que os servos fossem servir de testemunhas, nestes três casos acima, deveriam eles receber uns "*bonos azotes*" para que dissessem a verdade sobre o que lhes fosse perguntado.

O testemunho dos servos nesses casos não seria considerado válido se não fosse previamente conjugado com os referidos bons açoites: "*ca non deuen ser creydos elos dichos delos sieruos en tales casos, se non se foren tormentados*"[491].

A seguir, seriam apresentadas as "*cartas*", provas documentais, cujo conteúdo seria analisado pelo julgador.

As partes seriam intimadas para comparecer a uma nova audiência na qual as provas deveriam ser publicizadas aos litigantes, por meio da leitura do conjunto probatório recolhido.

Os documentos originais, entretanto, deveriam permanecer com o escrivão, sendo que as partes receberiam um traslado com o conteúdo da prova realizada.

Depois da referida audiência, com a publicação do conteúdo das provas, era, como regra geral, proibido aos litigantes produzirem ou introduzirem quaisquer outras provas no processo[492].

Uma vez tornadas as provas conhecidas, as partes seriam intimadas para que, em uma nova audiência, em data a ser determinada de acordo com o entendimento do julgador, viessem oferecer e provar as suas respectivas contrariedades às provas realizadas.

O juiz deveria ouvir as partes, aguardando a conclusão da exposição de suas alegações.

Tendo as partes encerrado a sua atividade, deveriam requerer o julgamento da causa com base no que foi alegado e provado.

---

[491] *Flores de Derecho*", 2.8.3.
[492] *Flores de Derecho*", 2.9.1.

Ainda que, porventura, alguma das partes não tivesse comparecido a quaisquer das audiências supra referidas, desde que previamente intimadas para tanto, incumbiria ao julgador "*yr delante per lo pr[e]Ito, segundo que manda el derecho, pero quella parte non sea presente*".

Embora após a audiência de publicação das provas não houvesse a possibilidade de renovação de atividade probatória, ao que parece, a preclusão dizia respeito à prova testemunhal, pois, caso houvesse cartas ou instrumentos outros que servissem para provar as suas razões, as partes poderiam, excepcionalmente, introduzi-las, desde que antes da prolação da sentença.

Há a previsão de um procedimento a ser realizado caso houvesse a alegação de que o documento oferecido como prova fosse falso.

A rigor, todo documento elaborado por escrivão público, em princípio, era tido como verdadeiro e deveria receber o selo oficial.

Porém a sua falsidade poderia, alíás, deveria ser argüida, imediatamente, no juízo, instaurando, no curso da dilação probatória, um procedimento, ao que parece, de natureza incidental, para averiguação da autenticidade ou falsidade do referido documento: "*E pera se dixiere contra la carta, que aquel quela fizo non era escriuano publico, oque non auia seello auctentico, non deue seer creyda la carta fasta que sea prouado por aquel quela aduxo em juyzo que la fizo escriuano publico, oque la carta auia seello auctentico*"[493].

Após a sentença, novas provas apenas poderiam ser introduzidas no processo, caso viesse a ocorrer uma apelação: "*ca despues que fuer el pleyto encerrado y conclisido non pueden mostrar cartas nen estrumentos nengunos, se non fur el pleyto appellado despues dela sentencia*"[494].

---

[493] *Flores de Derecho*", 2.9.3.
[494] *Flores de Derecho*", 2.9.2

8.1.3. *"Siete Partidas"*

As Sete Partidas de Afonso, o Sábio, juntamente com o "*Fuero Real*", constituem grandes monumentos legislativos castelhanos de meados do XIII e regulam, em variada medida, o tema da prova.

Calzada G., analisando o fato de que a realização da prova, na Alta Idade Média, incumbia ao demandado, tal qual uma prerrogativa, um "*ius probandi*" diante do demandante, informa que tal concepção teria se alterado a partir do século XII, momento em que se generalizam os antigos princípios romanos no direito comum, fazendo recair, novamente, o ônus de provar ao autor:

> *"El desplazamiento dela carga de la prueba al demandante, se traduce como consecuencia de la generalizacion de los medios de prueba objetivos, en la transformacion del 'ius probandi' altomedieval en 'onus probandi' bajo medieval, convirtíéndose, asi, el derecho de preuba en una carga que pesa sobre el 'actor'. En este sentido, Irnerio, seguiendo a Paulo, formuló la regla 'ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi, nullo pro actore credito vel praesumto' "*[495].

A terceira partida regula a matéria processual na Legislação de Afonso X, incluindo, dessarte, os principais pontos da temática da prova.

Em especial, observa-se que um grande destaque foi concedido à regulamentação dos juramentos, tendo também recebido minucioso tratamento a questão das testemunhas.

O prólogo da referida terceira partida menciona, expressamente, a atividade probatória como parte integrante da "*ordem dos juízos*", revelando-se, portanto, instrumento valioso para o "*bueno y recto juez*" ao investigar a verdade dos juízos:

---

[495] Cf. Aránzazu Calzada González, "El principio 'ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat'...". *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 112-113.

> "*Muy prouechofa es la orden de lof iuyziof para q el Bueno y recto iuez inuestigue y escudune la verdad delos iuyzios por derecha acçion del querellofo y por contestaçion y y por verdaderas y no cauilofas efepçiones del reo y por cõfefiõ delas partes y efaminaçion delos testigos y por todas las otras calidades y circuftançias que fe requieren para faber y conofçer la verdad por q el recto iuez fegun lo alegado y prouado pueda defibr y determinar las caufas de q deuiere conosçer...*" [496]

O Título XI, "*De las juras que las partes hacen en los pleitos....*", define juramento como sendo a averiguação que é feita mediante a nomeação de Deus ou alguma outra coisa santa a respeito do que se afirma ou se nega, ou seja, a afirmação da verdade[497].

Três são os modos pelos quais é possível ser feito um juramento: "*de voluntad*", "*de premia*" ou "*de juicio*".

A primeira modalidade, o juramento de vontade, representa aquele que é feito fora do juízo, ou seja, o juramento que uma parte requer da outra no sentido de provar que aquilo que afirma ou nega é verdadeiro.

Não é obrigatório. Já o juramento de premia é determinado pelo juiz para qualquer uma das partes, ou ambas, sendo-lhes proibido recusar a sua realização.

A parte que não jurasse, neste caso, perderia o pleito. Salvo se alegasse e comprovasse razão suficientemente forte para assim se portar.

A última modalidade, juramento em juízo, é aquela em que ambos litigantes, em juízo, oferecem, uns aos outros, reciprocamente juramentos [498].

Não podem dar ou outorgar juramento: o menor de catorze anos, aquele que se encontra sob poder alheio, o servo, o louco, o sem memória e o pródigo.

---

[496] Cf. prólogo da terceira partida, *Las Siete Partidas*, glosadas em castelhano por Alonso Diaz de Montalvo, 1ª edição, Sevilha: Meynardo, 1491, Edição *fac símile*, Valladolid: Lex Nova, 1988.
[497] *Siete Partidas*, 3.11.1
[498] *Siete Partidas*, 3.11.2.

Caso, eventualmente, as referidas pessoas tivessem jurado falso, não se lhes deveria ser imputado o perjúrio, pois, segundo as Partidas, sua atitude se deve à falta de discernimento ou sua grande simplicidade, fazendo com que, às vezes, digam coisas que não deviam[499].

O juramento é uma prova irracional e deste âmbito não escapará. Entretanto, já é possível a percepção, em algumas passagens contidas nas Partidas, da existência de uma preocupação com uma maior racionalização na utilização do citado meio de prova.

A mencionada preocupação de racionalização não se evidenciará por meio de uma mudança no juízo de importância emprestado pelo legislador das Partidas ao juramento, uma vez que ele continuará sendo posicionado como importantíssimo e prestigiado meio de prova.

Tal constatação resulta evidente se observada a sua detalhada e complexa regulamentação procedimental contida no texto da lei. O que parece trazer maior racionalidade é a preocupação do legislador com uma mais precisa adequação na utilização do referido meio de prova em relação às peculiaridades do direito material em questão no litígio.

O juramento, como mecanismo processual probatório, possuía um objetivo procedimental mais imediato, qual seja, o de encerrar quaisquer causas, concluindo, definitivamente, o pleito em questão.

As Partidas continham uma interessante previsão que determinava que, embora o juramento pudesse ser aplicado a todas as causas mais freqüentes, fossem elas as que versassem sobre pretensão de bem móvel ou que cuidassem de reivindicação de bem de raiz, casos havia, entretanto, nos quais era necessário não permitir que o processo fosse encerrado mediante juramento.

As Partidas traziam um exemplo pontual para esclarecer e ilustrar a orientação legislativa supra citada. Seria o caso de uma mulher que, se dizendo grávida de um homem recém falecido, estivesse a reclamar, em face de outra pessoa, os bens do falecido.

---

[499] *Siete Partidas*, 3.11.7.

O fundamento da pretensão da mulher grávida era a sua alegação de o nascituro ser filho do morto, logo, titular de direitos hereditários. Se fosse permitido que ela, a mulher, jurasse para o fim de encerrar a causa, tendo ela prestado o juramento, os bens deveriam ser, de pronto, a ela adjudicados. A criança ainda não teria nascido e, a rigor, nem se saberia se ela era, na verdade, filha do falecido. A causa estaria encerrada, mas a questão de fundo, não.

Caso a criança viesse a nascer com vida, por outro lado, ela não poderia se beneficiar do juramento anteriormente prestado por sua mãe, uma vez que a questão principal, relativa ao fato de ser ou não filha do morto, não ter sido decidida por um juramento seu, porém, por um juramento de sua mãe. Outros poderiam ainda vir a demandar os bens diretamente da criança. De igual forma, imagine-se que a mãe grávida, no curso da demanda, tivesse exigido a prestação de juramento da parte contra quem litiga pelos bens do falecido.

Suponha-se, então, que este litigante, de fato, tivesse aceitado o repto e prestado um juramento no sentido de afirmar, jurando, que a mulher não estava grávida daquele homem. Neste caso, por força do juramento prestado, os bens deveriam ser adjudicados ao litigante. Também nesse caso, o processo seria, definitivamente, encerrado, mas a questão de fundo, não.

Então, as Partidas estabeleciam uma importante regra: "*la jura de uno no tiene ni pro ni daño a outro*", fixando, então, as restritas hipóteses nas quais uma pessoa poderia prestar juramento em nome de outra.

Para o caso em questão a solução oferecida pelas Partidas, embora simplista, denotava racionalidade. Deveriam, a mãe e filho, ser colocados na posse dos bens, até que a outra parte litigante demonstrasse a não filiação, manifestamente, com outras provas que o juramento:

> "*con todo eso nace por esto gran sospecha, de manera que el hijo e la madre deben estar e tenencia de los bienes del finado, hasta que la outra parte mostrasse lo contrario, manifestamente,que no era hijo del que se finó*"[500].

Percebe-se, portanto, que a importante questão de direito material em disputa, qual seja, da pertinência da filiação da criança em relação ao falecido, não era passível de ser regulada (e definitivamente decidida) por meio de um juramento.

Na medida em que afastava a aplicação do juramento, o legislador das Partidas valorizava a utilização de meios de prova de natureza mais racional, como o testemunho e, provavelmente, a própria percepção do julgador, por meio da vistoria, exame de pessoas, amparado ainda por indícios e presunções.

As Partidas regulavam a forma pela qual deveriam ser prestados juramentos por cristãos, mouros e judeus.

Os cristãos deveriam jurar com a mão sobre objetos sagrados, como os Evangelhos ou sobre a cruz, invocando os dogmas de sua religião.

Já com relação aos judeus e os mouros, o trâmite processual era mais trabalhoso: aquele que exigisse o juramento de um judeu ou de um mouro deveria acompanhá-los até o seu templo, sinagoga ou mesquita, conforme o caso. No primeiro caso, o judeu colocaria a mão sobre a Torá, e também pronunciando dogmas de sua religião, efetuaria o juramento diante de judeus e cristãos. Já o mouro efetuaria o seu juramento de pé, na porta da mesquita, e, caso não existisse uma, juraria onde o juiz determinasse, sempre com fundamento no Alcorão. As Partidas são bastante detalhistas, a ponto de descrever, de forma minuciosa, o conteúdo exato da seqüência de palavras que deveriam ser repetidas no juramento, informando todos os seus termos, sempre em conformidade e pertinência com as particularidades de cada um dos dogmas religiosos [501].

---

[500] *Siete Partidas*, 3.11.18..
[501] *Siete Partidas*, 3.11.19., 20 e 21.

As Partidas determinavam que em todas as causas os litigantes deveriam prestar o juramento de calúnia, "*iuramenum calumniae*", informando que este tipo de juramento, em alguns lugares, é chamado juramento de "*mancuadra*", "*porque nele há cinco coisas, assim como a mão, que além de quadrada e acabada, também possui cinco dedos*".

Os cinco itens que deveriam estar contidos no juramento de calúnia eram os seguintes: que não movia demanda maliciosamente, porém apenas escorado em pretensão jurídica; que não mentiria no curso da demanda; que não ofereceria dinheiro ou qualquer outra coisa às pessoas que pela lei, como é o caso do juiz ou do escrivão, nada poderiam receber; que não se utilizaria de falsa prova, nem de falsos documentos, nem de falso testemunho e, por fim, que não procrastinaria maliciosamente o feito[502].

Conceituando prova, o Título XIV, enunciava em sua Lei I: "*Prova é a averiguação que se faz em juízo de alguma coisa que é duvidosa*", complementando que a prova caberia ao demandante quando a outra parte negasse a pretensão.

A matéria de testamentos era, geralmente, provada com o instrumento, indicando que a prova documental já se encontrava razoavelmente amadurecida nas Partidas. Aliás, os documentos, com objetivo de servirem como prova documental, receberiam extenso tratamento nas Partidas, que definiram:

> "*Escritura de que nace averiguamento de prueba es toda carta que sea hecha por mano de escribano publico o sellada com sello del Rey o de outra persona auténtica que sea de creer*"[503].

Escritos particulares também foram regulados no Título CXXI "*De las cosas que son escritas en los cuadernos que los hombres tienen por remembranza que no empecen a aquellos contra quien son escritas*".

As Partidas preocupavam-se em fixar a prova dentro de parâmetros concretos. Assim, determinam que as provas devem ser passíveis de sua demonstração (fática) em juízo, sejam as coisas móveis ou de raiz, seja uma questão de liberdade ou servidão, ou de tenência ou de senhorio etc, pois, conforme afirma o texto:

> "*no deben ser recibidas pruebas sobre las sutiles cuestiones os argumentos de filosofia, porque tales contiendas como éstas no se han de librar por fuero o juicio, sino por sabiduria de aquellos maestros que se trabajan de saber e de departir estas cosas*"[504].

Os meios de prova tradicionais eram a confissão, o testemunho e os documentos. As Partidas admitiam, ainda, fama, indícios e presunções, com a seguinte ressalva: "*pero el todo pleito no debe ser estimada solamente prueba de señales e de sopecha*".

A inspeção judicial também foi acolhida expressamente:

> "*Otrosi hay outra naturaleza de prueba, asi como por vista del juez viendo la cosa sobre que es la contenda*".

No mesmo Título as Partidas informavam que embora, no passado, fosse usual o combate entre cavaleiros e peões, por reptos e outras formas de pugna, havia duas razões para que esses tipos de ordálios não fossem mais aceito.

A primeira razão, dizem as Partidas, decorre do fato de que neste tipo de combate muitas vezes perde a verdade e vence a mentira.

A segunda razão, sempre segundo o texto, seria pelo fato de que, ao empregar tal tipo de prova, tinha-se a impressão de que se "*tentava desafiar Deus, o que não era permitido*"[505]

A produção antecipada de prova está recolhida no Título XVI, em especial quando fosse necessário ouvir pessoas de avançada idade ou doentes, bem como se estivessem de saída para romaria ou viagem a algum lugar no qual o retorno fosse incerto.

Nestes casos, a oitiva poderia ser feita diante dos homens bons, que deveriam colher o depoimento por escrito.

---

[502] *Siete Partidas*, 3.11.23.
[503] *Siete Partidas*, 3.18.1.
[504] *Siete Partidas*, 3.14.7.
[505] *Siete Partidas*, 3.14.8.

A prova produzida antecipadamente teria validade de um ano, prazo em que deveria ser proposta a demanda principal, mantendo a tradição esclarecida nas "*Flores del Derecho*".[506]

A relação de proibições para a atividade de testemunha nas Partidas é ampla. Podiam atuar como testemunhas todos os homens de boa fama, tendo acolhido, em grande parte, as disposições justinianéias, como é o caso do proêmio da já anteriormente citada Constituição Imperial, de 539, recolhida em N. 90, "*De testibus*". Eis o texto da referida partida (3.16.8):

> "*Todo home que fuere de buena fama, e a quien no fuere defendido por las leys deste nuestro libro, puede ser testigo por outro em juício, e fuera de juízio*".

Encontram-se passagens nas quais há a previsão de utilização de tormento para os vis[507]. Os homens de má fama apenas poderiam atuar como testemunhas nos pleitos de traição contra o Rei ou contra o reino[508]. Kemmerich aponta para o fato de que, além dos acusados, eventualmente, alguns tipos de testemunhas poderiam ser submetidos a tormento. Era o caso recolhido em 3.16.8, quando, nos casos de traição contra o rei, o home vil e de má fama, que, na generalidade dos casos, não era admitido na condição de testemunha, poderia, em tal específico caso, assim atuar, desde que fossem previamente submetidos a tormento[509]. Conforme consta da referida partida:

> "*E aquellos a quien es defendido son estos, hombre que es conoscidamiente de mala fama, pues este tal no puede ser testigo por outro en ningun pleyto, salvo en pleito de traición....Pero entonces no debe ser cabido su testimonio, a menos de tormentarle primeramente*".

---

[506] *Siete Partidas*, 3.16.2.
[507] *Siete Partidas*, 3.11.10.
[508] Cf. Carmen Botella Vicent, "Incidencia de la condición social em la práctica de la prueba testifical: su transmisión a las Partidas", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 106.
[509] Clóvis Kuarez Kemmerich, *O Direito Processual na Idade Média*, Porto Alegre: Safi, 2006, p. 120.

Assim, o referido testemunho apenas teria lugar e seria considerado válido após a prévia tortura (tormento). As partidas previam a aplicação dos dois tipos mais usuais de tormentos: o açoitamento e "*a suspensão do inquirido por um dispositivo de tração, sendo pendurado um peso em seu corpo*", consoante apurou Sabadell. Afirma a autora que caso o acusado, ao término das atividades de tortura, se negasse a confessar o fato que lhe era imputado, deveria ser, consequentemente, absolvido.

Tratava-se do efeito purgatório da tortura negativa, "*a anulação de todos os indícios de culpa existentes contra o réu*"[510].

Também não poderiam testemunhar o culpado de falso testemunho ou de falsificação de documentos, selos ou moeda real, os homicidas, os que preparassem poções de veneno ou substâncias abortivas, homens casados que mantivessem amantes, os estupradores e os que retirassem mulheres de conventos e ordens religiosas.

Mouros, hereges e judeus estavam proibidos de testemunhar contra cristão, salvo em pleito de traição contra o Rei e o reino. Nos pleitos criminais, como já apontado, havia a idade mínima de vinte e cinco anos, nos demais, catorze anos[511].

A mulher poderia servir como testemunha em qualquer pleito, exceto nos de testamento, desde que, e apenas se, fosse "*mulher de boa fama*".

A oitiva de testemunha de fora da terra estava também prevista:

> "*el juez debe enviar su carta al juez de aquel lugar donde moran los testigos e rogarle que reciba los dichos de ellos... E después que asi lo hibiere hecho que se los envie*"[512].

Repetindo a regra romana do "*testis uno...*", determinavam as Partidas:

---

[510] Ana Lucia Sabadell, "*Tormenta juris permissione" – Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 147-149.
[511] *Siete Partidas*, 3.16.8 e 9.
[512] *Siete Partidas*, 3.16.23.

> "*mas por um testigo decimos que non podrá ningun pleito probar cuantoquiera que sea hombre Bueno e honrado como quiera que haria gran presunción al hecho sobre que atestiguase*".

Porém, caso o testemunho único proviesse do Rei (ou o "*emperador*", repristinando os textos romanos) seria válido, pois "*todo homem deve estimar que aquele que é posto para manter a terra en justiça e de acordo com o direito não diria em seu testemunho exceto a verdade e também não desejaria audar ou prejudicar alguém*"[513].

Aqueles que se recusassem a servir de testemunhas estavam passíveis de pena de prisão por desacato, "*E si alguno fuese rebelde, que no quisiese venir a decir su testimonio, puédelo el juez apremiar haciéndole prender hasta que venga...*".

Porém, as Partidas estavam inseridas em uma sociedade estamental, cujos privilégios deveriam ser resguardados. Assim sendo, bispos e arcebispos, ricos homens honrados senhores de cavaleiros e também mulheres honradas não deveria ser exigidos a comparecer em juízo para oferecer seus testemunhos.

Caso o pleito não pudesse ser decidido sem o concurso de tais testemunhas, o próprio juiz deveria ir ouvi-las, onde quer que estivessem, sendo-lhe permitido, entretanto, em determinados casos, enviar seu escrivão[514].

Por fim, as Partidas não descuidaram de destacar que a atividade decisória poderia ser fortalecida mediante a prestação de opiniões de terceiros acerca de aspectos da causa. Tais opiniões especializadas receberam o nome de "*consejos*".

Pela dicção do texto das Partidas, extrai-se o entendimento de que o conselho seria a opinião de pessoas com maior experiência, oferecidas ao juiz antes de sentenciar, sem caráter vinculante. "*Conselho*", diz o texto, "*é boa previsão que o homem toma sobre as coisas duvidosas para que não possa cair em erro*". Os juízes deveriam tomar conselhos com pessoas "*que sean sabidores de los aconsejar por arte o por uso*".

---

[513] *Siete Partidas*, 3.16.33.
[514] *Siete Partidas*, 3.16.36.

Os conselheiros recebiam, conforme as Partidas, devida remuneração pela prestação de seu trabalho e, caso aconselhassem falsa ou tendenciosamente, estariam sujeitos às mesmas penas aplicáveis ao juiz que decidisse contra o direito[515].

O *Fuero Real*[516] abre o Título VIII, do seu livro II, que trata de provas, com a seguinte afirmação: "En todo pleyto vala testimonia de dos omes buenos", filiando-se ao sistema que vedava o "*testis unun*". O Fuero permite que mulheres atuem como testemunhas, conforme 2.8.8:

> "*Toda muger vecina o fija de vecino pueda testiguar en cosas que fuerem fechas o dichas en baños, e en forno, e en molino, e en rio, e en fuente, e sobre filamentos, e sobre teximientos, e sobre partos, e en catamientos de muger, e en otros fechos mugeriles.....*"

Menores de dezesseis anos não poderiam servir como testemunha, assim como um amplo rol de familiares em favor uns dos outros. A relação dos que estavam proibidos de atuar como testemunhas é detalhada em 2.8.9. Assim, além de homicidas e traidores, estavam vedados, entre outros:

> "*descomulgado, herege, siervo, ladron, robador connoscido, ome que da yervas a outro para facerle mal, ome que non ha memória, ome que dixo falso testimonio, periurado, adevino, sortero - nin los que van a ellos, alcahuete, nin ome que ande en semeianza de muger, nin aquel que aya natura de varon e de muger, enemigo contra enemigo, paniguado por su señor, nin ome muy pobre si non fuer provado por de buena vida e de buen testimonio... Et ningun ome non sea recibido en testimonio si non jurare....*"

Previam ainda a possibilidade de oitiva de testemunhas por carta, bem como a contradita de testemunhas. Recolhe-se em 2.8.18 a informação de que após a instrução, que não era pública, as provas seriam abertas perante o julgador, indicando uma fase de publicação das provas.

---

[515] *Siete Partidas*, 3.21.
[516] *Fuero Real del Rey Don Alonso El Sábio*, Madrid: Real Academia, 1836, edição *fac-simile*, Valladolid: Lex Nova, 1990.

9. Grandes sínteses do mundo medieval: o “Feudalismo” e o “Comércio” como agentes precursores para o surgimento das monarquias centralizadas.

As duas importantes categorias conceituais, quais sejam, o Feudalismo e o Comércio, embora constituam representações autônomas da realidade histórica medieval, guardam íntimo relacionamento e intensa articulação com o mundo da antiguidade tardia após a desagregação do Império Romano, revelando-se não apenas como elementos de caracterização do citado período, porém, a nosso ver, como categorias de destaque para a interpretação da construção do panorama social que viabilizaria a lenta transposição da antiguidade tardia para a idade moderna, momento em que surgem as primeiras monarquias centralizadas européias, e para o que nos interessa, Portugal.

Assim sendo, serão abordados, a seguir, alguns dos aspectos mais relevantes acerca da gênese do “*Feudalismo*”, bem como alguns aspectos do “*Comércio*”, fatores reveladores das especificidades das estruturas econômico-sociais durante os séculos VI e XIII na Europa Ocidental, período tradicionalmente denominado Idade Média Central e Baixa Idade Média.

Trata-se, pois, de uma breve abordagem acerca de dois dos mais importantes agentes identificadores do complexo universo relacionado com a Antiguidade tardia, elementos estruturantes e explicativos de tal complexidade, que despontam, em amplitudes variáveis, a rigor, já desde o século VIII, cuja transformação, nos séculos futuros, irá, sem dúvida, progressivamente, propiciar a inevitável dissolução do modo de produção feudal e, lentamente viabilizar o surgimento de uma nova forma de circulação, a mercantil, francamente relacionada com a gênese da acumulação do capital, evidenciando, ao seu devido tempo, um posterior novo momento histórico, qual seja, a abertura para o período moderno.

9.1. Origens do Feudalismo:

Conforme preleciona Hodgett, a Idade Média guarda importantes diferenças com o quadro experimentado nos primeiros séculos após a desintegração do Império Romano, pois, se "*o ano 400 viu uma Europa a caminho da fragmentação, o ano 800 viu uma unidade até certo ponto restabelecida na parte ocidental do continente*"[517].

Referindo-se, portanto, ao momento do surgimento da dinastia carolíngia, o referido autor aponta para uma transformação no processo de busca por uma unidade, experimentada em vários campos, como, por exemplo, na política, na administração e também, com maior destaque, na fé.

Tal processo, em ritmo progressivo já teria, a rigor, sido iniciado sob a dinastia merovíngia e, agora com a ascensão de Carlos Magno, que é coroado no natal de 800, o novo "*Imperator*", igualmente denominado "*protetor da cristandade*", encontra uma aceleração.

A questão central que requer ser analisada é aquela no sentido de constatarmos se, de fato, Carlos Magno e seus sucessores conseguiriam implantar um poder único e, em alguma medida, centralizado, recuperando, de certa forma, ainda que por um período de tempo limitado, a noção de unidade de governo, conferindo, portanto, ordem a um mundo não totalmente unificado. Trata-se, portanto, de buscarmos constatar a pertinência da concepção que costuma atribuir a tal monarca a primazia de que, sob sua coroa, teria, verdadeiramente, surgido a noção de Europa, tal qual concebemos modernamente.

Para evidenciar a expansão geográfica, Anderson afirma que sob a dinastia carolíngia foram efetuados, de fato, os primeiros movimentos, os "*passos decisivos*" para a formação do feudalismo.

---

[517] Cf. Gerald A. J. Hodgett, *História social e econômica da Idade Média*, trad. Mauro e Tayná da Costa Souza,Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 21.

Completa o autor afirmando que "*a imponente expansão da nova dinastia franca forneceu, entretanto, pouca sugestão imediata de seu legado definitivo à Europa. O tema manifesto dominante era a unificação política e militar do Ocidente. A derrota dos árabes em Poitier, em 733, infligida por Carlos Martel, deteve o avanço do Islã, que acabara de absorver o estado visigodo na Espanha. Daí em diante, em trinta rápidos anos, Carlos Magno anexou a Itália lombarda, conquistou a Saxônia e a Frísia e incorporou a Catalunha. Tornou-se então o único governante do continente cristão além das fronteiras de Bizâncio, com exceção do inacessível litoral das Astúrias. No ano 800, ele assumiu o título – extinto há muito – de imperador do Ocidente*."[518]

Ainda que com Carlos Magno tenha sido implementada uma forte política expansionista, em decorrência de sua atividade militar, com a fixação de postos avançados nos limites extremos do território de seu reino, uma centralização administrativa efetiva, para além da gestão palaciana, costuma ser vista, modernamente, com restrições[519].

Acerca da gênese remota da atual noção de Europa, Lucien Febvre bem esclareceu que foi o Império de Carlos Magno, "*que deu o primeiro formato válido àquilo que chamamos de Europa, o primeiro, uma vez que o império romano não tinha dado outra coisa alem de um formato político ao mundo mediterrâneo...*".

Entretanto, assevera o autor que "*o império carolíngio é um império continental, territorial, e não marítimo, um império rural, um império de camponeses e de rusticidade*", para, logo depois afirmar "*O império de Carlos Magno, insisto, não é a Europa*" [520].

De fato, poder-se-ia afirmar que o reino carolíngio constituía, em razão dos vastos domínios territoriais, uma área de domínio, que buscava uma unidade, revelava-se, porém, apenas mais um bloco de poder, tendo que enfrentar, ao seu tempo, a existência de dois outros grandes núcleos civilizacionais: de um lado, a unidade bizantina e, de outro, o mundo muçulmano.

---

[518] Perry Anderson, *Passagens da antiguidade ao feudalismo*, trad. B. Sidou, São Paulo: Brasiliense, 1987, p.132.
[519] Sonia Regina de Mendonça, *O mundo carolíngio*, op. cit., p. 71.
[520] Lucien Febvre, *A Europa - Gênese de uma civilização*, trad. I. Cohen, São Carlos: Edusc, 2004, pp.103-117.

No entanto, o Império mal sobreviveria depois de 814, quando morre o seu criador. Lutas entre os descendentes do rei iriam fragilizar a unidade pretendida e não alcançada.

No dizer de Hilário Franco Júnior, a Alta Idade Média encontra a sua mais definida expressão com o Império Carolíngio, porém, "*foi então que se atingiu, ilusoriamente, uma nova unidade política com Carlos Magno, mas sem se interromper as fortes e profundas tendências centrifugas que levariam posteriormente à fragmentação feudal*".[521]

Exatamente neste sentido que S. R. Mendonça conclui que, de fato, o Império carolíngio fracassou em diversos âmbitos, como o de sua aspiração centralizadora, porém, acabou por legar uma de suas contribuições mais essenciais: aquela de poder ser considerado o "marco" para o início do feudalismo no ocidente. Afirma a autora que na busca de uma tentativa de recriação de um Império, propiciou que as bases de um novo sistema restassem sedimentadas.

Mais ainda, segundo ela, neste momento emergiu uma das mais importantes características feudais, qual seja,

> '*a fusão da vassalagem com o beneficio*", assim como "*o isolamento definitivo da realeza com relação à população rural, permitindo sua subordinação, de fato, aos proprietários dominiais.*
>
> *O reforço da rede vassálica propiciou o nivelamento das condições de vida dos camponeses, transformando-os numa só massa de dependentes, marginalizados da sociedade guerreira*".[522]

---

[521] Hilário Franco Júnior, *A Idade Média - O nascimento do ocidente*, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 13. Além das vicissitudes internas, o império carolíngio sofreria a pressão dos ataques dos povos do mar e dos povos do leste. Para uma visão das novas invasões, Vd. Jacques Heers, *História Medieval*, Rio de Janeiro: Difel, 1977, p. 53, e, em maior profundidade, com a afirmação no sentido de que a Europa estava sitiada por todos os flancos, Vd. Marc Bloch, *A sociedade Feudal*, Lisboa: Ed. 70, 1982, pp. 19-78.
[522] Sonia Regina de Mendonça, *O mundo carolíngio*, op. cit., p. 89.

Consoante as premissas acima tratadas, torna-se possível o entendimento no sentido de que as origens da sociedade feudal...

> "*situam-se melhor na França setentrional dos séculos IX e X, com o declínio da monarquia carolíngia*". [523]

Entretanto, Ganshof afirmava que as origens das instituições feudo-vassálicas poderiam ser encontradas em período anterior, mais especificamente em época merovíngia, em especial nas regiões do centro da monarquia franca, entre o Loire e Reno.

Segundo o autor, a vassalidade já era instituto conhecido dos Francos desde antes do período carolíngio, revelando-se como instituto hábil à criação de relações de subordinação e serviço entre duas pessoas.

Da mesma forma, era conhecida uma modalidade de concessão vitalícia de terras, seja de evidente vantagem para quem as recebia seja a título gratuito.

Tratava-se, portanto, de uma autêntica forma de benefício. Porém, completa o autor:

> "*foi no decurso da época carolíngia que a situação mudou: as duas instituições, até então inteiramente independentes uma da outra, vassalidade e benefício foram unidas numa larga medida, de modo a constituírem um sistema institucional. Parece-nos, nestas condições, legítimo empregar a expressão 'feudalismo carolíngio'*"[524].

---

[523] Vide o verbete "feudalismo", *in*: *Dicionário da Idade Media*, org.H.R. Loyn, trad. ªA. Cabral, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, pp.145-147.

[524] F. L. Ganshof, *Que é feudalismo*, trad. J.B. de Macedo, 4ª edição, Sintra: Publicações Europa-América, 1976,pp.27-28. No mesmo sentido, Heers, concebendo a vassalidade como sendo um sistema eminentemente político, afirma que o senhorio, como conjunto de terras destinadas à exploração, direta ou não, nasce, de fato, antes da eclosão do feudalismo.Completa o autor "*feudalismo e senhorio são incontestavelmente de natureza diferente*". Jacques Heers, *A Idade Média, uma impostura*, trad. A. Gonçalves, Lisboa: Asa, 1994, pp. 186-189.

Assim sendo, parece plausível que a intencionalidade da adoção dessas modalidades de vassalagens institucionalizadas revelassem, a partir de Carlos Magno, um propósito político, ou seja, um "*instrumento de governo*", como quer Guy Fourquin, apontando para o fato de que a insuficiência e ineficácia dos quadros institucionais da monarquia carolíngia serviriam de justificativa para a adoção de um sistema vinculativo de lealdade com vantagens.

Aliado a tudo isso, uma realeza de recursos limitados e irregulares não conseguia exercer controle efetivo sobre todos os seus dignitários, agravado por uma extensão territorial do ocidente carolíngio que "*representava, a nossa escala, um continente*"[525].

O feudo, em sentido estrito, era o benefício, ou seja, "*era terra de um senhor, confiada a seu vassalo em troca de serviços meritórios, os quais incluíam serviços militares, ajuda e conselho*"[526].

Entretanto, o feudalismo ultrapassava freqüentemente tais quadrantes, envolvendo, no mais das vezes, um autêntico sistema de relações sociais, políticas e econômicas, celebradas por meio de uma relação jurídica, recíproca, pessoal, porém desigual, relacionada, não exclusivamente, porém mais freqüentemente com a entrega da terra, ou seja, o senhorio, como unidade de exploração agrária tradicional, podendo compreender também a outorga de cargos, vantagens, direitos, explorações de certos privilégios etc. Assim:

> "*Dava-se igualmente, nas mesmas condições, em troca de serviços, de fidelidade, toda a espécie de outros benefícios: dinheiro, rendas, cargos administrativos, direitos fiscais.*

---

[525] Guy Fourquin, *Senhorio e feudalidade na Idade Média*, trad. F.M. Pereira, Lisboa, Ed. 70, 1987 pp. 22-23.

[526] Verbete "feudalismo", *in*: *Dicionário da Idade Media*, org.H.R. Loyn, op. cit., pp.146.Sendo certo que, como afirma Guerreau, havia no mundo feudal outras relações, diversas e autônomas, além daquelas entre o senhor e o servo de gleba, como culto, administração, justiça, defesa e comércio, atividades de relação e organização, razão pela qual não devem todas elas ser concebidas numa ótica unitária, de forte carga de ideologia de exploração, como sendo "*a simples relação entre honestos camponeses vergando-se sob o jugo de senhores cúpidos e ociosos que extraíam a 'renda' a golpes de 'coação' extra-economica*". Alain Guerreau, *O Feudalismo – Um horizonte teórico*, Lisboa: Ed. 70, 1980, p.217.

> *E, por outro lado, nem todas as terras eram recebidas como feudos, longe disso. Em suma, os laços de vassalagem sobrepunham-se às estruturas econômicas, sem determinarem todos os aspectos das relações sociais. Sociedade feudal e economia feudal são dois conceitos forjados e obviamente muito ambíguos, senão vazios de sentido*"[527].

O feudalismo surge, destarte, como evolução social, por primeiro, no Império franco, como também afirma C. W. Previté-Orton, salientando, entretanto, que tal concepção foi adotada nos demais reinos vizinhos, seja por conquista, seja por imitação,

> "*que assumiu de resto nos vários paises formas ligeiramente diferentes, que podem ser consideradas como variações de um mesmo tipo geral*".[528]

Embora a gênese da produção urbana de bens de consumo tenha se localizado em momento anterior ao do aparecimento do feudalismo, o modo de produção feudal permitiu, como ambiente e fator de viabilidade, as condições para o seu desenvolvimento autônomo, conforme ensina Anderson, determinando, em tal momento, uma "*oposição dinâmica*", na qual a uma economia rural de troca iria se opor, em medida progressiva, um crescente comércio de mercadores.

É desta especial estrutura que passaremos a tratar agora.[529]

---

[527] Jacques Heers, *A Idade Média, uma impostura*, op. cit., p.187.
[528] C. W. Previté-Orton, *História da Idade Média*, vol. III, trad. Carlos Grifo, Lisboa: Presença, 1973, p. 78.
[529] Perry Anderson, *Passagens da antiguidade ao feudalismo*, op. cit, p.146.

9.2. Aspectos do Comércio na Europa entre os séculos VI e XII

Pirenne pretendeu ver no Mediterrâneo, após o período das invasões dos povos germânicos, uma linha de continuidade nas atividades comerciais, "*a direta continuação do movimento econômico do Império Romano*", com a ressalva no sentido de que, tal qual o decréscimo observado na atividade social, também no âmbito comercial uma redução seria constatada.

Após analisar a circulação de moedas e relatos de atividades econômicas em território franco, afirma que "*os tempos merovíngios conheceram, graças à persistência na navegação mediterrânica e por intermédio de Marselha, o que se pode verdadeiramente chamar de grande comércio*".

Haverá, entretanto, solução na continuidade pela ação da presença muçulmana, que acabará por criar obstáculos insuperáveis à livre circulação marítima ocidental no mediterrâneo: "*O Mediterrâneo fora um lago romano, tornou-se, na sua maior parte, um lago muçulmano. Doravante, separa, em vez de unir, o Oriente e o Ocidente da Europa. Rompeu-se o laço que ainda ligava o Império Bizantino aos reinos germânicos do oeste*"[530].

Assim, o mediterrâneo cristão torna-se dividido em duas grandes bacias, oriental e ocidental, circundado de nações islâmicas, ressalvando, entretanto, que em Veneza ainda será mantida uma intensa atividade de navegação, estabelecendo, para a Itália meridional uma linha de acesso comercial ao oriente: "*lá, Bizâncio soube conservar o domínio do mar sobre o Islam. Os navios provenientes de Veneza continuaram a circularão longo da costa Adriático e da costa grega em direção à grande cidade do Bósforo. E também não hesitaram em visitar os portos muçulmanos da Ásia menor, Egito, África, Sicília e Espanha*"[531].

---

[530] Henri Pirenne, *As cidades da Idade Média- Ensaio de história econômica e social*, trad. C.M. Miguel, 3ª edição, Lisboa: Publicações Europa-América,1973, pp.9-25.
[531] Henri Pirenne, *Maometto e Carlomagno*, trad. Anna Pavia, Roma: Newton, 1993, p. 161.

Em outra obra, Pirenne torna-se mais enfático ao afirmar que do século IX ao XI, O Ocidente estará "*bloqueado. Essa navegação*" (a do mediterrâneo), "*com efeito, estará morta e bem morta.... O movimento comercial não lhe sobreviveu, pois a navegação constituía a sua artéria vital* "[532].

Por outro lado, para além do grande tráfico comercial marítimo, é seguro que atividade comercial, em graus variados de relevância e amplitude, no interior continental, sempre existiu.

Eram, porém, mercados locais, típicos circuitos comerciais vocacionados para a troca de produtos alimentícios excedentes e manufaturas variadas. Carlos Magno teria elaborado uma lista dos mercados locais de seu Império[533].

Porém, ao comparar o reinado de Carlos Magno com a atividade comercial no período merovíngio, Pirenne apontou um "retrocesso". Ainda que o monarca tivesse buscado uma dinamização comercial, afirma que a partir do final do século VIII haveria uma regressão na Europa Ocidental a uma região de exploração preponderantemente agrícola, tendo a terra o grande gerador de rendas, "*em suma o aparecimento do feudalismo, na Europa Ocidental, no decorrer do século IX, nada mais é do que a repercussão, na ordem política, do retorno da sociedade a uma civilização puramente rural*"[534].

Ainda que a tradicional tese de Pirenne seja tomada atualmente com ressalvas quanto à radicalização do movimento de fechamento do mediterrâneo por conta dos árabes, parece inquestionável que o século IX marca um evidente declínio nos níveis de comércio internacional. O reflexo de tudo isto, afirma Jônatas Batista Neto, foi "*o recuo do comercio a níveis nunca vistos anteriormente na Idade Média e a ruralização do Império carolíngio de Luis , o Piedoso e seus filhos*"[535].

---

[532] Henri Pirenne, *História econômica e social da Idade Media*, 5ª. edição, trad. L. G. da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1978, p.11.
[533] Cf. o verbete "comércio", *in*: *Dicionário da Idade Media*, org.H.R. Loyn, trad. ªA. Cabral, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 99.
[534] Henri Pirenne, *História econômica e social da Idade Media*, op. cit., p. 13.

Por volta do século X o comércio passaria a experimentar uma certa aceleração com o crescimento demográfico[536], sendo certo que a partir dos séculos XI e XII, um fenômeno decorrente e relacionado será constatado: o desenvolvimento das atividades urbanas, com a aceleração no crescimento das cidades, com a fixação de grupos de mercadores fixando-se junto ao "*portus*".

Apontado como sendo o período de maior expansão do comércio no Ocidente, o século XII guarda a coincidência temporal da retomada da produção agrícola, com a conseqüente geração de excedente e a já acima citada expansão demográfica.

Afirma-se, portanto, que o decorrente desenvolvimento das cidades, experimentado por todo o continente europeu, dará ensejo à ocorrência, no plano do comércio interno, das famosas feiras medievais, notórios centros de distribuição e circulação de pessoas, idéias e mercadorias[537], tendo se convertido, no período central da Idade Média, em eventos de âmbito regional, nacional e até mesmo internacional[538].

Na perspectiva do trato comercial de navegação internacional "*a responsabilidade pela iniciativa de recuperação do mediterrâneo, para a esfera cristã, cabe aos italianos, especialmente aos habitantes das cidades de Veneza, Pisa e Gênova*"[539].

As cidades e comunas da península itálica, de fato, abririam o caminho para o chamado "renascimento comercial", entretanto, a partir do século XII algumas cidades dos países baixos encetariam uma feroz concorrência aos italianos.

A partir de 1150, afirma Hodgett, Flandres assume importância, sendo seguida por outros núcleos flamengos[540], fundando as bases para a futura Hansa teutônica, que, no século XIV, assumiria relevância no cenário mundial[541].

---

[535] Jônatas Batista Neto, *História da Baixa Idade Média (1066-1453)*, São Paulo: Ática, 1989, p.94.
[536] Jônatas Batista Neto, *História da Baixa Idade Média (1066-1453)*, op. cit., p. 93. No mesmo sentido, Guy de Fourquin, *História econômica do ocidente medieval*, 3ª edição, Lisboa: Edições 70, 1986, p.239.
[537] Cf. o verbete "comércio", *in*: *Dicionário da Idade Media*, org.H.R. Loyn, trad. ªA. Cabral, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 100.
[538] Cf. o verbete "feiras", *in*: *Dicionário da Idade Media*, org.H.R. Loyn, trad. ªA. Cabral, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 144.
[539] Jônatas Batista Neto, *História da Baixa Idade Média (1066-1453)*, op. cit., p. 94.
[540] Gerald A. J. Hodgett, *História social e econômica da Idade Média*, op. cit. P. 91.

Assim sendo, inúmeros centros comerciais já estão ativos e prósperos entre os séculos XI e XII, ligados entre si por rotas de comunicações terrestres, fluviais e marítimas, oferecendo todas as condições qualitativas e quantitativas para o desenvolvimento de uma das mais importantes atividades relacionadas com o tráfico comercial: as operações de banca e crédito, em larga escala[542].

Dentro de um quadro de prosperidade e revitalização comercial, constatado, entre outros fatores por uma expansão do meio circulante, altas dos preços e salários, modificação da estrutura de produção, deslocamento de parte da mão de obra agrícola para os setores secundários e terciários e crescimento populacional, é de se afirmar, conforme defende Hilário Franco Júnior, que, entre os séculos XI e XIII um crescimento econômico pode, de fato, ser verificado, e que

> *"de qualquer forma, este crescimento econômico, decorrente da própria dinâmica da sociedade feudal, esteve nas raízes das transformações desestruturadoras sofridas por aquela formação social, revelando-se assim um fenômeno histórico de importância fundamental para o período vulgarmente conhecido por "transição do feudalismo para o capitalismo"".*[543]

Estariam, portanto, em gestação, neste florescente século XIII, também por força da referida aceleração comercial, alguns importantes fatores, os quais iriam, em breve, ocasionar muitas das irreversíveis e insuperáveis tensões internas no modo feudal de produção, as quais, como acima apontado, acabariam por propiciar, em larga medida, a progressiva, porém traumática, superação do antigo sistema feudal e o conseqüente aparecimento de um novo modo de produção.

---

[541] Jônatas Batista Neto, *História da Baixa Idade Média (1066-1453)*, op. cit., p. 96.
[542] Jacques Le Goff, *La baja edad media*, 15ª edição, trad. L. Ortiz, México: Siglo veintiuno, 1985, pp. 38-43.
[543] Hilário Franco Jr., "A primeira manifestação do crescimento econômico ocidental: a Europa feudal dos séculos XI- XIII", *in*: *Revista de História*, São Paulo, número 116, jan/jun 1984, p.107 e , em especial, para a citação, p. 127.

As cruzadas, neste viés, representariam, num contexto maior, uma das tentativas de solução para os vários problemas que já podiam ser sentidos em conseqüência do início da desestruturação feudal[544]. Falhariam, por igual, em seu objetivo.

O surgimento do mercantilismo, portanto, encontrará muito de sua gênese nas contradições aqui tratadas.

Parece-nos que a íntima relação, em constante movimento de superação, entre os dois elementos supra tratados, o feudalismo e o comércio, ainda que evidenciando dinâmicas aparentemente contraditórias, iriam propiciar, com o tempo, o tecido estrutural sobre o qual iria despontar uma nova realidade política, quais sejam, as vindouras monarquias européias a caminho da centralização.

O nascente Portugal não deixaria, por sua vez, de experimentar as conseqüências e influências desse intenso processo histórico em suas primeiras conformações como reino emergente no cenário medieval, utilizando e reproduzindo muito da realidade das instituições feudais, experiência sentida e materializada por meio de formas tão diversas em várias regiões da Europa, ao longo dos séculos medievais.

Com atraso, aliás, como em tantas outras experiências nesse longínquo Portugal, o jovem reino experimentaria uma aproximação da realidade do comércio. Porém, e aqui reside uma diferença significativa, conferirão os portugueses uma feição dinâmica ao trato comercial, o qual, obtendo êxito, diferenciaria, definitivamente, desde o XV e, em especial, no XVI, Portugal das demais nações européias.

---

[544] Hilário Franco Jr., *As cruzadas*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 11.

Capítulo IV

A PROVA NO DIREITO LUSITANO

Sumário: 10. Portugal: as origens e construção da nacionalidade. 11. Antigo Direito Lusitano. 11.1. Forais. 11.2. Legislação Geral. 11.2.1. Livro das Leis e Posturas e Ordenações de D. Duarte. 11.3. Ordenações Afonsinas. 12. Expansão ultramarina: a montagem do Império Português. 12.1. Ordenações Manuelinas. 12.2. Ordenações Filipinas.

10. Portugal: as origens e a construção da nacionalidade

A origem de Portugal, como nação, ou seja, a construção de uma nacionalidade, se vincula, a rigor, às movimentações e acomodações sociais e políticas no cenário da guerra da Reconquista em uma fase mais adiantada, ou seja, por volta ao final do século XI.

O ano de 1037 representa o epílogo da dinastia cristã asturiana na Península Ibérica, com a inauguração e implantação de uma nova linha dinástica, qual seja, a de Navarra, cujo primeiro monarca é Fernando I, o Magno.

Os primeiros anos do reinado de Fernando não denotam grandes instabilidades ou confrontações. Inexistem registros de importantes invasões das populações islâmicas. Por outro lado, coincide o citado período com um momento de instabilidades internas nos reinos de taifas, cada qual tentando fazer valer, uns aos outros, a sua hegemonia, em decorrência do processo histórico em andamento caracterizador da irreversível de perda da unidade no mundo muçulmano no Andaluz.

Experimentava-se, pois, nas esferas dos grandes poderes locais um período de ausência de guerra externa, fator que, sem dúvida, contribuiu para a consolidação de poderes locais senhoriais, em alinhamento com os poderes do próprio monarca de Leão. Aventa-se a hipótese de que o reconhecimento pelos senhores locais dos poderes régios de Fernando I, inclusive os de natureza jurisdicional, teria ocorrido não apenas tacitamente, porém mediante a prestação da tradicional homenagem feudal:

> *”acto que, nesse caso, justificaria a terminologia que a partir de então se utiliza por vezes ao chamar-lhes “tenentes”...A partir de 1055, a atenção de Fernando, o Magno, pelo ocidente já não se reduz a questões de administração civil.... A partir de 1060, política expansionista deste rei dirige-separa a estremadura castelhana, conquistando Gormaz e Berlanga e atacando o reino de Toledo..... Três anos depois decide organizar uma grande expedição contra os reinos de Badajóz e de Sevilha...”*[545]

Herculano já apontava a importância da expansão territorial empreendida por Fernando Magno rumo ao ocidente peninsular.

Ressalvando o fato de que as fronteiras de muitos dos domínios cristãos, como era o caso da província da Galicia, no curso da referida guerra, se alteravam freqüentemente, em razão do embate contínuo com os exércitos sarracenos, os quais, quando vitoriosos, faziam com que os cristãos retrocedessem em direção do norte peninsular, o autor destaca que um esforço militar acabará por fazer com que a região até o Mondego terminasse por ser conquistada com maior grau de estabilidade pelas forças da monarquia leonesa[546].

O alargamento dos domínios de Fernando I ocorre, de forma mais evidente, após a batalha de Atapuerca, momento em que seu principal contendor, seu irmão Garcia, morre no conflito, permitindo que o monarca, tendo resolvido as rivalidades internas, se voltasse para a atividade da Reconquista.

O cerco de Valência, em 1065, representaria a última empresa militar de Fernando Magno, ocasião em que, após adoecer, ao ser trazido a Leão, vem a falecer em 27 de dezembro, deixando como seu grande legado a conquista das áreas peninsulares até o Mondego.

Afirma Damião Peres: "*Desta feita, porém, a conquista era definitiva. A fronteira não mais recuaria para aquém daquele rio*"[547], salientando que, antes de morrer, coube ao monarca dividir o território conquistado entre os seus descendentes. Castela foi entregue ao primogênito, Sancho; Astúrias e Leão, a Afonso; a Galícia coube a Garcia; a cidade de Zamorra, a Urraca e, por fim, a de Toro, a Elvira.

A partir da morte da viúva de Fernando Magno, Dona Sancha, em 1067, as disputas entre os herdeiros restaram potencializadas, em especial, aquelas entre os reinos castelhano e o leonês.

Sancho acabaria por sobrepujar e encarcerar, por algum tempo, seu irmão Afonso. Porém, ao sitiar Zamorra, em 1072, restaria ferido em combate e, em 7 de outubro, viria a morrer. Afonso se deslocaria de Toledo para Zamorra, com o objetivo de retomar o reino de Leão e, principalmente, incorporar ao seu poder o trono do reinode Castela, agora em vacância com a morte do irmão.

Resultaria deste ato, pois, a sua aclamação como Afonso VI, soberano de Castela e Leão. Após atrair para sua área de influência política a sua irmã Urraca, estabeleceu com ela uma aliança, encarcerando, até a morte, seu outro irmão, Garcia. Incorporava, desta forma, o Reino da Galícia.

Emblemática e estratégica para o esforço da cristandade seria a conquista de Toledo aos mouros, em razão de se tratar da antiga capital do velho reino visigótico.

Cadir, o rei de Toledo, no ano de 1080 é expulso pelos próprios toledanos, que acabariam por efetuaram a entrega da cidade ao poder do emir de Badajós.

---

[545] José Mattoso, *História de Portugal*, vol. I, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, pp. 557-558.
[546] Alexandre Herculano, *História de Portugal*, tomo II, 4ª edição, Lisboa: Bertrand, 1875, p. 8.
[547] Damião Peres, "A reconquista cristã", *in: História de Portugal - Edição Monumental comemorativa do 8º centenário da fundação da nacionalidade*, coord. Damião Peres, vol. I, Barcelos: Portucalense Editora, 1928, pp. 465-477.

Ocorre que Cadir era filho do rei muçulmano Almamune, homem que, no passado, havia acolhido o próprio Afonso VI, quando, vencido por seu irmão Sancho e destituído do trono de Leão, buscou e obteve asilo no reino islâmico em Toledo.

As antigas alianças[548] entre Afonso VI e o monarca sarraceno Almamune, reavivadas agora pela importância simbólica e estratégica da antiga capital visigótica, ensejaram os eventos que fizeram Afonso VI lançar o cerco à cidade em 1080, culminando com a reposição de Cadir ao trono, em 1084. Afonso VI entraria na cidade como soberano em 1085.

Porém, a retomada de Toledo iria deflagrar uma reação militar por parte de um poderoso grupo berbere do norte da África, os almorávidas:

> *"A tomada de Toledo por Afonso VI de Castela em 1085 precipitou os acontecimentos. No ano seguinte, os Almorávidas de Yusuf ibn Tashfin desembarcavam na península e empreendiam ao mesmo tempo a conquista religiosa e militar do 'Al-Andalus'*[549].

Seguiu-se à conquista de Valência, cujo governo foi entregue a Cadir. Ao tentar conquistar Saragoça, Afonso VI não obteve êxito, tendo sido confrontado militarmente por Iuçufe, o poderoso soberano almorávida em campanha na península.

O enfrentamento entre Afonso VI e o general almorávida dar-se-ia em outubro de 1086, na batalha de Zalaca, ou Sacrálias, quando Afonso VI foi derrotado pelas forças inimigas. Juntamente com seu exército, quase dizimado, colocou-se em fuga, com apenas quinhentos sobreviventes.

---

[548] As leituras historiográficas são diversas para os motivos da união entre Afonso VI e Cadir havendo autores que preferiram afirmar que, a rigor, tratava-se de uma hábil articulação política do monarca leonês: "*Aprovechando sus ventajas, finhe apoyar a Alcádir, sucesor de Mamún en el trono de Toledo, contra el rey de badajoz y, em pago a sus servicios, obtiene del moro la cesión de Toledo. De esse modo, la frontera cristiana avanza de las orillas del Duero a las del Tajo. Pero Alfonso no se conforma con ostentar el titulo 'Toleti Imperii rex magnificus triumphator' y ocupar la primera metropoli cristiana, la antigua capital de los soberanos visigodos: decide proseguir su marcha hacia el Sur...*" . Cf. J. Descola, *Historia de Espana*, trad. C. Berges, Barcelona: Editorial Juventud, 1963, p. 128.

[549] Adeline Rucquoi, *História Medieval da Península Ibérica*, trad. A. Moura, Lisboa: Editorial Estampa, 1985, p. 83.

A contra-ofensiva por parte de Iuçufe, que com a vitória na batalha quase consolidou, de forma talvez irreversível, o poder almorávida na região, de fato, não ocorreu de forma mais forte e acabou por permitir que Afonso VI se retirasse e reorganizasse suas forças militares e políticas.

Segundo consta, Iuçufe teria recebido a notícia da morte de seu filho primogênito, que havia sido deixado em Ceuta pelo general, fazendo com que retornasse de imediato, cruzando o estreito rumo ao Marrocos, deixando um exército de três mil homens na região sob o comando do lider Almotâmide.

Essa derrota militar seria marcante para a monarquia leonesa, fazendo com que o real perigo que decorreria de uma provável ofensiva de expansão almorávida tivesse repercussão além Pirineus. Relaciona-se, portanto, a chegada à península de novas levas de cavaleiros e nobres franceses como sendo uma conseqüência das ameaças almorávidas [550].

Afonso VI empreenderia, na seqüência, ataques a outros reinos muçulmanos em territórios peninsulares mais desguarnecidos. Havia, porém, um outro alvo estratégico para os sarracenos, uma importante posição estratégica em posse dos cristãos, o bem guarnecido castelo de Aledo, entre Múrcia e Lorca, que também teria servido como uma força militar de oposição e resistência ao avanço das forças sob o comando de Almotâmide. Iuçufe retornaria ao continente e lançaria cerco ao castelo de Aledo. Vindo a socorrer os quase treze mil cristãos que guarneciam o castelo, Afonso VI, desta feita, conseguira impor a retirada de Iuçufe para Lorca, propiciando o levantamento do cerco ao castelo.

Percebe-se como a guerra da reconquista era móvel e inconstante, com idas e vindas, capturas e perdas de territórios e posições, dividindo derrotas e vitórias, de forma inconstante e alternada, entre as principais forças antagônicas.

Iuçufe não tardaria em se articular de forma mais eficaz e, e pouco tempo, reorganizaria o poder almorávida na Espanha, por meio da conquista de pequenos reinos na península.

---

[550] José Mattoso, *História de Portugal*, vol. I, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, p.562. No mesmo sentido é a opinião de Saraiva, porém apontando, com precisão, a influência da poderosa Ordem de Cluny nos domínios leoneses: "*Talvez essa ligação coma Ordem de Cluny e com seu chefe, Sto. Hugo, explique a vinda à Península de dois membros da alta nobreza, da casa dos duques da Borgonha, D. Raimundo e D. Henrique*". Cf. José Hermano Saraiva, *História de Portugal*, Lisboa: Alfa, 1993, p. 59.

Afonso VI não conseguiu impedir o avanço de Iuçufe sobre os reinos muçulmanos do sul da península, como foi o caso de Granada e Sevilha, que "*foram caindo, uns após outros, sob o domínio de Iuçufe*". Afonso VI, por sua vez, retomaria Santarém, Lisboa e Sintra.

Entretanto, a anterior conquista de Toledo acabaria por propiciar a extensão de domínios leoneses até o Tejo, os quais foram entregues, em um primeiro momento, para o governo de Sueiro Mendes, aliado de Afonso VI.

Sabe-se que na ultima década do XI, Afonso VI concederia a mão de sua filha legítima Urraca a Raimundo, filho do Conde de Borgonha, que teria vindo envolver-se nos esforços militares da Reconquista ibérica. Em pouco tempo, Raimundo já exerceria um forte poder nas terras da região, "*totus Galeciae Princeps*", tendo como seus governadores nas circunscrições menores, Soeiro Mendes da Maia, em Santarém e Martim Moniz, em Arouca.

Porém, há a possibilidade de que Raimundo tenha se revelado inábil para controlar militarmente as investidas árabes, tendo sido derrotado em Lisboa por Abu Bakr em novembro de 1095. Sabe-se, por outro, que o próprio monarca Afonso VI esteve em Santarém em 1095, uma vez que, nesta data, outorgou um foral à cidade, podendo ser interpretado tal ato como uma medida de caráter emergencial do monarca leonês, sob o temor de que a cidade viesse a ser definitivamente perdida:

> "*reconhecimento implícito da incapacidade de Raimundo para resolver os problemas militares do seu condado. Foi certamente por isso que, no ano seguinte, reforçou o governo da fronteira ocidental, entregando Portugal, a parte mais exposta do antigo reino de Galíza, a D. Henrique, um dos filhos do duque e Borgonha e, portanto, sobrinho da falecida rainha Constança, de quem Afonso VI havia enviuvado em 1093*".[551]

[551] José Mattoso, *História de Portugal*, vol. I, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, p. 562.

Os esforços de guerra propiciariam o aparecimento no cenário ibérico, governando Braga por volta de 1095, de um outro nobre francês, Henrique, que receberia a mão de D. Teresa, filha ilegítima de Afonso VI, como forma de estabelecimento de uma aliança permanente da casa de Bourgonha, na França, com a monarquia leonesa.

A região sob o mando de Henrique alarga-se: em 1096 o conde D. Henrique governava Coimbra e Braga; em 1097, do Minho ao Tejo, regiões que deixavam de estar vinculadas aos anteriores poderes de Raimundo:

> *"Estava criado o Condado Portucalense, cujo governo, contrariamente ao da grande maioria dos restantes condados, viria a ser hereditário, passando do conde Henrique – sendo menor o filho – para sua viúva, Teresa, e desta, viva ainda, por antecipação violenta, para o juvenil herdeiro, Afonso Henriques"*[552]

Dentre as regiões de domínio na província, Herculano destacava, por óbvio, o condado Portucalense. Distrito situado junto ao Douro, desde meados do século XI, revelava-se como posição estratégica:

> "*Assim como Coimbra era a povoação mais notável sobre o Mondego, Portucale, situado juncto ao Douro, era no século XI pela sua situação vizinha da foz do rio, pela sua antiguidade, que não só remontava à épocha dos wisigodos mas ainda ao tempo do domínio romano, e pela fortaleza do sítio cabeça e principal povoação de um território que abrangia ao norte uma parte do litoral da moderna província do Minho e ao sul as terras que, até o Vouga, se tinham successivamente conquistado.*"[553]

---

[552] Damião Peres, "A reconquista cristã", *in: História de Portugal - Edição Monumental comemorativa do 8º centenário da fundação da nacionalidade*, coord. Damião Peres, vol. I, Barcelos: Portucalense Editora, 1928, pp. 465-477.
[553] Alexandre Herculano, *História de Portugal*, tomo II, 4ª edição, Lisboa: Bertrand, 1875, p.10.

Assim sendo, costuma ser usual a afirmação entre os autores que o Condado Portucalense seria o embrião do futuro território português "*e cuja gênese apenas se pode compreender em função do casamento de D. Henrique, que teria então 20 anos, com a infanta bastarda, D. Teresa..... Surge, desta forma, Portugal, não já como "terra" ou "região" mas como "província", ou seja, um todo regional definido no conjunto do reino de Leão*"[554].

Com rigor histórico, o fato que irá demonstrar, pela primeira vez, um aspecto relacional diretamente ligado com a constituição de uma autêntica nacionalidade portuguesa, um sentimento de diferenciação e pertencimento específico, seria a associação de dois antigos condados, um mais ao norte e outro ao sul, que mais ou menos de distribuíam em duas antigas províncias romanas: Portugale, na Galícia e Coimbra, na Lusitânia, vindo a constituir o denominado "Condado Portucalense".

O referido condado acabou por ser colocado sob a governança do conde D. Henrique, por volta de 1096.

Porém, há importantes antecedentes que teriam preparado o êxito da referida concessão de um território leonês a um nobre francês e sua esposa, filha do monarca, em detrimento de potentados locais.

A partir dos inícios do século XI poderes senhoriais locais, que já existiam, foram se fortalecendo, aproximando-se, progressivamente, dos soberanos da dinastia de Navarra (1036-1091).

Esses poderes locais, que transmitiram os seus poderes dentro de suas famílias, acabaram por conferir lealdade a Afonso VI e "*depois, a transmitiram para o seu representante, D. Henrique. Foram elas que asseguraram, portanto, um suporte social á autoridade semi-independente do conde*".

Há que buscar, portanto, um alicerce nas linhagens locais fiéis à coroa da dinastia de Navarra, como os Maia, os Sousa, os Ribadouro, os Bragança, entre outros.

---

[554] Joaquim Veríssimo Serrão, *História de Portugal*, volume I, 3ª edição, Lisboa: Verbo, 1979, p. 76.

É de se supor que as linhagens familiares senhoriais locais já apresentassem alguma estabilidade, de modo a poderem se articular com a monarquia leonesa-castelhana. O século XI marcará um período de grande expansão territorial, fator que teria propiciado remodelações internas na cristandade peninsular, revelando, porém, que forças senhoriais locais, na região do futuro Portugal, já mantinham autonomia, porém, já que inseridas nas estruturas feudais, necessitavam do apoio monárquico para sua atuação.

Por sua vez, as linhagens monárquicas apenas poderiam consolidar seu poder mediante a cooperação da nobreza para as atividades militares na guerra. Estabelecia-se, pois, uma relação não apenas de colaboração, porém de vinculação.

Ao que parece, D. Henrique vem cumprir, ainda que involuntariamente, tal papel para os poderes senhoriais locais.

Por outro lado, a rivalidade entre as Sés de Braga e Compostela teria anunciado um hiato autonômico entre a Galícia e Portugal, visível desde os tempos da concessão do condado e favor de D. Henrique, como após seu falecimento, ao tempo de D. Teresa até o desmembramento empreendido por D. Afonso:

> "*os barões portucalenses e o arcebispo de Braga* [perceberam] *que a união de Portugal e Galícia son a hegemonia galega os manteria fatalmente numa situação de inferioridade e de dependência para estes, portanto, era preferível manter Portugal como um condado sujeito diretamente ao rei de Leão e Castela do que restaurar o reino de galícia e Portugal, ainda que sob a autoridade de D. Teresa... Foi essa solução que de fato se tornou possível a partir da batalha de S. Mamede (1128) por meio do qual os barões portucalenses, com o apoio do arcebispo de Braga, depois de terem obtido o apoio ativo de Afonso Henriques, expulsaram do condado Fernão Peres de trava e a rainha D. Teresa"*[555].

[555] Cf. José Mattoso, "A formação da nacionalidade", in: *História de Portugal*, José Tengarrinha (org.), São Paulo: Unesp, 2000, pp. 31-35.

Portanto, há que se buscar as causas para o afastamento do condado da influência galega e, posteriormente, seu distanciamento e separação da própria monarquia leonesa, embora contando com o papel emblemático de D. Afonso I, na articulação de poderes locais senhoriais há muito existentes e atuantes na região, em contato com as forças eclesiásticas, que, por sua vez, também buscavam seu espaço autônomo de poder, em um cenário típico da estratificação feudal de poderes.

Nos primórdios, D. Henrique e, posteriormente, também seu filho D. Afonso, não se comportariam como autênticos monarcas, em que pese a tradição e o nacionalismo da adjetivação do segundo como sendo o “primeiro rei”, aliás nem conseguiriam obter êxito em tal empreitada. Ambos, conscientes da rígida estruturação e importância dos poderes locais senhoriais mais bem se comportariam como sendo senhores entre seus pares locais.

Progressivamente, os primeiros monarcas obteriam êxito em se firmar, cada qual ao seu modo, como o mais “senhor” entre os senhores locais, ou seja, o primeiro entre os pares, em especial, por meio de uma liderança militar reconhecida e aceita como relevante e crescente. Porém, por muito tempo, os primeiros monarcas portugueses apenas se comportariam como senhores em um universo de outros senhores, igualmente poderosos, todos necessários à manutenção de uma estrutura de poder nos moldes do feudalismo medieval.

Tanto é assim que tanto D. Henrique, como D. Afonso não trazem, de fato, para si nenhum espaço de poder que antes não existisse. Apenas, com o tempo iriam, progressivamente, em razão de suas capacidades militares, ampliar sua atuação, retirando, destarte, espaços e atribuições de poder dos outros senhores. Para além da capacidade militar seria necessário que o monarca passasse a exercer outra função relevante e reconhecida entre seus pares, qual seja, a habilidade política.

A fixação de D. Afonso Henriques em Coimbra, em 1131, assumindo a liderança na empresa da guerra externa com o apoio de representantes de importantes linhagens nobiliárquicas irá emblematicamente marcar uma aliança da dinastia de Borgonha com a nobreza do condado.

Entretanto, trabalhando em uma outra frente, não se pode deixar de enfatizar o apoio que o monarca passaria a receber dos concelhos.

Os concelhos, como ensina Marcello Caetano, eram a "*assembléia dos homens-livres, ou seja, os que trabalham e exploram terras onde não se encontram individualmente dependentes de um senhor, um "dominus*"[556].

Para além de uma singular forma de organização social, representavam, no aspecto militar, a imediata barreira contra os avanços muçulmanos:

> "*Essas comunidades não nobres, mas com verdadeira autonomia local, que tinham criado as suas estruturas peculiares numa espécie de "terra de ninguém" entre as duas fronteiras, a cristã e a muçulmana aliando-se ora com um lado, ora com o outro, que tinham feito da pilhagem modo de vida, aceitaram a autoridade régia como forma de garantir uma parte de sua autonomia face á crescente invasão senhorial dos barões de Entre-Douro-e-Minho*"[557].

Logo, as forças concelhias perceberam que, caso viessem a se submeter, voluntariamente, ao poder real, mediante a obtenção de privilégios em troca, estariam evitando a sua progressiva absorção às esferas do poder senhorial dos nobres locais e também da própria Igreja.

Desta forma, não é de se estranhar que parte de suas prerrogativas, como os poderes militares, de fisco e de jurisdição, tivessem sido cedidos ao rei em troca de autonomia[558].

A questão política era, portanto, para o monarca a de colaborar para, ao final, controlar cada vez mais os nobres. O que também era feito mediante o impedimento, pela mão do rei, de que os referidos barões ampliassem seu campo de influência e, portanto, dominação senhorial nas comunidades concelhias.

---

[556] Marcello Caetano, *História do Direito Português*, 4ª edição, Lisboa: Verbo, 2000, p. 219.
[557] Cf. José Mattoso, "A formação da nacionalidade", in: *História de Portugal*, José Tengarrinha (org.), São Paulo: Unesp, 2000, p. 37.
[558] Idem.

Criava-se, assim, em favor do poder real, um movimento de controle da nobreza pelo próprio compartilhamento dos poderes maiores, como também mediante o reforço das prerrogativas dos concelhos. Ocorre que na medida em que restringia os poderes baronais, o rei limitava a sua fonte de acumulação de riqueza. Por outro lado, na medida em que obtinha dos concelhos a aceitação do poder régio mediante a cessão de prerrogativas fiscais, militares e jurisdicionais, o rei conseguiria um outro mecanismo crescente de acumulação de riquezas, sobrepujando, economicamente, a força dos nobres. O acúmulo econômico transbordará, pois, no reforço do poder militar do rei. Destarte, o rei tornava-se, progressivamente, em razão da vastidão de seus domínios, *"o mais poderoso dentre os demais senhores"*[559].

Outra não é a razão pela qual as primeiras décadas, aliás, os primeiros séculos de existência da monarquia portuguesa, serão emblematicamente marcados pela luta dos reis em mitigar os poderes senhoriais e consolidar, centralizando, o próprio poder monárquico.

Não nos parece razoável a adoção da concepção, talvez de sabor nacionalista, de que, em um cenário tipicamente feudal, de conjugação e sobreposição, porém, principalmente, de relação e dependência de poderes entre senhores igualmente poderosos e militarmente essenciais, um autêntico e autônomo poder superior monárquico tivesse surgido *"ex nihilo"*, sem necessitar de qualquer estabelecimentos de alianças com os demais poderes locais.

Estruturas locais de poder senhorial na região já havia de há muito, primeiro com os asturianos e depois com os próprios leoneses que, associados aos monarcas no esforço da guerra, recebiam prêmios por seus êxitos, domínios e poderes[560].

A temática da existência ou não do Feudalismo em Portugal parece, por muito tempo, ter sido fortemente influenciada pela respeitada opinião de Herculano, que se recusou, como é notório, a admitir como sendo possível a sua constatação em Portugal.

---

[559] A emblemática e acertada concepção é de autoria de J. Mattoso. Cf. José Mattoso, *História de Portugal*, vol. II, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, p. 270.
[560] Cf. José Mattoso, "A formação da nacionalidade", in: *História de Portugal*, José Tengarrinha (org.), São Paulo: Unesp, 2000, pp. 31-40.

Entretanto, parece-nos que embora contando com o peso da erudição do referido autor, tal posicionamento remonta a um período mais antigo de reflexão historiográfica e, atualmente, está a demandar uma nova apreciação e crítica.

Bloch, em rápidas linhas, cuidou do tema em relação à Espanha e não deixou de apontar que uma das heranças da sociedade visigótica favoreceu na Península Ibérica foi o aparecimento e desenvolvimento de um sistema de relações de dependências pessoais. Os chefes, segundo o autor, possuíam os seus "*criados*", algumas vezes chamados de "*alimentados*" e também "*vassalos*". Tratava-se de seus guerreiros habituais, cujo envolvimento em ações militares relacionava-se, como contrapartida, à concessão de terras, "*oneradas por prestação de serviços e revogável no caso de não cumprimento*". A utilização do termo "*feudo*", presente em alguns documentos, poderia decorrer de serem muitos deles redigidos por clérigos vindos da França, demonstrando intenso tráfego nos Pirineus entre a região da França e Espanha. O termo local era "*prestamo*", que se aproxima muito da fórmula "*lehn*" do anglo-saxão ou alemão, ambos com significado de empréstimo. Porém, o referido autor entende que dois fatores havidos, com exclusividade, no solo peninsular, não teriam permitido o desenvolvimento de instituições similares aos modelos feudais observados em França: reconquista e povoamento, fazendo com que "*nunca, no entanto, estas práticas* [referindo-se aos "*prestamos"*] *deram origem, como em França, a uma rede poderosa, invasora e bem ordenada, de dependências vassálicas e feudais... "*. Escora sua afirmação, descrevendo que ns áreas conquistadas aos mouros, os camponeses foram estabelecidos como colonos, escapando de formas de sujeição senhorial "*pelo menos as mais constringentes*" [561].

A rigor, o modelo francês é o modelo clássico de feudalismo no ocidente cristão, também chamado "puro". Porém não foi o único na experiência medieval e, por isso, não pode ser tomado como sendo único possível. O feudalismo, como um sistema complexo de relações entre homens, ultrapassava, em larga medida, aspectos meramente econômicos ou jurídicos, apesar de incorporá-los em variadas medidas. "*O feudalismo – seria mais correto dizer 'vassalidade' – era um sistema político que definia de acordo com normas diversas, consoante os tempos e os países, as relações de homem a homem na hierarquia dos poderes e dos comandos*", como ensina Jacques Heers.

---

[561] Marc Bloch, *A sociedade feudal*, tradução E. Godinho, Lisboa: Edições 70, 1982, p.213.

O fato de que a contrapartida por serviços militares ocorresse mediante, no mais das vezes, concessões de terra era, por evidente, uma das formas de manifestação das relações feudais. Porém, não era o aspecto fundante ou exclusivo:

> "*Dava-se igualmente, nas mesmas condições, em troca de serviços, de fidelidade, toda espécie de outros benefícios: dinheiro, rendas, cargos administrativos, direitos fiscais. E, por outro lado, nem todas as terras eram recebidas como feudo, longe disso. Em suma, os laços de vassalagem sobrepunham-se às estruturas econômicas, sem determinarem todos os aspectos das relações sociais*"[562].

Assim sendo, parece-nos que a radical propositura levantada, no passado, por Alain Guerreau, no sentido de que a originalidade fundamental das relações feudais residia na assimilação total do poder sobre a terra e do poder sobre os homens[563], requer, modernamente, ser interpretada como sendo pertinente ao modelo "puro" observado, com maior vigor, em França.

Não nos parece que os Pirineus, embora sendo, de fato, uma barreira física, tenham conseguido, tal qual uma barreira social, impedir que um "modelo feudal" restasse impedido de penetrar na península ibérica, ainda que com variadas adaptações e particularidades. As construções ideológicas dos homens, ou seja, o seu universo de idéias, com maior ou menor velocidade, sempre acabam por circular, independentemente da existência de barreiras físicas.

E, por outro lado, embora cientes que Portugal, embora habitualmente recebesse os eventos e impactos sociais com maior demora que as outras nações européias, inclusive em relação à Espanha, teria conseguido "imunizar-se" contra um sistema generalizante que, como afirmado, não é meramente econômico, porém profundamente civilizacional, com plúrimas manifestações e impactos variados na vida humana, fortemente caracterizador do ocidente medieval.

---

[562] Jacques Heers, *A idade média, uma impostura*, tradução A. Gonçalves, Lisboa: Asa, 1994, pp. 186-187.
[563] Alain Guerreau, *O feudalismo – um horizonte teórico*, tradução A. Ribeiro, Lisboa: Edições 70, 1980, p. 218.

A própria especificidade da natureza jurídica das relações feudais, em apertada síntese, um ajuste contratual entre dois homens livres, mediante o qual se regulam as formas de exercício de poder, de autoridade jurisdicional, de atividades militares, atividades econômicas etc, parece permitir uma visão mais abrangente do fenômeno quanto à sua manifestação plural, não padronizada ou limitada pelo modelo puro.

Conforme afirma Mattoso, se o feudo ou "benefício" é mais freqüentemente a terra, em outros lugares pode possuir natureza diversa, como, por exemplo, uma função, um governo de uma circunscrição territorial, ou o domínio fundiário com a possibilidade de extração de rendimentos, pode ser a possibilidade de cobrar tributos, "*mas pode também ser uma compensação periódica em bens móveis, como panos ou dinheiro. É o que acontece com as 'contias' em Portugal*". Pode ser hereditário, porém também comporta, eventualmente, uma celebração a título precário. Pode ser aperfeiçoado mediante uma celebração formal, como é o caso da cerimônia de juramento de fidelidade, ou pode ocorrer, como algumas de nossas fontes detalham, mediante um simples "*beija-mão*", ou mesmo assumido de forma implícita.

Pode ser instrumentalizado em um documento escrito, ou pode ser meramente oral,

> *"se, nos países do Norte se chega a criar um minucioso código feudal, de caráter jurídico, onde se prevêem cuidadosamente em que condições se vão exigir de parte a parte deveres ou direitos, nos países do Sul tudo é muito mais vago e o que prevalece é um certo consenso social, um simples sistema de valores morais que impõem uma prática extremamente fluída e variável"...*

No caso do Portugal medieval embora seja possível a percepção de que a figura do rei tende a ser reconhecida, como afirmamos, de forma progressiva, como sendo o mais poderoso dentre os senhores nobres, a autoridade régia dos primeiros monarcas nem contestava nem excluía os poderes, que, modernamente, estariam compreendidos na órbita estatal, dos senhores, sejam eles nobres, concelhos ou senhores eclesiásticos:

> "*Até meados do século XIII* [a autoridade régia] *nem sequer se apresenta a si mesma como fonte ou instância responsável pelo controle e coordenação de tais poderes. Os homens da Idade Média estavam longe de pensar segundo a lógica e a capacidade de abstração que hoje usamos. Concebiam as prerrogativas judiciais, militares e fiscais dentro dos territórios que os senhores dominavam como poderes próprios, transmissíveis aos descendentes e não condicionados.*
>
> *Os detentores das honras haviam perdido completamente a noção de que o direito de julgar, policiar ou exigir tributos nessas honras derivasse do poder régio. A tal ponto que se consideravam pessoalmente ofendidos se nelas entrava o meirinho régio ou o juiz do julgado e não hesitavam em os matar, cegar ou mutilar se eles a tal se atreviam".*

Por fim, salienta o autor, para, ao final reconhecer aquilo que denomina "feudalismo português", as variadas categorias de prestações econômicas da experiência portuguesa medieval decorrentes das relações senhoriais: "*manaria", "carraria", "anúduva", "ramada*", as "*osas*", as "*jeiras*", eram, a rigor, modalidades de corvéias [564].

Anúduva, ou adua, annuduva, anuduva, anuduba, annaduva, anuda, aduba, adnuba, anubda, anupda, anuguerra, anudiva ou ainda annadua, *significava "certa imposição de dinheiros para reparar, compor, fazer de novo, ou aumentar, as cavas, torres, muros, castelos, fossos e outras semelhantes obras militares que se ordenevam á defensão da terra*". Manaria ou Maninhadégo "*era tributo péssimo e mui freqüente no reino de Leão... O Mosteiro de Castro de Avelãs não se esqueceu dele... Consistia, pois, em hedar o mosteiro a terça parte de todos os bens dos que sendo casados, chegavam a morrer sem filhos,,,,,"*. Carraria ou Carreira era "*a "ida, jornada, caminho, viagem, que o enfiteuta ou vassalo pagava, como de pensão anual ao senhorio, indo já a pé, já com a sua besta ou carro, já a lugares certos, já incertos e à disposição do direito senhorio. Era mui freqüente esta foragem ou direitura naqueles tempos em que ainda não havia correios públicos"*.

---

[564] José Mattoso, *Fragmentos de uma composição medieval*, Lisboa: Editorial Estampa, 1987, pp. 115-123..

Ramada ou ramata era "*pescaria, que se fazia com ramos, lançando grande cópia deles nos mais profundos poços,para que o peixe subindo das lapas e raízes, se acolhesse a eles. Era mui freqüente esre serviços dos colonos para com os senhorios das terras". Jugada era "um direito real.. pagava-se este direito de cada jugo de bois, com que, em terra jugadeira se lavra um moio de trigo ou milho. Também se disse jugada o tributo que pagam certas terras de pão que nelas semeiam, o qual tributo se lança por convenção dos colonos e direito senhorio. Todas essas jugadas variam segundo as diferentes terras, em que se pagam. Há jugadas de pão, vinho e linho...*". Osas ou ossas eram o "*preço que os maridos davam a suas mulheres, como preço da virgindade, sendo nas primeiras bodas; ou que as viúvas pagavam aos seus novos esposos, em sinal de que o matrimônio era visto com indiferença, sem bênçãos do sacerdote, celebrado de noite, sem concurso dos amigos, e dito mesmo matrimônio requentado... Mas não só o marido à mulher ou a mulher ao marido pagavam ossas, também o senhorio da terra se arrogava, não poucas vezes, o mesmo direito sem dúvida por haver dado licença para as bodas*".[565]

Parece-nos, portanto, após mais aprofundada reflexão, revendo, até mesmo, nosso posicionamento anterior, mais acertado passarmos a entender pela coerência dos argumentos que propugnam pela ocorrência de feudalismo em Portugal, ainda que seja, como desejou Mattoso, um tipo de "*feudalismo português*", a fim de que as inúmeras especificidades que decorrem das relações feudais, inclusive, e em especial, para o que nos interessa, os plúrimos modos particulares de manifestação e atuação dos direitos e práticas feudais, não pareçam ao historiador do direito como impossíveis de ocorrerem apenas em razão da já cristalizada opinião de Herculano, que se recusava a ver o feudalismo atuando no Portugal medieval, fator que repercutiu na abalizada opinião de Braga da Cruz:

> "*entre nós, não houve regime feudal, sobretudo por duas razões. 1ª) – Porque a Reconquista era um estado constante de guerra e exigia um chefe permanente; 2ª) porque o estado Asturo-Leonês era de tão diminuta extensão que a autoridade régia chegava facilmente a todos os pontos*"[566].

---

[565] Cf. Viterbo, *Elucidário....*, Edição crítica, Lisboa: Civilização, 1993.
[566] Guilherme Braga da Cruz, *História do Direito Português*, dactilografado por J. Abrantes, Coimbra: s/ editora, 1955, p. 275.

A guerra da Reconquista era constante, porém existiram vários chefes militares, cada qual em articulação com outros senhores, ora compartilhando o poder, ora submetendo-se, ora liderando.

Falar em liderança única e centralizada possui acento nacionalista que busca preparar um quadro unívoco para o aparecimento de um estado nacional consolidado.

Por outro lado, os domínios asturo-leoneses eram, de fato, de diminuta extensão, porém a capilaridade do poder, dito real, não era tão penetrante como se pretende fazer entender.

Se assim o fosse, difícil seria poder explicar as inúmeras resistências enfrentadas pelo poder real na tentativa de sobrepujar os poderes senhoriais, processo que não foi imediato e demandou esforço político e pressão militar.

O cenário era o de guerra, a guerra da reconquista, o arranjo, porém, era o de um mundo particular, qual seja, o do mundo feudal.

Um mundo em transformação, com certeza, porém, nem por isso, deixava de ser um universo de relações feudais.

Portugal, ainda que diminuto em sua extensão territorial se comparado com os outros reinos, não teria escapado da avassaladora e envolvente dinâmica feudal.

Parece-nos, pois, que o tema da ocorrência do Feudalismo em Portugal e seus desdobramentos jurídicos e sociais se revela uma outra página que ainda está por ser escrita pelos estudiosos.

11. Antigo Direito Lusitano

11.1. Forais

Os primórdios da monarquia lusitana, ou seja, no período de esforço para a imposição da autoridade real no território em fase de reconquista é emblematicamente marcado por uma instituição típica do direito peninsular ibérico. Trata-se dos Forais.

O foral, palavra que se originou do latim "*forum*", revela-se, em geral, como sendo um documento escrito, concedido, mais freqüentemente, porém não exclusivamente, pelos monarcas, desde as suas primeiras deambulações pelo reino, em benefício de determinadas comunidades ou populações locais, regulando, em especial, aspectos jurídicos relacionados com reconhecimento e outorga de direitos e prerrogativas.

Os Forais podem ser interpretados como o esforço dos monarcas na tentativa de, com o avanço da Reconquista, estimular povoamento e agricultura[567]. Eram, por igual, a materialização da celebração de pactos políticos com os potentados locais.

O foral também poderia ser concedido por uma autoridade senhorial, laica ou eclesiástica. No início, os forais visavam à regular a matéria jurídica relativa ao domínio da terra, fixando, ainda, encargos e obrigações adicionais para os membros da comunidade e, conforme aponta Marcello Caetano, acabavam por se caracterizar como "*pacto inviolável*" entre a autoridade e os membros da comunidade beneficiada[568].

Entretanto, as matérias contidas nos referidos forais, com o tempo, conforme a necessidade e conveniência, foram comportando alargamento.

Conforme informam Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, ampliando a conceituação original de Herculano, que entendia ser o foral, a rigor, a carta constitutiva dos municípios, afirmam os autores:

---

[567] Cf. Ignácio M. Poveda Velasco, "Ordenações do Reino de Portugal", *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 89, jan-dez. 1994, p. 15.
[568] Marcello Caetano, *História do Direito Português*, 4ª edição, Lisboa: Verbo, 2000, p. 236.

> "*os forais contêm, para além disso, preceitos ou disposições de direito 'processual', 'militar', 'fiscal', 'penal', e 'administrativo' (abrangendo a organização local e a competência e atribuições dos respectivos magistrados).*
>
> *Não faltam também, quantitativa e qualitativamente menos importantes, 'regras de direito privado', com prevalência para as 'instituições sucessórias e familiares'*"[569].

Assim sendo, pertinente falar-se em "*Direito Foraleiro*", no sentido do conjunto das normas jurídicas contidas nos referidos documentos, ou seja, nos forais, de fortíssimo traço consuetudinário, em especial, para o que ora nos interessa, as normas relativas à prova.

Os meios de prova aplicáveis ao referido tempo eram, para Herculano, portanto, documentos, inquéritos, testemunhas, compurgação, juramento individual e os Juízos de Deus[570].

Marcado pela inexistência de barreiras entre o que, modernamente, poderiam ser identificados com sendo os conteúdos do direito processual penal e processual civil era, ao referido tempo, o processo de fundo consuetudinário em Portugal.

O próprio rito procedimental não distinguia os casos cíveis dos criminais, revelando, no mais das vezes, o tão conhecido embate entre acusado e acusador na seara judicial, denominado no antigo direito português de "*baralia*", no preciso sentido de "luta", "*à qual o tribunal assistia passivamente como espectador*"[571]. "*Baraliar*" ou "*baralar*" ensina Viterbo, possui o significado de:

---

[569] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, 12ª edição, Lisboa: Pedro Ferreira, 2005, p. 230.
[570] Alexandre Herculano, *História de Portugal*, tomo VIII, 9ª edição, Lisboa: Bertrand, s/ data, p. 141.
[571] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos")*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983, pp. 240-241.

> *"Altercar, ralhar, contender, decompor-se com palavras ou tomar-se a braços. No foral que el-rei D. Sancho II deu á vila de Santa Cruz da Vilariça, no de 1225, se determina: 'Et nostros Alcaldes judicent de Sol ad Sol: Et si baraliant cum suos vicinos, et vener illo Alcalde et dixer; incauto vos, que non bareledes, et non se calarent, pectet unun morabitinum al Alcalde'Documento de Moncorvo. No foral que o infante D. Afonso Henriques deu à cidade de Seia, no de 1136, se diz: 'que se o criado de algum Cavallejro, baraliaverit com algum homem d'El-Rei, e este arrancar aquelle, e vencer a Coima, que lhe demanda: partirão a meias a dita Coima, o cavaleiro, e El-Rei. Livro dos Forais Velhos'"*[572].

Assim sendo, para Herculano, em um processo que possuía concepções marcadamente privatística descortinava-se "*caber o ônus da prova ao réu e não ao autor*". A "*compurgação*", meio de prova que incumbia ao réu, consistia na sua atividade de recolher um determinado número de pessoas, no máximo doze, variando de acordo com o crime, chamados juradores, jurados ou conjurados, que deveriam atestar a verdade do juramento que amparava a sua afirmação de defesa; juravam, portanto, "*que o réu não era culpado do crime de que era acusado*", ou seja, proferiam a afirmação no sentido de que o réu estava jurando a verdade "*e se non que o confonda Deus*".

Algumas vezes, as mulheres eram admitidas como juradoras. Primeiro jurava o implicado, depois os compurgadores[573]. Não se confundiam as compurgações com a prova testemunhal, uma vez que nada alegavam acerca do fato, tratavam apenas da veracidade e sinceridade do juramento do réu. Viterbo aponta que, geralmente, os conjuradores, ditos conjuradores sacramentais, eram, geralmente, doze homens, que, em conjunto com o litigante, juravam:"*que criam e tinham para si ser verdade o que o litigante afirmava com juramento. Este mesmo número de 'juradores' se requeria em muitos dos nossos forais antigos, para que o 'forçador' da mulher, que se queixava, fosse livre da pena da lei, jurando eles a favor e pela inocência do inclamado réu*"[574].

---

[572] Cf. Viterbo, *Elucidário....*, Edição crítica, Vol. II, Lisboa: Civilização, 1993, p.16.
[573] Alexandre Herculano, *História de Portugal*, tomo VIII, 9ª edição, Lisboa: Bertrand, s/ data, p. 155.
[574] Cf. Viterbo, *Elucidário....*, Edição crítica, Vol. II, Lisboa: Civilização, 1993, p. 543.

De fato, os antigos forais, como é o caso do Foral de Ponte do Sabor, dado por D. Sancho II, em 1225, determinam que a mulher "*in capillo aut cum touca*", ou seja, tanto aquelas que andassem "*in capillo*" (com os cabelos soltos, como era o caso das donzelas e mulheres solteiras, que ainda estavam sob o pátrio poder, assim como todas as mulheres não casadas, que costumavam com a cabeça descoberta e com os cabelos soltos), como aquelas que andassem "*cum touca*" (com a cabeça coberta, como era o caso das viúvas que costumavam andar com a cabeça coberta, assim como as casadas, que tanto costumavam andar com a cabeça coberta ou, eventualmente, com os cabelos expostos, porém atados ou presos – anelados), deveria, dentro de três dias, vir clamando pela rua, em altos brados, declinando o nome daquele que a teria agredido.

Era a chamada "*rousada*" ou "*rouxada*", ou seja, a mulher que fora violentada.

Nestes casos, obedecido o tríduo, o chamado "forçador" deveria trazer doze juradores ("*cum duodecimum*") que deveriam alegar a sua inocência.

Porém, afirma Viterbo, "*se ela se não queixasse dentro dos três dias imediatos à ofensa, ficava o agressor livre da calúnia, jurando simplesmente que tal não fizera*"[575].

Era o antigo procedimento aplicável para o crime de "*rauso*", também conhecido como crime de "*rousar*" a mulher, por vezes denominado "*aforciar*", ou "*aforçar, aforzar, afforciar, afforçar*", no sentido de violentar.

Viterbo cita o antigo foral de Castelo Branco, do ano de 1213, "*Et qui mulier aforciar, et illa clamando dixerit, quod ab illo est aforciada, et ille negat: det illa outorgamento de três homines tales, qualis ille fuerit: ille cum XII. Et si non potuit jurare, peite ad illa CCC. Ss, at VII*[a] *a Palacio*".

Nos forais mais antigos há idêntica previsão, como é o caso do foral de Mós, de 1162 "*Et qui mulier aforciar et illa uoces mitendo uenerit usque tercia die si presa non fuerit et ille cum XII homines non se potuerit delimdare pected CCC sólidos*".

[575] Idem, p. 55.

O Foral de Numão, que é mais antigo, datando de 1130, não discrepa: " *Et qui mulierem afforciauerit et illa uoces mittendo uenerit et ille cum XII non potuerit se saluare quomod pecet XXX sólidos medios ad palacium et medios ad suas gentes*"[576].

Entretanto, o Foral de Castelo Bom, do ano de 1188, estabelece que se a mulher violentada pudesse provar, de imediato, a autoria do crime, desde que o réu não pudesse afastar a sua culpa, deveria ele ser enforcado: "*Qvi aforzar mulier uelada, et probare potuerint ei, enforquent lo*"[577].

Nos feitos cíveis poderia o reú, em alguns casos, jurar sozinho, sendo que em determinados Concelhos, o demandado devia jurar sobre os Evangelhos: "*Juro por Deus e por Sancta Maria e por estes evangelhos.... se não o diabo me leve a alma...*" [578].

A natureza do juramento como meio de prova irracional perdurou no processo lusitano, tendo sido detectado desde os seus primórdios. Teresa Morais afirma que:

> "*o juramento é ainda uma prova apelante às forças divinas ao processo. A credibilidade de uma tal forma de provar tem como substrato um elemento psicológico persuasivo consistente no receio de desafiar a divindade jurando falso*"[579].

A força do elemento religioso aparece no direito foraleio de forma intensa, como é o caso dos Costumes e Foros de Torres Novas, onde se recolhe a previsão de que para o crime de lesões corporais, entre cavaleiros e peões, a prova era, geralmente, a testemunhal.

Entretanto, havia uma alternativa de fundo religioso:

---

[576] Idem, vol. I, p. 252-253

[577] *Portugaliae Monumenta Historica, volume II, Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1858, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 750.

[578] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos")*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983, pp. 242-244.

[579] Teresa Morais, "Dos meios de prova no direito medieval português - notas para a história do juramento probatório", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 401.

> *"e se non quiser prouar per testemunhas proualoá per esta guisa, fazendo huma crux no chaão em concelho e poendo a maão na crux e a outra na ferida. E se disser – par esta crux em que eu tenho esta maão esta ferida em que tenho esta maão deumba este que acuso – entom o aueram por proua"*[580].

Os ordálios, típico meio de prova da prática de longeva experiência consuetudinária, encontravam-se bem presentes no Direito Foraleiro, tanto sob a forma de ordálios unilaterais, como era o caso da prova caldária e da prova do ferro candente, como ordálios bilaterais, em especial, o combate judicial. Bandeira de Mello aponta para o fato de que desde o século VIII, os ordálios, ou seja, o sistema judicial dos Juízos de Deus, vai penetrando nas monarquias cristãs além Pirineus[581].

A Igreja, na Alta Idade Média, não apenas prestigiou os ordálios, transformando as cerimônias, atos de aspecto dramático, conforme aponta Gaudemet, acompanhando as atividades com cantos e recitação de salmos, como, com o tempo, em lugar de aceitar, conforme até então vinha fazendo, uma oferenda espontânea da parte que se submetia à prova, em razão da missa que era rezada previamente ao juízo de deus, passou a cobrar uma taxa fixa com o fim de indenizar o clérigo pela sua participação religiosa no ordálio[582]. Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque informam, mais restritivamente, que no antigo direito português apenas se conheceu o ordálio do "ferro em brasa", mencionando que nas fontes não ha a particularização das cerimônias envolvidas na realização do referido meio de prova. O antigo foral de Melgaço, do ano de 1181, contém disposição expressa do ordálio do ferro em brasa, aplicável para o caso de o homicida, reconhecido como tal, pretendesse se livrar da acusação, desde que, necessariamente, o concelho houvesse anuído com a realização da citada prova: "*Si homicida cognitus fuerit, et de cocilio ei concessum fuerit, et nudum ferrum portauerit, nichil pariat"*[583].

---

[580] *Portugaliae Monumenta Historica, volume II, Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1858, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 88.
[581] Lydio Machado Bandeira de Mello, *O direito penal hispano-luso medievo*, Belo Horizonte: Tipografia da Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1961, p.117.
[582] Jean Gaudemet, "Les ordalies au moyen age", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – deuxième partie: Moyen Age et temps modernes*, vol XVII, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965, p. 121.
[583] *Portugaliae Monumenta Historica, volume I, Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1856, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 423.

Duby, analisando aspectos sociais da Idade Média em solo hispânico, onde "*nenhuma fronteira separava cristãos e muçulmanos*", em "*um afrontamento militar permanente, alternância de êxitos e reveses*", capta o quadro do ambiente da Reconquista.

O autor informa aspectos interessantes acerca do Foral de Cuenca, que é contemporâneo do referido foral lusitano, no que diz respeito às particularidades do ordálio do ferro candente [584]:

> "*XI. 45. 'A prova pelo ferro'. O ferro que serve para fazer justiça terá cerca de quatro pés de comprimento, de sorte que a pessoa que tiver de provar sua inocência possa colocar nele a mão; terá um palmo de largura e dois dedos de espessura. A pessoa que tiver de pegar o ferro o fará da seguinte maneira: caminhará nove passos carregando-o e o colocará suavemente no chão; antes, porém, a dita pessoa terá recebido a benção de um padre.*
>
> *XI 46. 'Para aquecer o ferro'. O Juiz e o padre aquecem o ferro, e, nesse meio tempo, ninguém se aproxima do fogo, por medo de malefício. Aquele que tiver de pegar o ferro será primeiramente examinado com todo o cuidado, para se ter certeza de que não é portador de nenhum objeto de malefício; em seguida ele lava as mãos na presença de testemunhas e segura o ferro com as mãos secas. Assim que tiver recolocado o ferro em seu lugar. O juiz recobre com cera a mão que segurou o ferro e a envolve com estopa ou linho, e depois com um pano. Feito isto, o Juiz conduz a pessoa à sua própria casa e ao cabo de três dias examina a mão: se ela apresentar sinais de queimadura, aquele que se submeteu á prova será queimado vivo ou sofrerá penalidade a ser determinada. Só seguram o ferro as mulheres que se tenha provado serem alcoviteiras ou terem fornicado com cinco homens; a mulher suspeita de feridas de morte ou de incêndio voluntário jura ou fornece um combatente de justiça, tal como se estabelece no Fuero*".

[584] Georges Duby, *A Europa na Idade Média*, trad. A. Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 1988, pp. 24 e 33-33.

Com amparo em outros forais análogos, como os leoneses, os francos e os castelhanos, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque oferecem, analogicamente, o quadro provável:

> "*o acusado devia agarrar, com uma das mãos, um ferro em brasa e dar um certo número de passos; então, na presença de um sacerdote, o juiz fazia-lhe um penso que imediatamente selava, alguns dias depois voltava a analisar-se o estado da mão – se aparecia a queimadura, o réu era condenado, se sarasse, era considerado inocente*".

Por sua vez, o combate judicial, denominado no antigo direito foraleiro "*lide*" ou "*desafio pelo repto*" ou mesmo "*provocação ao duelo*", colocava-se, freqüentemente, como um meio de prova alternativo à realização da prova testemunhal, aplicável, com maior intensidade nos graves casos de homicídios, afrontas ou lesões que causassem ferimentos. Precedidos de inúmeras formalidades, poderia o queixoso, caso não desejasse se bater pessoalmente, contratar um "*campeão*", um lutador profissional para pugnar em seu lugar.

Cabral de Moncada observa que a prática do duelo era generalizada na sociedade portuguesa entre o XI e o XV, facilmente encontrada nos antigos documentos sob as denominações de "*duelo, combate, pugna, prova, lide, repto, reto, desafio,... dar campo, meter campo, dar praça etc*".

Cita, para destacar um exemplo de duelo como meio de prova judicial, o antigo foral de Urros, de 1182, que estabelece o duelo: "*a quem demandarem que homem matou à traição lide*"[585].

De igual forma, o foral de Sancta Cruz, do ano de 1225, prescreve o duelo que "*per totum furtum qui fuerit arrancado per lide uel per ferro ei cum LX sólidos al rancuroso et nouias al palácio*".

---

[585] L. Cabral de Moncada, "O duelo na vida do direito", *in*: *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948, p. 135.

Para arrematar, o autor ressalva que, provavelmente, havia ampla ocorrência, no referido tempo, do duelo como mero combate vindicativo[586]:

> *"Nenhuma dúvida nos resta pois – consinta-se-nos concluir – de que o duelo de que fazem menção os nossos forais dos séculos XII e XIII não é sempre, necessariamente, a mesma instituição social e jurídica. Como não nos resta dúvida de que muitos deles,..... ao referirem-se ao duelo, têm vista, não já sempre um duelo juízo de Deus ou 'ordália', mas um duelo alternada ou simultaneamente expressão de idéias da vindicta privada e daquele sentimento primitivo de uma justiça imanente nos factos, que identificando a força com o direito, faz dele, mais do que meio de prova, uma via de facto e de direito, ou seja, um processo autônomo e independente, tendo em si mesmo o seu fim*".

Os enfrentamentos eram realizados em determinados locais, especialmente destinados aos combates, devidamente balizados pelos alcaides quanto aos seus limites geográficos, fora dos quais, os querelantes não poderiam se enfrentar.

Variadas modalidades de luta poderiam ter lugar; "*a cavalo, com lança e escudo, ou a pé, com clava ou bordão*"[587]. No foral de Penela, do ano de 1139, está a menção ao combate com escudo e lança: "*De proua cum scuto et cum lancea*"[588].

Marcello Caetano destaca que os combatentes poderiam lutar a pé ou a cavalo, segundo sua condição social, sendo certo que o duelo poderia prolongar-se por até três dias, sendo permitidos até três assaltos por dia. Se, ao término do período, nenhum tivesse caído, perdia o reptador[589].

---

[586] L. Cabral de Moncada, "O duelo na vida do direito", *in*: *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948, p 157.
[587] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos")*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983, pp. 244-245.
[588] *Portugaliae Monumenta Historica, volume I, Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1856, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 375.
[589] Marcello Caetano, *História do Direito Português*, 4ª edição, Lisboa: Verbo, 2000, p. 263.

A prova testemunhal, no direito foraleiro, por vezes se aproximava do conteúdo de investigações, como é o caso das "*exquisas*" ou "*inquisas*", que poderiam ocorrer tanto mediante o depoimento de testemunhas no juízo ou no envio de investigadores ao local dos fatos, para ouvir as pessoas que conheceriam os eventos. "*Firmas*" ou "*outorgamentos*" contrapunham-se às conjurações:

> "*enquanto os conjurados sustentavam a excepção sem referir ao facto – que o reú não podia ter cometido-, nas firmas revalidava-se, outorgava-se, fortalecia-se a acção, a queixa, isto é, um certo número de indivíduos, sob juramento, asseguravam a lealdade do autor*"[590].

Presentes ainda as "*juras de malícia*", como preliminares ao processo, antigas formas procedimentais vocacionadas a evitar que os participantes do processo litigassem movidos por ódios ou malícias, enfim, incipiente tentativa de combate à lide temerária no antigo direito foraleiro.

Já a "*manquadra*", por sua vez, freqüentemente mencionada nas fontes, consistia em um especial tipo juramento "*prestado por um dos litigantes, conjuntamente com quatro indivíduos, cruzando as mãos*"[591]. É o caso estabelecido nos Costumes e Foro da Guarda:

> "*Quen dixer a alguu ome – ma morte conselhasti ou conselhas e non era teu enmiigo conhoçodo nen teu desafiado per fora da guarda – iure a manquadra que sospeyta á em aquel as morte conselhou ou conselha.....*"[592]

O direito foraleiro é pródigo em previsões acerca do juramento purgatório, ou seja, aquele que era realizado pelo réu, para afirmar a sua inocência. A partir do século XI, como destaca Teresa Morais, no estudo que empreendeu, surge com muita freqüência em Portugal o referido meio de prova.

---

[590] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos")*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983, p.246.

[591] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos")*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983, pp.245-247. No mesmo sentido, Alexandre Herculano, *História de Portugal*, tomo VIII, 9ª edição, Lisboa: Bertrand, s/ data, p. 152.

Em breve apanhado, alguns dos exemplos da sua investigação encontram-se, a seguir, apontados [593]:

São encontrados tanto o juramento purgatório simples, como aquele corroborado por compurgadores, conforme acima apontamos.

Quanto a forma simples, encontra-se no foral de São João da Pesqueira, para o caso do crime de furto:

> "*Et si homo per pecatum furtum fecerit et per esquiricione comprobatus fuerit pecet..... Et si non cognoverit salvet si cum iuramento*".

O foral de Freixo determina que, em caso de lesões corporais realizadas com "*petra au cum fuste*", o acusado deveria trazer em sua defesa cinco conjuradores. Por outro lado, o foral de Évora estabelece que, para o crime de cilada, o acusado deveria levar onze conjuradores.

Assim sendo, percebe-se que o número de conjuradores poderia variar, conforme o foral. Porém, geralmente os conjuradores deveriam ser os vizinhos, como destacam os Costumes e Fores de Alfaiates "*qui habuerit ad iurare vel firmare firmet cum vicinos al vicinum, etc um moradores ad morador*", ou, conforme consta nos Costumes e Foros da Guarda: "*Todo ome que a ffirmar ouuer firme con vizinhos e filhos de uizinhos...*"[594]. Marcello Caetano informa que a partir do século XII a Igreja irá se opor aos duelos, constando a sua proibição tanto do Decreto de Graciano como das Decretais de Gregório IX. Ao que parece, segundo o autor, nas questões cíveis a prova documental e a testemunhal passaram a ocupar, progressivamente, posição de prevalência no antigo direito[595].

---

[592] *Portugaliae Monumenta Historica*, *volume II*, *Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1858, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 7.
[593] Teresa Morais, "Dos meios de prova no direito medieval português - notas para a história do juramento probatório", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 409-435.
[594] *Portugaliae Monumenta Historica*, *volume II*, *Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1858, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967, p. 13.
[595] Marcello Caetano, *História do Direito Português*, 4ª edição, Lisboa: Verbo, 2000, p. 264.

11.2 Legislação Geral

O século XII representa um marco para a formação de reinos cristãos na Península Ibérica. Para o que nos interessa, é importante observar o progressivo distanciamento entre a aristocracia galega e a portucalense, estimulada pelo mesmo processo no plano religioso com o distanciamento eclesiástico e a rivalidade entre Braga e Compostela.

Interessante apontar que o conde D. Henrique concede um foral à cidade de Guimarães já em 1096, local de residência dos antigos condes portucalenses, demonstrando a sua articulação política com as linhagens senhoriais tradicionais.

Por igual, concede foral ao burgo de Constantin de Panóias, também em 1096, estimulando o desenvolvimento de um importante centro comercial nas ligações Entre Douro e Minho, revelando a articulação comercial.

Desta forma, posicionou-se diferentemente de Raimundo, ao tempo em que este último governava Portugal e Coimbra, que, pelo que consta, não estabeleceu vínculos com a nobreza senhorial local. D. Henrique, ao contrário, se esforçou para aprimorar os vínculos de fidelidade com as linhagens senhoriais locais.

Não é de se estranhar, pois, que, após abril de 1112, momento da morte de D. Henrique, a aproximação de D. Teresa com os galegos da linhagem dos Travas causasse descontentamento nos senhores do condado.

A vitória em São Mamede, no dia S. João Baptista, no ano da graça de 1128, quando as tropas de Afonso Henriques, filho do Conde D. Henrique, derrotam as tropas de Fernão Peres de Trava, para além da memória nacionalista da gênese de um reino, demonstra a posição de supremacia que a causa dos barões portugueses atingiu, contando, por óbvio, com o apoio do jovem Afonso Henrique, na tentativa de destituição de D. Teresa e seus aliados galegos.

Embora tendo passado a utilizar o título de Rei, entre julho de 1139 e fevereiro ou maio de 1140, D. Afonso partilhou o seu poder, desde o início, com os potentados locais, os mesmos aliados que sobrepujaram os galegos, de modo a estimular, com cautela, uma separação entre os domínios senhoriais portugueses e os de Afonso VII, de Leão e Castela.

Desta forma, embora se conhecendo, com dificuldade, os escassos relatos das políticas administrativas de Afonso I, é de se acreditar que as funções judiciais e militares fossem desempenhadas pelos governadores nas terras senhoriais e pelos juízes municipais, sempre, porém, sob a influência das linhagens nobres locais. Tal quadro não irá se alterar, de forma substancial ao tempo de Sancho I. Um progressivo movimento de busca por uma maior centralização no poder real estava em curso, entretanto,

> "*será necessário esperar a época de Afonso II e sobretudo Afonso III, para se poder notar o desenvolvimento dos órgãos de administração central, por intermédio do aperfeiçoamento das funções judiciais da coroa*"[596].

Será, pois, com maior destaque a partir de Afonso II, em especial a partir da cúria extraordinária reunida em Coimbra, de 1211, que serão promulgadas as Leis Gerais, ensejando, embora ainda de forma incipiente, o início da influência do direito romano justinianeu em Portugal[597], em um movimento crescente, que guardará paralelismo com a intenção de fortalecimento constante do poder real[598]. Somente a partir da promulgação progressiva das referidas leis, não de forma imediata, que se pode propugnar pelo início de um movimento constante de busca do fortalecimento dos poderes reais por intermédio da produção legal real: "*O caráter inovador da assembléia está bem marcado por se dizer também que nela foram estabelecidos 'juízes', mas que o reino e todos os que nele morassem seriam regidos e julgados pelo rei e seus sucessores, sem excluir os próprios juízes por ele estabelecidos. Não poderia haver mais clara afirmação da superioridade do poder judicial do rei e da sua capacidade de intervenção em todos os níveis.*"[599]

---

[596] Cf. José Mattoso, *História de Portugal*, vol. II, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, p. 82.
[597] Cf. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 169.
[598] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, 12ª edição, Lisboa: Pedro Ferreira, 2005, p. 205.
[599] Cf. José Mattoso, *História de Portugal*, vol. II, Lisboa: Editorial Estampa, s/d, p. 111.

11.2.1. Livro das Leis e Posturas e Ordenações de D. Duarte

Com rigor metodológico, Gama Barros destaca que as instituições administrativas nos primeiros tempos de Portugal estão ligadas às fontes de Leão e Castela, "*porque os elementos predominantes então na sociedade portugueza não podiam deixar de ser os mesmos, que prevaleciam também nos Estados de que o novo reino procedia*".

Assim sendo, não há que se estranhar a proximidade das primeiras legislações portuguesas com os paradigmas leoneses e castelhanos em pleno século XI: "*A lei Geral em Leão e Castella ao tempo da separação de Portugal era ainda o código visigóthico*"[600].

Porém, é usual a afirmação de que o complexo normativo, a partir de 1211, denominado Leis Gerais, guardaria a característica de bem representar a primeira legislação autenticamente portuguesa, uma vez que, conforme informa a "*Portugaliae Monumenta Historica*", do primeiro monarca, Afonso I, quase nada em termos de leis foi recolhido ou preservado, em termos de textos originais, existindo apenas referências indiretas acerca de uma lei a respeito das barregans dos clérigos[601].

As leis de D. Afonso II, em geral, cuidam, em várias passagens, de tipificar situações específicas, para, a seguir, estabelecer a sanção aplicável, contudo, sem indicar a forma pela qual o fato deveria ser provado.

É o caso da lei que determinava a pena de açoites e marcação com ferro para os ovençais que desviassem pães, vinhos, panos etc de propriedade real, ou ainda da disposição na mesma lei que estabelecia a pena de amputação de pés e mãos para o falsificador de moeda.

---

[600] Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, tomo I, 2ª edição, Lisboa: Sá da Costa, 1945, p. 5-9.
[601] *Portugaliae Monumenta Historica, volume I, Leges et Consuetudines*, Lisboa: Typis, 1856, *fac símile*, Nendeln: Kraus, 1967, p.163.

O texto determina: "*Se o acharem que algûa destas cousas furtar ou negar e lho poderem prouar ssayra com dano assy como a nos semelhar....*", porém não explicita a forma de prova[602]. Provavelmente, a prova testemunhal deveria ter ampla aplicação.

Porém, é importante destacar a articulação funcional da prova testemunhal com o juramento, constituindo, no mais das vezes, um módulo probatório único, no qual os dois meios de prova se interligam.

O juramento, como foi visto, sempre teve ampla aplicação em Portugal. Freqüentemente empregado nas atividades negociais, religiosas, administrativas e, em especial, nas práticas jurídicas, tornou-se parte integrante das cerimônias de sucessão dos reis, o chamado "*Juramento Régio*", e, como destaca Madalena Santos, foi uma prática constante entre os homens do mar, sendo que tripulantes, oficiais e capitães prestavam juramento antes de iniciarem suas atividades ou receberem provimentos nos cargos e funções, muitas vezes mediante a aposição da mão sobre os "*Santos Evangelhos*" e também "*pela imagem sacratíssima da Virgem Nossa Senhora*"[603].

Antiga lei de D. Afonso III, recolhida nas Ordenações de D. Duarte, não deixa dúvidas acerca da relevância e imperatividade do juramento para a atividade processual:

> "*Constituçom lR como nehuum nom seia criudo na demanda se nom Jura aos auangelhos- Estabeleçudo he per el Rey que nem-huum nom seia creudo Se nom Jurrar aos Santos auangelhos./*"[604]

Há uma lei de D. Afonso III, do mês de setembro do ano da era de 1311, ou seja, por volta de 1273, aproximadamente, regulando um número máximo de trinta testemunhas em juízo: "*e em Jujzo disser que quer prouar ssa entençon que lhi for mandada pelo Jujz, que nomee as testemunhas e possa nomear e aduzer pera prouar ssa entençon ata. Xxxª. Testemunhas e nom mais....*"[605].

---

[602] *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa: Universidade de Lisboa, 1971, p. 18.
[603] Madalena Marques dos Santos, "Os direitos marítimos da antiguidade", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 593-594.
[604] *Ordenações Del-Rey Dom Duarte*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 105.
[605] *Livro das Leis e Posturas*, p. 27. Também recolhida entre as Leis de D. Afonso III, com algumas correções de texto, nas *Ordenações Del-Rey Dom Duarte*, p.117.

Porém a própria lei estabelecia que se a "*entençon*" pudesse ser provada por duas testemunhas válidas, a prova seria considerada firme.

Do mesmo ano, é uma outra lei que regula a higidez da atividade processual do autor, "*Stabeleçjmento pera aquele que se chama outor*", determinando que o ele, o autor, deveria prestar um juramento de que não estava em juízo maliciosamente nem desejava prolongar o processo: "*E mando que tanto que sse alguem chamar a outor sseia theudo de iurar que sse nom chama a ele maliciosamente. Nem pera prelongar o preyto...*"[606]

Parece, de fato, ser de D. Afonso III, a Lei recolhida no Livro das Leis e Posturas, páginas 96 e 97, sob o título ""*como podem nomear testemunhas no preyto*", retomando o limite de, no máximo, trinta testemunhas, com a determinação da suficiência de dois testemunhos válidos para a comprovação da pretensão:

> "*Mandamos que se alguém preyto entrado ha perdeante o Juiz e en Juízo que quer prouar as entençom r lhi for mandado, pelo Juiz que nomee as temonyas (sic) possa nomear. Xxx. E aduzer pera prouar as entençom e nom mays e sse ssa entençom prouar pelas duas que nom seiam desfeitas ou deytadas per dereyto ualha a proua, e seia firme, e esta pustura e ffeyta...*" [607]

Sob o título "*Dos que podem sseer poua*"[608], Livro das Leis e Posturas recolheu as hipóteses para o impedimento de testemunhas: "*Todo homem pode seer proua en preyto contra outro saluo aqueles que ssom defesos per dereyto e per costume*".

As hipóteses eram três:

> "*E geeralmente ssom. iij. maneiras de dereyto e de costume per quaaes as prouas podem e deuem ser deytadas que nom ualham. A hua he per palaura. E a outra he per fecto. e a outra per maldade deles*".

A primeira das vedações, impedimento por palavra, no caso de alguma testemunha ter estimulado o demandante a incoar a lide, pois, pressupunha a venda de seu testemunho.

---

[606] *Livro das Leis e Posturas*, p. 27

A segunda das modalidades obstativas, a proibição ou impedimento por feito, reside na ocorrência de um estado de inimizade entre a testemunha e o demandado.

Nesse particular, a lei estabelece um sutil critério de aproveitamento do testemunho, mesmo existindo inimizade. Se a inimizade fosse anterior à propositura do pleito, o testemunho era proibido.

Entretanto, se a "*malquerença e enmijzade*" fosse posterior à propositura do pleito, era de se investigar se ela provinha da parte da testemunha em relação ao réu, ou, pelo contrário, se ela provinha do réu para com a testemunha.

Se a inimizade partisse da testemunha, primeira hipótese acima, não seria possível o testemunho, em razão da parcialidade e do comprometimento.

Porém, na segunda hipótese, isto é, se a inimizade, sempre posterior á propositura do pleito, partisse do réu, o testemunho era válido, pois, conforme bem observa Fátima Regina Fernandes, na cuidadosa pesquisa que elaborou:

> "*este poderia ter feito, propositalmente, inimizade com a testemunha, depois de iniciado o processo, com o intuito de inutilizar sua participação no mesmo*"[609].

Impedidos, por igual parentes e menores de quatorze anos.

A terceira das modalidades impeditivas seria a por maldade. Relacionava-se com dois grupos étnico-religiosos particularmente identificados e segregados: mouros e judeus.

Os primeiros, os mouros, não poderiam atuar como testemunhas. Ao que parece a guerra da Reconquista fazia perdurar a inimizade e desconfiança em relação à população

---

[607] *Livro das Leis e Posturas*, pp. 96-97.
[608] *Livro das Leis e Posturas*, pp. 36-37.
[609] Fátima Regina Fernandes, *Comentários à Legislação Medieval Portuguesa de Afonso III*, Curitiba: Juruá, 2000, p.152.

moura. Já a respeito do testemunho de judeus, excepcionalmente, somente se o pleito fosse de um judeu contra um cristão, poderia ocorrer o seu testemunho.

Condenados, com sentença definitiva, por crime de falsidade, loucos e pessoas sem memória não poderiam atuar como testemunhas. "*nem nenhua molher nom pode seer testemunha saluo en logares assinaados e cousas assinaadas...*" .

A própria lei cuidada de determinar as questões acerca das quais as mulheres poderiam atuar como testemunhas: questões de nascimento e parto de crianças, "*catamentos de molheres*" temas relacionados com moinho, fornos, "*lauandaria*", tecimentos, fiamentos, banhos etc[610].

Recolhida no Livro das Leis e posturas a regra que iria se perpetuar nas Ordenações, qual seja, a de coutar, no sentido de isolar, as testemunhas, depois de nomeadas, de modo a evitar o seu contato com as partes[611].

O Livro das Leis e Posturas também contempla, em algumas passagens, disposições específicas relativas ao juramento, demonstrando a sua longeva utilização no antigo direito lusitano.

Entre eles, há uma lei de D. Afonso III que cuida do assunto, mencionando tanto o testemunho como meio de prova, como um especial tipo de juramento, o "juramento por ajudas".

> "*Costume he en casa dElRey que aquel costume que era en leyrena conuem a ssaber que aquel que for chagado e non poder prouar per testemunhas que proue pela chaga e per. iiij° aiudas e ia he Reuogado/ pelo nobre Dom afonsso*".[612]

[610] *Livro das Leis e Posturas*, p. 37.
[611] *Livro das Leis e Posturas*, p. 37.
[612] *Livro das Leis e Posturas*, p. 224.

Como o texto indica, trata-se de uma revogação empreendida por D. Afonso III de um antigo costume relativo à prova.

O antigo costume determinava que aquela pessoa que tivesse sido ferida, porém não dispusesse de testemunhas do fato, poderia fazer a prova mostrando a sua ferida ("*pela chaga*") complementada pela prova de "*juramento por ajudas*", ou seja, com o auxílio de conjuradores, no caso, quatro deles, os quais, juntamente com a pessoa ferida, prestariam este tipo de juramento.

Entretanto, apesar do comando de revogação acima mencionado, o juramento com conjuradores, que teve ampla utilização no direito foraleiro, permaneceria sendo bastante utilizado no período das leis emanadas pelos primeiros monarcas, não sendo abandonado, de imediato, por força da recepção do direito romano, como observa Teresa Morais[613].

Veríssimo, aponta o fato de que as escrituras passaram a gozar de ampla utilização, em especial, a partir de D. Dinis.

Os instrumentos eram elaborados, por primeiro, pelos clérigos,

> "*e poucos se achaõ feitos por Seculares; seguirão-se ao depois os Tabeliaens, e a elles os escrivaens*".

Para evitar a falsificação, afirma o autor, usava-se, nos tempos mais antigos, o método ABC: na mesma folha eram redigidos dois textos iguais. Entre eles, escreviam-se as letras A, B e C, de modo que uma parte das letras ficasse em um dos textos e a outra parte da letra, no outro texto escrito. A seguir partia-se o papel: "*quando se duvidava da legitimidade de algum, ajuntavao-se ambos para ver se as metades das letras A. B. e C. juntas faziam justas figuras*"[614].

---

[613] Teresa Morais, "Dos meios de prova no direito medieval português - notas para a história do juramento probatório", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 436

[614] Jozé Veríssimo Álvares da Silva, "Memória sobre a fórma dos Juízos nos primeiros Seculos da Monarquia Portugueza", *in: Memórias de Litteratura Portugueza*, tomo VI, Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1796, edição "*fac-simile*", Muenchen: Klaus Rep., 1980, pp. 58-60.

11.3. Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas, em seu livro III, ao estabelecerem as linhas gerais do rito procedimental aplicável aos feitos cíveis, sob a rubrica "*Da Ordem do Juízo, que o Juiz deve ter, e guardar em seu Officio*", relacionam, de forma expressa, a instrução probatória com o âmbito da atividade cognitiva a ser desenvolvida pelo magistrado para a solução da causa:

> "*E pera vir o Juízo a boo desembargo, cumpre, e he necessario ao Juiz preparar os Autos necessarios pera boa Ordem de Juizo..... em tal guisa, que quando o feito for finalmente concluso, seja o dito Juiz assim cumpridamente enformado da verdade, que justamente possa dar Sentença conforme aa petição*". (3.20.3).

Dirigindo-se ao autor, as Ordenações Afonsinas recomendam-lhe atuação diligente, no sentido de obter, previamene à propositura, o material instrutório adequado à realizar a prova de suas alegações:

> "*E assi pertence ao Autor deliberar as cousas, ante que comece o feito, as quaes lhe cumprem pera aver vencimento delle; porque todo o Autor, que quiser acusar, e demandar, deve-se aconselhar com seus amigos, e deliberar com sabedores, e entendidos se he bem, e seu proveito possa fazer a demanda, ou acusação, que quer fazer; e veja se tem taes provas de testemunhas, ou Escripturas nos casos, que testemunhas nom ham de receber, perque possa provar, o que entende de demandar....*" (3.20.4)

O sistema Afonsino filiava-se, na generalidade dos casos, como é notório, ao sistema processual de fundo medieval, formal, solene e escrito, de matriz canônica, enfim, um procedimento ordinário, de múltiplas fases. Entretanto, não deixou de prever um modelo de rito mais abreviado, para o qual não admitia a possibilidade de apelação. Tratava-se do procedimento aplicável ao "*feito de pequena contia*".

A demanda, em tais casos, era pelo autor incoada oralmente, em lugar de ser introduzida mediante a forma tradicional de libelo escrito, aplicável, necessariamente, aos demais casos, em procedimento ordinário. Até a quantia de trezentos réis brancos, dez mil e quinhentas libras, ou o valor equivalente a três libras de prata, "*não seja o Autor costrangido a formar sua petição per escripto, epoderá bem dizella per palavra....*" (3.23, proêmio).

Repetindo a literalidade da regra canônica da Bula Clementina, as Ordenações Afonsinas informam que, em tais caso, de todos excepcionais, o Juiz "*deve encortar taes processos, em quanto poder, procedendo em elles sumariamente, sem outro estrepito, nem figura de Juízo, somente sabida a verdade*".

Caso fosse constatado que o valor da causa, da "*cousa ou quantidade demandada*", ultrapassava o valor estabelcido, o autor deveria retornar ao Juízo, trazendo o seu libelo, mediante petição escrita, para que o feito tivesse continuidade de acordo com o procedimento padrão.

Em tais casos, entretanto, o autor deveria oferecer, necessariamente, juntamente com o libelo escrito, a prova documental que amparava a sua pretensão: "*em tal caso deve o Julgador mandar a esse Author, que venha com seu Libello per escripto em forma divida, mostrando logo Escriptura publica daquello, que demanda, segundo forma da Ordenação do Regno feita sobre as Escripturas pubricas, e proceder per esse feito em diante, segundo Ordem do Juízo*" (3.24).

Em outro passo, (3.53) estabelece o legislador afonsino um procedimento diferenciado, de natureza sumária, para os casos ações de força nova, para os quais, em razão da especificidade e urgência do direito questionado, uma única dilação probatória deveria ser realizada:

> "*assy que façam as ditas demandas as mais breves que poderem: assy, como quer que nos outros Feitos devam ser dadas muitas dilaçoees, em este dê huuma, e seja peremtoria*" (3.53.3).

A atividade instrutória do Juiz, no sistema afonsino, concedia ao magistrado amplos poderes para, caso assim entendese conveniente, logo no início da causa, antes, porém, do oferecimento da contestação, inquirir as partes, formulando as perguntas que julgasse pertinente acerca de toda a matéria posta em juízo: "*O Julgador pode, e deve no começod a demanda, ante que a Lide seja contestada, fazer preguntas aas partees, quaees lhe parecerem pera boa Ordenança do processo, segundo elle vir que o feito dezeja...*", podendo, até mesmo, cominar pena em dinheiro para o caso de recusa ao oferecimento de resposta (3.26, proêmio).

A questão da imprescindibilidade da manifestação verídica da parte diante do juiz, ou seja, a recorrência do tema central da veracidade, fazia com que, na hipótese de o autor reivindicar do réu coisa alegada como sua propriedade, móvel ou imóvel, o magistrado inquiriria o demandado se a dita coisa encontrava-se ou não em sua posse.

Caso a resposta do réu fosse negativa e pudesse o autor, desde logo, provar o contrário, o magistrado ordenaria a transferência da posse, provisória, do bem ao autor: "*em tal caso por o dito Reo assi ser convencido de mentira, deve loguo ser privado da posse da dita cousa, e deve ser entregue ao dito Author, ate que a demanda seja determinada sobre a propriedade della*" a fim de que a "*outros exemplo de naõ ousarem ao diante semelhante fazer*" (3.26.1).

Após o oferecimento da contestação, entretanto, as partes não poderiam ser constrangidas a responder as perguntas, tocantes à matéria de fundo do litígio, determinadas pelo magistrado, em razão da compreensão de que "*naõ parece seer cousa rezoada, que cada huua das partes seja costrangida de dizer cousa, perque a outra parte contraira prove sua tençaõ*" (3.26.2).

Porém, a regra não se aplicava ao momento do depoimento pessoal das partes, que era feito por artigos, precedido de juramento de calúnia. Nesse momento, os litigantes poderiam ser constrangidos pelo magistrado ao oferecimento de respostas: "*salvo no depoimento dos Artigos feitos per cada huua das partes, ca em tal caso a parte, contra que os Artigos foraõ feitos, será theuda depoer a elles per juramento dos Avanjelhos*" (3.26.2, "*in fine*").

A recusa da parte em oferecer resposta aos artigos em seu depoimento pessoal, sem oferecer justa razão, implicaria a assunção de que o referido artigo havia sido, tacitamente, contestado em beneficio de quem o formulava.

Ao magistrado, entretanto, ainda que a contestação tivesse sido oferecida, poderia "*perguntas ás partees aquellas perguntas, que lhe parecer serem necessárias, e compridoras pera boa ordenança do processo*".

Porém, como referido, não poderia o magistrado indagar acerca da matéria de fundo da lide, indicando que, a rigor, depois da contestação, não poderia, por meio de perguntas, adentrar no mérito da demanda exceto por meio da instrução, cuja realização era reservada a momento processual especifico: "*e naõ sejam*" [as perguntas] "*decizivas do negócio; ca se o forem, naõ se podem fazer em algum tempo, assy ante da lide contestada, como depois, salvo no depoimento dos Artigos, como dito he*" (3.26.3).

A ausência de comparecimento do demandado, depois de citado, ou de seu procurador, era entendida como revelia e ensejava a condenação do réu, desde que a matéria posta em juízo pelo autor pudesse ser provada por prova documental ("escritura") ou por meio de prova testemunhal, condicionando-se a validade desta última, à reputação das testemunhas "*testemunhas dignas de crer, e de boa fama*". O intuito era o de abreviar a duração dos processos, "*porque das perlongas se segue a DEOS, e a Nós grande desserviço, e aos povos de nossos Regnos muitas perdas, e dapnos, assy como vemos per certa experiência*" (3.27.3).

A ausência do comparecimento do réu citado, após a prolação da sentença, permitia o início imediato da execução, sendo que, em desfavor do réu, operavam-se ainda sérias restrições probatórias para o eventual oferecimento de embargos na fase executiva:

> "*e d'hy em diante o revel naõ seja recebido a embargar a dita Sentença, nem hir contrella, salvo se mostrar pagua, ou quitação expressa... perque he estabelecido, e mandado, que naõ sejam recebidas provas em taes feitos, ou contrautos, se nam per Escriptura, ou per Testemunhas de boa fama, que loguo apresente pera provar, e fazer certo de sua pagua, ou quitação...*" (3.27.3).

O Título XXXI, que apresenta a emblemática rubrica "*Como o Julgador deve julguar, segundo achar alegado, e provado por as partes*", revela os parâmetros para a atuação do magistrado na solução do caso, detalhando as limitações para a formação de sua convicção acerca da matéria posta em juízo, como é o caso da proibição de realizar julgamento segundo a sua consciência, em detrimento do material alegado e provado:

> "*... que sempre julgue segundo que achar no feito alegado, e provado por as partes, assy Author, como Reo, tendo sempre maneira em como sua Sentença seja sempre conforme á sustância (a) petiçam, fundando-se nas provas dadas por as partees, como dito he;*
>
> *e naõ deve julgar segundo sua conciencia, salvo em quanto ella fosse formada por as alegaçoens, e provas feitas por as ditas partees*". (3.31, proêmio).

As Ordenações delineavam limitações à utilização do conhecimento privado do magistrado. Caso pretendesse o juiz utilizar-se de alguma informação não proveniente do resultado da instrução do processo em questão, em razão de sua eventual relevância para a elucidação da causa em questão, a referida informação apenas seria admitida se proviesse de outro processo em seu Tribunal, no qual ele houvesse atuado como juiz na causa, "*ca em tal caso poderá julguar segundo a sua Conciencia formada por o que vio como Juiz....*", porém, com a importante ressalva, de modo a enfatizar, desde tempo tão recuado, a valorização da publicidade dos atos judiciais, de que tal possibilidade apenas seria admissível desde que o "Auto Judicial" original representasse atividade jurisdicional realizada "*em Juízo pubrico*" (3.31.1). Repristinando antiga regra romana, as Ordenações não deixaram de ressaltar os poderes absolutos do soberano, permitindo que suas decisões, de todo finais, pudessem ser efetivadas segundo sua consciência, desprezando, caso assim entendesse conveniente, quaisquer provas ou alegações produzidas pelas partes, em razão da presunção, absoluta, do seu indefectível acerto quando do exercício da atividade judicante, chegando até mesmo a, expressamente, inadmitir prova em sentido contrário:

> "*E achamos per Direito, que somente ao Príncipe, que naõ reconhece suprior, he dada Authoridade, que em todo caso possa julguar segundo sua conciencia, leixando qualquer outra prova, ou aleguaçam feita per cada uma das partees en contrario; porque tal Príncipe he sobre toda Ley humana, e o Direito prizume delle sempre ser incurrutivel: nem deve ser recebyda em algum tempo prova em contrario de tal presunção, porque he em sy tam vehemente por rezam de sua alta priminencia, que segundo Direito nam recebem prova em contrario, como dito he*" (3.31.1).

As Ordenações não determinavam a obrigatoriedade da apresentação dos documentos imprescindíveis à propositura da ação logo na propositura da ação. Entretanto, de acordo com a fundamentação do autor acerca do seu direito, duas posturas eram-lhe exigidas.

Caso o autor, por exemplo, alegasse em seu libelo que a coisa em litígio lhe pertencia por havê-la adquirido por título de venda e compra, apenas fazendo menção a uma escritura que poderia comprovar a sua afirmação, e protestando por provar tal alegação em momento oportuno, apenas após o oferecimento da contestação a referida escritura deveria ser exibida:

> "*Se o Author em seu Libelo fizer mençaõ d'alguua escriptura, per que emtemde provar sua temçam, nom limitando ser assy a cousa, como na dita Escriptura he contheudo, em tal caso nom será o Author theudo mostralla amte da Lide contestada*".

Entretanto, caso o autor, ao propor sua demanda, fizesse menção explícita ao fato de que o bem em litígio havia sido objeto de uma compra ou escambo conforme consta de escritura, ou seja, afirmando ser este o fundamento direto de sua demanda, "*em tal caso será o dito Autor theudo mostrar a dita Escriptura ao dito Reo amte da Lide comtestada*" (3.37, proêmio).

Não poderia, portanto, o autor, em tal hipótese, aguardar o oferecimento da contestação para somente então exibir o documento. Deveria, pois, trazer e exibir a prova documental antes de tal ato processual.

O juramento de calúnia vem expressamente regulado em 3.39, sendo exigido, de ambos litigantes, ou dos seus procuradores, logo após a contestação da lide. Tratava-se do juramento denominado pelas Ordenações de "*iniversal*".

Entretanto, as Ordenações cuidaram de um outro juramento de calúnia, que denominaram "*particular*", que poderia ser exigido ou prestado em qualquer momento do processo, até mesmo antes da contestação da lide. Em linhas gerais, as declarações juradas cuidavam de afirmar que, no caso do autor, não movia demanda com intenção maliciosa e, no caso do réu, não alegaria ou provaria "*cousa alguma por malícia ou engano*".

Após a admissão do libelo do autor e contestação da lide, prestados os devidos juramentos de calúnia, a fase procedimental seguinte era a da apresentação pelo autor dos Artigos aos quais o réu deveria ofereceu resposta, em depoimento pessoal.

Entre as várias exigências que deveria o autor cumprir na elaboração dos seus articulados, como, por exemplo, referirem-se a coisa certa, que dissessem respeito à matéria posta em juízo, que não fossem contraditórios etc, as Ordenações regularam, indiretamente, a controvertida questão da prova da negativa do fato.

Assim sendo, estabelece-se a exigência, em 3.53.1, entre outras, que as indagações às quais deveria o réu responder, e, na seqüência, provar, ou seja, os Artigos "*nam sejam neguativos, mas sejam afirmativos*". Entretanto, caso alguns dos artigos fosse apresentado sob a forma de negativa, o depoente deveria a ele responder, pois:

> "*ainda que seja regra em Direito, que a negativa nom se pode provar, se he coartada a certo tempo, e a certo lugar; e ainda se pode provar, se hé retornada em afirmativa: pode-se ainda provar per confissam da parte feita no depoimento; e pois se pode provar, pode-se articular, como já suso he dito*" (3.53.14).

A amplitude das atividades probatórias encontra-se regulada em 3.60, "*Das dilaçoens, que se dama as partes pera fazerem suas provas*". As dilações ou eram em número de três, "*tres simplesmente*", ou apenas uma, "*huua perentoria*".

No primeiro caso, permitia-se que cada uma das três dilações tivesse a duração de oito dias, "*segundo a calidade do negocio, e despoziçam do tempo; e esto está no alvidro do Julgador*". Já no caso da dilação peremptória, poderia ser concedida a duração de vinte e dois dias (3.60.1).

Excepcionalmente, uma quarta dilação poderia ser concedida, desde que a parte viesse a "*jurar aos Santos Avanjelhos, que per sy, nem per outrem nam soube nenhumma cousa do contheudo na Inquiriçam, que jaa tirada he, nem pedir a dita dilaçam com alguuma arte, ou máo emguano, mas somente aa boa fee...*" (3.60.1).

A instrução da causa mediante três dilações aplicava-se, geralmente, aos casos em que a prova houvesse de ser realizada no local do juízo do feito, "*e pera a que se faz fora do lugar, acustuma-se dar huuma sôo peremtoria, segundo a distancia do lugar, e a calidade do negócio*" (3.60.2).

Regulando a atividade probatória a ser realizada fora da terra, em especial, fora do Reino, como no Reino de Castella, "*custuma-se dar três mezes, segundo a distancia do lugar no dito Regno*".

Se, eventualmente, o local no referido destino for muito longe, o juiz, discricionariamente, poderia conceder um mês adicional para a dilação (3.60.3). Se a dilação houvesse de ser realizada em Aragão ou no Reino da França, eram concedidos seis meses (3.60.4).

Se houvesse de ser realizada "*álem do Maar, assy como em Ingraterra, ou Frandes, ou outra semelhante terra, custuma-se dar nove mezes e de hy em diante, segundo a calidade do negocio, e a desposiçam do tempo*" (3.60.5).

Em Roma ou Rodes, hipóteses excepcionais, um ano, com possibilidade de concessão de prazo adcional, conforme o caso (3.60.6).

Durante o prazo concedido para as referidas dilações, era proibido ao julgador a realização de qualquer ato processual, exceto, entre outras, a oitiva de testemunhas:

> "*E dizemos, que em quanto o prazo durar, que o Juiz daa, e outorgua a alguma das partees, num deve elle fazer alguuma cousa nova em esse preito, nem se deve embarguar em outra cousa, salvo sobre aquella rezam, sobre que foi dado o prazo, assy como receber testemunhas, ou veer as Cartas, e Privilegios, que perante elle forem dados em prova*" (3.60.7).

As Ordenações regularam, de forma, detalhada, a prova testemunhal, revelando a sua importância para o antigo sistema processual lusitano previsto nas Afonsinas.

Seguindo o rito procedimental, o magistrado assinaria prazo para que as partes indicassem as testemunhas, com a ressalva no sentido de que "*nam poderam em nenhuum caso nomear mais que até trinta*".

Porém, o número defintivo de testemunhas permitido em cada processo guardava relação direta com o número de Artigos relacionados pelas partes: "*e se os Artiguos forem em sy diversos, poderám nomear a cada huum Artigo trinta testemunhas*".

Porém, atento para as particularidades do contencioso lusitano desde época antiga, o legislador afonsivo estatuía que: "*se o Julguador achar que as nomea assy maliciosamente, ca em tal caso nom lho deve consentir*" (3.61, proêmio).

A rigor, embora permitindo o arrolamento de tão elevado número de testemunhas, o sistema probatório afonsino guardava uma regra racional acerca da persuasão do magistrado: "*se provar sua tençam por duas testemunhas dignas de fee, que na, seão lançadas per contraditas, valha essa prova e seja firme*" (3.61.2).

O depoimento da testemunha era precedido de um juramento "*aos Santos Avanjelhos tangidos corporalmente com suas maaõs*", Entretanto, a publicidade na produção da prova não era aplicada.

O juramento era oferecido diante da parte contraria, "*e depois que assy jurar, dará seu tstemunho secretamente sem nenhum das partees delle serem sabedores, atè as Inquiriçoees serem abertas, e pubricadas*" (3.61.3).

Caso a parte solicitasse que alguma testemunha retornasse para novamente prestar testemunho no processo, deveria pagar as despesas, "*na ida, vinda e estada; a saber, ao que vier de pee dez reaes por dia, e ao que vier de besta, quinze reais...*" (3.61.4).

A hipótese de produção antecipada de prova também se encontrava regulada pelas Afonsinas. A primeira hipótese é a da produção antecipada ser requerida pelo Autor, em 3.61.7:

> "*Item. Se o Autor ante da demanda começada requerer ao Julguador, que lhe sejam perguntadas alguuãs testemunhas sobre a cousa, que entende de demãdar, aleguando que as ditas testemunhas sam muito velhas, ou enfermas de grande emfirmidade, ou sam emcaminhadas pera hir a outra parte fora da terra....*"

O procedimento a ser aplicado na oitiva das referidas testemunhas encontrava-se descrito em detalhes, estabelecendo o registro e guarda do conteúdo do depoimento, para futura abertura e publicação, sendo garantido, e esse ponto é importante, o contraditório, mediante a citação da parte contra quem pretendesse o autor litigar, citação esta que deveria ser pessoalmente realizada, ou mesmo por um mecanismo equiparável à moderna citação por hora certa, mediante a notificação à sua esposa ou vizinhos, em caso de não ser localizado:

> "*e que seus ditos sejam assy cerrados por memória ao diante, até que com Direito sejam abertas, e pubricadas, deve-as o Julguador mandar perguntar, sendo elle primeirament emformado da dita velhice, ou imfirmidade, ou lomgua absencia, como dito he, e sendo outro sy a parte contraria citada, pera veer como juram, em sua pessoa, se poder ser achada, senam á porta de sua casa, prezente sua molher, ou vizinhança, que lho ajam de notificar*".

Idêntico procedimento é previsto para o caso de pretender o réu realizar a produção da prova antecipada, sendo que, neste caso, as exigências de velhice, enfermidade ou possibilidade de ausência prolongada não eram, segundo o texto afonsino, exigidos.

Tal qual aplicável à iniciativa do autor, neste caso, os depoimentos seriam colhidos e mantidos cerrados, "*porque elle Reo nom he certo quando lhe será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde, ou cedo....*" (3.61.8).

A testemunha arrolada por uma das partes não poderia ser substituída, exceto mediante justificativa, declinando a razão da recusa. Porém, ainda que tenha arrolado determinada pessoa, a parte poderá impugnar o seu depoimento, levantando a arguição de falsidade, pois, ao indicá-lo como sua testemunha, "*aprovou somente sua pessoa, mas nam seu dito, e nam quanto boõ, e verdadeiro for*" (3.61.9).

Expressa é a possibilidade de realização de contradita de testemunha em 3.61.10. As pessoas que não poderiam testemunhar estão relacionadas em 3.61.11 e seguintes: pai e mãe, não poderiam testemunhar em feitos de seus filhos, assim como o avô e bisavô, para o neto e bisneto, e assim por diante.

Porém, a mãe poderia testemunhar, no feito de seu filho, apenas para responder acerca da sua idade, "*porque tem rezam maiss de o saber, que outra nenhua pessoa*". No mais, seria considerada suspeita (3.61.11). Irmão, por igual, não poderia ser testemunha no feito do irmão (3.61.13).

O servo não poderia, no mais das vezes, ser testemunha. Entretanto, como o sistema afonsino admitia que a demanda fosse fundada em Direito Comum, em casos especiais, nos quais fosse necessário o testemunho do servo, tanto em matéria cível como criminal, poderia ele ser realizado (3.61.13).

Judeu ou Mouro, da mesma forma, não poderiam servir de testemunhas nos feitos em que litigue um cristão contra outro. Da mesma forma, aquele que perdeu a memória e o menor de catorze anos estavam proibidos de testemunhar, exceto algumas vezes em feitos criminais relacionados com crimes graves, quando, a mingua de outras pessoas, poderiam os menores testemunhar, "*por o malefício nom ficar sem pena*" (3.61.14).

Não desconheciam as Ordenações a questão do testemunho do inimigo capital, o inimigo declarado de uma das partes, proibindo o seu depoimento. Por igual, inadmissível o testemunho daquele contra quem se litigou ou atualmente litiga (3.61.15).

Ao regular o crime de traição, as Ordenações equiparam, como não dignos de fé, tanto o testemunho do inimigo declarado, como, "*amigo especial do acusador*" (5.2.26). A testemunha poderia ser tida, portanto, como suspeita e expressamente recusada, sempre mediante sólidos fundamentos.

Em qualquer hipótese, a recusa de testemunhas deveria ser provada e registrada nos autos (3.61.17).

As hipóteses nas quais poderia haver a contradita das testemunhas encontram-se reguladas pela antiga lei de Afonso III, recolhida em 3.63. Eram apontadas, entre várias, hipóteses de parentesco, inimizade etc.

Por igual,

> "*per maldade podem as testemunhas ser lançadas, assy como san Judeus: salvo em preito, que aja Judeu com Christam, em que devem valer Judeus, e Christaãos igualmente. Outro sy Mouros nom devem ser testemunhas, nem homem, que seja achado em falsidade em Sentença...*" (3.63.5).

As Afonsinas repristinam antiga lei de Afonso III, que estabelecia a necessidade de que o Juiz "coutasse" (isolasse) a testemunha, desde a sua indicação até o seu testemunho, fazendo com que, caso qualquer uma das partes se comunicasse com alguma das testemunhas, tanto a seu favor, como as contrárias aos seus interesses, o referido testemunho não teria valor (3.62: "*Da pena, que averam as partes, que falam com as testemunhas depois que sam emcoutadas*").

A regulamentação da prova documental, especialmente as escrituras públicas, encontra extensa regulamentação nas Afonsinas, colocando em evidencia o seu prestigio crescente e sua ampla utilização no século XV.

Antiga lei de D. Fernando, recolhida nas Afonsinas (3.64.3), relata a existência, àquele tempo, de inúmeras demandas em todo o Reino que se originavam

> "*per falecimento da verdade, que antre os homees nom era guardada, nem conhecida, e per malicia era encuberta, e sobneguada por esforço, que ham de lhe nam ser provada a verdade do Feito, sobre que comtemdem, ou se se provar, que poderaõ impunar a prova per contraditas, ou reprovas, ou contrariedades nom verdaeiras; e catam per esto testemunhas, e as corrompem pera dizerem o que nom he verdade, ou pera emcobrirem, e nam dizerem a veradade do que do feito sabem; e por azo desto se vem a buscar huus aos outros muitos e grandes dapnos, e estroimentos dos Corpos, e averes....*"

Por tais razões, o monarca determinou que inúmeros negócios usualmente realizados mediante escritos particulares ou tratos verbais, de natureza informal, entre os contratantes passassem, obrigatóriamente, a serem realizados, a partir de então, exlusivamente, mediante escrituras públicas, como passou a ser o caso, entre outros de "*avenças, comvenças, composiçoees, preitos, e contrautos, assy de compras, vendas, e escaibos, ou permudaçoees, dotes, arras ou doaçoens, comdições, e quaesquer promissoees, stipulaçoees, aforamentos, rendas, comdiçoes e dotaçooes, como outro sy de empréstimos, cabedaees, ou comendas, guardas, comdecilhos, quesquer obrigaçoees, e comvenças, e todollos outros contratos, e firmidoees de qualquer natura, e condiçca,, e sobre qualquer, e qualquer cousas....*" (3.64.5). Portanto, a partir de tal determinação, nenhuma pessoa poderia ser admitida em juízo, sem "*mostrar Estormento pubrico, ou Carta, per que possa firmar sua tençam...*" (3.64.10). Nestes casos, as Ordenações ainda estabeleciam a possibilidade de um juramento decisório (3.64.11). Segundo o texto legal, caso a parte demandada, comparecesse em juízo, jurando pelos evangelhos, que ao autor não assistia razão em sua demanda, "*o Juiz o absolva loguo na demanda, e condene o Autor nas custas*". Mas, se o citado não quisesse jurar, e recusasse o juramento, e, ao mesmo tempo, o Autor jurasse que o réu estava obrigado acerca daquilo que demandava, "*o Juiz condene loguo o Reo per sentença, porque nam quis jurar, a restituir aquello, que lhe foi demandado, em aquela parte, que nom quis jurar*". A exceção de falsidade documental encontra-se procedimentalmente regulada em 3.64.15.

Assim sendo, as Afonsinas repristinaram a lei de D. Fernando, estabelecendo sua aplicação nas causas cujos contratos, ou estimações, fossem superiores a "*cinco mil livras*". Para as causas de valor inferior, a apresentação de escritura não era necessária, sendo admissível, em tais casos, a prova testemunhal para a comprovação dos fatos alegados, em procedimento de oitiva mais simplificado que o das inquirições (3.64.16).

Por igual, não era necessária a realização de escrituras para os negócios habituais do reino, como, por exemplo, compras e vendas de "*pam, e vinho, carnes, e pescados, e outras cousas de mantimento de cada dia, nem dos preitos dos jornaees, e mesteiraees, e obreiros...* " (3.64.17).

O término da fase instrutória, as denominadas "*Inquirições*", era seguido da possibilidade de oferecimento de "*Embargos ás Inquirições*" (3.66).

Tratava-se de manifestação eventual das partes no sentido de obstar a abertura e publicação do material probatório colhido. Poderiam versar os referidos embargos, por exemplo, acerca da não oitiva de uma determinada testemunha arrolada, ou, acerca de eventual contradita realizada e não acolhida.

Havia também a hipótese de que a testemunha indicada houvesse falecido antes de seu depoimento. Neste caso, a matéria poderia ser ventilada nos referidos embargos, motivo que ensejaria a substituição e nova oitiva da testemunha que deveria vir em substituição à falecida.

As Ordenações continham regra expressa, (3.66, proêmio) acerca da possibilidade de o juiz determinar a condução coercitiva das testemunhas: "*aquellas, que testemunhar naõ quiserem, costraga-as em todo caso que testemunhem, penhorando-as, e cambarcando-lhes as portas, poendo-as em prisam...*".

Porém, sempre presente, a esse tempo, o regime tratamento judicial diferenciado aplicável aos variados estamentos sociais deste Portugal de fortes traços medievais, o texto legal excepciona a regra da prisão: "*.....se taees pessoas forem, em que rezoadamente caiba prizam....*".

A matéria dos embargos às inquirições também poderia versar sobre suspeição dos tabeliães ou escrivães que teriam falsamente redigido os documentos (3.66.2).

Não havendo embargos, ou tendo sido superada tal fase, o magistrado deveria "*aver as Inquiriçoees por abertas, e pubricadas, e mandar que ajam as partes vista dellas, se quiserem....*" (3.66.3).

Então, as partes deveriam oferecer seus "*razoados*" acerca das ditas Inquirições. Logo após (3.66.4), o feito era concluso ao juiz para apreciação, estabelecendo, ao final, a regra de julgamento:

> "*e se achar que o Autor nom prova de sua tençam alguuma cousa, deve asolver o Reo da demanda.... "*

Porém, caso a prova favorecesse o autor, porém fosse entendida como "*meia prova*", ou seja, não havia atingido a plena convicção do julgador, deveria o magistrado determinar um reforço probatório. Idêntico procedimento era exigido em caso de oferecimento de exceção pelo réu:

> "*e se achar que prova tanto, que faça meia prova, a saber, per huua testemunha sem sospeita, no caso honde se deve receber prova de testemunhas, ou per confissam, que fez a parte fora do Juízo, em tal caso.... deve dar juramento ao Autor em ajuda de sua prova, se for pessoa mais dina de fee que o Reo....*"
>
> "*E jurando que he verdade o que demanda, deve o Juiz condenar o Reo naquello, que contra elle he pedido. E se o feito for criminalmente ententado, deve julguar que o Reo seja metido a tormento, para a verdade saber per elle.....*".

Tratava-se do "*juramento em ajuda de sua prova*", que tinha como objetivo fazer com que "*com seu juramento ficará a prova inteira*" (3.119). Esta hipótese, entretanto, era aplicável, tanto aos casos em que a prova do autor, ou do réu na exceção, apenas quando a demanda versasse acerca de contenda de pequeno valor ou quantidade.

Assim sendo, caso demanda "*fosse grande, ou de grande valia, em tal caso nam há luguar esta ley, nem o juramento de que falla, porque entaõ nom provando o Autor compridamente a sua tençaõ, ou o reo sua excepçam, nom averá vencimento....*"

Por fim, o sistema processual afonsino admitia que novas provas fossem realizadas em sede de apelação, desde que, fundadas em "*rezam nova*". Assim, caso a referida prova já houvesse sido produzida no primeiro juízo, não era possível a sua realização em sede de apelação. A regra é clara acerca das restrições aplicáveis à admissão de novas provas em apelação (3.84):

> "*com tanto que nam dem prova de novo perante os juizes da apelaçam sobre alguuma rezam, sobre que já ouvessem dada outra prova no feito principal, e hy fosse acabada, e pubricada, ca em tal caso nom serâm recebidos a dar provas de testemunhas, por que em outra guisa ligeiramente se poderia abrir caminho pera se fazerem muitas falsidades.....*" .

As Ordenações, em 5.6, conservando as práticas consuetudinárias[615], repristinaram leis antigas[616] acerca da forma pela qual deveria ser feita a prova do crime de estupro, "*Da Molher forçada, e como se deve a provar a força*".

Em razão da gravidade do crime, cuja pena era a capital, a prova deveria ser feita mediante a análise do comportamento da mulher logo após o crime, que deveria vir pela rua "dando grandes vozes, e dizendo,

> '*vedes que me fazem', hindo por três ruas; e se o assy fezer, a querella seja valedoira; e deve nomear o que a forçou per seu nome*".

---

[615] Azevedo comprova a antiguidade do preceito, apontando a sua ocorrência em diversos forais lusitanos, destacando que as aproximações das exigências probatórias no processo foraleiro e no regime das Ordenações. Cf. Luiz Carlos de Azevedo, *Estudo jurídico sobre a condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*, São Paulo: RT, 2001, p.20.

[616] O Fuero Viejo de Castilla, cuja aprovação data do último quartel do XIV, em seu segundo livro, título II, "*De los que fuerçan las Mugeres*", prescreve que a notícia do crime de estupro deveria ser dada pela vítima de imediato, e a ela também incumbia, além da formalização da acusação oral, a prova dos fatos mediante uma inspeção a ser realizada por outras mulheres "*e si fuer muger virgen, deve mostrar sua corrmpimiento a bonas mugeres, las mejores que fallare; e ellas probando, devel responder aquel, a que demanda*". *El fuero Viejo de Castilla*, Madrid: Joachin Ibarra, 1771, edição *fac-simile*, Valladolid: Lex Nova, 1983, pp. 66-67.

Por outro lado, caso o crime fosse cometido fora da vila, em lugar "*que nom possa bradar. E quando sair do lugar, deve-se logo carpir, e bradar, e hir-se logo geitar aa Justiça. E fazer assy como he custume do Regno; ca assy he forçada, segundo custume, e segundo razom*".

O repto, como modalidade de duelo, encontra-se previsto nas Afonsinas (5.64), entretanto, era retrito apenas nos casos de traição ao rei ou seus familiares (5.64.13), rstrição também recolhida em 1.13 "*Nem deve seer outorgado per Nós a alguu, que possa retar outro, senom em caso de treiçom, que soomente seja cometida contra a nossa pessoa, ou cada huu nosso decendente, ou acendente....*"

A lide, como era também denominado o duelo, permanecia aplicável, preferencialmente, entre as pessoas de maior dignidade, como, entre outros, os fidalgos e cavaleiros.

Admitia-se a possibilidade de, em caso de ser "*o retado alguu velho, que passe sessenta annos, ou moço, que nom chegue a vinte cinco annos, ou Clérigo Beneficiado, ou d'Oordees sagras*", poderia oferecer alguém para combater em seu lugar (5.64.18).

Entretanto, as Afonsinas regulavam a hipótese de algum homem do povo acusar um nobre. Neste caso, o cavaleiro ou fidalgo, por exemplo, aceitando o repto, deveriam combater pessoalmente, "*mais deve o Cavaleiro, ou Fidalgo de lidar com o vilaaõ, pois que o retou, sabendo que tal era*" (5.64.15).

A matéria do repto também se encontra regulada em 1.64. A fixação do dia e do local para o embate deveria ocorrer apenas por determinação real, ouvido o seu Conselho: " *E no caso, onde o retado escolher a lide do campo, devemos-lhe per acordo do nosso Conselho assinar o lugar, onde haja de seer, e o dia pera ello convinhável, segundo as pessoas forem, e o caso, de que cada huu honestamente requerer*" (1.64.6).

12. Expansão ultramarina: a montagem do Império Português

Ponto de relevância na historiografia a respeito do período de transição para a época moderna é aquele acerca do momento inicial do movimento expansionista português no além-mar, qual seja, a tomada de Ceuta, localizada no Marrocos, no verão de 1415.

O assunto foi tratado por historiadores contemporâneos, como se constata pela opinião de Charles Boxer no sentido de que, por volta de 1419, ou seja, quatro anos depois daquela conquista, as viagens de descobrimento teriam tido efetivo início, ressalvando, entretanto, a pertinência da utilização de qualquer uma das duas datas:

> "*Por motivos de ordem prática, pode-se considerar que a primeira etapa da expansão ultramarina da Europa tenha se iniciado numa dessas datas*"[617].

Paul Teyssier, por sua vez, afirma que a conquista da cidade marroquina, localizada ao sul do Estreito de Gibraltar, por ação de uma poderosa armada, sob as ordens de D. João I, em 21 de agosto de 1415, abriu, de fato, o período das grandes navegações, arrematando:

> "*Ao atravessar o estreito para tomar Ceuta, este monarca desencadeia uma expansão que vai, em pouco mais de um século, levar os navegadores, comerciantes, administradores e missionários portugueses até imensas extensões do globo*" [618].

---

[617]Charles Ralph Boxer, *O império marítimo português - 1415-1825*, tradução A. Barreto, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.31.

[618]Cf. Paul Teyssier, "Cem anos gloriosos", IN: Araújo, Carlos (direção), *Lisboa e os descobrimentos – 1415-1580: a invenção do mundo pelos navegadores portugueses*, Lisboa: Terramar, s/d, p.9.

Entretanto, se os eventos ocorridos nesse início do século XV não ensejam maiores questionamentos a respeito do aspecto temporal, no deflagrar do período das navegações ultramarinas[619], a questão das ordens de motivações, ou seja, as razões que teriam dado causa a todo o notável processo de expansão marítima, não oferece abordagem uniforme entre os historiadores.

Destarte, a partir do cotejo entre as diversas abordagens, antigas e contemporâneas é possível a identificação de causas comuns para o expansionismo marítimo português, ou seja, as razões que teriam impulsionado a "*Era dos Descobrimentos*", tal qual apresentado pelos historiadores em diversos momentos.

Por igual, tornar-se-ão mais nítidas as ordens de motivações subjacentes dos monarcas, oferecendo, a partir dos direcionamentos das governanças, algumas explicações para as novas conformações que o direito passaria a assumir, em especial, o processo a partir da legislação Manuelina. Vejamos os antecedentes:

A grave crise dinástica provocada pela morte de D. Fernando, em 22 de outubro de 1383, sem prole masculina hábil a permitir, legitimamente, a sucessão de sua descendência ao trono português, encerra-se somente em 1385, com a ascensão de D. João I, então aclamado como Rei, conseqüência última dos traumáticos eventos políticos havidos no reino durante o período de 1383-1385.

Desta forma, foi trazida para o centro do poder, juntamente com o novo monarca e seu "*entourage*", por via reflexa, a poderosa Ordem Militar de Avis, da qual D. João I era seu principal líder e mentor, razão pela qual restou ele conhecido, na História de Portugal, como sendo o "*Mestre de Avis*" [620].

---

[619]Jaime Cortesão, entretanto, aponta para o fato de que, em momento anterior, durante o reinado de D. Afonso IV, já se noticiavam as primeiras tentativas para a expansão no norte da África, com operações da marinha portuguesa contra os navios mouros no Estreito de Gibraltar, afirmando: "*o pensamento de expansão marítima e as primeiras tentativas para realizá-lo, prolongamento natural do plano de defesa da costa, datam, pois, em Portugal, da primeira metade do século XIV....*"Cf. Jaime Cortesão, *Os factores democráticos na Formação de Portugal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1984, p.93-94.

[620] As Ordens Militares desde cedo se estabeleceram na Península. Já em 1128 os Templários receberam de D. Teresa, em doação, o castelo de Soure. Da mesma época remonta em Portugal a notícia da Ordem dos Hospitalários ou Cavaleiros de S. João de Jerusalém. A atuação da Ordem de S. Thiago, originária da

Dentre os vários filhos do casamento do monarca com D. Filipa, filha do Duque de Lancastre, um deles, em especial, o Infante D. Henrique, nascido, provavelmente, em 1394, iria ter seu nome amplamente associado à atividade expansionista marítima portuguesa, passando a ser referido como "*O Navegador*".

Embora escassas as informações acerca da infância do Infante, encontra-se a menção ao jovem D. Henrique como um dos principais protagonistas no campo de batalha durante a conquista de Ceuta. Artur Matos oferece sua versão para o episódio:

> "*O próprio rei D. João I assume o mando da expedição, mas o Infante D. Henrique comanda a primeira vaga de assalto, seguido do irmão D. Duarte*" [621] [622].

Enfáticas ainda, acerca das motivações do Infante, reputado inúmeras vezes como sendo o "*grande impulsionador das navegações de descobrimentos portugueses*", estão as páginas tradicionais do historiador Damião Peres, informando que o projeto de conquista da posição marroquina tinha por escopo precípuo se apoderar de um grande centro abastecedor de trigo, bem como a eliminar a pirataria realizada por navios muçulmanos na região do Estreito de Gibraltar, que prejudicava, sobremaneira, o fluxo marítimo proveniente do Mediterrâneo rumo aos portos do norte da Europa.

Espanha, desde 1172 se estendia a Portugal. Os Templários acabaram por ser perseguidos em França, sendo que, em 1319, com a criação da Ordem de Cristo, os seus inúmeros bens localizados em Portugal, foram transferidos para a nova Ordem, por ordem do Papado. Por volta de 1166 tem-se notícia da Ordem de Calátrava, de origem castelhana, conhecida, desde seus primórdios, em Portugal, pelo nome de Freires de Évora. Mais tarde, tal Ordem vem a receber o nome de Ordem de Avis, em razão de ter-lhe D. Dinis efetuado um legado na região daquelas terras, mediante a condição de realizarem os donatários boa povoação bem como a construção de um castelo. Cf. Fortunato de Almeida, *História das Instituições em Portugal*, Porto: Livraria Magalhães e Moniz Editora, 1903, p. 41-42.

[621] Artur Teodoro de Matos, *Henrique o navegador, Lisboa*: CTT, s/d, p.31.

[622] Há relatos, entretanto, em sentido divergente, atribuindo a D. Duarte um papel mais ativo na conquista da praça marroquina, como, *v.g.*, o de Francisco Fernandes Lopes ao descrever a biografia de Vasco Anes da Costa, criado e valido do rei D. Duarte: "*... que se distinguira especialmente na conquista de Ceuta, em 1415, sendo, com o Infante D. Duarte, um dos primeiros a saltar em terra, fazendo recolher de roldão pela porta da Almina os mouros que estavam na praia...*". Cf. Francisco Fernandes Lopes, *Os irmãos Corte-Real*, Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos, 1957, p.12.

Não descuida também o autor em apontar, porém como causa subsidiária, um esforço de guerra religiosa:"*igualmente animada de um sentido religioso de luta contra os infiéis*" [623].

Embora o relato do historiador ofereça, em certa medida, dualidade de motivos, ambos muito coerentes, a tomada de Ceuta, deve ser entendida numa perspectiva algo mais aprofundada, mergulhada no complexo cenário político-militar da época e, portanto, distanciada de um singelo ímpeto expansionista, ainda que fundado numa vocação de incentivo ao proselitismo religioso.

Por outro lado, tal empreendimento não pode ser atribuído exclusivamente às aspirações mercantis do Infante. Havia, na verdade, por trás de tais mobilizações, uma intrincada articulação relacionada com a conquista e manutenção de novos espaços de poder pelos portugueses, no contexto ibérico.

Há, sem dúvida, nessa virada do século XIV para o XV, importantíssimas razões de Estado a inquietar a mente de D. João I e seu Conselho, impulsionando-os, talvez de forma inevitável, a uma arriscada operação militar em terras norte-africanas, resultado, talvez, de uma situação extremada, em razão da qual Portugal teria se visto ultimado a empreender, por primeiro, guerra aos marroquinos, sob pena de caso assim não o fizesse, acabar por franquear a Castela a possibilidade de conquistar a estratégica posição no Estreito.

É de se supor que caso os castelhanos houvessem atingido e conquistado Ceuta antes dos portugueses, a hegemonia de Portugal nas navegações, pelo menos em sua fase inicial, provavelmente, não poderia ter sido conseguida, na forma e momento em que foram inauguradas e conduzidas as primeiras viagens.

Nesse inicio do século XV, quatro nações cristãs, a saber, Portugal, Castela, Aragão e Navarra, juntamente com uma nação muçulmana, o Reino de Granada, protagonizavam, cada qual a seu turno, a difícil empresa de firmar posição predominante na Península sobre as demais, ainda que para se atingir tal feito, recorressem elas a articulações, guerras, tratados, alianças, pactos *etc*.

---

[623] Cf. Damião Peres, *Os descobrimentos portugueses*, Lisboa: Verbo, 1970, p.26.

De fato, desde o reinado de D. Fernando, já havia a nítida percepção pelos portugueses no sentido de que as rotas marítimas mediterrâneas deveriam ser liberadas e, a qualquer custo, por eles dominadas, não apenas retirando-as das mãos dos já mencionados corsários norte-africanos, porém, principalmente, para afastar a ameaça de um eventual controle por Castela, uma vez que, por terra, os castelhanos poderiam cortar, por completo, caso assim desejassem, a qualquer momento, as principais vias de acesso dos portugueses aos centros europeus.

Caso Castela dominasse o Estreito, pela tomada de Ceuta, os portugueses poderiam restar, por terra e mar, completamente isolados da bacia do mediterrâneo e, conseqüentemente, do coração da Europa.

No plano diplomático a questão também era francamente desfavorável aos portugueses, pois o Tratado castelhano-aragonês de Monteagudo havia repartido o norte da África entre as duas coroas. Na tentativa de minar as expectativas de domínio hegemônico dos castelhanos e aragoneses, D. João tentaria, com êxito, a via eclesiástica, tendo obtido, em seu favor, por volta de 1411, como consta da Bula "*Eximie deuocinis*", a importante autorização do Papa para que as Ordens Militares portuguesas pudessem "*colaborar na guerra justa contra os cristãos, muçulmanos e outros inimigos...*" [624].

O beneplácito do Papado viabilizava, na prática, a legitima e ampla atuação dos membros das Ordens Militares, em especial aqueles pertencentes à Ordem de Avis, da qual, como já foi dito, o próprio monarca português era seu condutor, permitindo a nítida visualização de uma das gêneses, no caso, a legal, da importância e prevalência que seus mais destacados representantes, incluindo, portanto, o Infante D. Henrique e associados, exerceriam, mais tarde, nas conquistas da costa ocidental da África.

---

[624] Vide, em detalhada abordagem ao tema, a opinião de Manuel Costa, relatando as sempre presentes escamoteações e articulações diplomáticas, inclusive a tentativa de aproximação portuguesa junto ao rival Reino de Aragão, no sentido de viabilizar uma abertura e, posteriormente, uma expansão comercial no Mediterrâneo. O autor destaca ainda o desconforto provocado em Castela pela descoberta dos preparativos para o plano de lançarem os portugueses conquista na região marroquina, momento em que, Portugal é forçado a enviar várias galés para socorrer, emergencialmente, Castela de um provável ataque do Reino de Granada. O autor aponta no sentido de que tal solicitação era, na verdade, uma manobra castelhana para enfraquecer a posição marítima portuguesa, uma vez que, segundo ele "*na altura, decorriam de forma*

Portanto, no que diz respeito à questão do domínio de Ceuta, evidenciam-se, em um primeiro plano, fatores que podem ser relacionados com a segurança do próprio Estado português diante das ameaças das demais monarquias concorrentes na região peninsular, em especial Castela, também ansiosa em empreender conquistas no norte da África.

Outrossim, outras motivações não menos importantes que as anteriores remanesciam subjacentes aos propósitos político-militares em relação a Ceuta. Não se pode esquecer que o êxito da denominada *Revolução de Avis*, com a definitiva derrota dos castelhanos em Aljubarrota, acabou também por mudar, substancialmente, a composição da alta nobreza do reino.

Foram afastados do poder importantes contingentes de membros da antiga nobreza portuguesa, que, por terem tomado partido, ainda que indiretamente, dos castelhanos, acabaram por se antagonizar com as forças leais ao Rei.

Assim sendo, num esquema de retribuição e premiação, típico das estruturas sociais medievais, muitos dos que emprestaram lealdade e esforços ao Mestre de Avis acabaram transportados, como já foi dito anteriormente, para o centro do novo espaço de poder junto a D. Joao I.

Seguramente, entre eles, encontravam-se pessoas ligadas à atividade comercial. Para estes, o móvel de buscar-se ampliar a mercancia, inclusive em praças africanas, era não apenas decorrente da nova posição proeminente à qual tinham ascendido, como também natural, em razão de seus misteres habituais.

Escorado na lição de Oliveira Martins, Waldemar Ferreira, ao apresentar sua Tese no III Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em Lisboa, em 1957, definiu o reflexo mercantilista também presente nas primeiras navegações portuguesas, ao afirmar, expressivamente, que:

---

amigável,as relações catelhano-granadinas". Cf. Manuel Fernandes Costa, *As navegações atlânticas no séc. XV*, Lisboa: Instituto de Cultura Portuguesa, 1979, p. 9-11.

> "*os navegadores portugueses quando se partiram a decifrar o enigma do mar tenebroso, levaram as armas do guerreiro numa das mãos e na outra as balanças do mercador*" [625]

A gente do comércio ali também estava, entre muitos outros, inserida e atuando em favor de seus interesses, sem que isto represente, como já antes foi concebido, que aquela burguesia, a do trato comercial, tenha, exclusivamente, deflagrado o processo das navegações.

Boxer tenta estabelecer, num esforço de simplificação, talvez incorrendo num reducionismo exagerado, conforme confessa o próprio autor, quatro grandes linhas de inspiração que teriam impulsionado os portugueses na era dos descobrimentos.

A primeira delas, o fervor empenhado na Cruzada contra os mouros. A segunda, a motivação de apresamento do ouro proveniente da Guiné. A terceira motivação seria a busca da determinação do local de existência do Reino de Preste João. Por fim, a busca pelas especiarias orientais.

O autor aponta o relevante fator da constatação da ocorrência de uma unidade política e social em praticamente todo o século XV em Portugal.

Ao contrario dos demais reinos europeus, Portugal não esteve envolvido em guerras civis fratricidas ou levantes por períodos de tempo muito alongados, acreditando ainda que a mobilização em razão das insurreições havidas em Castela, antes do período dos Reis Católicos, teria impedido que os castelhanos competissem com Portugal, de forma eficaz, no momento inicial da expansão marítima. Minimizando a importância da versão tradicionalmente oferecida pelos cronistas da época, a de lançarem-se os cavaleiros, destemidamente, em franco combate militar em África, associada ao desejo dos príncipes portugueses de serem armados cavaleiros no campo de batalha, numa construção típica das estruturas nobiliárquicas medievais, o autor informa que motivos econômicos e estratégicos desempenharam papel bem mais relevante que o mero ardor pela batalha iminente contra os infiéis.

---

[625] Cf. Waldemar Martins Ferreira, "O sistema jurídico português perante o condicionalismo dos descobrimentos e da colonização, *in*:*O Estado de São Paulo*, São Paulo, 9 mar., 1958.

Ceuta era, na verdade, também uma posição militar estratégica, uma base naval muçulmana por excelência, podendo oferecer, a qualquer momento, uma privilegiada posição como cabeça-de-ponte para uma eventual invasão norte-africana pelo Estreito, tal qual já experimentado no início do século VIII, iniciando a longa fase de dominação árabe na península, com esfacelamento da monarquia visigótica.

Acerca questão da busca por trigo, como acima descrita por Damião Peres, parece tal hipótese não mais resistir como motivação primária, diante da informação trazida por Boxer, no sentido de que a cidade norte-africana era, ao contrário do que se supunha, uma importadora do cereal, apenas armazenando-o, não havendo naquela região qualquer cultivo.

Quanto ao ouro da Guiné, a tomada de Ceuta pode, como quer o autor, ter oferecido aos portugueses algumas informações mais detalhadas acerca das trilhas pelas quais deveria fluir o ouro da costa ocidental da África, pelas rotas transaarianas.

Porém, Ceuta também não era produtora do metal, eventualmente, poderia ser um ponto de mediana distribuição, já que era um dos destinos, porém não principal, por terra, das citadas rotas comerciais do oriente que desembocavam nas regiões norte-africanas [626].

A busca pelo Reino de Preste João, mais poderia se inserir no rico quadro do imaginário medieval, ou seja, na crença da existência de um potentado mítico, de localização incerta, provavelmente em terras africanas, liderado pelo enigmático Preste João, um autêntico representante da cristandade em solo oriental e, principalmente, um caminho acessível para os portões da afamada opulência das "*Índias*".

Esforços não faltaram na sua busca: por volta de 1486, Antonio de Lisboa e Pero Montarrolo são despachados, por terra, para tentar encontrar o Preste, porém, após algum tempo, sem lograr êxito, chegando apenas até Jerusalém.

No ano seguinte, como afirma Oliveira Martins, partem, a mando do Rei, Afonso de Paiva e Pero de Covilhã, via Nápoles até Alexandria, seguindo, posteriormente, para o Cairo e daí até o Mar Vermelho, como mercadores. Atingem Áden, local onde se separaram. Paiva dirigiu-se para a Abissínia e Covilhã para a Índia.

Covilhã chega até Calicute e, depois, Goa. Atravessando o Indico, chega por fim, a Sofala, informando-se acerca de Madagascar. Voltou para o Cairo e, após saber da morte de Paiva, envia cartas ao monarca português com informações da viagem. D. João, ao receber as notícias por meio de emissários, solicita a Covilhã continuar a exploração, indo até Ormuz. Sempre na busca do Preste João, sua missão prioritária, porém nunca atingida, Covilhã parte para a Abissínia, pois se acreditava que o mítico príncipe havia se transferido para a Núbia. Conclui, portanto, o autor:

> "*Covilhã, de quem não se ouve outras cartas, por largos anos aprendera no Oriente a verdade, mas não podia transmiti-la para Portugal. Preso, sem ser maltratado, favorecido e rico pelo contrário, viveu por trinta e três anos na Etiópia*".[627]

Eis o universo do mito, que, por um lado atemorizava, mas, por outro, seduzia o homem europeu dos quatrocentos, no exato sentido revelado por Vitorino Magalhães Godinho:

> "*antes da era dos Descobrimentos,os homens não se situavam no espaço real- nos espaços reais, como também não nos tempos medidos. Sem dúvida preponderava já a concepção da terra como esfera.... Mas, para além do horizonte restrito do quotidiano, das viagens de mercadores ou derrotas de nômadas, não havia representação desse globo que permitisse localizar e encontrar os lugares, estimar sequer as distâncias, saber da posição relativa de cidades ou serras, nem até de mares e continentes. Concepções de conjunto como até visões regionais embebiam-se na floresta dos mitos e símbolos, e a simbolização mítica é que traçava o "espaço". O Paraíso Terreal donde saiam os quatro grandes rios, comandava tudo.Cathay e o*

---

[626] Vide Boxer, *op. cit*., p. 33-37.
[627] Oliveira Martins, *História de Portugal*, vol I, Lisboa: Guimarães Editores, 1951, p. 247-249.

> *Cipango, o Grão-Khan e o Preste João, em palácios de ouro em cidades aonde só chegava quem conseguisse atravessar desertos inhóspitos e serras fragosas; mas, no termo, para os eleitos, a riqueza do ouro, a felicidade.....*"[628]

Por um lado, e neste ponto revelar-se-ia o fervor das Cruzadas pelos portugueses, o Reino de Preste João poderia oferecer apoio logístico, como valoroso aliado de sangue cristão, na aguerrida campanha contra os infiéis mouros.

Entretanto, por outro lado, o mítico, e jamais encontrado, Reino do Preste João poderia, na mais pura vertente da ambição humana, desvendar e facilitar aos portugueses o caminho das riquezas do "*maravilhoso*".

O fascínio da cobiça e o temor pelo desconhecido no além-mar eram inegáveis também aos portugueses, no sentido que assevera Guillermo Giucci: "*O maravilhoso medieval construiu-se de anomalias, desde monstros pavorosos... até paraísos fantásticos. Não obstante, do conjunto de elementos que o formou destacaram-se os metais preciosos, em particular o ouro e a prata*"[629].

A motivação pela busca do controle do comércio das especiarias, sem dúvida, representou papel relevante neste processo expansionista. Porém, sua importância deve, a nosso ver, ser inserida, pelo menos nesta fase inicial, sob a ótica do contexto econômico da época, ou seja, em razão do alto preço atingido pelos itens nas principais praças européias, a sua comercialização passou a oferecer uma excelente oportunidade comercial, uma chance de enriquecimento imediato, em razão desta circunstância particular. Neste sentido, entende se tratar tal opção de uma possibilidade de negócio de alto lucro, a curto prazo, que deixou de ser interessante a partir do momento que outros segmentos negociais passaram a oferecer melhor rentabilidade. Era, pois, reflexo da lógica circunstancial do comércio.

---

[628] Vitorino Magalhães Godinho, *Mito e mercadoria, utopia e prática de navegar- séculos XIII-XVIII*, Lisboa: Difel, s/d.,p.64.

[629] Cf. Guillermo Giucci, *Viajantes do maravilhoso - o novo mundo*, tradução J.V. Baptista, São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 12.

Um ponto que merece destaque era o da limitada mobilidade social ao tempo das navegações. Fábio Ramos Pestana, em seu estudo sobre o comércio das especiarias, aponta para a delicada situação social em Portugal neste século XV, especialmente no segmento campesino, que era, em número, o maior estamento português, em franco empobrecimento e flagrante estagnação, em razão dos anteriores dispêndios estatais com as sucessivas guerras com Castela somado à insuficiente atividade econômica do reino. Ansiosos estavam, pois, em alterar, ainda que minimamente, o seu "*status quo*".

Por outro lado, e nesse ponto reside um fator importante, também a nobreza, no caso a mais antiga, a de cepa velha, não estava homogeneamente posicionada de forma favorável a todas as aspirações da Casa Real.

Nem mesmo as sensíveis mutações havidas com a crise de 1383-1385 chegaram a abalar-lhe, por completo, a influência e poder financeiro no Reino, estando, pois, eventual e potencialmente, ativa e hábil para articular ideais golpistas [630].

Mas, essa mesma nobreza estava, desde algum tempo, bloqueada socialmente[631], sem expectativas de obtenção de novas terras no diminuto território continental, impedida, portanto, a cada geração, de prover ou obter propriedades, honrarias e benesses para os seus descendentes. Humberto Baquero Moreno aponta para o fato de que, em Portugal:

> "*....havia nobres que não possuíam quaisquer bens fundiários, correspondendo na sua inserção a grupos destituídos dos mais elementares recursos materiais*". [632]

Fala-se, pois, em expectativa mitigada de ampla reprodução social da nobreza como fator de motivação para as expedições. Um caminho poderia ser a guerra externa de conquista.

---

[630] Cf. Fábio Pestana Ramos, *No tempo das especiarias – o império da pimenta e do açúcar*, São Paulo: Contexto, 2004, p.28-29.

[631] Oliveira e Costa não deixa dúvidas ao afirmar que no início daquele século XV, embora constituindo um grupo dotado de inúmeros privilégios, o estamento da nobreza encontrava-se bloqueado: "*a dimensão e a localização do Reino não abriam grandes expectativas às linhagens secundárias da nobreza de poderem aspirar a novos privilégios, novas tenças, mais senhorios ou a novos cargos palatinos* ". Cf. João Paulo de Oliveira e Costa, "A formação do aparelho central da administração ultramarina no século XV", *in*: *Anais de História de Além-mar*, vol II, Lisboa, 2001, p. 88.

Tal qual, no passado, a Reconquista havia oferecido terras e poder aos seus antecessores, expedições militares poderiam agora permitir a conquista de outros territórios, portanto, de novas terras e o conseqüente apresamento de riquezas e controle de rotas comerciais.

Assim sendo, segundo Ramos, a conjugação de interesses delineava um quadro de oportunidades:

> "*Apesar dos objetivos e pontos de vista contrários, pelo menos algo era consenso entre a Coroa e a nobreza antiga: era preciso dar continuidade à cruzada contra os infiéis muçulmanos, além de travar uma guerra marítima de corsários a fim de superar a crise financeira.*
>
> *A coroa visualizou nessa disposição a oportunidade ideal para resolver mais de um problema ao mesmo tempo, ou seja, canalizar a frustração e os ideais guerreiros dos nobres contra um inimigo comum, longe do reino, além de reverter a situação de empobrecimento contínuo dos senhores de terras, afastando o risco da deposição da dinástica de Avis.*
>
> *Assim, por meio de uma manobra hábil e bem-articulada, o Estado transformou o que era oposição intransigente em apoio incondicional, ao encobrir o caráter puramente comercial da empreitada e vendê-la como uma epopéia dignificante em favor da propagação da fé cristã*".[633]

Oliveira e Costa, apontando para o estado de iminente imobilismo social no qual se encontrava a nobreza portuguesa naquele tempo, conclui:

---

[632] Cf. Humberto Baquero Moreno, "O princípio da era moderna", in: Tengarrinha, José (org.), *História de Portugal*, Bauru: EDUSC, 2000, p. 79.
[633] Cf. Fábio Pestana Ramos, *op cit.*, p. 28-29.

> *"A expansão veio alterar esta situação e permitiu que a nobreza mantivesse o seu modelo social e mental quase inalterado mais de século e meio; desfez-se assim, o bloqueio que parecia que iria asfixiar este grupo social, o que foi possível porque milhares de nobres, desde escudeiros recém-nobilitados a fidalgos proeminentes e de velha cepa, aceitaram o risco de navegar e combater no exterior, passando muitas vezes longuíssimas temporadas fora do Reino..."*[634]

Como se sabe, após a tomada de Ceuta tem início a cronologia dos muitos eventos que levariam os portugueses, com Gil Eanes, a dobrar o Cabo Bojador, em 1434, e, ao longo das décadas seguintes, a iniciar o processo de conquista e fixação na costa ocidental da África, rumo ao Oriente.

Embora alguns autores, como Blackburn, tenham optado por interpretar a expansão portuguesa em terras africanas como sendo uma atividade ocorrida em conseqüência de anteriores movimentações ainda em solo europeu, entendendo, portanto, que a presença portuguesa na África seria o resultado de um encaminhamento precedente, cujas raízes estariam na antiga guerra contra os mouros, afirma que a dinastia de D. João, " *ajudou a promover uma mística nacional precoce baseadas em conquistas militares e mercantis, empreendidas como uma Cruzada pela verdadeira fé*"[635].

Destarte, pode-se constatar que, a partir do momento no qual os portugueses passaram a ampliar o trato mercantil dos variados produtos africanos, inclusive o ouro, os demais motivos, como o proselitismo religioso, a dignificação real, a continuidade do combate aos infiéis, entre tantos outros, passaram, de imediato, a um lugar secundário, já que, sem dúvida, inserir-se-iam eles, num curto espaço de tempo, na atividade comercial mais rentável, em nível mundial, que perduraria pelos séculos vindouros: o trato de escravos.

---

[634] João Paulo de Oliveira e Costa, "A formação do aparelho central da administração ultramarina no século XV", *in*: *Anais de História de Além-mar*, vol II, Lisboa, 2001, p. 88-89.
[635] Cf. Robin Blackburn, *A construção do escravismo no Novo Mundo*, tradução de M. B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 126.

A interpretação da escravidão e dos seus desdobramentos é questão complexa e delicada, assim como o próprio escravismo, demandando esforço não compatível com esta parte de nosso estudo. Entretanto, é necessário fazer breve menção em razão de ter se transformado a escravidão na principal fonte de receitas no início da expansão marítima portuguesa, fator que iria se prolongar no tempo por vários séculos, fazendo com que, entre tantos outros desdobramentos nas colônias portuguesas, talvez nenhuma outra instituição, houvesse conseguido marcar tão profundamente as suas feições, como foi o caso no Brasil.

Sem ser possível a negação da vexatória e repugnante conformação da escravidão e do escravismo, ao longo de toda a História, bem como o fato de que os portugueses e seus associados foram, na verdade, expressivos agentes incentivadores e dinamizadores do processo de desenvolvimento da escravidão na época moderna, utilizar-se-á, por ora, a expressão "*inserção*" dos portugueses no comércio de escravos, na medida em que, como bem mostrou John Thornton, os portugueses, de fato, não criaram nenhuma estrutura/ esquema social antes inexistente na África.

Inseriram-se, rapidamente, em espaços negociais já anteriormente existentes e em operação, que funcionavam, há muito tempo, ou seja, a movimentação e comercialização de escravos na região africana conduzida e organizada pelos próprios africanos.

Da mesma forma, inseriram-se ainda os portugueses no fluxo comercial africano de produtos, manufaturados ou provenientes de extração, devendo ser afastada a percepção de uma evidente espoliação portuguesa no âmbito dos tratos de minérios, têxteis, entre outros, concluindo:

> "*Além disso, meu exame das relações militares e políticas entre os africanos e europeus leva a conclusão de que os africanos controlavam o caráter de suas interações com a Europa.*
>
> *Os europeus não possuíam o poderio militar para forçar os africanos a participarem de nenhum tipo de comércio no qual seus líderes não desejassem se engajar.*
> *Portanto, todo o comércio da África com o Atlântico, inclusive o comércio de escravos, tinha de ser voluntário.*

Finalmente, uma observação acurada sobre o comércio de escravos e do processo de compra deles assinala que os escravos eram utilizados há muito tempo nas sociedades africanas, que os sistemas políticos africanos davam muita importância à relação legal da escravidão para propósitos políticos, e que um número relativamente grande de pessoas havia sido escravizado em algum momento.

Como o processo de compra, transferência e venda de escravos estava sob o controle de estados e elites africanos, eles eram capazes de se protegerem do impacto demográfico e da transferência de deslocamentos sociais consideráveis de camadas mas pobres de suas próprias sociedades".[636].

No mesmo sentido, Antonio Carreira, pontua para a localização do movimento histórico ao longo dos tempos:

"*Necessariamente que a montagem do tráfico, pelos europeus, foi possível, e bastante facilitada, pela existência, desde tempos recuados (séculos antes da chegada dos brancos), nas sociedades africanas da escravidão doméstica e do tráfico interno orientado para o Norte, por exigência das comunidades árabes da faixa do mediterrâneo- a partir dos Reinos do Senegal -apoiado nas caravanas que atravessavam o deserto".* [637]

Sérgio Buarque de Holanda é mais enfático ao afirmar "*a fome do ouro e principalmente a cobiça de escravos representam, de fato, o grande móvel dos primeiros descobrimentos portugueses na costa africana..*"[638]

---

[636] Cf. John Thornton, *A África e os africanos na formação do mundo atlântico - 1400- 1800*, tradução M.R. Mota, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.48

[637] V. Antonio Carreira, *Notas sobre o tráfico português de escravos*, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 1978, p. 19.

Luiz Felipe de Alencastro enquadra, de forma precisa, a relevância macroeconômica que o trato dos escravos acabaria por assumir para Portugal, considerando mesmo, em dado período, Lisboa[639], como sendo a *"capital negreira do ocidente"*:

> *"Ao longo de uma evolução iniciada nos meados do século XIV, o trato lusitano se desenvolve na periferia da economia metropolitana e das trocas africanas. Em seguida o negócio se apresenta como uma fonte de receita para a Coroa e responde à demanda escravista de outras regiões européias. Por fim, os africanos são usados para consolidar a produção ultramarina..."*[640]

Porém, ainda que a definitiva transposição do Cabo das Tormentas houvesse permitido travar-se contato com as regiões da África oriental e posteriormente abrir caminho para a Carreira da Índia, havia ainda, em período manuelino, a questão da conveniência e do jogo de interesses no prosseguimento da empreitada.

Assim nos fala João de Barros, cronista da época, ao relatar, na ascensão do "*Venturoso"* ao trono, com as muitas divisões no poder, revelando ordens de motivação distintas e variadas, como a de glorificação das memórias das empresas pretéritas reais e ainda a provável expectativa de ganhos, com baixos custos, tal qual o ocorrido na Guiné :

> *"E porque, com estes reinos e senhorios herdava o prosseguimento de tam alta impresa, como seus antecessores tinham tomado,- que era o Descobrimento do Oriente per este nosso mar Oceano, que tanta industria, tanto trabalho e despesa, per discurso de setenta e cinco anos, tinha custado- quis logo no primeiro ano de seu reinado mostrar quanto desejo tinha de acrescentar à Coroa deste reino novos títulos.....*

---

[638] Sérgio Buarque de Holanda, *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo I, São Paulo: DIFEL, 1969, p. 31.

[639] Caio Prado Jr. estima que, por volta de 1550, cerca de 10% da população de Lisboa era constituída por escravos negros. Cf. Caio Prado Jr., *Formação do Brasil Contemporâneo*, 29ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 30.

[640] *O trato dos viventes – Formação do Brasil no Atlântico Sul – Séculos XVI e XVII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p.33.

Teve alguns gerais conselhos, em que houve muitos e diferentes votos. E os mais foram que a Índia não se devia descobrir: porque, além de trazer consigo muitas obrigações, por ser Estado mui remoto pera poder conquistar e conservar, debilitaria tanto as forças do reino, que ficaria sem as necessárias pera sua conservação.....

Porém, a estas razões houve outras em contrário, que por serem conformes ao desejo del-rei, lhe foram mais aceitas.
E as principais que o moveram foram herdar esta obrigação com a herança do reino, e o infante D. Fernando, seu pai,ter trabalhado neste descobrimento, quando per seu mandado se descobriram as Ilhas de Cabo Verde;

e mais por a singular afeição que tinha à memória das cousas do Infante D. Anrique, seu tio, que fora o autor do novo título do senhorio de Guiné que este Reino houve, sendo propriedade mui proveitosa sem custo de armas e outras despesas que têm muito menores estados do que ele era.

Dando, por razão final, àqueles que punham os inconvenientes a se a Índia descobrir, que Deus, em cujas mãos ele punha este caso, daria os meios que convinham a bem do estado do reino...

Finalmente, el-rei assentou de prosseguir neste descobrimento.....”[641]

No que diz respeito às opiniões conservadoras, contrárias à arriscada viagem às Índias, está o lirismo de Camões a, emblematicamente, bem demonstrar, com as célebres palavras do *Velho do Restelo*, no exato momento da partida de Gama, retirando de seu “*experto peito*”, balançando “*três vezes a cabeça, descontente*” o seguinte brado de inconformismo e advertência aos navegadores:

[641] João de Barros, “Ásia, Década I, livro IV”, *in*: *O Descobrimento da Índia*, 6ª edição, Lisboa: Seara Nova, 1968, p. 1-4.

> "*Ó glória de mandar, ó vã cobiça. Desta vaidade, a quem chamamos Fama ! ó fraudulento gosto, que se atiça. Co´uma aura popular Que honra se chama. Que castigo tamanho e que justiça. Fazes no peito vão que muito te ama! Que mortes, que perigos, que tormentas, Que crueldades neles experimentas! .*"

E mais adiante, vocifera o velho de "*aspeito venerando*" aos viajantes :

> " *A que novos desastres determinas. De levar estes reinos e esta gente? Que perigos, que mortes lhe destinas, Debaixo dalgum nome preminente?Que promessas de reinos e de minas. De ouro, que lhe farás tão facilmente? Que famas lhe prometerás? Que histórias? Que triunfos? Que palmas? Que vitórias ?.....* "[642]

Eduardo Lupi buscou explicar a motivação para a empresa da conquista da Índia filiando seu relato aos fatores convencionais e patrióticos:

> "*era a fé profundíssima então nutrida; era o espírito de cavalaria que animava a forte percentagem (chegava ser de um terço) de gente de escol sempre contada nos alardos das colunas de assalto nas guarnições de fortalezas e nas tripulações dos navios; era a extraordinária superioridade militar e combativa de chefes e de soldados razos adquirida em oito séculos (desde 711) de peleja constante contra sarracenos, castelhanos e marroquinos- superioridade em coragem, em destreza e audácia.....*"[643]

Que a primeira viagem de Vasco da Gama, entre 1497-1499, tivesse como objetivo estabelecer firmes relações comerciais em Calicute, não há dúvidas. Porém, a missão de Gama, na busca do estabelecimento da rota marítima para as Índias pelo contorno do continente africano, pode não ter sido, como querem alguns, a única opção colocada em prática por D. Manuel, porém aquela que, por primeiro, acabou por se materializar.

---

[642]. Cf. Luis de Camões, *Os Lusíadas*, Canto IV, Porto: Porto Editora, s/d, p. 170-171.
[643] Cf. Eduardo do Couto Lupi, *A empresa portuguesa do oriente- conquista e sustentação do senhorio do mar- século XVI*, Lisboa: Divisão de publicações e biblioteca agencia geral das colônias, 1943, p.9.

Segundo Francisco Fernandes Lopes, alguns dos descendentes daquele mesmo Vasco Anes da Costa, acima mencionado, como estando ao lado de D. Duarte no desembarque em plena conquista de Ceuta, estariam, em período manuelino diretamente envolvidos com uma provável tentativa de ampliação, por rota alternativa, do Império no além-mar.

Vasco Anes teria recebido do futuro monarca D. Duarte a alcunha de Corte-Real, que passou a usá-la como nome próprio, transmitindo o apelido aos seus filhos. Um deles, João Vaz da Costa Corte-Real, porteiro-mor do Infante D. Fernando, teve três filhos, dois dos quais, Gaspar Corte-Real e Miguel teriam participado dos esforços de alargamento ultramarino.

Sob as ordens de D. Manuel, o filho mais novo, Gaspar, parte de Lisboa em 1500, rumo a Groenlândia, terra que teria, segundo o autor, apenas avistado, regressando, provavelmente, no início de 1501. Em maio deste mesmo ano, parte para uma segunda viagem para o mesmo destino, com intuito de ampliar a exploração.

Antes de seu regresso, em maio de 1502, seu irmão Miguel parte numa armada composta de três navios para a região. Jamais houve notícia de retorno dos irmãos Corte-Real.

Independente da hipótese levantada pelo autor, no sentido de que Miguel teria atingido, em 1511, a região continental norte-americana, como pretende ele que reste comprovado por uma inscrição epigráfica encontrada, a polêmica "*Pedra de Dighton*" , é de se destacar a abordagem do autor no sentido de levantar a suposição, decorrente, em grande parte, da coincidência da cronologia dos eventos, embora sem confirmação documental inequívoca, de o Monarca haver encarregado dois de seus mais próximos fidalgos a buscar um provável segundo caminho para as Índias pelo norte da América, que acabaria num evento malogrado[644].

---

[644] Vide, *passim*, Francisco Fernandes Lopes, *Os irmãos Corte-Real*, Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos, 1957. Apontando para o fato de que o feito de Colombo teria instigado os portugueses a navegarem para o Ocidente, pelo rumo do noroeste, com a descoberta - ou redescoberta, em 1495, por Pero de Barcelos e João Fernandes Lavrador da Groenlândia - que daria, posteriormente seu nome à costa do Canadá, está a opinião de Oliveira Marques. O autor destaca as duas viagens de Gaspar Corte-Real, informando que, no seu ver, o irmão Miguel teria partido em sua busca, desaparecendo também. Vide A. H. de Oliveira Marques, *Breve História de Portugal*, 4ª edição, Lisboa: Presença, 2001, p.208.

A carta do soberano português aos Reis Católicos, logo em julho de 1499, na chegada de Gama, incendiando as imaginações acerca da Índia[645], evidencia o escopo de propaganda:

> *"viram e acharam em grande quantidade, e de grande grandeza, a Meca, e daí ao Cairo, donde se espalha pelo mundo, do qual trouxeram logo estes, quantidade, a saber: de canela, cravo, gengibre, nóz-moscarda, e pimenta, e outros modos de especiaria, e ainda os lenhos e folhas deles mesmos, e muita pedraria fina de todas sortes: a saber, rubis e outras, e ainda acharam terra, em que há minas de ouro...",*

Entretanto, Adão da Fonseca relata que a permanência de Gama, embora tendo sido bem recebido, sofreu muito com a interferência das articulações políticas levadas a cabo pelos influentes mercadores árabes *"que vão envenenar as relações de Vasco da Gama com o samorim local....."*[646].

Tentariam ainda os portugueses, uma vez mais, uma aproximação negocial nas Índias, com a expedição de Cabral, cujos sofríveis resultados experimentados nos campos político e econômico determinariam a imperatividade de uma presença militar na Índia.

Assim sendo, após a segunda viagem de Gama, com a constatação da experiência da expedição de Cabral, no sentido de que a Índia jamais seria um espaço a descobrir, porém a conquistar, e não pela diplomacia porém pelas armas, resta plenamente compreensível o conteúdo das cartas enviadas, posteriormente, a D. Manuel por seu mais importante súdito nas Índias, revelando a clara instrução del-rei no sentido de eliminar, a qualquer custo, os antagonismos, ou seja, num primeiro momento, a presença militar e comercial moura, mister fielmente cumprido por Afonso de Albuquerque.

Emblemática e assustadora a passagem relatada, de próprio punho, em primeira pessoa, pelo Governador Afonso de Albuquerque, acerca da tomada de Goa:

---

[645] Cf. Jaime Cortesão, *A expedição de Pedro Álvares Cabral e o Descobrimento do Brasil*, Lisboa: Imprensa Oficial, 1994, p. 24.
[646] Luis Adão da Fonseca, *De Vasco a Cabral - oriente e ocidente nas navegações oceânicas*, Bauru: EDUSC, 2001, p. 22-23.

"*Na tomada de Goa e desbarato de suas estâncias e entrada da fortaleza Nosso Senhor fêz muito por nós, porque quis que acabássemos um feito tão grande e melhor do que poderíamos pedir: ali faleceram passante de trezentos turcos,*

...e dali até o passo de Banastari e de Gondali por esses caminhos jaziam muitos mortos que escaparam feridos e caiam ali e outros muitos se afogaram à passagem do rio e muitos cavalos...

Depois, queimei a cidade e trouxe tudo à espada...

e por quatro dias continuadamente a vossa gente fez sangue neles, por onde quer que os podíamos achar, não se dava vida a nenhum mouro, e enchiam as mesquitas deles e punham-lhes fogo, aos lavradores de terra e aos brâmanes mandei que não matassem.

Achamos por conta serem mortas seis mil almas mouros e mouras.....

Nenhuma sepultura nem edifício de mouros não deixo em pé, os que agora tomam vivos, mando-os assar: tomaram aqui um arrenegado e mandei-o queimar.....

A determinação em que fico, é não deixar viver mouro em Goa, nem entrar nela, somente gentios....." [647]

[647] Cf. Carta de 22 de dezembro de 1510, enviada a D. Manuel por D. Afonso de Albuquerque. Cf. Afonso de Albuquerque - *Cartas para el-Rei D. Manuel I*, Lisboa: Sá da Costa, 1942, p.7-9.

O descobrimento do Brasil, geralmente visto como sendo um episódio isolado, como se plenamente autônomo, pela historiografia mais antiga, especialmente a de contornos mais patrióticos[648], melhor pode ser entendido, para os fins desta investigação, como estando inserido numa das expedições que recém inauguravam a Carreira das Índias[649].

Desta forma, é de se supor que as primeiras reações dos participantes da expedição cabralina diante do achamento daquela nova terra refletissem, com exaltação, tudo aquilo que esperavam encontrar em seu destino nas Índias[650]. Jaime Cortesão ao tratar dos motivos da viagem de Cabral, destacava:

> "*Podem considerar-se objectivos principais, por um lado, a aliança com os índios e a sua melhor cristianização, e por outro a guerra aos mouros infiéis, para obter, pela paz com uns e luta com os outros, o exclusivo do comércio oriental*"[651].

Diante do quadro constatado após tocarem o solo brasileiro compreende-se a frustração experimentada, tudo isto somado ao alto custo da armada e a sua importantíssima missão nas Índias[652].

---

[648] Arno Wehling e Maria José C.M. Wehling destacam que: "*Atualmente, a tendência majoritária é a de situar o descobrimento do Brasil no vasto processo de expansão européia. Processo que não é desta ou daquela nacionalidade, deste ou daquele Estado, mas que envolveu, uma complexa trama de relações, que se estendia por toda a Europa, ocidental e central. Processo que, longe de ser apenas"econômico"ou, de modo mais restrito, comercial, envolveu interesses e ações políticas, concepções filosóficas, mutações lingüísticas, conflitos religiosos*". Cf. Arno Wehling e Maria José C.M. Wehling, Formação do Brasil Colonial, 3ª edição, Rio de Janeiro:Editora Nova Fronteira, 1999, p. 19-20.

[649] Cf. José Roberto do Amaral Lapa, *A Bahia e a carreira das Índias*, São Paulo: Hucitec, 2000, p. XIII.

[650] Damião Peres destaca que: "*No verão de 1499, após o regresso de Vasco da Gama, resolveu D. Manuel enviar para a Índia, uma nova armada, < poderosa em armas e gente luzida>, isto é, capaz de impor as directrizes comerciais e políticas que Vasco da Gama, com sua pequena frota, não lograra estabelecer*".Cf. Damião Peres, *O descobrimento do Brasil por Pedro Álvares Cabra l- antecedentes e intencionalid*ade, Porto: Portucalense, 1949, p.91

[651] Jaime Cortesão, *A expedição de Pedro Álvares Cabral e o Descobrimento do Brasil*, Lisboa: Imprensa Oficial, 1994, p. 98.

[652] Manuel Nunes Dias informa acerca da expedição: "*A empresa era, pois, grandiosa. Tudo tinha sido estudado e preparado. Não era uma aventura. Era o maior dos empreendimentos ultramarinos..... O monarca não descuidou de nada. A nomeação de um escrivão para cada navio da armada indica o claro propósito da realeza de obter uma narrativa completa dos acontecimentos da viagem, das condições político-militares dos potentados orientais e, bem assim, possibilidades mercantis...*" Cf. Manuel Nunes Dias, *O descobrimento do Brasil*, São Paulo: Pioneira, 1967, p. 127-128.

Prova de tal estado de espírito é a decepção relatada por Caminha a D. Manuel, ao escrever acerca da nova terra, muito longa e repleta de árvores, recém encontrada:

> "*Nela, até agora, não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal ou ferro, nem lho vimos.....*" [653] .

Marcondes de Souza cogita acerca do estado de espírito de D. Manuel ao receber as notícias do achamento:

> "*...com as notícias trazidas pela expedição portuguêsa que em 1501-1502 explorou o litoral brasileiro, as quais não eram animadoras, pois além de seus habitantes serem selvagens nus e não existir na terra achada por Álvares Cabral metais preciosos, mas abundância apenas de papagaios, macacos e pau-brasil é óbvio que não iria o rei D. Manuel descurar dos magnos problemas relacionados com o comércio das especiarias e drogas do Oriente, para cuidar de colonizar a Terra dos Papagaios. Arrendou-a a um consórcio de cristãos novos (judeus conversos) que pouco lucro auferiu com o comércio de pau-brasil, tanto assim que não cumpriu as cláusulas do contrato...*"[654] .

A historiografia quinhentista passaria a enfatizar o escopo de povoamento e proselitismo religioso ao tempo das capitanias, como revela esta passagem de Gândavo: '*As quais capitanias el-rei D. João, o terceiro, desejoso de plantar nestas partes a religião cristã, ordenou em seu tempo, escolhendo para o governo de cada uma delas vassalos seus de sangue e merecimento, em que caiba essa confiança...*" [655].

Frei Vicente do Salvador também evoca a inspiração pela atividade povoadora do rei D. João III:

---

[653] Cf. Jaime Cortesão, *A Carta de Pêro Vaz de Caminha*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2000, p.173.
[654] T.O. Marcondes de Souza, "O descobrimento da América – O tratado de Tordesilhas e as Molucas", *in: Revista de História*, vol XXV, São Paulo, 1962, p. 131.

> "*nem depois da morte de el-rei D. João terceiro, que o mandou povoar e soube estimal-o, houve outro que delle curasse, sinão para colher as suas rendas e direitos*"[656].

Em obra de 1730, Sebastião da Rocha Pita, analisando a situação da monarquia, dava destaque à motivação de expansão religiosa pela guerra, pontuando:

> " *fazia guerra aos Mauritanos, aos Ethiopes e aos Asiáticos, para lhes introduzir a fé católica..... e começava a mostrar-lhe os seus maiores domínios da Ásia, quando o Novo Mundo lhe abrio as portas da sua mais vasta Região*"[657].

De fato, e assim bem observou, Waldemar Ferreira, até o momento da decisão da implantação do sistema das capitanias em solo brasileiro, embora tal sistema já tivesse sido experimentado nas ilhas atlânticas, a política de navegações dos portugueses não era tanto colonizadora como mercantil, sendo que "*o que interessava era o comércio, mas evidentemente não se desprezavam as conquistas...*"[658]

Varnhagen, para justificar a opção das capitanias, aponta para o fato de o governo português encontrar-se, ao tempo imediatamente anterior ao de sua implantação, receoso do alargamento das atividades comerciais dos franceses em solo brasileiro, razão pela qual, informa o autor:"... *viu-se obrigado a adoptar o plano de colonizar, pelo simples meio de ceder essas terras a uma espécie de novos senhores feudais, que, por seus próprios esforços, as guardassem e cultivassem, povoando-as de colonos europeus, coma condição de prestarem preito e homenagem à Coroa*".[659]

---

[655] Pero de Magalhães de Gândavo, *A primeira História do Brasil -Historia da província Santa Cruz a que vulgarmente chamamos Brasil*, modernização do texto original de 1576 e notas por S. Hue e R. Menegaz, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, , p. 57.
[656] Frei Vicente do Salvador, *História do Brasil*, 3 ª edição, São Paulo: Melhoramentos, 1931, p. 16
[657] *História da América Portugueza, desde o anno de mil e quinhentos, do seu descobrimento até o de mil setecentos e vinte e quatro, fac-símile* da 2ª edição de 1730, Salvador: Progresso, 1950, p. 24.
[658]Waldemar Martins Ferreira, *História do Direito Brasileiro*, tomo I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p.31.
[659] Cf. Francisco Adolfo de Varnhagen, *História Geral do Brasil antes de sua separação e independência de Portuga*l, tomo I, 7ª edição, São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 138.

Porém, ainda que a conquista da terra do Brasil estivesse garantida, pois juridicamente fundada nos notórios Tratados Internacionais firmados entre as metrópoles, contando ainda com a aprovação do Papado, Caio Prado Jr. observa que, somente a partir do terceiro decênio do século XVI, uma nova motivação irá atuar na área descoberta: assume peso, e talvez necessidade, para Portugal, ser realizada por meio de um processo de "*ocupação efetiva pelo povoamento e colonização*" [660].

Essa é uma grande inflexão na medida em que irá propiciar, a partir de 1549, com a instauração do Governo-Geral, uma mudança radical na perspectiva colonial portuguesa: pela primeira vez, de forma intencional, os colonizadores irão começar a buscar uma fixação não mais voltada apenas para a operacionalização das relações na faixa costeira, abandonar-se-á, como afirmou Oliveira e Costa "*a lógica do imperialismo marítimo*".

As novas vilas e cidades a serem fundadas no Brasil "*olhavam para o sertão e viam ai a sua razão de ser...*"[661].

É, de fato, uma enorme mudança na ordem de motivações vigentes desde há muito, é, na verdade, uma ruptura com o antigo paradigma do "*modus*" da colonização portuguesa[662].

Portanto, concluindo esta breve abordagem dos eventos quinhentistas, ainda que a historiografia mais antiga, num viés de certo modo romântico, tenha preferido afirmar que as principais ordens de motivos impulsionadores da expansão ultramarina tenham sido o ímpeto imanente de conquistas, quase com um caráter atávico português, associado ao desejo de ruptura do monopólio comercial dos muçulmanos no oriente, Thornton observou que tal perspectiva acabaria por ser reduzida a "*dimensões mais mundanas*", principalmente, com os estudos feitos a partir dos trabalhos de Vitorino Magalhães

---

[660] Caio Prado Jr., *História Econômica do Brasil*, 15ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1972, p. 31.

[661] João Paulo de Oliveira e Costa, "O império português em meados do século XVI", *in*: *Anais de História de Além-mar*, vol III, Lisboa, 2002, p. 111.

[662] Embora, como bem asseverou Luiz Felipe de Alencastro, não seja possível entender que apenas em razão da implantação do Governo-Geral, ou antes, ainda, uma consistente coerência territorial possa ser verificada, pois, como destacou o autor "*A América portuguesa - formada por um arquipélago de zonas economicamente dispersas no estado do Brasil e no estado do Maranhão, com pouca ou nenhuma comunicação entre si – constitui apenas uma expressão geográfica nos séculos XVI e XVII*". Cf. "Economia

Godinho, que demonstrou a existência de um aprendizado progressivo na arte de navegar, passo após passo, viagem após viagem, num esforço de tentativa e erro, associado à progressiva incorporação de dispositivos tecnológicos, como a caravela, o conhecimento das correntes e ventos e os progressos da artilharia[663], fazendo com que as navegações seguintes fossem, em grande medida, baseadas nos relatos dos acontecimentos pretéritos, ou seja, nos sucessos e também nos fracassos das experiências anteriores.

Há, de fato, uma plêiade de figuras notáveis, porém, há também um sem número de personagens anônimos, como cartógrafos, navegadores, pilotos, línguas, soldados, banqueiros, comerciantes, religiosos, degredados, lançados, colonos etc, cada qual realizando uma tarefa, ocupando um degrau da escalada, impossibilitando a estipulação precisa, e honorífica, de um rol de pessoas que teriam conduzido o plano dos descobrimentos. Alias, nem pela existência de um plano pré-concebido e metodicamente organizado pelos portugueses para as atividades empreendidas nos descobrimento pode-se afirmar.

Assim sendo, segue Thornton: "*diversos fatores técnicos e geográficos fizeram com que os europeus fossem os mais apropriados para explorar o Atlântico e desenvolver seu comércio..... Se os planos a longo prazo eram sonhos ou fantasias, ou se tinham como objetivo circundar e isolar os muçulmanos, obter as especiarias da Ásia ou o ouro da África ocidental, eles se limitavam aos reis e intelectuais.....*" [664]

Do ponto de vista do financiamento, sabe-se que a Coroa nem sempre esteve à frente dos empreendimentos de conquista ultramarina, pelo menos nas primeiras fases, tendo participado apenas secundariamente, e, em outros momentos, principalmente, seja como o grande aglutinador de esforços intelectuais e materiais, seja como gerador dos esforços financeiros, sempre, porém, e o móvel se aplica a todos os partícipes das navegações, na expectativa de lucros, de preferência, no curto prazo, embora nem sempre realizados.

---

política dos descobrimentos", *in*: Novaes, Adauto (org.), *A descoberta do homem e do mundo*, São Paulo: Companhia da Letras, 1998, p. 195-196.

[663] Cf. Vitorino Magalhães Godinho, *Op. cit*, p.74-75.

[664] Cf. John Thornton, *A África e os africanos na formação do mundo atlântico - 1400- 1800*, tradução M.R. Mota, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.65-69.

Parece que a visão de Boxer melhor se ajusta ao quadro aqui analisado:

> "*os impulsos fundamentais por trás do que se conhece como a <Era dos Descobrimentos> sem dúvida surgiram de uma mistura de fatores religiosos, econômicos, estratégicos e políticos, é claro que nem sempre dosados nas mesmas proporções...*" [665].

Desta forma, constata-se que algumas escolas de historiadores, especialmente os mais antigos, de fato, optaram por indicar razões específicas, como as mais relevantes, ou prevalentes, na ordem de inspiração e motivação dos portugueses na sua expansão no ultramar. Algumas vezes tais elementos foram oferecidos isoladamente, como tendo exercido funções prevalentes, *v.g.*, a glorificação do rei, outras, em conjunto, como, *v.g.*, a necessidade de ruptura do monopólio comercial dos muçulmanos e a necessidade de expansão do reino, a busca pelas especiarias e o proselitismo religioso, a expansão da Cruzada da fé e a busca por ouro.

Entretanto, a historiografia mais moderna oferece um corte metodológico mais preciso e realista, na medida em que reconhece, de certo modo, todos os motivos acima relacionados, e até mesmo acrescenta outros, entretanto, não é possível falar em unicidade ou exclusividade de motivos justificadores da expansão ultramarina portuguesa, seja em razão de sua multiplicidade em efetiva atuação, seja em razão de sua sobreposição material ao longo do tempo, fazendo com que, no amplo arco temporal durante o qual se realizou o movimento expansionista, a denominada "*Era dos Descobrimentos*", houvesse, isto sim, uma pluralidade de razões, muitas delas até mesmo antagônicas entre si, porém sempre atuando, seja isolada seja conjuntamente, como móveis hábeis e eficientes para o início e consecução da atividade expansionista no além-mar.

---

[665] Charles Ralph Boxer, *op cit.*, p. 33.

Ao lançarmos um olhar imparcial para a época das grandes navegações, irrompe a constatação de que todos aqueles homens atuaram animados por inúmeras e diversas motivações, quer lastreados na necessidade ou na conveniência; quer fundados na intencionalidade ou no simples acaso, quer baseados na fé ou na ambição; reduzindo, portanto, a versão antes tradicionalmente concebida, quase sempre de forma virtuosa, da "*Era dos Descobrimentos*" como uma eloqüente epopéia, às suas reais dimensões: uma aventura feita, simplesmente, por homens plurais em idéias e ideais, em percepções e convicções, em habilidades e motivações, em ódios e paixões, enfim, homens do seu tempo. Se, a análise da historiografia comprova o reposicionamento do momento quinhentista dentro de um quadro mais realista, devidamente alinhado com plúrimas motivações, entre as quais as evidentes necessidades de manutenção de equilíbrio no incerto jogo político europeu por parte dos monarcas portugueses, deve-se conceber que semelhantes ordens de motivações acabariam por conformar os monumentos legislativos do tempo.

Inegável, pois, que tantas e variadas inspirações passassem a encontrar reflexo no seu principal monumento jurídico, em especial no seu processo.

É momento, pois, de cuidarmos da prova nas Ordenações Manuelinas, para, a seguir cuidarmos das Filipinas.

12.1 Ordenações Manuelinas

O legislador manuelino, de 1521, manda "*que os Juizes julguem, e determinem os feitos, fegundo a verdade que pelos proceffos for prouada e fabida....*"[666] , colocando, portanto, a prova como aspecto central da atividade de descobrimento da verdade, e, por conseqüência, da atividade judicial.

No que diz respeito à prova, o legislador manuelino pouco inovou, tendo mantido, em grande parte, o mesmo sistema de instrução previsto nas Afonsinas. Porém, algumas poucas mudanças procedimentais são notadas no texto manuelino, que serão, a seguir destacadas.

Em 3.15.28, recolhe-se a obrigação do oferecimento da prova documental logo na fase postulatória da demanda:

> "*Outro si o Autor, ou Reo, seram obriguados offerecer com seu libelo, ou artiguos.*
>
> *Todalas escripturas de que fezerem mençam, ou necessárias forem segundo Direito pera a prova de tal libelo, ou artiguos, posto que se a ellas nom refeiram;*
>
> *e nom se offerecendo loguo todas juntamente, nom lhe receberam tal libelo ou artiguos...*"

Excepcionalmente, poderia o réu alegar que possuia o referido documento, porém que ele se encontrava em outro lugar. Nesse caso, determinava-se: "*seja-lhe dado tempo conuinhavel pera a trazer*" (3.15.28).

Os demais documentos hábeis a fazer prova, provavelmente os não essenciais, deveriam ser apresentados "*no termo que lhe for assinado pera darem suas provas*".

---

[666] M. 3.49

A ação decendiária, ou ação de assinação de dez dias, novidade introduzida nas Manuelinas, "*processo peculiar ao foro português*" (e posteriormente, ao brasileiro)[667], fruto da aceleração do tráfego comercial em plena época de descobrimentos, foi recolhida em 3.16. Fundava-se, exclusivamente, em prova documental: "*escriptura pubrica da dita obriguaçam*" ou "*aluará feito*", que deveria ser apresentada logo na propositura do feito: "*Essa demanda poderia ser ajuizada pelo credor paa haverdo devedor quantia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado*"[668]

O réu, entretanto, nos demais casos, poderia valer-se além da prova documental, dos outros meios usuais de prova, em especial, a prova testemunhal.

Em 3.21, recolhe-se a regra que permitia ao magistrado, antes da contestação da lide, fazer perguntas as partes,

> "*quaes lhe nem parecer pera boa ordenaçam do processo, ou pera decisam da causa*".

O sistema não divergia do anteriormente previsto nas Afonsinas, permitindo-lhe, não apenas as sanções pecuniárias como as processuais (equiparação à revelia).

Da mesma forma, após a contestação, o juiz poderia realizar perguntas às partes para bem ordenar o processo, sendo-lhe proibido tocar em assunto "*acerca da decisam da causa*".

Para tanto, deveria aguardar a fase do "*depoimento dos artiguos*", quando possuía liberdade para constranger as partes, sob juramento dos "*Auangelhos*" novamente, a responder (3.21.3).

Porém, a restrição não valia no Tribunal superior, pois "*nos feitos que se despacharem em Rolaçam, os Juizes poderam em toda parte fazer as preguntas que lhes parecer*" (3.21.3, "*in fine*").

---

[667] A. de Almeida Oliveira, *A assignação de dez dias no foro commercial e civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Garnier, 1883, p. 16.
[668] José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitória*, 3ª edição, São Paulo: RT, 2001, pp.37-38.

O juramento de calúnia vem regulado em 3.29. Tal qual nas Afonsinas, ambos litigantes deviam prestá-lo, de modo a comprovar que, por um lado, não movia demanda com intenção maliciosa, acreditando estar amparado pela razão; por outro lado, que não iria se defender, nem alegaria ou provaria em defesa alguma coisa por malícia ou engano. A recusa ao oferecimento era grave, e culmiava em encerramento do pleito por sentença:

> "*se for Autor, perderá toda auçam que teuer*"; se "*for o Réo será auido por confessado o que lhe o Autor demandar*".

Em 3.29.1, as Ordenações reproduziam a regra da outra modalidde de juramento, o particular, que poderia ser soliciado e prestado em qualquer tempo no processo, pelas partes ou procuradores.

Tratava-se, a rigor, de espécie pertencente ao gênero do juramento de calúnia, cujo objetivo, era o de regular a fundmentação legal para a eventual caracterização do perjúrio:

> "*achando-se que fezeram nos feitos, ou aleguaram algua cousa que nom deuiam, por malicia, seram acusados, e punidos por ser perjuros*" (3.29.5).

Assim como nas Afonsinas, em 3.36, a ação de força nova, na qual "*se proceda sumariamente*", as Ordenações mantinham a restrição, em razão do desejo de imprimir celeridade ao feito, de apenas uma dilação probatória:

> "*hua dilaçam perentoria a cada hua das partes; e faram quaesquer preguntas aas partes, que forem necessarias, em qualquer parte do Juízo; e poderam sentenciar os ditos feitos estando assentados ou em pé*" (3.36.1).

As exceções, dilatórias (3.37), peremptórias (3.38), inclusive a exceção de excomunhão, deveriam ser provadas, sendo esta última, em oito dias (3.38.3).

Curiosamente, a excomunhão poderia ser reconhecida, de ofício, pelo juiz, "*se o Juiz for sabedor, que o Autor he pubrico escomunguado*". (3.38.4), dispensando qualquer dilação nesse sentido.

As Ordenações mantiveram o tratamento da possibilidade de se invocar, mediante a elaboração dos artigos, prova da negativa do fato (3.40.11), com a ressalva de que "*a mera negativa*" poderia ser provada por juramento, "*pois se nom pode por outra maneira prouar*".

Nas Manuelinas, tal qual nas Afonsinas, depois do recebimento dos artigos, aos litigantes

"*dar-lhe-ham dilaçam, em que façam suas prouas*" (3.41).

As Ordenações previram a possibilidade de o litigante poder requerer o depoimento pessoal da outra parte contra quem contende, a ser realizado antes das demais oitivas (3.41).

Este depoimento pessoal deveria ser realizado na presença da parte contrária. A dilação, a primeira, deveria ser realizada em vinte dias, com a possibilidade, se estivesse de "*boa fee*", requerer ao magistrado, sob juramento, uma segunda dilação, a ser realizada, agora, em dez dias (3.41).

Para a prova a ser realizada fora da terra, as Manuelinas também regularam os prazos de duração das referidas dilações: se, no reino, nas ilhas ou África, segundo "*a distancia do Luguar e qualidade do neguocio*" (3.41.1); se na Índia, um ano e meio, a partir da saída da primeira frota ou armada; se em Castela, três meses; se em Aragão ou França, seis meses; Inglaterra ou Flandres, nove meses; Roma ou Rodes, um ano.

As partes arcavam com as custas para a realização das atividades probatórias, mediante "*repartiçam*" (3.41.7).

Primeiro deveriam ser realizadas as provas no local do feito e depois as fora da terra, "*saluo se as partes se acordarem em outra maneira*" (3.41.7).

Sabe-se que as Ordenações Manuelinas, as oficiais, aquelas que tiveram vigência, foram as da edição de 1521, que vieram a lume no ano da morte do monarca.

Porém, houve uma edição anterior das referidas Ordenações, ultimada em 1514, mas não aprovada, a qual resultou, até mesmo, na distribuição de alguns exemplares pelo reino, muitos deles, posteriormente, recolhidos e substituídos pela definitiva edição de 1521.

Em matéria probatória, a primeira versão das Ordenações Manuelinas, a de 1514, guarda razoável paralelismo com o texto da versão definitiva da edição de 1521.

Entretanto, uma análise mais atenta da versão 1514 aponta para a existência de uma particularidade em matéria de prova.

Originalmente, a edição de 1514, após relacionar todos os locais e respectivos prazos para dilação fora da terra, conforme tratado no Título "*Das dilações que s dam as partes pera fazerem suas provas*", estabelecia que:

> "*E durado o tepo da dilaça q o julgador deer a cada hua das partes. No deue o dito julgador fazer em esse feito emnouaçao algua.*
>
> *Ne se deue entremeter dentever nelle.*
>
> *Saluo naquello sobre q foy dada vila, a assu como em receber as testemunhas ou veer as escripturas i privillegios. Que perante elle fozem dadas em proua*".[669]

Ou seja, no sistema originalmente previsto nas Ordenações de 1514, o juiz, enquanto estivessem ocorrendo as dilações probatórias fora da terra, não poderia inovar no feito, exceto para realizar as poucas providências mencionadas.

Assim, caso a dilação estivesse ocorrendo em terras distantes, no, por exemplo, na Índia, o processo permaneceria, praticamente, parado, por meses, quiçá, anos, até o término das ditas dilações fora da terra.

---

[669] Ordenações Manuelinas, livro terceiro, reprodução em fac-simile da edição de Valentim Fernandes, 1512, 1513, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2002, p. XXXVIII.

Neste ponto, percebe-se uma das prováveis razões da não aprovação da versão de 1514. O texto original não se coadunava com os novos tempos de comércio crescente. Uma época de desenvolvimento acelerado, como é o caso do início do XVI, em Portugal, não é compatível com um sistema jurídico que resulta morosidade processual, fonte de inseguranças sociais e economicas. Era necessário, pois, criar mecanismo de outorga de tutela em prazo mais abreviado.

Optou-se, pois, na nova edição de 1521, por se inserir uma interessante modalidade de aceleração processual. As Ordenações, na versão de 1521, estabeleceram uma modalidade de sentença condicional, que permitia execução imediata, regulada em 4.41.8, relacionada com o resultado futuro da atividade probatória a ser realizada fora da terra.

As partes poderiam nomear suas testemunhas para realização de dilação probatória até mesmo em locais outros que os acima mencionados, sempre mediante juramento de que não o faziam por malícia, no caso, visando à procrastinação do feito.

O juiz deferiria o pedido, e enquanto as referidas dilações eram realizadas fora da terra, ele sentenciaria a causa "*como achar que he Direito*".

Se a sentença fosse de natureza condenatória, para que fosse inicada a execução, seria exigido o oferecimento de fiança:

> "*pola qual se obrigará, que se depois polas inquirições, que vierem das ditas Índias, ilhas de Sam Thomé, e Príncipe, Roma, ou Reynos outros, pera que lhe foi dada dilaçam, se a dita sentença se reuoguar, tornar todo o dinheiro, e cousas outras que assi recebeo com as custas em dobro, em que mais será condenado*"

Se a sentença fosse absolutória:

> "*ella se tornará a confirmar, ou reuoguar, segundo se achar pólas inquirições, que assi despois vieram das ditas Índias, ilhas de Sam Thomé, e Príncipe, e Reynos outros, que se há de fazer; e nom dando fiança se fará toda via execuçam, e se depositará atee virem as inquirições, e sobre ellas se dar sentença*"

O número de testemunhas foi reduzido para quinze, no máximo vinte caso houvesse diversos artigos (3.42.1).

Nos casos de injuria verbal, de sete até dez testemunhas (3.42.2).

As partes deveriam indenizar as despesas de vinda, estadia e retorno das testemunhas que fossem novamente solicitadas a comparecer na Corte, indenizando-as, por igual, "*mais o que de seus Officios e mesteres perderem*" (3.42.5).

A prova "*ad perpetuam rei memoriam*" é regulada em 3.42.6 e 3.42.7, permitindo a produção antecipada de prova, sempre realizada em contraditório.

Caso a parte contrária não pudesse comparecer, justificadamente, à referida produção antecipada, ficava-lhe "*seu dereito resguardado pera poer suas contraditas*" (3.42.8).

As pessoas que não poderiam testemunhar encontram-se relacionadas a partir de 3.42.12, mantendo o mesmo rol das Afonsinas (pai, mãe, irmão, menor, inimigo etc).

A condução coercitiva está em 3.42.20, fazendo que, caso não concordassem em testemunhar, poderia o julgador atuar "*penhorando-as, açabarcando-lhe as portas e poendo-as em prisam...*" .

Foi mantida a proibição de comunicação das partes com as testemunhas previamente à dilação probatória (3.43).

Como cautela, as Ordenações determinam que, após prestarem juramento, as tstemunhas deveriam ser perguntadas "*se falou algua das partes com ella*".

As contraditas estão reguladas em 3.44, que deveriam ser argüidas, até, no máximo um dia após a determinação de prestar juramento.

Para as inquirições fora da terra, que seriam realizadas por Carta, as contraditas deveriam ser argüidas diante do julgador "*que a dita Carta mandar comprir*" (3.44).

De qualquer forma, "*poderá a testemunha seer impunada por seu defecto, ou maldade, assi como sam Judeus, e Mouros que em o feito de Christaõ nom podem testemunhar*" (3.44.5).

As provas mediante escrituras públicas são reguladas em longo título, 3.45. Nas Manuelinas, o rol dos negócios que deveriam ser realizados mediante escritura, embora mais resumido, muito não diferia daquele das Afonsinas. Os negócios acerca de coisas móveis de valor até trinta mil Reaes poderiam, entretanto, ser provados mediante testmunhas (3.45.2).

As Manuelinas, como já afirmado, refletem o particular momento de intenso tráfego comercial experimentado por Portugal ao tempo das grandes navegações. Não é por outra razão que em 3.45.12, recolhe-se regramento específico, de natureza simpificada, para os contratos de parceira comercial celebrados entre mercadores, os quais:

> "*poder-se-am prouar por testemunhas, e por qualquer outra maneira de proua, segundo desposiçam do Direito Comum*".

Um procedimento probatório mais simplificado, mediante prova testemunhal, encontra-se regulado em 3.45.17, aplicável:

> "*nas compras e vendas das mercadorias, que forem feitas per Corretores antre Estrangeiros e naturaes do Reyno*".

Em 3.46 recolhe-se o regramento dos "*estormentos púbricos*", demonstrando a força da prova documental ao tempo manuelino.

Em caso de instrumentos produzidos em juízo que contivessem contrariedade substancial entre si, as Ordenações estabelecem:

> "*E se duas partes produsserem dous estormentos, dos quaes huu he contrario ao outro, dará o Juiz fee ao mais digno estormento, conuem a saber, feito por Nortario mais autorizado, e que teuesse testemunhas mais notaueis dignas de maior fee*".

Tal qual nas Afonsinas, o juramento em ajuda da parte, ou seja, nos casos em que o julgador entendesse que a prova produzida deveria ser entendida como "*meia prova*", está regulado em 3.85, permitindo que fosse concedido "*juramento em ajuda de sua proua*".

A meia prova deveria ser produzida por meio do depoimento de uma testemunha sem suspeita, "*e com seu juramento ficará proua inteira*".

Os tormentos, regulados desde as Afonsinas (5.87), geralmente "*tormentos de açoutes*", eram aplicados no campo dos crimes. Nas Manuelinas encontram-se regulados em 5.64, no mesmo âmbito. Geralmente eram determinados pelo magistrado quando havia fortes indícios de autoria do "*malefício*".

Não era, entretanto, aplicado aos nobres, advogados, médicos e juízes, entre outros, exceto em caso de crime de traição, feitiçaria, falsidade, moeda falso ou sodomia:

> "*e sendo Fidalgo do Solar, ou caualeiro, ou Doutor em leys, ou em Degredos, ou Veradores, e Juízes.... nom seram metidos a tormento... "*.

As Manuelinas proibiram qualquer forma de desafio ou repto (5.93). Logo após o falecimento do rei, há a conhecida lei de D. João III de 1526, recolhida nas Leis extravagantes e repertório das Ordenações de Duarte Nunes do Lião, também denominado de Código Sebastianico, intitulada "*Da nova ordem do juízo*". No tocante à prova, a matéria não recebe alterações substanciais. Recolhe-se em 3.7.2 uma menção à tentativa de aceleração do procedimento, um dos escopos da referida lei: "*E sem mais ver, dará lugar aa proua aas partes, para prouaré os artigos recebidos, assignando lhe para ello dilação conueniente, segundo a distancia do lugar, onde se a prouva há de fazer. Da qual não haurerá appellação nem aggrauo: saluo quando for assignada para fora do regno, & for grande ou pequena...*".

Porém, a Lei da Nova Ordem do Juízo, que será recolhida nas Filipinas, justifica a afirmação de Coelho da Rocha, no sentido que "*algumas alterações se encontram; mas não taes, que influíssem no systema*"[670].

---

[670] M. A Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a História do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 6ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1887, p. 190.

12.2. Ordenações Filipinas

As Filipinas, do ano de 1603, tiveram ampla aplicação tanto em Portugal, como no Brasil. O seu Livro III regulou, tal qual nas Ordenações anteriores, a matéria processual, recolhendo a temática da prova em variados títulos.

Acerca das referidas disposições positivadas, debruçaram-se os estudiosos, tanto em Portugal, como no Brasil, com o objetivo da construção dos aspectos dogmáticos mais relevantes para a compreensão do instituto probatório no processo.

Pascoal José de Mello Freire, nas suas Insituições, no intitulado "*De probationibus e praesumtionibus*", na tentativa de delimitar o objeto e os meios de prova, "*Quid probatio, et quibus modis fiat*", conceitua: "*Probatio est 'actus judicialis, quo litigantes judici de facto controverso, vel de re dubia fidem in judicio faciunt'*", exemplificando, "*Et fit 1) per testes: 2) per instrumenta: 3) per jusjurandum: 4) per confessionem*", para ao final, arrematar, ampliando o rol dos meios de prova, "*et hos tantum probandi modos hodie agnoscimus*", sem deixar de mencionar os meios pretéritos, de natureza ordálica, "*per sortes*" empregados no antigo direito lusitano: *"per ignem", "aquam","ad crucem", "duellum"* etc [671].

A percepção da relevância do módulo probatório para o legislador Filipino é nítida, e as disposições acerca das atividades do juiz relacionadas com o referido âmbito encontram-se bem regulamentadas nas Ordenações, de forma a dar destaque, antes de tudo, à centralidade da instrução do processo, ao ponto de recomendar, ao tratar da mataria das sentenças, em 3.66:

> "*Todo Julgador, quando o feito fôr concluso sobre a diffinitiva, verá e examinará com boa diligencia todo o processo, assi o libelo, como a contestação, artigos, depoimentos, a elle feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte;*

[671] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.160.

> *e assi dê a sentença diffinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciência dicte outra cousa, e elle saiba a verdade ser em contraria do que no feito fôr provado;*
>
> *porque sómente ao Príncipe, que não reconhece Superior, he outorgado per Direito, que julgue segundo sua consciencia, não curando de allegações, ou provas em contrario, feitas pelas partes, por quanto he sobre a Lei, e o Direito não presume, que se haja de corromper por affeição.*
>
> *A qual presumpção he tão vehemente por razão de sua preeminência, que em nenhum tempo se receberá contra ella prova; e aos outros Julgadores he mandado quejulguem segundo o que acharem allegado, e provado pelos feitos ou confessado"*

Embora a referida Ordenação enfatizasse a posição soberana da vontade real, de natureza onipotente, que não se sujeitava a quaisquer restrições, sempre considerada a excepcionalidade de sua participação como órgão julgador, restrita a casos especialíssimos, a ponto de estabelecer, como entende o comentador das Ordenações, Cândido Mendes de Almeida, uma "*presumpção 'juris et jure', que equivale a infalibilidade do Poder Supremo em suas decisões*"[672], o texto legislativo revela a imprescindível vinculação do magistrado na elaboração de sua decisão ao material probatório colhido durante o processo e contido nos autos, exceto em caso de confissão, que determinava o resultado do julgamento.

Como bem disse Lobão "*o juiz deve julgar, segundo o que della* [a prova] *e pelo seu bem regulado arbítrio consta, e não pela sua sciencia particular*" [673]. A regra acima encontra articulação com o preceito contido em 3.66.7, que determina aos magistrados, ao prolatarem suas decisões, a obrigatoriedade de fazerem constar, em todos os casos, a fundamentação de seus julgados, momento em que deveriam, necessariamente, exteriorizar o resultado de sua apreciação do material probatório produzido:

---

[672] Cândido Mendes de Almeida, em suas notas e comentários às *Ordenações Filipinas*, edição "fac símile", livros II e III, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p.667, nota (4).

[673] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 381.

> "*E para as partes saberem se lhes convém appellar, ou aggravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem specificadamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da applellação, ou aggravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou confirmar, ou revogar*".

Em Pereira e Sousa é nítida a repartição do processo Filipino em fases, que o autor separa em três grandes categorias, localizando o módulo da prova na segunda delas:

> "*Actos preparativos*" ("*reconciliação, citação, libello, excepção, reconvenção, contrariedade, réplica, tréplica, opposição, autoria e cauções*"); "*Actos médios*" ("*litiscontestação, dilação, próvas, publicação, allegações e conclusão*") e, por fim, "*Actos posteriores*" ("*sentença, recursos e execução*")[674].

"*Prova, se diz o acto judicial, pelo qual o Juiz se faz certo dquillo que se deduz em questão*", afirma Pereira e Sousa[675].

Lobão, entretanto, aponta o plúrimo significado do vocábulo, esclarecendo que "*A palavra =provar= que se toma em Direito em muitas accepções*", como, por exemplo, os modos pelos quais os juízes determinam as questões duvidosas, adotando, na seqüência, as definições de varaidos juristas:

---

[674] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, pp. 7-10.

[675] Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, tomo I, 4ª edição, s/ local, s/ editora, 1836, p. 125. Na edição de 1906, já acomodada ao foro do Brasil, o conceito é transformado em "*Provas são os actos, pélos quaes o Juiz, se-faz certo das espécies á decidir*".*Cf.* Joaquim José Caetano

> "*Chamão-se provas em justiça as maneiras reguladas pelas Leis para descobrir, e para estabelecer com certeza a verdade do facto disputado*"; "*probatio est actus, quo cuicumque máxime vero Judici, fides fit*"[676].

Pereira e Souza adota a divisão das provas em artificiais e inartificiais[677]. O autor esclarece que a prova inartificial é "*a que diréctamente demonstra a verdade do facto controverso*".

Já as artificiais seriam aquelas pelas quais "*a demonstração do facto duvidoso se tira por justo raciocinio, de factos certos ou provados*"[678], fornecendo exemplos das primeiras, como a confissão, a prova documental e prova testemunhal.

Exemplos da segunda modalidade, segundo sua definição, poderiam ser as que decorrem de raciocínio indutivo, como os indícios e presunções.

Segue Pereira e Souza dividindo as provas, quanto a forma, em "*vocal, literal, muda*"[679].

A vocal, segundo o autor, compreenderia a prova testemunhal, "*a que resulta de Juramentos de testemunhas*"; a prova literal "*é a que se faz por escripto*"; a muda "*é a que resulta de presumpções, com independência de prova scripta ou vocal*"[680].

Lobão, analisando a obra de Pereira e Souza, não aceita a precisão da referida divisão quanto a forma, afirmando que:

Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158.

[676] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 363.

[677] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por* nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158.

[678] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158, nota (437).

[679] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por* nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158.

> "*Esta última divisão da prova em Vocal, ou testimonial, Litteral, e muda, ainda que inventada por esses dous bons Francezes, he, quanto a mim, nova, e não havia lembrado a Doutor algum, que eu saiba; he supérflua, porque tudo se compreende na geral divisão de artificial, e inartificial; he puramente nominal, e ainda mesmo pueril, e errada; porque, se prova muda he (como aqui se diz a que se faz por presumpções; também os Instrumentos em si mesmo são mudos, e o mais he que hum mudo (maxime não sendo juctamente surdo) póde testemunahr por acenos*"[681].

Por fim, Pereira e Souza, divide a prova em razão dos seus efeitos em "*plena e semiplena*"[682].

A prova plena, nessa concepção, seria aquela que, por si, é suficiente para a comprovação dos fatos. Já a semiplena, afirma "*produz alguma fé, mas não tanta, que baste para a demonstração da verdade, sem algum adminículo. São espécies de prova semiplena: I – uma testemunha sem suspeita, que deponha compridamente do facto; II – a confissão extrajudicial; III – o escripto particular, quando justificado por comparação de letra, ou por outro modo* "[683].

As Ordenações, em 3.52, proêmio, trataram do assunto, demonstrando o mecanismo, o "*Juramento Necessário*", que poderia converter a prova semiplena em prova plena:

> "*Se o autor faz meia prova de sua aução, ou o réo de sua excepção, o Julgador, sendo requerido lhe dará juramento em ajuda de sua prova, e com juramento ficará a prova inteira*"

---

[680] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158, nota (438).

[681] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 365.

[682] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por* nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158.

[683] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, pp. 158-159, nota (439).

A prova, entende Pereira e Souza, deve ser "*clara e concludente*", já que de nada vale a prova "*duvidosa e incerta. A prova duvidosa sempre se-interpreta contra quem a prodúz. A prova impetinente e irrelevante, que não conclúe a intenção de quem deve provar, é de nenhum vigôr. Se a prova é, ou não, concludente deixa-se ao arbítrio do Juiz, que não deve sêr vago, mas regulado pêlas Leis e pêlos princípios da razão e do Direito*"[684].

Mello Freire, analisando a prova inartificial, "*dictur etiam probatio plena, quae pelam judici fidem facit, et habetur vel ex instrumentis publicis, vel duobus testibus omni exceptione majoribus, alia minus plena, qua judici aliqua quidem fit fides, sed non tanta...*"[685]

São os casos, por exemplo, de depoimento de apenas uma testemunha, confissão extrajudicial, escrituras privadas, comparação de assinaturas etc. Nestes casos, entende o autor, haveria a necessidade de um reforço probatório.

Lobão, novamente, critica a elaboração de Pereira e Souza, "*Estas duas notas contém hum aggregado de Princípios triviaes, mas nem sempre normas precisas, e impreteríveis das Decisões*".

Escorado em Domat, o autor reproduz o entendimento de que a questão de se detrminado foi ou não provado, independente do meio de prova ser a testemunhal ou a documental, "*depende sempre da prudência do Juiz, que deve decidir se as testemunhas ou outras sortes de provas são sufficientes, ou se não são*".

Sempre com Domat, Lobão informa que o Juiz deve atentar,em primeiro lugar, se as formalidades para a realização da prova foram seguidas. Superado o aspecto da regulamentação formal da prova realizada, "*o segundo exame das provas consiste em discernir o que ahi resulta para estabelecer a verdade dos factos, que era preciso provar...*".

---

[684] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.159 e notas (440) e (441).

Assim, o Juiz deve examinar a conformidade do conteúdo do depoimento das testemunhas, "*se entre muitas testemunhas, que depõem differentemente, a probabilidade, e a authoridade de algumas dá mais pezo a seu testemunho....*", "*se os factos são confirmados por huma notoriedade pública ou um rumor commum, nos casos em que estas circusntancias podem ser consideradas*"....

Ponderando, pois, com cautela acerca da taxatividade do critério de prova plena e semiplena, o autor ressalva que "*ainda mesmo huma só testemunha faz prova em muitos casos....*"[686]

Acerca do ônus da prova, Pereira e Souza ensina que "*A obrigação de provar incumbe á quem affirma em Juízo o facto, de que pretende tirar direito. Ao Auctor, portanto, incumbe provar sua intenção. Ao Réo, portanto, affirmando algum facto em sua defesa, incumbe-lhe igualmente proval-o*"[687].

Ao regular a ordem do juízo, as Ordenações, em 3.20.15, trata de casos em que incumbe ao réu o ônus da prova:

> "*E querendo o réo, antes de offerecer a contrariedade, embargar o processo e ser a demanda contestada com algumad a seguintes exceições peremptórias, sentença, transação, juramento, paga, quitação, prescripção, e bem assi quaesquer outras, que concluam o autor não ter aução, offerecendo-se logoa proval-a dentro de dez dias, poderá vir com ella ao tempo, que lhe foi assinado para contrariar.....E vendo o Juiz, que o réo pela prova, que deu nos dez dias, provou a exceição, assignará ao autor termo para a contrariar.....*"

---

[685] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.161.

[686] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, pp. 366-371.

[687] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.159 e notas (442), (443) e (444).

Neste aspecto, Lobão não discorda, pois "*este princípio = A obrigação da prova incumbe áquele que em juízo affirma o facto, de que pretende deduzir Direito= he Principio tão certo como legal <semper necessitas probandi incumbit illi qui agit>*. Porém, o autor excepciona: *"Dispensa-se, porém, desta obrigação o Allegante, se tem a sua intenção fundada em alguma presumpção do Direito, porque então a obrigação de a convencer se transfunde ao Réo"*[688].

Acerca do objeto da prova, Pereira e Souza, informa que a prova recai sobre os fatos controvertidos que tenham relação com a decisão da causa, não se relacionando, pois, com o direito: "*o fim da Prova é certificar-se o Juiz dos factos controvertidos entre as partes*". O notório, o indubitável, o que é certo afirma o autor, carecem de ser provados, porém, muitas coisas "*se-dizem notórias, que o não são; e por isso uma vez que se-contestem em Juízo, e não se-mostrem-taes ao Juiz, podem sêr objeto de prova*"[689]. A regra é tradicional e Mello Freire já informava que escapavam do objeto da prova os fatos notórios, "*non probandum factum notorium*"[690].

As Ordenações, ao regularem o modo pelo qual deveriam os artigos para o depoimento das partes toca no assunto da prova do direito, propiciando a afirmação de Lobão: *"O Direito, ou seja accionado ou excepcionando basta allegar-se, porque o Juiz o deve saber e supprir*"[691].

Eis o texto Ordenações 3.57:

> "*...que os artigos sejam fundados em cousa, que consista em feito, e não em ponto de Direito.....*"

---

[688] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, pp. 371-379.

[689] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.160 e notas (445) e (446).

[690] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.160.

[691] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p 380.

O direito que não se prova é o comum, o direito do Reino, que deve ser de conhecimento do Juiz: "*O Direito allega-se, mas não se-prova"*, ensina Pereira e Souza, " *excépto, se for Direito singular, municipál, ou não escripto; porque então a questão vem á ser de facto...*"[692]. No mesmo sentido, Mello Freire afirma: "*jus commune, quod judici notum esse debet, secus singulare, municipale et consuetudines non scriptae*"[693].

As Filipinas mantiveram uma fase específica para a atividade probatória, logo após a litiscontestação, ou seja, após o oferecimentos dos Artigos, fase tradicionalmente denominada "*Dilações*". A dilação que houvesse de ser realizada fora da terra, deveria receber uma assinação diferenciada de prazo: Índia, no prazo de uma ano e meio, a partir da primeira Frota que zarpase para tal destino; Castella, três meses; Aragão ou França, seis meses e assim por diante, conforme regulado nos diversos passos do título 54, sempre do livro III, não se distanciando do regime das Ordenações anteriores, e , principalmente, amntendo a via mais acelerada de execução pendent a dilação em terra distante, mediante caução, agora prevista em 3.54.18.

Entretanto, as Ordenações regularam, por igual, hipóteses excepcionais nas quais a prova poderia ser realizada fora do referido lapso temporal.

Era o caso da prova "*ad perpetuam rei memoriam*", para as hipóteses de testemunhas "*muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou stão aviadas para se partir pára fora do Reino....*" (3.55.7 e 3.55.8).

Mello Freire endossa; "*Excipitur probatio 'ad perpetuam rei memoriam' dicta, quae admittur ante litem motam, quando actor, vel réus metuunt, nesibi testimonium propter testium morbum, vel absentiam pereat*"[694].

Porém, Lobão, precisa o tema, afirmando: "*sendo vivas essas testemunhas ao tempo da delação, devem ser reperguntadas*"[695].

---

[692] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.160 e nota (446).

[693] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.160.

Pereira e Souza relaciona os meios de prova ditos "*ordinários*"[696]:

1. *A confissão;*
2. *Os Instrumentos;*
3. *Testemunhas;*
4. *O Juramento;*
5. *As Presumpções;*
6. *O Arbitramento;*
7. *A Vestoria.*

O tema da confissão, judicial ou extrajudicial, sempre atraiu a atenção dos praxistas. Mello Freire afirma que "*Confessio praecipuus probationis modus, nihil aliud est, quam adversaratio ejus, quod ab adversario intenditur*"[697]. Pereira e Souza a exalta sobremaneira: "*A confissão é prova plena superior ás outras provas..... na existência d'ella, exime-se o Autor da obrigação de outra qualquer prova.... A confissão expressa é a que se-faz expressamente, isto é, por palavras ou por escripto, com animo deliberado; e a confissão tácita, que também se diz ficta, é a que a lei deduz de algum facto*"[698]. Lobão, mais restritivo, afirma que apenas são admissíveis confissões tácitas nos casos em que a lei atribuir a pena da contumácia[699].

As Ordenações regulam a confissão em varios passos, como, *v.g.*, em 3.50.1:

> "*....Porém, se o réo na exceção peremptória confessar a aução do autor. haverá o dito Julgadora dita aução por provada, pela confissão.....*"

---

[694] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.161.

[695] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p 383.

[696] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.161.

[697] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.197.

[698] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.162-163 e notas (452) a (455).

[699] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p 387.

A recusa da parte a oferecer depoimento aos artigos, depois do Juramento de Calúnia, gerava, por igual, a pena de confesso, nos termos de 3.53.13: "*E se a parte..... recusa de o fazer.... será havido por confessado*".

Em 3.66.9 recolhe-se a equiparação da confissão à condenação:

> "*E quando as partes confessarem em Juízo as dividas ou cousas, por que forem demandadas perantes os Julgadores, e elles lhes mandarem que paguem, não serão condenados por sentenças condenatórias, mas per preceito de solvendo, do que mandarão passar mandados*"

Os Instrumentos, diz Pereira e Souza, "*são as provas consistentes em palavras escritas*". Trata-se, pois, dos documentos públicos ou privados, com o objetivo de provar fatos, que, segundo o autor, sendo solenes e autênticos, fazem prova plena[700]. Mais pragmático, Lobão afirma que trata-se de uma presunção que, indubitavelmente, admite prova em contrário, em especial, "*se o instrumento publico he defectuoso de alguns requisitos e solenidades*"[701].

Mello Freire relaciona alguns tipos de "*instrumenta*":" *acta judicialia publica, publica Tabellionis instrumenta, tabulae censuale, libris ecclesiaticis, livro de notas, mercatorum libri*"[702] etc.

Em 3.59, proêmio, repete-se o amplo rol de negócios jurídicos, como "*contractos, avenças, convenças, pactos, composições, compras, vendas, escaimbos....*" que deveriam, obrigatoriament ser realizados por escrituras publicas, a partir de determinados valores,

---

[700] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.168-173.

[701] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p 466.

[702] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, pp. 181-186.

> "*e em taes casos, em que segundo disposição desta lei se requere scriptur publica, não será recebida prova alguma de testemunhas, e se forem recebidas testemunhas, tal prova será nenhuma, e de nenhum effeito...*"

Entretanto, segue o texto legal:

> "*Nos empréstimos de roupas de camas e de vestir e de alfaias de casa, bestas, armas e prata emprestada para beberem por ella, ou comerem nella, esta lei não haverá lugar, porque nestes empréstimos não se poderiam tão asinha* [depressa] *fazer as scripturas, e por tanto havemos por bem que nelles se receba a prova por testemunhas*" (3.59.16).

Em 3.59.25 recolhe-se interessante e atual preceito acerca da simulação na elaboração de contratos de usura:

> "*Nem haverá lugar outrosi esta Lei nos contractos simulados, porque muitas vezes as partes, por defraudarem o Direito Cível, ou Canônico, fazem enganosamente alguns contractos simulados, assi como se tivessem vontade de fazer hum contracto usurário, e por defraudar o Direito, que defende as usuras, fizessem outro contracto por mudarem a substancia da verdade, que tinham em vontade fazer.*
>
> *Em tal caso, por que a verdade foi entre elles encuberta no contrato simulado, e o engano foi nelle somente declarado, havemos por bem, que tal engano e simulação se possa provar per testemunhas, por que o engano sempre se faz encubertamente, e por tanto não se poderia provar per scriptura publica*"

Comentando especificamente o referido passo, Cândido Mendes de Almeida anota que, para ilidir a simulação, bastaria "*uma testemunha de vista, explicando a causa da simulação, com detalhes taes que autorisem a crer na simulação e também com indícios, conjecturas e presumpções 'juris et jure'*"[703] .

---

[703] Cândido Mendes de Almeida, em suas notas e comentários às *Ordenações Filipinas*, edição "fac símile", livros II e III, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p.658, nota (1).

O tema da sanção para o caso de simulação contratual está regulado em 4.71, com a previsão de perda do montante do objeto do contrato, sendo "*huma terça parte para quem o accusar, e a outra terça parte para a nossa Câmera e a outra para as pessoas em cujo prejuízo for feita a simulação*". Porém, se a simulação não fosse realizada em prejuízo a terceiros, apenas para a burla da lei, a Ordenação estabelecia o seguinte:

> "*será a metade da dita quantia e estimação para quem o accusar, e a outra metade para a Câmera. E será degradado para o Brazil por cinco annos....*"

As testemunhas, consoante o entendimento de Pereira e Souza, "*são as provas consistentes em palavras de quem não é Parte na Causa, mas só de viva voz, e juradas*".. Reportando-se à notória antiguidade cronológica da prova testemunhal, que antecede no tempo a prova por documentos, poderia fazer com ela fosse concebida, na opinião do autor, como a mais perfeita das provas, desde que a infalibilidade dos homens fosse a regra, tornando-os imunes ao engano, "*mas a funesta experiência da facilidade, com que os homens cáem no erro, e se-enganão; ou mesmo se-entregão á mentira e á impostura; tem feito, que os Legisladores hajão accomodado súas Leis á fraqueza da humanidade*"[704].

Lobão, escorado em Domat, entende tratar-se das pessoas, sem distinção de sexo, que são chamadas para declarar em juízo o seu conhecimento acerca da verdade dos fatos contestados entre as partes[705]. As Ordenações Filipnias acolheram, como regra, a permissão ampla para a convocação de testemunhas, conforme recolhido em 3.56, proêmio: "*Todo homem póde geralmente ser testemunha*", passando, a seguir a regular, as hipóteses de vedação de oferecimento de testemunho.

As hipóteses guardam paralelismo com as das Ordenações anteriores, como é o caso da vedação de oferecimento de testemunho entre ascendentes e descendentes, avô, bisvô, neto, bisneto, irmãos etc.

---

[704] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.178-179 e nota (501).

[705] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, pp. 513-514.

"*O scravo não póde ser tetemunha, nem será perguntado geralmente em feito algum...*", consoante o previsto em 3.56.3.

Porém, ao regularem o testamento, em 4.85, as Ordenações informam que, caso o escravo fosse reputado como por livre, ao tempo do testamento, o testemunho valeria.

Experimentam similares restrições ao oferecimento de testemunho, tanto o judeu como o mouro, apenas em processo no qual as partes sejam cristãos, 3.56.4, "*porém, se for a contenda entre Judeu e Christão valerão igualmente os testemunhos dos Judeus com os dos Christãos, sendo dados os Judeus por testemunhas pelo Christão, e os Christãos pelo Judeu*", aplicável, por analogia, em lugar dos judeus, aos mouros.

Por igual, também não poderia ser testemunhas: o que tivesse perdido a memória (3.56.5); os menores de quatorze anos, se forem homens ou de doze, se mulheres, exceto em feitos de crimes graves (3.56.6); o inimigo capital (3.56.7). O preso, enquanto estivesse preso não poderia servir como testemunha, exceto se a sua nomeação tivesse ocorrido antes de sua prisão (3.56.9).

Pereira e Souza classifica as proibições acerca do oferecimento de testemunho em duas categorias, as proibições absolutas e as relativas. Seriam, portanto, absolutamente proibidos, em razão da natureza, de atuar como testemunhas: "*os furiosos, excépto em lúcidos intervalors, os mentecaptos, ou desasizados,..... os ébrios, no estado de embriaguez,....os mudos e surdos de nascimento, os menores....*"

Já no que diz respeito às suas limitações, portanto proibidos de forma relativa, em razão da natureza, estariam "*os cegos, só no dependente do sentido da vista e os surdos, que bem podem jurar sobre o que bem ouvirão antes da surdez*".

As supra citadas proibições aplicáveis aos escravos e presos, seriam, pois, absolutas, em decorrência da lei.

As hipóteses de proibição, supra citadas, entre familiares, ascendentes e descendentes, classificar-se-iam como relativas.

Acerca das prerrogativas dos patronos, Pereira e Souza destaca a importante lição:

> "*Os Advogados e Procuradôres Judiciaes", segundo Pereira e Souza, "podem ser compellidos á sêr Testemunhas contra seus Clientes, e Constituintes; mas só devem declarar o que sabem como Testemunhas, e não o que aquêlles lhes-confirão em segredo á bem do patrocínio da Causa*"[706] Lobão, entretanto, oferece uma visão restritiva: "*Póde porém o Advogado ser produzido testemunha pela Parte contraria... E, quando não possa excusar-se, elle só he obrigado testificar os factos, de que tivesse sciencia antes de acceitar o patrocínio da Causa, mas não os que o Cliente lhe revelou...*"[707].

As Ordenações recolheram, em 3.56.10, tipos de testemunhas que, embora não sendo proibidas de testemunhar, o conteúdo de sua deposição deveria ser tomado para registro nos autos, porém com reservas por parte do julgador, uma vez que são consideradas "*testemunhas defeituosas*". Eis o texto legal que bem explica a dinâmica procedimental, que, na dúvida, detrmina a oitiva da testemunha:

> "*E geralmente em todos os outros casos, que acontecerem, aindaque algum seja recusado de testemunha por suspeito, e a recusação seja legítima, e posta em tempo devido, não deixará o Julgador de o mandar perguntar, e screver seu testemunho nos autos, assim como de cada huma das outras testemunhas que recusadas não forem.*
>
> *E se for dada prova a recusação, que lhe for posta, veja-a o Julgador; e segundo vir a qualidade da recusação e da prova a ella dada, assi dê crédito a dita testemunha*".

---

[706] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, pp.179-180 e, paa a questão dos advogados e procuradores, a nota (501), p. 180, ampliando a mesma garantia em benefício dos Médicos e dos Cirurgiões, dos Confessores e, por fim, dos Párocos.

[707] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 517.

Pereira e Souza inclui entre as testemunhas defeituosas, ao lado daqueles cujos defeitos pudessem provir "*da falta de razão*" e "*da suspeita de parcialidade*", aquelas ou trs pessoas cujo defeito proviesse "*Da falta de boa fama*".

Assim sendo, seriam considerados defeituosos, por exemplo, os testemunhos dos condenados pelo crime de falsidade (3.58.5) e dos infâmes, como "*os banidos, - as meretrizes, - os fallidos de má fé, - os ebrios por habito, - os jogadores por offício, e os tafúes*"[708]

O "*tafúl*", como ensina Cândido Mendes de Almeida, é "*jogador por officio ou habito. Barbosa no 'com.' Nº 6 traduz essa palavra por 'alector', o jogador de cartas de dados*", os infâmes, por sua vez, se dividem em infâmes de direito e infâmes de feito:

> "*'Infamia' de Direito he a que a lei irroga á quem commette certos delictos ou faltas em que o Juiz o julgou réo, e por elles o condemnou á pena infamante....Infamia de 'feito' ou 'de facto' he a que resulta de acção infame e torpe, segundoa opinião da sociedade, ou dos homens bons*".

Por igual, entende que semelhante estado de torpeza semelhante ao do táful se aplica "*a meretriz, o concubinario, o bigamo, o alcayote* [ou seja, o alcoviteiro], *o escravo, o ladrão e outros..*"[709].

Corrêa Telles, em seu *Digesto Portuguez*, ao comentar as causas de deserdação, afirma que "*diz-se pessoa torpe a que tem algum vicio, reputado torpe entre as pessoas de bons costumes: v. gr., o bêbado por hábito, o jogador por offício, o alcoviteiro, a meretriz e outros similhantes*"[710]

---

[708] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.181.

[709] Cândido Mendes de Almeida, em suas notas e comentários às *Ordenações Filipinas*, edição "fac símile", livros IV e V, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 935, notas (3), (4), (5) e (6).

[710] J. H. Corrêa Telles, *Digesto Portuguez ou Tractado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira vontade para servir de subsidio ao novo código civil*, tomo III, 5ª edição, Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1860, p. 258.

Porém, uma leitura bem mais atualizada da referida temática, demonstrando a necessidade de atualização das antigas influências das estruturas sociais no direito, ainda que, no caso, versando sobre o crime, é constatada por um firme questionamento de Lobão. Por meio da sensível articulação na voz de Filangier, o autor esclarece para, ao final, indagar:

> "*A impossibilidade de mostrar o facto por provas legaes tem feito nascer o abuso de condenar a huma pena arbitraria o culpado, que não tem podido ser legalmente convencido; e estas mesmas Leis, que se occupão a metter Limites á vontade do Juiz, lhe tem dado uma extensão excessiva. O Legislador e o Político devem sempre escolher entre os males, os que lhe parecem os mais leves.*
>
> *Os grandes abusos não vem quase jamais que da mania de perfeição. Em quantas circunstancias o systema muito minucioso da capacidade das testemunhas faria elle impossível a prova de um delito ? Hum crime, por exemplo, commettido nas prizões, não póde ter por testemunhas mais que os homens que estão 'sub judice': hum crime commettido sobre as galés, no logar das prostitutas, e viciosos não póde ter por testemunhas senão os forçados, ou mulheres de mãos costumes; hum crime commettido por hum mendicante não póde de ordinário ter por testemunhas mais que outros mendicantes.*
>
> *Homens, que estão 'sub judice', forçados, mulheres públicas, mendicantes deverão ser excluídos do direito de testemunhar sobre um delicto commettido em sua presença? Se o Accusador póde mostrar que elles não tem algum interesse de alterar, ou calar a verdade; porque não se admitirão a fornecer huma prova legal* ?"[711]

[711] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, pp. 519-520.

O número de testemunhas, 3.55.2, seguia elevado "*E nenhuma parte poderá dar e nomear a cada hum artigo, quando forem em si diversos, mais que quinze testemunhas; e quando somente tiver hum artigo para provar, ou tiver muitos de huma mesma substancia e caso, não poderá dar ao dito artigo, ou artigos, mais que vinte testemunhas por todas*"

Para os feitos de injúrias verbais, havia restrição de número de testemunhas nos casos de artigos diversos. Nesta hipótese, para cada artigo eram permitidas "*sete testemunhas e mais não. E se somente for hum artigo, ou huma petição, que não seja articulada, se poderão falar até dez testemunhas*" (3.55.3).

O livro I, das Ordenações Filipinas, sob o título "*Dos Enqueredores*" (1.86, proêmio) aponta para a necessidade de cuidado na colheira dos testemunhos: "*Os Enqueredores devem ser bem entendidos e diligentes em seus Offícios, em modo que saibam perguntar e inquirir as testemunhas por aquillo, para que forem oferecidas*". Por outro lado, o mesmo passo estabelece o rito procedimental da instrução: "*E antes que a testemunha seja perguntada, lhe será dado juramento dos Santos Evangelhos, em que porá a mão, que bem e verdadeiramente diga a verdade do que souber, acerca do que for perguntado*".

O juramento da testemunha poderia ser realizado na presença da parte contra quem ele era produzido, caso assim ela desejasse estar presente ao ato, "*deferendum, praesente adversário, qui propterea citatur, ut praesente esse possit*"[712]. Entretanto, o regime da publicidade restrita ainda era a regra na instrução do processo filipino: "*E depois de assi jurar, dará seu testemunho secretamente, sem nenhuma das partes delle ser sabedor, até as inquirições serem abertas e publicadas*".

O referido passo (1.86) detalha as perguntas que devem ser formulas às testemunhas, em especial, "*se tem divido ou cunhadio com alguma das partes, e se tem tão estreita amizade ou ódio tão grande a alguma dellas*", de modo que o seu depoimento poderia comprometer a verdade.

---

[712] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p. 173.

Não deveria deixar o inquiridor de perguntar se dádidas haviam sido recebidas pela testemunha das próprias partes ou, eventualmente, de terceiros, por fim, "*se foram rogadas ou subornadas....*". Lobão insiste no sentido de que o juiz deveria admoestar a testemunha "*com o horror do perjúrio....*"[713]

O passo seguinte, 1.86.1, é preciso acerca da necessidade de atenta obervação do modo de a testemunha se comportar no momento da instrução:

> "*E attentem bem com que aspecto e Constancia fallam, e se variam, ou vacillam, ou mudam a cor, ou se torvam na falla, em maneira, que lhes pareça, que são falsas ou suspeitas*".

Apenas uma testemunha, nos termos do passo contido em 3.52, proêmio, como regra geral, não fazia prova plena, porém, caso ela fosse "*pessoa sem suspeita*", poderia fazer meia prova.

Mas as Ordenações recolhem inúmeras exceções, permitindo que o testemunho de apenas uma pessoa fosse suficiente. Em geral, tratava-se ou de circunstâncias relacionadas com a dignidade da testemunha ou de eu ofício, ou, em razão da singeleza da matéria e reduzido valor da questão posta em juízo.

Em 4.18, recolhe-se o curioso caso das pequenas dívidas dos clientes dos Açougueiros, Padeiras e Taberneiros:

> "*O carniceiro, que der carne fiada a alguma pessoa, ou Padeira pão, ou taverneiro vinho, e demandarem em juízo seus devedores, a que as ditas cousas fiaram, posto que não tenhão testemunhas, per que possam provar as dívidas, havemos por bem que sejam cridos por seu juramento, com tanto que a dívida não passe de mil réis.*

---

[713] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 537.

> *Porém, se o carniceiro, Padeira ou Taverneiro, se calar per hum anno contado do derradeiro dia, que deixou de dar carne, pão ou vinho fiado a seu devedor, em nunca mais requerer a paga a quem o fiou, sendo elles ambos no lugar, e não tendo legítimo impedimento, porque o não pudesse requerer, não sejam cridos por seu juramento em quantidade alguma, mas poderão demandar o que somente provarem.*
>
> *E neste caso valerá a prova de huma testemunha, ou a confissão da parte, posto que seja fora do Juízo, e em ausência da outra parte, ou outra qualquer semelhante prova, em a quantia dos ditos mil réis*".

A inquirição de testemunhas, como regra, deveria ser pessoalmente realizada pelo julgador, entretanto, caso a oitiva tivesse de ser realizada fora do local do juízo, a Ordenação previa o uso de Carta, conforme previsto em 1.86.3, estabelecendo a competência para a colheita da prova ao juízo deprecado:

> "*E não se tirando nos mesmos lugares, onde se os feitos tratarem, e havendo-se de se passar cartas para outros lugares, para nelles se tirarem, os Julgadores a que forem dirigidas, as tirarão per si*".

O juramento, afirma Pereira e Souza, "*é a prova consistente em palavras de uma das Partes, mas e viva voz, e tomando á Deus por testemunha*"[714]. Trata-se, conforme precisa Lobão, escorado em Domat, de "*huma segurança que as Leis exigem em muitas occasiões, ou para firmar huma obrigação, ou para confirmar hum testemunho...*"[715]

Pereira e Souza entende que, em primeiro lugar, o juramento poderia ser "*voluntário*" ou "*necessário*". Voluntário "*é o que uma Parte defere, ou refere, á outra para por êlle decidir-se a questão*".

---

[714] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p.189.

[715] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 574.

Neste caso a denominação de voluntário relaciona-se com a vontade das partes e não com a atividade do juíz.

Juramento necessário, por sua vez, seria "*aquele que o Juíz defere à parte em auxilio da prova ou para determinar-se o valor ou a quantidade, do que faz objecto da questão*".

A denominação é de necessário, pois há a necessidade de o Juíz ao referido meio ter de recorrer (3.53.3). Neste caso, a parte à quem se defere o juramento, não pode recusá-lo[716]. Mello Freire distingue com o mesmo critério de voluntariedade:

> "*Jusjurandum hoc 'voluntarium' vocatur, quia a parte quia a parte volente deertur, in differentiam 'necessarii', quod judex defert etian non rogatus*"[717].

Pode ainda ser classificado em juramento "*Suppletório*" ou "*In litem*". O juramento supletório (3.52) é aquele que tem por objetivo auxiliar a prova. Já o "*in litem*", (3.52.5) é aquele que tem por objetivo "*estimar a cousa*"[718].

Mello Freire retoma a classificação com o juramento promissório, que, no mais das vezes, se relaciona com o adimplemento contratual e também obrigacional, tal qual uma garantia oferecida, "*quod de futuris rebus, vel factis praestatur*" e o purgatório, aquele que era, mais freqüentemente, realizado pelo réu, para afirmar a sua inocência e também aquele que servia para ilidir uma presunção que emergia de uma prova semiplena, "*judex reo defert vel ad elidendas praesumtionibus ex probatione semiplena emergentes, vel quando causa natura sua suppletorium non admittit*"[719]

---

[716] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 190, notas (522) e (523).
[717] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p. 190.
[718] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 190, notas (526) e (527).
[719] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber IV, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, pp. 192-193.

As presunções "*são as provas consistentes em legítims inducções... fundadas no que ordinariamente costuma acontecer.....A Presumpção faz que se tenha por verdadeira alguma cousa, sem que seja necesário fazer d'isso outra prova*"[720]

Lobão, apoiado em Domat, entende que as presunções mais bem se constituem em conseqüências que são extraídas a partir de um fato conhecido para que se conheça a verdade de um fato incerto, para o qual se busca a prova[721]. Trata-se, pois, de uma construção mental, uma atividade de dedução, destinada a provar, a partir de um fato conhecido, um fato desconhecido.

Pereira e Souza aponta que *"differem as 'Presumpções' das 'ficções de Direito', porque aquellas contém verdade provável, actualmente conhecida; e estas actualmente suppõem falsidades, só introduzidas pêla Equidade contra o rigor do Direito, posto que de futuro possão ser verdades*", reconhecendo, pois, a tradicional dicotomia entre as "*Presumpções do Direito*", e as "*Presumpções do Homem*"[722].

Os arbitramentos "*consistem em opiniões de terceiros consultados pelo Juíz sobre a cousa ou o facto, de que se-trata, sem dependencia da 'Vestoria'*"[723]. Trata-se, pois, da manifestação de peritos. Lobão informa que no século XIV os peritos se chamavam fiéis, tendo sido, posteriormente denominados, na linguagem comum, "*louvados*". Os antigos denominavam o louvado de "*laudator*", decorrendo daí a expressão "*laudum*", da qual derivou laudo. A prova por arbitramento, informa o autor, é remédio subsidiário "*a que e não deve recorrer senão quando por outro modo se não póde chegar ao perfeito conhecimento da verdade*"[724]. Os louvados são os arbitradores, cuja regulamentação está em 3.17.

---

[720] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 196, nota (546).

[721] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 588.

[722] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, pp. 197-199.

[723] Idem, p. 203.

[724] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p. 628.

Por fim, a inspeção judicial, denominada "*Vestorias*", consistem na "*ocular inspecção do juiz, para por si conhecer a causa, ou o facto, de que se-trata*"[725]

Lobão entende tratar-se de uma prova superlativa, "*a melhor do mundo*", a qual deve ser realizada pelo próprio magistrado, pois

> "*o Juiz que há de sentencear a causa deve ir instruir-se observando ocularmente o objecto, e todas as circumstancia delle; porque nunca o pintado figura bem o vivo*"[726].

Em 3.18.7 recolhe-se um dos muitos exemplos de inspeção judicial. Trata-se do "*exame da prenhez*", entretanto, a "*vestoria*" possui ampla aplicação no processo filipino: conflito de terras, nunciação de obra nova, caução de dano infecto, reconhecimento e comparação de letras, liquidação de benfeitorias, deteriorações, a respeito de águas, servidões rústicas etc[727].

Em continuidade às atividades de realização de dilação probatória, seguia-se o momento da publicação das dilações, ou seja, o momento em que era tornado público o resultado das atividades probatórias realizadas, conforme se recolhe em 3.62 "*tanto que as inquirições são acabadas, perguntarão os Julgadores ás partes se tem embargos a serem abertas e publicadas....*" .

Portanto, após o encerramento da fase instrutória, caminharia o processo para a derradeira fase decisória.

---

[725] Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p, 206.

[726] Lobão, Manoel de Almeida e Souza, *Collecção de dissertações e tractados vários, em supplemento ás segundas linhas sobre o processo civil e ás notas a elles relativas, Lisboa*: Imprensa Nacional, 1855, p. 614.

[727] Cf. Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p, 207.

Capítulo V

SÍNTESE CONCLUSIVA

Sumário: 13. A transposição do Direito Lusitano para o Processo Civil Brasileiro. 14. Considerações Finais.

13. A transposição do Direito Lusitano para o Processo Civil Brasileiro

Após os múltiplos eventos, em especial entre 1808 e 1822, que culminariam com a emancipação política do Brasil, ou seja, o início do processo de sua independência, por meio da lei promulgada em 20 de outubro de 1823, foram mantidas vigentes, entre outros diplomas legislativos emanados pela antiga metrópole, as Ordenações Filipinas, fazendo com que, conforme bem ponderou João Mendes de Almeida Junior, "*em summa, continuavam no Brazil os mesmos juízes e tribunaes, assim como o mesmo processo, até que a Constituição Política do Império determinasse outras bases*"[728].

Não foi por outra razão que, acerca da justiça civil, Moacyr Lobo da Costa afirmou: "*o processo civil continuou a ser regido pelas disposições do Livro III das Ordenações Filipinas*"[729].

[728] João Mendes de Almeida Júnior, *Processo Criminal Brazileiro*, vol. I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, p.148.
[729] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, pp. 1-2.

Com a promulgação, em 1830, do Código Criminal do Império, em substituição ao antigo Livro V das Ordenações, tornava-se necessária a regulamentação do processo a ser aplicado às referidas normas de direito material.

Assim, em 29 de novembro de 1832 vem a lume o Código de Processo Criminal de primeira instância do Império do Brazil. Anexo ao referido diploma encontrava-se, em título único, a *Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil* [730]. A respeito da prova, apenas dois artigos, artigos 10 e 11, cuidaram, parcialmente, da matéria.

O artigo 10 do referido diploma determinava que ficavam abolidos os juramentos de calúnia, de longeva tradição no direito reinol, ou seja:

> "*aquelle em que se promettia litigar de bôa fé, com abstenção de toda tergiversação e fraude..... O antigo direito considerava-o como de solemnidade substancial para o Juízo....ao ponto de viciar o processo e annular a sentença, quando alguma das partes, o pedia e era regeitado*"[731].

O artigo 11, por sua vez, dispunha que:

> "*As testemunhas serão pubblicamente inqueridas pelas próprias partes, que as produzirem, ou por seus Advogados, ou procuradores, e pelas partes contrárias, seus Advogados, ou procuradores....*".

O citado artigo fazia remissão expressa aos artigos 262 e 264 do Código de Processo Criminal que deveriam regular a forma da realização da oitiva das testemunhas.

---

[730] Idem, p. 5.

[731] Vicente Alves de Paula Pessoa, "explicações à Disposição provisória acerca da administração da justiça civil", in: *Código de Processo Criminal de primeira instância do Império do Brazil*, Rio de Janeiro: Typ. de Augusto dos Santos, 1880, p. 581.

Os referidos artigos do Código de Processo Criminal estabeleciam que todas as testemunhas, as do autor e do réu, deveriam, antes do depoimento, jurar sobre os artigos de prova.

Por tal inquirição, o juiz de direito passaria, em 1833, a não poder receber emolumentos[732].

Em primeiro lugar eram ouvidas as testemunhas produzidas pelo Autor.

O próprio autor ou seu advogado deveriam inquirir as referidas testemunhas, que eram, na seqüência, inquiridas pelo réu ou por seu advogado.

Em segundo lugar, seriam ouvidas as testemunhas produzidas pelo réu, que as inquiria pessoalmente, ou por seu advogado.

A seguir as testemunhas eram inquiridas pelo autor ou por seu advogado.

Em 1850 ocorre a promulgação do Código Comercial e, em 25 de novembro do mesmo ano ocorre a promulgação da disciplina do processo aplicável às causas comerciais, o assim denominado Regulamento 737.

Moacyr Lobo da Costa aponta para um particular fenômeno ocorrido na praxe judicial. As inovações contidas no Regulamento 737 mostraram-se superiores em relação ao moroso sistema processual tradicionalmente aplicado até então, de matriz reinol, contido nas Ordenações [733].

---

[732] Josino do Nascimento Silva, *Código do Processo Criminal de primeira instância*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1864, p.173.

[733] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, pp. 29-31. Acerca do Regulamento 737, elaborado segundo técnica legislativa moderna, Liebman afirmava que um de seus méritos era o de ter oferecido uma clara formulação de regras processuais, mediante disposições breves e precisas, entretanto, ressalva o autor, no referido Regulamento "*se mantêm substancialmente inalterada a estrututura fundamental do processo*". Enrico Tullio Liebman, "Istituti del diritto comune bel processo civile brasiliano", *in: Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962 p. 500.

O praxismo, principal concepção do processo civil ao referido tempo, encontra-se bem exemplificado na obra contemporânea de Correa Telles, "*Doutrina das Acções*": "*Acção he hum remedio de direito para pedir ao Juiz, que obrigue outro a dar ou fazer aquillo, de que tem obrigação perfeita*"[734].

Toda a temática processual vem disciplinada por meio de uma extensa relação de ações individualmente identificadas e caracterizadas, em geral, por meio do tipo de pretensão pretendida.

A temática da prova encontra-se, portanto, mencionada, sempre referencialmente, nas várias "ações" arroladas por Correa Telles, como, por exemplo, da "*Acção de filiação*".

Neste caso, afirma o autor, "*O filho bastardo, intentando esta acção, deve allegar e provar, ou o reconhecimento paterno, ou o coito dos pais em tempo, que coincida com o nascimento delle autor*".

Porém, a instrução poderia versar no sentido de provar que "*o réo tinha a mãi a do autor em casa teúda e manteúda*".

Não descartava dos indícios e presunções, admitidos expressamente pelo autor na hipótese: "*ou finalmente indícios e presumpções capazes de fazer julgar, que o réo he o pai, e não outro qualquer homem*".

Entretanto, o autor não descuidava da prova que poderia ser manejada pelo réu: "*O réo pôde opor, que o nascimento do autor não coincide com o tempo do coit; ou que a mãi de delle tratava com outros sujeitos.....*"[735].

---

[734] José Homem Correa Telles, *Doutrina das Acções, expressamente accomodada ao Foro do Brasil por Souza Pinto*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1841, p. 13.
[735] Idem, pp. 29-30.

A difícil prova da filiação já causava dificuldades aos operadores da época, razão pela qual, José Maria Frederico de Souza Pinto, comentando a lição de Telles informa que, a rigor, a constatação da filiação paterna restava quase como imposssível de ser provada perfeitamente, razão pela qual afirmava que, "*os DD. se satisfazem com a prova imperfeita, qual a que resulta de indícios e presumpções; com tanto que outros indícios contrários não reduzão o caso a uma perfeita incerteza*"[736].

Mello Freire enumerava todo um rol de presunções aplicáveis à dilação probatória de reconhecimento de paternidade:

> "*I) Concubitus probatio; II) frequens cummatre consuetudo; III) absentia adfectata; IV) fuga parentis; V) si pro illius filio omnium você et a vvicinis habitus sit; VI) vel a padre agnitus, iustitutus, vel nutrici traditus, vel testamento, vel alia publica, privatave scriptura ab eo nominatus: vel VII) ex nomine, cognomineve gentilitio; at aliis denique argumentis et probationibus....*"[737].

Revelava-se, pois, um quadro bastante complexo da matéria probatória para a circunstância tratada por Telles.

Ademais de tais fatores, toda a instrução deveria ocorrer nos moldes previstos pelo sistema de dilações das Ordenações, que ensejava arrastada duração do feito. Moraes Carvalho, cuja obra se denomina, emblematicamente, "*Praxe forense*", afirma que "*prova se diz tudo aquillo que serve a justificar a existência de uma convenção, de um facto, de uma proposição*", adotando a sua divisão em: pessoal e real; plena e semiplena; direta e indireta ou circunstancial, litral ou testemunhal e judicial ou extrajdudicial. Pessoal, para o autor, "*é aquella fornecida por um humano*".

---

[736] José Maria Frederico de Souza Pinto, "Comentários", *in:* José Homem Correa Telles, *Doutrina das Acções, expressamente accomodada ao Foro do Brasil por Souza Pinto*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1841, pp. 29-30.

A real, por sua vez, "*é aquella que se deduz do estado das cousas*". A prova plena seria quela que produziria tanta fé que era suficiente para decisão da controvérsia e a semiplena, embora produzindo alguma fé, não bastava para decisir a questão.

A prova direta, "*é a que directamente mostra a verdade do facto", "indirecta é a que mostra a verdade de outros factos, dos quaes se deduz a existência do controvertido*".

Literal e testemunhal, era a prova fundada em escritos ou em testemunhos e judicial ou extrajudicial, de acordo, com o fato de ser produzida em juízo ou fora dele[738].

A confisão seguia impressionando os autores da época, como o próprio Moraes Carvalho, para quem "*é a melhor das provas, 'probatio probatissima'*"[739], acompanhado, na literalidade da frase, por Souza Pinto:

> " *A confissão livre, espontânea e dada com perfeito conhecimento de causa, constitue prova plena, importa a condenação do confitente, sem que mais a possa impugnar, e até dispensa toda outra qualquer prova.*
>
> *É segundo todos os scriptores de jurisprudência, a primeira, a maior de todas as provas – chamão-lhe ums - prova provadíssima – outros – prova pleníssima*"[740].

O depoimento da parte, entendido como sendo a declaração jurada feita em juízo pela parte referente aos artigos formulados por seu adversário, era considerada fase essencial da dilação, sendo que:

---

[737] Pascoal José de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, líber II, 5ª edição, Coimbra: Typis Academicis, 1853, p.148.
[738]Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, pp. 39-42.
[739] Idem, p. 47.
[740] José Maria Frederico de Souza Pinto, *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856, pp. 2-3.

> "*a dilação não corre, se a parte assim o requerer, enquanto a outra não depõe*"[741]

Sendo obrigatório, caso a parte não pudesse comparecer em juízo "*pelo seu estado physico, toma-se-lhe o depoimento na sua prórpia casa*"[742].

A prova documental encontrava-se consolidada, de ampla utilização na praxe do Foro. "*prova litteral è aquella que resulta de escriptos... Há várias espécies de documentos, a saber: authenticos, particulares, originaes, traslados ou copias, primoridiaes, recognitivos ou confirmativos...* "[743]

Porém, com maior precisão, definia Souza Pinto: "*Instrumento na accepção geral se diz de todo o documento, com que se instrue a causa. Na accepção especial, chama-se documento á escritura publica. Neste lugar, damos o nome de instrumento á escritura publica ou particular, a todo e qualquer documento, que em juízo se produz como prova*"[744].

Os documentos primordais eram aqueles que "*encerram a obrigação tal qual contrahida, sem alteração alguma*". Recognitivo "*é o título de reconhecimento da obrigação, feito posteriormente a ella*"[745].

Porém, o ponto fundamental reside no impacto que os documentos primordiais causavam na convicção do julgador: "*o título primoridal é sempre o que resolve as dúvidas, suscitadas pelos títulos posteriores*"[746].

---

[741] Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, p. 63.
[742] Francisco J. Duarte Nazareth, *Elementos do processo Civil*, 3ª edição, Coimbra: 1860, p. 283.
[743] Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, pp. 62-63.
[744] José Maria Frederico de Souza Pinto, *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856, p. 22.
[745] Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, pp. 98-99.

A testemunha, "*pessoa que affirma ou póde affirmar uma cousa que ella vio ou ou ouvio.... se dividem em instrumentarias e judiciaes, em oculares e auriculares, em referentes ou referidas, em idôneas ou defeituosas*"[747].

As testemunhas, que deveriam ser juradas conforme o rito de sua religião, tinham a obrigação de comparecer em juízo, "*podendo a isso ser compellida pelo juiz, e conduzida debaixo de custódia, e ser mulctada*"[748].

Porém, com maior pragmatismo, afirmava Souza Pinto que, por mais antiga e necessária que fosse a prova testemunhal, "*nem por isso, se póde dizer que seja o testemunho dos homens só por si um signal característico e infalível da verdade*", tornando, portanto, segundo seu raciocínio pertinente que na oitiva de testemunhas fossem considerados o número de testemunhas, a posição social por elas ocupada, seus costumes, sua conduta,

> "*sua inteireza, sua reputação.....se sua probreza ou dependência as induzem a dar um depoimento agradável áquelle de quem dependem.... estas regras e o prudente arbítrio do juiz, são poderosos incentivos para bem determinar o alcance dos depoimentos das testemunhas*"[749].

O juramento recebia atenções da doutrina, entretanto, já de forma mais abrandada. O juramento, afirma Moraes Carvalho, escorado em Mello Freire,

---

[746] José Maria Frederico de Souza Pinto, *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856, p. 53.
[747] Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, p. 101.
[748] Francisco J. Duarte Nazareth, *Elementos do processo Civil*, 3ª edição, Coimbra: 1860, p. 304.
[749] José Maria Frederico de Souza Pinto, *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856, pp. 57-58.

> "*é a religiosa aseveração da verdade de algum facto pela invocação da vingança divina*"[750].

O assertório versava sobre fatos pretériros e o juramento promissório, sobre fatos futuros. Juramento decisório, ou voluntário, continuava sendo entendido como o que uma parte pedia ou requeria a outra para a decisão da questão. Já o necessário, o que o juiz requeria de uma das partes.

O supletório, seguia sendo entendido como o juramento realizado em ajuda à prova[751].

O julgamento decisório aproximava, quantos aos seus efeitos, de uma transação e de coisa julgada, "*e produz a presumpção 'juris et de jure', pelo que o facto, sobre que recaiu o juramento, tem-se por tão certo, que não se admitte prova em contrário...*"[752].

Os demais meios de provas, vistorias, louvados, presunções etc continuavam a receber por parte dos praxistas considerações dogmáticas restritas, sempre no viés do procedimento.

A visão do processo civil, e, conseqüentemente, da própria prova, encontrava-se compartimentada nos estritos limites de uma visão focada no iter procedimental, o qual, por sua vez, era forjado nos moldes do direito das Ordenações. Uma questão que se coloca seria aquela acerca dos limites impostos ao magistrado para a formação de sua convicção em razão da sua vinculação a um sistema processual rígido e fechado, especialmente em tão particular momento histórico no qual o país acelerava o seu trafico negocial.

---

[750] Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, p. 133.
[751] José Maria Frederico de Souza Pinto, *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856, pp. 77-87.
[752] Francisco J. Duarte Nazareth, *Elementos do processo Civil*, 3ª edição, Coimbra: 1860, p. 286.

Ramalho oferece uma solução para o problema, na medida em que, embora privilegiando o praxismo, enfaticamente, assevera:

> *"O Direito Pátrio exclue inteiramente o systema da convicção livre e natural dos juízes...*
>
> *Porém é permittido aos julgadores o apreciarem o merecimento da prova, não só quanto á sua força probante, assim como no conflito d'ellas, qual deve prevalecer, tendo em vista as regras e princípios geraes consagrados nas leis, e na praxe de julgar*"[753].

Desta forma, o autor passou a tratar do tema, em obra publicada alguns anos depois, conceituando a prova como sendo o ato judicial por meio do qual o magistrado "*faz certo do ato duvidoso ou obscuro, que está posto em questão*".

Centrando seu raciocínio na questão da certeza, Ramalho afirmava que ela era resultante da convicção,

> "*e gera-se a convicção no animo do julgador, vendo elle clara e distinctamente, que seria impossível a existência dos factos produzidos como prova, sinão tivessem existido aquelles que pretendem as partes provar.*
>
> *Si esta relação não é evidente, nem está acima de toda a dúvida, a convicção não é completa; não há certeza*"[754].

Em 1871 ocorreram reformas no processo por meio da publicação da Lei 2033, regulamentada no Decreto 4824[755].

---

[753]Joaquim Ignácio Ramalho, *Practica Civil e Commercial*, São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de A. Marques, 1861, p. 97.
[754] Joaquim Ignácio Ramalho, *Praxe Brasileira*, São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, p. 239

No que diz respeito à matéria da prova, a referida lei, ao regular o processo sumaríssimo, determinando que as causas até cem mil réis deveriam correr perante o juiz de paz, com possibilidade de apelo para os juízes de direito, cuidou das testemunhas.

No parágrafo 1, do artigo 63, o referido Decreto estabeleceu que a petição inicial deveria, além do nome das partes, do contrato ou transação, "*a indicação das provas, inclusive o rol das testemuhas*".

As testemunhas do réu, nos termos do parágrafo 2, do citado artigo, poderiam ser por ele levadas, independente de citação, que seriam ouvidas pelo juiz, até mesmo "*à revelia do mesmo réu, se não comparecer...*". Neste processo expedito, o juramento não era essencial, que apenas seria realizado e requerido pelas partes ou determinado pelo juiz.

Torna-se evidente no referido decreto a intenção de aplicar aos feitos dos juízes de paz forte concentração dos atos processuais com o fim de propiciar maior brevidade às demandas.

Segundo informa Eliézer Rosa, o referido decreto teria sido elaborado pelo jurista João Mendes de Almeida[756].

Entretanto, conforme destaca Moreira de Paula, o parágrafo 14, do artigo 29 da referida lei, determinava que o governo faria consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares, concernentes ao processo civil, de cujo encargo, posteriormente, ficou incumbido o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas. Pontua o autor:

> "*Essa síntese de textos normativos tornou-se obrigatória pela Resolução de Consulta de 28/12/1876, a fim de uniformizar a práxis judiciária e banir do foro as corruptelas que nele se introduziram*"[757].

Trata-se de um trabalho de fôlego. O próprio Conselheiro Ribas introduz a sua Codificação, afirmando:

---

[755] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, p. 39.
[756] Eliézer Rosa, *Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, pp.232-234
[757] Jônatas Luiz Moreira de Paula, *História do Direito Processual Brasileiro*, Barueri: Manole, 2002, p. 238.

> "*A consolidação das leis do Processo Civil, que escrevi por incumbência do Governo Imperial e em execução da lei n. 2033 de 29 de setembro de 1871 artigo 29 § 14, é uma codificação systemática de theses legislativas, deduzidas do nosso direito nacional, bem como do subsidiário – o romano e o consuetudinário-scientífico*"[758].

A prova vem regulada no artigo 326 e seguintes.

Os meios de prova são os tradicionais, ou seja, aqueles já contemplados na tradição jurídica lusitana: confissão, instrumentos, testemunhas, juramento, presunções, arbitramento (pelos louvados) e vistoria. O artigo 398, regulando as mesmas hipóteses de pessoas que estavam proibidos de testemunhar, no parágrafo 8º, inclui "*Os advogados contra os seus clientes naquillo que por estes lhes foi confidencialmente communicado*".

O artigo 332 cuidou de fixar o conceito de objeto da prova, fundado na controvérsia suscitada entre os litigantes: "*É objecto da prova qualquer facto sobre que versa o litígio, embora uma das partes o allegue como certo e indubitável, desde que a outra o conteste*".

Por sua vez, o artigo 333 firmou a noção de que, em regra, o direito geral, não se prova, e estabeleceu as exceções: "*O direito só se precisa provar quando é singular, municipal, estrangeiro ou não escripto*".

Acerca da distribuição do ônus da prova, determinava o artigo 334: "*A obrigação da prova incumbe áquelle que em juízo affirma o facto, de que pretende deduzir o seu direito, quer seja o autor, quer seja o réo*". Oferecendo a seguinte regra de julgamento no artigo 335: "*Não provando o autor a sua intenção, deve o réo ser absoluto, ainda que da sua parte nada prove*".

---

[758] Antonio Joaquim Ribas, "Prefação", *in: Consolidação das Leis do Processo Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, p.5.

A Consolidação cuidou da força da prova no artigo 337, exemplificando tratar-se de meia prova o depoimento de uma só testemunha, a confissão extrajudicial, a escritura particular e a prova incompleta proveniente do depoimento de testemunhas defeituosas. O artigo 338, regulando o conflito entre as provas, determinava que a confissão preferiria todas as demais provas e a prova instrumental preferiria à prova testemunhal, exceto quando todas as testemunhas instrumentarias impugnassem a verdade do documento.

A testemunha, como antes, era obrigada a prestar juramento, entretanto, nos termos do parágrafo 1º do artigo 421, não seria a tanto obrigada, "*se por sua religião lhe for vedado o jurar*".

Aliás, o próprio juramento, embora previsto em todas as suas formas na Consolidação, começaria a sofrer certas mitigações.

Conforme consta do artigo 429, "*o juramento não produz obrigação própria, e sim um vínculo accessorio para fortalecer o da obrigação já existente*".

Percebe-se, portanto, que a Consolidação Ribas começa a introduzir algumas poucas modificações na matéria probatória, adotando teses jurídicas acerca da instrução da causa, representando, pois, ainda que em contida medida, sintomas de início de desprendimento do vetusto modelo probatório das Ordenações, sinalizando a possibilidade de criação de uma regulamentação pátria do tema da prova, ainda que inspirado nas raízes das Ordenações.

Entretanto, como lei processual, sua duração foi curta, pois em 1890, após a proclamação da República, em 19 de setembro de 1890, o Governo Provisório emanou, por meio do Decreto 763, expressa determinação no sentido de que: "*Art. 1º - São applicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737.....*".

Restava, pois, evidente o êxito e a aceitação pelos operadores do direito contido na expedita regulamentação processual elaborada há mais de quatro décadas, o Regulamento 737, originalmente idealizado para os assuntos do comércio, e que, já vinha, provavelmente, sendo aplicado subsidiariamente, no âmbito do processo civil, pelos juízes.

A partir de então, tornava-se, por força da determinação do Decreto 763, oficialmente aplicável às matérias cíveis, ou seja, "*uniformisando, quanto possível e conveniente, o processo civil e commercial*"[759].

O processo do Regulamento 737 estabelece a partir do seu artigo 127 a temática da prova, iniciando com a dilação das provas.

Paula Baptista, que tão bem analisou o referido Regulamento, informava que depois da litiscontestação, "*que determina os pontos da questão, seguem-se as provas, como meio de se verificar a verdade dos factos...*"[760].

O artigo 138 do regulamento 737 relaciona os meios de prova admissíveis: os escritos particulares, a confissão judicial, a confissão extrajudicial, o juramento supletório, o juramento "*in litem*", as testemunhas, as presunções, o arbitramento, o depoimento da parte e as vistorias.

Leitão informa que caso a parte autora não fosse encontrada para oferecer seu depoimento pessoal, o processo, a requerimento do réu, deveria permanecer paralisado, até que o referido depoimento fosse prestado[761].

---

[759] Cf. Eugenio Egas e Alfredo Pujol, *Manual de audiência, processo civil e commercial, Regulamento n. 737 de 1850*, São Paulo: Typ. de Espíndola, Siqueira e Comp., 1898, p. 6.

[760] Francisco de Paula Baptista, *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, 7ª edição, anotada por Vicente Ferrer de Barros W. Araújo, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, p. 120.

[761] Arthur de Freitas Leitão, *Notas ao processo civil e commercial – regulamento nº 737 de 1850*, São Paulo: C. Teixeira, 1920, p. 39.

O Regulamento 737 trabalhou com a noção de prova plena absoluta em seu artigo 140, entendendo como tal, entre outros, as escrituras públicas, ainda que fossem materializadas em "*actos authenticos passados em paizes estrangeiros conforme as lei respectivas, competententenmente legalisados pelos cônsules brazileiros*". Prova relativa seriam os instrumentos particulares dos contratos comerciais, os escritos das transações comerciais e os livros comerciais.

A utilidade da dicotomia adotada residia na percepção da presunção. Nos termos do artigo 142, tanto aprova plena absoluta como a relativa admitiam prova em contrário. Porém, nos termos do artigo143, "*a presumpção que a prova plena absoluta induz é extensiva aos terceiros, quanto á existência do contrato e dos factos e actos certificados no instrumento.....*" ; por outro lado, nos termos do artigo 144, a presunção que apr prova plena relativa induzia era "*restricta ás partes contractantes e seus herdeiros*".

Paula Baptista conceituava "*confissão é o acto pelo qual uma das partes affirma o que a outra allega*"[762]. A confissão era prevista no artigo 155, sendo somente considerada como válida se fosse livre, clara e certa, com expressa causa.

O regramento das testemunhas não divergia dos preceitos até então vigentes, sendo que o artigo 175 estabelecia o necessário juramento prévio ao depoimento, conforme a religião da testemunha, "*excepto se forem de tal seita que prohiba o juramento*". O artigo 178 regulava o depoimento "*ad perpetuam rei memoriam*".

O juramento supletório, que apenas poderia ser deferido pelo juiz, está previsto no artigo 166, e não poderia ter lugar, nos termos do artigo 168, quando a prova fosse plena ou não houvesse prova alguma. Nos termos do artigo 169, " *a recusa do juramento importa a perempção da acção ou excepção*". O juramento "*in litem*", para determinar o valor ou quantidade, encontra-se previsto no artigo 172 e seguintes.

---

[762] Francisco de Paula Baptista, *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, 7ª edição, anotada por Vicente Ferrer de Barros W. Araújo, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, p. 147.

Paula Baptista admite o juramento decisório, na hipótese de mingua de provas, exceto se fossem da essência do ato, sendo que ao ser aplicado nas chmadas ações especiais, denominava-se "*juramento d'alma*"[763].

A questão da difícil subsistência do juramento em período republicano foi captada por Affonso José de Carvalho, que, embora defendendo a manutenção das tradições jurídicas, não deixa de ensejar a visualização, com nitidez, de um processo em curso nas nossas instituições processuais, ou seja, o do progressivo decaimento de uso desse antigo meio de prova religiosa em nosso direito processual:

> "*Entre a opinião que declara radicalmente abolida em nosso foro a formula do juramento religioso, por ser contrária ás leis republicanas, e a que se lhe conserva fiel, sob o fundamento de não ter sido expressamente revogada, existe um discreto meio termo que alguns juízes adoptam, e que tem por si a vantagem de render homenagem á illustração do caracter actual daquelle instituto e de evitar um surprehendente desapparecer de vocábulos consagrados pelos costumes, radicados na alma popular, e que não se devem substituir por outros capazez de abalar o prestígio, em certos espíritos, das melhores sancções da veracidade do testemunho, com grande inconveniente para a vida jurídica*"[764].

A prova por arbitramento se revestia, também no Regulamento 737, prevista a partir do artigo 189, de natureza extraordinária e subsidiária, "*necessária apenas quando o fato depende do juízo ou parecer de profissionais ou técnicos*"[765]. Porém, enfatizava João Monteiro, no sentido de não estar o juiz adistrito ao parecer dos peritos[766].

---

[763] Idem, pp. 152-155.
[764] Affonso José de Carvalho, *Inquirição Cível*, São Paulo: Saraiva, 1924, pp.49-50.
[765] José Antonio de Almeida Amazonas, *Do arbitramento*, São Paulo: RT, 1938, p. 42.
[766] João Monteiro, *Programma do Curso de Processo Civil*, II vol., São Paulo: Companhia Industrial de S. Paulo, 1900, p.112.

O depoimento pessoal, previsto no artigo 206 e seguintes, consistia "*em um meio de que se socorre a parte para tentar a prova dos factos de que presume originar-se o direito cujo trimpho pleiteia*"[767].

Acerca da noção de ser o Regulamento 737 a única e exclusiva fonte jurídica do direito processual civil, após a proclamação da Reública, por força do Decreto 763, J. B. G. Cerus, em obra que articulava preceitos das Ordenações e do direito vigente, indagava acerca da possibilidade de, conscientemente, serem rejeitados, indiscriminadamente, todo o conteúdo normativo lusitano em nosso direito:

> "*desde que nenhuma lei derrogou"a radice" o processo antigo, nenhuma reforma houve jamais que fosse completa, quer no direito substantivo, quer no adjetivo ?*"[768].

Não é possível deixar de se notar que os tratados da época, e a obra de Paula Baptista bem serve de exemplo para o caso, continuavam a fazer referência aos preceitos processuais contidos nas Ordenações Filipinas, demonstrando a força e, de certa forma, sobrevivência, da tradição processual lusitana nesse Brasil do XIX na virada para o XX, que descartando a monarquia, aspirava a forma republicana de governo, de modo a se posicionar de forma destacada no concerto das nações.

Porém, as antigas Ordenações lusitanas ainda representavam a sua mais forte referência jurídica, firmada ao longo de séculos de tradição.

Moacyr Lobo da Costa aponta para a particular circunstância ocorrida ao tempo da elaboração da constituição republicana, qual seja, a de que, segundo seu entendimento, teria decorrido um falso entendimento da estrutura do regime federativo.

---

[767] Antonio Luiz da Camara Leal, *Do depoimento pessoal*, São Paulo: Saraiva, 1923, p. 19.
[768] João Baptista Guimarães Cerus, *Ordenações em vigor – estudos sobre o Código Philipino na nossa actualidade*, Salvador: Typographia e Encadernação Empreza Editora, 1897, p. IV.

Em tal sentido, teria prevalecido na Assembléia Constituinte a concepção no sentido de que as antigas províncias, agora Estados-Membros da federação possuiriam competência para legislar em termos de leis processuais, "*reservando-se para a União a de fazê-lo a propósito do processo da Justiça Federal*" [769].

A Constituição de 1891, no seu artigo 65, n. 2, afirmava ser facultado aos Estados: "*Em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição*". Por sua vez, o artigo 34, n. 23 da Carta estabelecia que competia privativamente ao Congresso nacional: "*Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da República e o processual da justiça federal*".

Da combinação dos supra referidos dispositivos constitucionais resultou a possibilidade dos Estados em elaborar Códigos de Processo Civil estaduais, ainda que a abalizada opinião de João Mendes de Almeida Júnior, fosse enfática nos sentido de advertir acerca das inconveniências da criação de legislações estaduais acerca do processo civil:

> "*Para os estados federados, nada póde haver de mais seguro do que a consolidação das leis nacionaes ou geraes de processo; e quando muito, si quizerem usar uma autonomia supervacua, poderão elles declaral-as "incorporadas" á respectiva legislação estadual.....*
>
> *Não queremos dizer que os Estados federados não possam legislar sobre o procedimento..... mas mesmo neste último caso, a intervenção legislativa deve ser muito cautelosa....*"[770]

O fato é que terá início uma nova fase na História do Processo Civil brasileiro, qual seja, a da pluralidade dos Códigos Estaduais promulgados a partir de então.

---

[769] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, p. 63.

[770] João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brazileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, pp. 400-401.

Entretanto, os Estados federados "*não tiveram pressa em elaborar seus estatutos processuais. Enquanto não o fizeram, o processo local continuou sendo regido pelas normas do regulamento 737, que permaneceu em vigor e, em alguns Estados, teve vigência até 1940, ano em que passou a viger o Código Nacional*"[771].

O primeiro Código de Processo Civil estadual foi o do Pará (1904), seguido pelo Código do Rio Grande do Sul (1908), do Maranhão (1909). A Bahia promulga o seu Código em 1915 e São Paulo, apenas em 1930[772].

A questão que parecia mais incomodar os juristas, ao referido tempo, era a dúvida acerca da manutenção da integralidade das concepções de direito substancial, diante da possibilidade de multiplicidade de regulamentação pelos diversos ordenamentos estaduais.

Nesse particular, Jorge Americano, em página conciliatória, no ano de 1925, após analisar grande parte dos diplomas processuais estaduais até então promulgados, no confronto com o Regulamento 737, informava:

> "*Com estes elementos, verifiquei que, praticamente, não tem grande fundamento a celeuma levantada sobre o perigo do desmembrmento do direito substantivo brasileiro, através da multiplicidade dos Códigos de Processo.*
>
> *Ordinariamente, estes Códigos se integram uns aos outros nas suas disposições, variando quase sempre em questões de méthodo, mas sem prejuízo do direito cuja execução asseguram.*

---

[771] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, p. 63.

[772] Confira-se em Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, pp. 66-67, a relação cronológica completa elaborada pelo autor acerca dos Estados que optaram por promulgar seus Códigos de Processo Civil.

> *Raramente existem differenças fundamentais e inconciliáveis entre elles, e a quase totaliodade das disposições não são innovações sobre o Regulamento n. 737, mas estão contidas no espírito que o dictou, ou foram integradas neste por leis posteriores, como também pela praxe*"[773].

Para bem se compreender a afirmação de Americano, no sentido da ausência de risco de dispersão do direito substancial em decorrência do regime da diversidade processual estadual, é necessário se levar em conta dois fatores.

O primeiro fator seria o fato de que o autor partia, ao tempo em que escrevia, de uma realidade já posta, qual seja, a da promulgação, há alguns anos, do tão esperado Código Civil de 1916, vocacionado a consolidar o nosso Direito Civil, cumprindo, pois, como era de se esperar do modelo de codificações legislativas, um de seus fins mais relevantes, conforme confessado pelo seu próprio idealizador seria o de constituírem elas:

> "*formações orgânicas do direito, que lhe augmentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos, que, no isolamento, se não desenvolveriam sufficientmente, contendo, canalizando e orientando energias, que poderiam prejudicar,na sua acção dispersiva*"[774].

---

[773] Jorge Americano, *Processo Civil e Commercial no direito brasileiro - phases probatória, decisória e executória*, São Paulo; Saraiva, 1925, p. 10.

[774] Clovis Bevilaqua, "Preliminares", in: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 5ª edição, São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1936, p. 9. Não foi por outra razão, a do desidério de organização e de ordenação, portanto, a busca pela segurança jurídica que um sistema codificado pretende impor, que o novo Código Civil foi tão entusiasticamente recebido, conforme se constata na fala de um de seus primeiros comentadores: "*A necessidade de codificação do nosso direito civil, reconhecida pelos estadistas do Império e da República, reclamada pelos cultores do direito, imposta pela nossa evolução político-social, embora contestada por alguns poucos, embuídos do preconceito savignyano, foi afinal satisfeita.....Já não era tolerável o estado cahótico do nosso direio civil, subordinado a preceito obsoletos, em conflictocom os princípios dos Códigos*

Fiel às linhas axiológicas que inspiraram a criação do diploma de 1916, inserido em particular momento histórico do país, que ainda permitia fazer preponderar na organização social a ordem privada[775] e seus interesses imediatos, fato tão bem traduzido, por exemplo, na sua preocupação em absorver todo os espectro de normatização possível caso relacionada com a questão patrimonial, até mesmo mediante a incorporação, em seu bojo, de preceitos tipicamente processuais, o Código Clóvis tratou, em vários dispositivos do tema probatório, como, por exemplo, entre muitos, no artigo 136, ao regular os meios hábeis a provar os atos jurídicos – excluindo, entretanto, o juramento supletório e o juramento "*in litem*"; no artigo 142, ao estabelecer quem não poderia ser admitido como testemunha; no artigo 144, regulando a não obrigatoriedade em testemunhar daqueles que deveriam guardar segredo pela profissão; nos artigos 204 a 206, regulando a prova do casamento; no artigo 1088, acerca da prova do contrato etc.

Conseqüentemente, lastreado em tais fatores, resultava coerente a observação efetuada por Americano, servindo-se, especificamente, da matéria da prova para alicerçar seu entendimento:

> "*Como prova de que o nosso direito substantivo não ameaça desintegrar-se o direito probatório, por exemplo, participa tanto da substancia como da fórma que a assegura, merecendo, por essa razão, que o Código Civil o considerasse em suas linhas geraes, para deixar as meticulosidades a cargo dos Códigos de Processo.*
>
> *Esse cuidado da lei civil teve o extraordinário effeito de impedir a dispersão codificadora. Realmente, si a lei civil não determinasse a natureza das provas admissíveis, teríamos o desapparecimento ou a diversificação das garantias judiciárias, através da extrema liberade dos legisladores estadoaes*"[776].

---

modernos....". Cf. João Luiz Alves, "Introdução", *in: Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1917, pp. XXIII-XXIV.

[775] Orlando Gomes, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1958, p. 29.

[776] Jorge Americano, *Processo Civil e Commercial no direito brasileiro - phases probatória, decisória e executória*, São Paulo; Saraiva, 1925, pp. 13-14.

O segundo fator, seria a circunstância de que Americano partia das sólidas construções doutrinárias a respeito do processo e da matéria probatória, empreendidas por vários autores com sensibilidade para o processo, como é o caso dos mais antigos, desde Pereira e Sousa, Correa Telles, até os mais recentes, como Paula Baptista, Ramalho, João Monteiro, João Mendes de Almeida Júnior, entre outros.

O seu predecessor na cátedra universitária de direito processual civil, então denominada direito judiciário, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Manoel Aureliano de Gusmão havia realizado importantes considerações sobre a prova em sua obra "*Processo Civil e Commercial, volume II - Prova*", do ano de 1924.

Todo esse expressivo material constituía, seguramente, um adensado arcabouço de idéias e conceitos dogmáticos que já permitiam a percepção da crescente maturidade do processo entre nós, permitindo até mesmo intuir, para o que ora nos interessa, acerca dos primeiros contornos de um autêntico direito probatório, ou seja, de os lineamentos de uma teoria geral da prova no direito processual brasileiro, antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil de 1939.

Para Gusmão[777] direito probatório era a parte do direito judiciário à qual pertenciam os meios e as formas de demonstração da existência ou inexistência dos fatos em juízo.

O direito probatório poderia estar localizado tanto no cível como no crime, na jurisdição contenciosa ou na voluntária, até mesmo no plano administrativo. "*O direito probatório*", enfatiza Gusmão, "*é o ponto culminante de toda a Processualística. A prova constitui o centro vital do Processo; ella está, para com os demais institutos do Direito Judiciário, na mesma relação em que o sol para com os astros do systema sideral de que faz parte o nosso planeta*".

[777] Manoel Aureliano de Gusmão, *Processo Civil e Commercial, vol. II , Prova,* São Paulo: Saraiva, 1924, pp. 11-139.

Escorado em Chiovenda, Gusmão oferecia aos seus alunos a sua concepção de prova tanto no aspecto subjetivo, ou seja, "*a convicção ou a posse da verdade pelo espírito*", como no aspecto objetivo, ou seja, "*todo o elemento productor do estado psychico da certeza*".

Para firmar a conceituação citada, o autor destaca que: "*sob o primeiro aspecto, a prova é a irradiação da verdade no espírito humano; e, sob o segundo aspecto, é o meio pelo qual a mesma luz da verdade se transmitte, ou vai reflectir-se no espírito*".

Se o brocardo "*ex facto oritur jus*" tornou tradicional na ciência jurídica, o autor se escora em Baldo para afirmar "*veritas juris, ex veritate facti*". Assim, há que se provar o fato que foi a causa geradora do direito. Ressaltando que ao julgador não é dado decidir apenas com base nas suas impressões pessoais, o autor reforça a importância e necessidade da prova "*como condição indeclinável do legítimo e efficaz exercício da justiça e do império do Direito no convício social*".

Sua divisão do tema probatório é tripartida, inspirado em Malatesta. Para ele a prova pode ser visualizada sob três aspectos: subjetivo, objetivo ou formal. Sob o aspecto de seu sujeito, ou seja, a pessoa ou coisa que atesta o fato probante, a prova se divide em real e pessoal. Sob o aspecto de seu objeto, ou seja a coisa atestada ou o fato probando, a prova se divide em direta e indireta, e, por fim, sob o aspecto da forma, ou seja, a maneira pela qual a prova se constitui ou é produzida, ela se divide em literal, testemunhal e material.

Embora afirme que os meios de prova devem ser estabelecidos pela lei, como forma de se evitar arbítrios e incertezas, Gusmão aponta para o fato de que a notoriedade é admitida como forma de se provar o fato, embora não seja contemplada entre os meios expressamente enumerados. Da mesma forma, Gusmão aponta para a questão da admissibilidade da prova emprestada, ou seja, no sentido de que "*as provas e actos de um processo possam ser utilisados em outro*", ainda que não haja expressa disposição positivada.

Acerca da pertinência da matéria da prova ao direito material ou ao direito processual, o autor aponta para o fato de que, ao referido tempo, vigorava em nosso direito um sistema misto: os atos "*ordinatorium litis*" estariam ligados ao direito processual, já os atos "*decisorium litis*", ao direito material[778].

O autor visita, de forma sistematizada, temas modernos da teoria da prova, como por exemplo, acerca da precisa área de incidência da prova, ou seja, quais os fatos que devem ou não ser provados, sobre o tema do "*non probandum factum notorium*", do real alcance da afirmação de que a negativa não se prova, da prova do direito, do conflito de provas, ônus da prova etc[779].

Desta forma, torna-se possível compreender a afirmação de Americano ao cotejar, sem surpresas, o tema da prova nos diplomas processuais estaduais promulgados até o momento em que escreve sua obra. Havia, de fato, sólido material conceitual já desenvolvido que permitia a Americano propugnar pela não ruptura sistêmica em razão do regime da pluralidade de Códigos Estaduais.

O Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul,[780] por exemplo, regulava a dilação em seu artigo 357 e regulava a prova a partir do artigo 368.

Os meios de prova admitidos eram os seguintes: escrituras públicas, determinados escritos particulares, confissão (judicial ou extrajudicial), testemunhas, presunções e exame de peritos.

---

[778] Para uma apreciação do tema acerca da questão do correto pertencimento da prova ao direito material ou ao processual, v. a tradicional abordagem de Giuseppe Chiovenda, "La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo", *in: Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol I, Roma: Foro Italiano, 1930, pp. 241-259, e, entre nós, o trabalho de Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das normas sobre a prova*, São Paulo: RT, 1985, *passim*. Mais recentemente, Egas Dirceu Moniz de Aragão, "Regras de prova no Código Civil", in: *Revista Forense*, vol. 376, separata, 2004.

[779] Manoel Aureliano de Gusmão, *Processo Civil e Commercial, vol. II , Prova*, São Paulo: Saraiva, 1924, pp. 11-139.

O artigo 371, ao cuidar da prova da negativa do fato, afirma: "*Não se pode provar a negativa de fato, mas admite prova a negativa que se resolve em afirmativa, quando é coarctada a certo tempo e lugar*".

Cuida a seguir da prova documental, nos termos do Regulamento 737, bem como da confissão, em seu artigo 399. O depoimento da parte vem regulado no artigo 410. A matéria das testemunhas vem tratada a partir do artigo 416. Em lugar de prestar juramento, o artigo 418 estabelece que "*Nenhuma testemunha é inquirida, sinão depois de fazer a promessa ou afirmação solene de dizer o que souber e lhe for perguntado "*.

O artigo 433 e seguintes cuida das presunções e a partir do artigo 438, a prova por peritos. A vistoria vem tratada a partir do artigo 459 e a partir do artigo 461, o arbitramento.

O Código de Processo Civil do Distrito Federal,[781] que não chegou a entrar em vigor, cuidava da prova a partir do artigo 262. Entre os meios de prova permitidos, encontravam-se o juramento supletório e o "*in litem*". No mais, os outros meios de prova eram os tradicionais.

A partir do artigo 385 regula-se a prova dos usos e costumes comerciais. O tema da prova em muito não divergia do Regulamento.

O Código de Processo do Estado da Bahia[782] regula a prova a partir do artigo 125. O juiz, nos termos do artigo 127, possui alargados poderes instrutórios, uma vez que poderia "*ordenar, "ex-officio" as dilligencias que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes"*.

---

[780] Oswaldo Vergara, *Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul*, 3ª edição, Porto Alegre: Globo, 1936.
[781] Armando Vidal Leite Ribeiro, *Consolidação das disposições referentes ao processo civil e commercial da justiça local do Districto Federal*, Rio de Janeiro: Progresso, 1913.
[782] Eduardo Espínola, *Código do Processo do Estado da Bahia*, Salvador: Typ. Bahiana, 1916.

O artigo 129 dispensa de prova os fatos públicos e notórios. O artigo 132 estabelece que o juiz poderia repelir as provas oferecidas pelas partes quando entendesse que, nos termos da lei civil, revestiam-se de irrelevância.

Os meios de prova, nos termos do artigo 135 são os seguintes: documentos, confissão, testemunhas, depoimento da parte, presunções, arbitramentos, vistoria. O parágrafo único do citado artigo afirma:

> "*Este Código não admitte o juramento suppletório ou decisório, como meio de prova*".

O artigo 182, determina que o juiz poderá, de ofício, ordenar a inquirição de testemunhas, "*cujo depoimento lhe pareça necessário...*"A testemunha que não comparecesse, regularmente intimada, receberia sanção pecuniária. "*Citada pela segunda vez e não comparecendo*", reza o artigo 199,

> "*além das despezas e da pena elevada o duplo que terá de pagar, a testemunha será conduzida debaixo de vara*".

O artigo 211 proibia a testemunha de trazer o conteúdo de seu depomento por escrito, entretanto era-lhe permitido "*recorrer a apontamentos para avivar a memória sobre datas ou algum facto...*".

O artigo 222 permitia a acareação de testemunhas. O depoimento da parte vem no artigo 229 e seguintes.

O artigo 288 previa que, encerradas as diligências probatórias, o juiz daria vista aos autos, por dez dias, a cada uma das partes "*para que se habilitem para as allegações finaes e paa o debate oral*".

O Código de Processo da Bahia, como cediço, é obra de peso de Espínola, que realizou um trabalho cuidadoso e alinhado com as modernas concepções processuais vigentes na Europa, a ponto de o autor afirmar que os artigos do Código objetivavam "*por o foro bahiano na mesma altura a que chegaram os códigos mais perfeitos da Europa*"[783].

O Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo[784] regulou a prova a partir do artigo 262: "*Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das allegações que fizer*".

Já o artigo 263 determinava o conceito aberto: "*São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e commerciais*". O artigo 274 estabelecia que o juiz poderia exigir a prova da lei municipal, estrangeira ou de Estado. A partir do artigo 275 regula-se a confissão.

O depoimento da parte deveria ser requerido, nos termos do artigo 283, e deveria trazer a menção à cominação da pena de confesso, matéria que era expressamente regulada no artigo 288: "*A parte que não comparecer, ou não quizer depor, será havida por confessa*".

A tratativa da prova documental tem início a partir do artigo 290. A partit do artigo 294 vem tratada a prova tetemunhal. No artigo 296 há a menção ao compromisso ou juramento da testemunha "*de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado*"[785].

No artigo 299 está a previsão da possibilidade de condução coercitiva da testemunha, "*debaixo de vara*".

---

[783] Eduardo Espínola, *Código do Processo do Estado da Bahia*, Salvador: Typ. Bahiana, 1916, p. 499.
[784] Antonio Luiz da Camara Leal, *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930.
[785] Neste particular Camara Leal esclarece que no Código paulista juramento e compromisso devem ser entendidos como sinônimos, "*afastando-se daquella expressão qualquer conceito de ordem religiosa*". Cf. Antonio Luiz da Camara Leal, *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930, p. 107.

O artigo 303 regula a hipótese de o juiz da causa vir a ser arrolado como testemunha. Caso tivesse conhecimento de algum fato que pudesse influir na decisão, deveria declarar por despacho tal situação e deixar de atuar no processo. Caso negativo, deveria riscar seu nome dos autos.

As presunções foram reguladas a partir do artigo 304. O artigo 307 traz a matéria do "*juramento ou affirmação*", restrita aos casos previstos em lei. O artigo 309 traz o juramento "*in litem*". O exame pericial é regulado a partir do artigo 310. A possibilidade de formulação de quesitos pelas partes está prevista no artigo 318.

Consoante a opinião de Moacyr Lobo da Costa, a unificação do regime plúrimo de Códigos de Processo Estaduais, que já vinha sendo reclamada, foi determinada, por primeiro, pela Carta Constitucional de 1934, retomando, nos termos do artigo 5º, n. XIX, letra "a", a competência da União para legislar acerca do processo[786].

Porém, o quadro vai se alterar com o golpe de estado de 1937, que, após a dissolução do Congresso, impôs ao país a Carta de 1937, reconhecido símbolo do autoritarismo jurídico presente no Estado Novo. Uma vez mais, agora em seu artigo 16, n. XVI, foi mantida a competência privativa da União para legislar acerca do processo.

O Ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos, nomeou "*uma comissão de juristas, constituída dos Desembargadores Edgard Costa, Álvaro Berford e Goulart de Oliveira... e dos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins, para organizar novo projeto do Código de Processo Civil*"[787].

A comissão não se articulou perfeitamente, e, em razão das divergências surgidas, Pedro Batista Martins ofereceu ao governo um projeto, de sua autoria, de Código.

---

[786] Moacyr Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970, p. 83.
[787] Idem, p. 99.

O trabalho se transformou no Anteprojeto, que contou com mais de "*quatro mil sugestões, resultantes da ampla discussão a que foi submetido*", como informa Moacyr Lobo da Costa, mencionando o fato de que o próprio Ministro Francisco Campos se dedicou ao trabalho de revisão do Código, contando com o auxílio de Guilherme Estellita e Abgar Renault. "*Aprovado o texto, foi promulgado como Código de Processo Civil pelo Decreto-lei n. 1.608, de 18 de outubro de 1939*"[788].

O Código de Processo de 1939 regulava a prova a partir do artigo 208, que preconizava a admissão, em juízo, de todos os meios de prova reconhecidos nas leis civis e comerciais. O artigo 210 trazia a previsão para a inquirição, de ofício, da testemunha referida. A partir do artigo 216 encontra-se a exibição de documento ou coisa. A prova documental vem tratada a partir do artigo 223, com a possibilidade, até mesmo de ofício, de o juiz requerer documentos a repartições públicas para a aferição dos fatos alegados. O depoimento pessoal e a confissão são tratados a partir do artigo 229. As testemunhas são reguladas a partir do artigo 235, sendo que o artigo 237 limita a dez o número de testemunhas para cada uma das partes, entretanto, conforme estabelece o parágrafo único: "*quando qualquer das partes oferecer mais de três (3) testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes*". Indícios e presunções são tratados a partir do artigo 251 e a prova pericial, a partir do artigo 254. Por fim, a prova dos usos e costumes encontra-se regulada entre os artigos 259 e 262.

O artigo 118 traz o importante comando no sentido de que "*Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada prova como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova pr outro meio*". Segundo Frederico Marques afirmava ao tempo do referido Código, aí reside o comando para a livre apreciação da prova existente nos autos: "*A convicção do magistrado se formará, portanto, sôbre os elementos probatórios contidos nos autos, os quais constituem a verdade suficiente a respeito dos fatos que deve apreciar "com o auxìlio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência"*[789].

---

[788] Idem.

[789] José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 358.

Desta forma, restaria possível ao juiz formar livremente a sua convicção, com base no material constante dos autos. Consoante a afirmação efetuada por Carvalho Santos, "*o juiz poderá formar livremente a sua convicção no sentido de, dentro das provas produzidas nos autos, apreciar soberanamente o valor delas, a não ser que se trate daquelas que pela lei se impõem com valor probante completo, decisivo, como na hipótese do documento quando é da substância do contrato*"[790].

Porém, foi Americano, ao comentar o referido artigo que tocou no ponto fundamental, qual seja, o de que o sistema de formação livre da convicção adotado pelo Código implica, necessariamente, motivação.

O juiz, consoante o entendimento do autor, poderia empregar todos os meios legais disponíveis para a apuração da verdade, entretanto, há "*o dever de mencionar na sentença, quais os elementos básicos da convicção*"[791].

Porém, o artigo 117 é central para a compreensão do tema da prova na nova sistemática processual de 1939: "*A requerimento, ou ex-officio o juiz poderá, me despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo...*".

Discorrendo acerca do referido artigo, Pontes de Miranda entendia que o novo Código,

> "*vibrou golpe profundo no princípio da dispositividade da prova quando redigiu o art. 117*"[792].

---

[790] J. M. de Carvalho Santos, *Código de Processo Civil Interpretado*, vol. III, 6ª edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p.148.
[791] Jorge Americano, *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1940, p. 229.
[792] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 150.

Pedro Batista Martins apontava os amplos poderes que passaram a ser conferidos ao juiz em matéria de instrução, quais sejam, o de ordenar diligências necessárias à instrução do processo, o de indeferir diligências reputadas como inúteis ao seu objeto e o de indeferir diligências que sejam incompatíveis com as finalidades do juízo ou procrastinatórias. Portanto, segue o autor, o magistrado poderia, por exemplo, determinar inspeção ocular ou acesso judicial, poderia ordenar a realização de perícias, bem como o depoimento pessoal das partes, e,

> "*poderá ainda,"ex officio" exigir o depoimento de terceiro a quem as partes ou as testemunhas hajam feito referência como sabedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa, assim como a exibição de documentos que a ela interessem*"[793].

Apreciando o então novel Código de 1939, Liebman enfatizava, em artigo de 1942, para o que ora nos interessa, importante característica acerca das atividades para a formação da cognição judicial: "*al giudice sono conferitti, secondo il nuovo codice, ampi poteri e grande autonomia di movimento della direzione del processo e nella decisione della causa.....nell'apprezzamento della prova, egli forma liberamente il suo convinvimento, avuto riguardo al fatti e alle circostanze risultanti dagli atti, anche se non allegati dalle parti*"[794].

A Exposição de Motivos elaborada pelo Ministro Francisco Campos enfatizava a filiação do Código à concepção publicística do processo, escorada no pensamento de Chiovenda, que era expressamente citado por Campos, segundo o qual o objetivo do processo é a atuação da vontade da lei. Nesta perspectiva, preleciona Campos, "*avulta a figura do julgador.*"[795].

---

[793] Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1960, pp. 204-205.
[794] Enrico Tullio Liebman, "Il nuovo <codigo de processo civil> brasiliano", *in: Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 485.
[795] Francisco Campos, "Exposição de Motivos",in: *Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939),* 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1971, p.7.

No que diz respeito à prova, o pensamento de Chiovenda, como é notório, valorizava, ao extremo, o princípio oralidade, e os seus subprincípios, como a imediação, a identidade física do juiz, a concentração e a irrecorribilidade das interlocutórias, a ponto de Chiovenda afirmar: "*todos compreenderão que a oralidade é tão indispensável ao juiz que deve pronunicar-se segundo o princípio da livre convicção, como o ar é necessário para que respiremos.....*"[796].

Entretanto, o referido princípio, na pena de Francisco Campos parecia ganhar contornos bem delineados, com forte sabor ideológico:

> "*A direção do processo deve caber ao juiz: a êste não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que êste atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade...*"[797].

O juiz que Francisco Campos idealizava deveria ser, como parecia querer o Ministro, um novo magistrado: "*O Juiz é o Estado administrando a justiça, não é um registro passivo e mecânico de fatos.....*" .

Campos intencionava construir, a rigor, o papel de um órgão judicante forte, adequado ao novo momento político comandado por Vargas.

Enfim, um autêntico representante deste novo regime que se buscava impor aos cidadãos desde 1937, já que, consoante as próprias palavras de Francisco Campos, ao final, o interesse da justiça era mesmo "*o interesse da comunidade, do povo, do Estado...*".

---

[796] Giuseppe Chiovenda, "A oralidade e a prova", *in: Processo Oral*, Forense: Rio de Janeiro, 1940, p.138. Cf. "Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)", *in: Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol II, Roma: Foro Italiano, 1931, p. 209.

[797] Francisco Campos, "Exposição de Motivos", in: *Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939)*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1971, p.7.

A implantação do novo modelo processual em 1939, ainda que presente a pretensão de construção de um sistema mais célere, lastreado na oralidade, afastando-se do modelo escrito anterior, típico da tradição lusitana, portanto, de fundo medieval, obedeceu, mediatamente, evidente propósito político, cujo desiderato era expressamente confessado, com todas as letras, em outra passagem, pelo mesmo Francisco Campos, em abril de 1939, pouco antes da aprovação do projeto final do Código, ao afirmar:

> "*Por outro lado, o que está em discussão não é propriamente a preferência por um ou outro sistema. A escolha do sistema foi, com efeito, uma opção de ordem política reservada por isso mesmo aos responsáveis pela direção da política do pais, isto é, em última análise, ao Chefe do Governo.*
>
> *Essa opção ficou irrefregavelmente definida na primeira lei nacional de processo civl decretado pelo Estado Novo – a lei que regulou a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, ou lei do executivo fiscal.*
>
> *O Estado preferiu, assim, esse sistema, fundado na concentração e na oralidade do processo, para fazer valer em juízo os seus direitos: é natural que aos particulares seja dado o mesmo instrumento processual. Digo mais. Essa opção era uma conseqüência necesária do regime instaurado em 10 de Novembro e definido na Constituição, e que procura aproximar o mais possível, Governo e Povo: o Presidente GETÚLIO VARGAS já teve ocasião de conceituar, com grande felicidade, a eliminação dos intermediários na vida política do Brasil.*
>
> *O Código de Processo Civil exprimirá, no campo em geral tão impermeável do sistema legal, essa tendência vital do regime, entregando ao povo um instrumento fácil e direto para fazer valer os direitos que a lei civil lhe atribui*"[798].

[798] Extraído da entrevista concedida à "A Noite", em 15 de abril de 1939, pelo Professor Francisco Campos, Ministro da Justiça e Negócios Interiores do Governo de Getúlio Vargas. Cf. Francisco Campos, "A reforma do processo civil – as diretrizes da reforma", *in: Processo Oral*, Forense: Rio de Janeiro, 1940, p.188.

Assume, pois, nitidez a feição do Estado Novo varguista que a História bem identificará: um Estado absoluto e antidemocrático, que, desde 1937, já fazia sentir o seu lado centralizador e autocrático, e que, nem mesmo na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939 não conseguiu disfarçar o seu viés autoritário, tão bem evidenciado quando Francisco Campos deixava escapar a seguinte afirmação:

> "*Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos.....*" [799].

Passadas pouco mais de duas décadas de aplicação do Código de 1939, Alfredo Buzaid seria incumbido, no ano de 1961, sob o governo do então presidente Jânio Quadros de promover uma revisão do então vigente Código.

O catedrático Professor preparou um Anteprojeto de Código, que foi apresentado ao governo apenas em janeiro do importante e já conturbado ano de 1964.

Acerca das alterações que pretendia introduzir no vindouro Código de Processo, Buzaid mencionava[800], em 1964, que o sistema de provas havia recebido importantes modificações.

O artigo 361 do Anteprojeto previa que "*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*".

---

[799] Idem.

[800] Alfredo Buzaid, "Exposição de motivos", *in: Anteprojeto de Código de Processo Civil, apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid*, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, pp. 28-29.

Tal artigo acabaria por se transformar, sem alterações, no artigo 332 do vigente Código. Buzaid esclarecia que, à mingua de normas jurídicas particulares, nos termos do artigo 364 de seu Anteprojeto, o magistrado poderia se valer das máximas de experiência. Tal artigo encontra-se reproduzido, na íntegra, no atual artigo 335.

Buzaid informava, entre outros, que tratava, em seções distintas, do depoimento pessoal das partes e da confissão, disciplinando ainda a exibição de documentos e os motivos de escusa, além da possibilidade de inspeção direta e pessoal pelo juiz.

Para o exame pericial, não havendo acordo entre as partes, o Anteprojeto previa a intervenção de três peritos:

> "*este é um ponto se suma importância no Anteprojeto. A experiência cotidiana mostra que, no regime vigente, cada parte indica um perito e o juiz nomeia o terceiro desempatador.*
>
> *Custa a crer que os peritos divirjam na maioria das vezes.....Êsse inconveniente será sanado pela intervenção direta di juiz, que apreciará o comportamento dos peritos, que se esquecem que a sua função é servir á justiça e não às partes*"[801].

O referido anteprojeto teria ainda de esperar quase uma década para, apenas em 1973, materializar-se na Lei. 5869, de 11/01/1973, que acabou por instituir o atual Código de Processo Civil.

[801] Idem, p. 29.

14. Considerações Finais

Por todo o exposto é de se constatar a íntima conexão, e a profunda relevância para o processo, existente entre a prova e as complexas atividades inerentes à formação do convencimento judicial, institutos que, embora, modernamente, lastreados na técnica, não devem deixar de almejar o propósito de busca da verdade. Não se trata de afirmar, de forma irrefletida, que todo o processo acabe, necessariamente, por atingir, de forma inexorável, a própria verdade.

Aliás, nem mesmo o sistema processual trabalha com tal premissa, uma vez que, no momento mais extremado do iter procedimental, na ocasião em que se busca estabilizar o conteúdo do decisório, a coisa julgada, como fenômeno preclusivo maior, a rigor, não requer para sua ocorrência, de forma imperativa, uma ontológica e perfeita coincidência entre o conteúdo da proclamação da sentença e a verdade. "*A cousa julgada*", conforme já destacava Alfredo Araújo Lopes da Costa: "*não se define como a verdade..... Não se diz que a "res iudicata veritas est", mas apenas que "pro veritate habetur*"[802].

A busca pela verdade reflete um valor do qual o processo não pode prescindir e, ao mesmo tempo, trata-se de um dever, diante do qual o julgador não deve se omitir, pois, se o homem, em razão da própria natureza humana, "*non è capace di raggiungere le verità assolute*", consoante já bem detectava Calamandrei:

> "*è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si può alla meta irraggiungibile...*"[803].

---

[802] Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 259.
[803] Piero Calamandrei, "Veritá e verosimiglianza nel processo civile", *in: Studi sul processo civile, vol 6*, Padova: Cedam, 1957, p. 138.

A prova, por outro lado, quando interpretada no significado de mecanismos permitidos pelo sistema para formação da convicção judicial[804], revela também a intenção dos legisladores em consentir com um alargamento ou impor uma restrição na liberdade de formação cognitiva do magistrado.

Qualquer que seja a opção adotada por um determinado sistema, na verdade, configura-se como uma autêntica opção política da sociedade em questão, no mais profundo sentido da palavra, pois, "*encontra-se quase sempre sintonizado com a confiança depositada no juiz e os valores imperantes na época*"[805].

Revela-se, portanto, por meio da configuração do processo adotado por um sistema toda a carga axiológica representativa de opções ideológicas dos que se postam no vértice do poder, trazendo a lume, "*tanto as características culturais da sociedade – ou seja, evidenciam o modelo cognoscitivo das pessoas – como o próprio modelo de Estado em vigor*"[806].

Na introdução de seu trabalho acerca da prova, Antonio Magalhães Gomes Filho ofereceu uma percepção a respeito da importância do tema probatório, que bem sintetiza a percepção demonstrada ao longo da presente tese:

> "*O tema da prova é seguramente o mais importante e fecundo da ciência processual, não só pelo valor da reconstrução dos fatos na formação do provimento jurisdicional, mas sobretudo por constituir ponto de observação privilegiado para o estudo das íntimas e complexas relações entre o processo e as estruturas sociais*"[807]

---

[804] Para uma apreciação do aspecto polissêmico do vocábulo prova e seus múltiplos significados no campo jurídico, em especial, no processual, que foram destacados ao longo da tese, vd. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 413-441 e, entre nós, Antonio Magalhães Gomes Filho, "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)", in: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005, p 303 e seguintes.
[805] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Problemas atuais da livre apreciação da prova", in: *Prova Cíve*l, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 45.
[806] Danilo Knijnik, *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.
[807] Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 13.

Será, portanto, na configuração do módulo probatório que restarão evidenciadas as escolhas do legislador em permitir um maior ou menor elastério nos poderes conferidos ao Estado-Juiz na apuração da verdade, circunstância que não poderá se desvincular do seu contraponto: a questão da maior ou menor amplitude das liberdades dos indivíduos em suas relações com o poder.

Trata-se, pois, da opção pelo delineamento da feição do Estado de Direito que se pretende construir ou impor em determinada época.

Por igual, a análise do tema da evolução da prova coloca em evidência a multiplicidade de modelos e institutos probatórios aplicados ao longo do tempo, cada qual com suas características, cada qual inspirado nos valores de seu tempo.

Importante insistir, por fim, na inconveniência de um posicionamento conceitual que defende a transposição das várias experiências jurídicas, sucedendo-se umas às outras, de forma meramente automática no correr tempo, sem que se considere a especial circunstância que cada sistema ou instituto jurídico - e nesse particular está a prova incluída - se encontra, sempre, inexoravelmente, em conexão com a realidade do momento social no qual está inserido e dela é conseqüência. A adoção de tal posicionamento apenas tem contribuído para reforçar a equivocada idéia de um movimento orgânico da ciência jurídica, e não permite revelar em sua plenitude a compreensão das ações humanas, presentes nas originais criações dos operadores e estudiosos do Direito, no exato momento em que, diante das questões emergentes, são solicitados a oferecer, de forma racional ou intuitiva, suas soluções. O processo e suas provas jamais escaparam dessa dinâmica.

Detectar a relação de sincronia entre a ação dos homens e a conseqüente produção do Direito, em uma perspectiva mais alargada, permite perceber a constante interação entre o mundo jurídico e a dinâmica social que o envolve, revelado no riquíssimo tecido da contínua experiência humana no ininterrupto enfrentamento das vicissitudes da realidade.

Enfim, permite conhecer o Homem, a sua História e o seu Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – Obras citadas ou consultadas.

Fontes:

AS CARTAS DE HAMMURABI, coordenação Emanuel Bouzon, Petrópolis: Vozes, 1986.

AS LEIS DE ESHNUNNA (1825-1787 a.C.), coordenação Emanuel Bouzon, Petrópolis: Vozes, 1981.

AUXILIAR JURÍDICO. APENDICE AS ORDENAÇÕES FILIPINAS. VOL. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

CÓDIGO GREGORIANO, "EXTRAITS DE DIVERS TITRES DU CODE GRÉGORIEN", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão, Scientia Verlag Aalen, 1979.

CÓDIGO HERMOGENIANO, "EXTRAITS DE DIVERS TITRES DU CODE HERMOGÉNIEN", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão, Scientia Verlag Aalen, 1979.

CÓDIGO TEODOSIANO, trad. Clyde Pharr, "THE THEODOSIAN CODE", Union: The Law Book Exchange, 2001.

CÓDIGO VISIGOTICO ou FUERO JUZGO, edição em latim e espanhol, Madrid: Real Academia Española, 1815.

CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, comentado por João Luiz Alves, Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1917.

CÓDIGO DO PROCESSO DO ESTADO DA BAHIA, comentado por Eduardo Espínola, Salvador: Typ. Bahiana, 1916.

CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL E COMERCIAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL , 3ª edição, comentado por Oswaldo Vergara Porto Alegre: Globo, 1936.

CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, comentado por Antonio Luiz da Câmara Leal, São Paulo: Saraiva, 1930.

CÓDIGO DO PROCESSO CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, comentado por Josino do Nascimento Silva, 5ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1864.

CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 5ª edição, comentado por Clóvis Bevilaqua, São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1936.

CONSOLIDAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES REFERENTES AO PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL DA JUSTIÇA LOCAL DO DISTRICTO FEDERAL, comentado por Armando Vidal Leite Ribeiro, Rio de Janeiro: Progresso, 1913.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO PROCESSO CIVIL, 3ª edição, comentada por Antonio Joaquim Ribas, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

CORPUS IURIS CANONICI, edição de Emil Friedberg, 2ª edição, Liepzig: Tauchnitz, 1879.

CORPUS IURIS CIVILIS, coord. Mommsen/Krueger, 10ª ed., Berolini/Weidmannos, 1905.

CORPUS IURIS CIVILIS, "CUERPO DE DERECHO CIVIL ROMANO", tradução Ildefonso L. Garcia Del Corral, Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889, re-edição, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.

CORPUS IURIS CIVILIS, "CUERPO DE DERECHO CIVIL ROMANO", trad. Bacardi, Barcelona: Estabelecimiento Tipográfico de Narciso Ramirez y Compañia, 1874.

DIGESTA IVSTINIANI AVGVSTI, coord. Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono e Scialoja, Formis: 1931.

DISPOSIÇÃO PROVISÓRIA ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CIVIL, *in*: *Código de Processo Criminal de primeira instância do Império do Brazil*, comentado por Vicente Alves de Paula Pessoa, Rio de Janeiro: Typ. de Augusto dos Santos, 1880.

EL FUERO VIEJO DE CASTILLA, Madrid: Joachin Ibarra, 1771, edição *fac-simile*, Valladolid: Lex Nova, 1983.

FLORES DE DERECHO ou *FLORES DE LAS LEYES*, de JACOBO DE LAS LEYES, *in*: DE URENÃ, Rafael e BONILLA, Adolfo, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes – jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid: Reus, 1924, reimpressão '*fac simile'*, Pamplona: Analecta, s/d.

FLORES DE LAS LEYES, coord. Manuel Paulo Merêa, *A versão portuguesa das 'Flores de Las Leys' de Jácome Ruiz*", Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918.

FLORES DE LAS LEYES, coord. Manuel Paulo Merêa, "A VERSÃO PORTUGUESA DAS 'FLORES DE LAS LEYS' DE JÁCOME RUIZ", *in*: *Revista da Universidade de Coimbra*, Vol. VI, nº 3 e 4, julho e dezembro de 1917, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1917.

FUERO JUZGO ou CÓDIGO VISIGOTICO, edição em latim e espanhol, Madrid: Real Academia Española, 1815.

FUERO REAL DEL REY DON ALONSO EL SÁBIO, Madrid: Real Academia, 1836, edição *fac-simile*, Valladolid: Lex Nova, 1990.

INSTITUTAS. Cf. Vampré, Spencer. *INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO-TRADUZIDAS E COMPARADAS COM O DIREITO CIVIL BRASILEIRO*, São Paulo: Livraria Magalhães, 1915.

LAS SIETE PARTIDAS, glosadas em castelhano por Alonso Diaz de Montalvo, 1ª edição, Sevilha: Meynardo, 1491, Edição '*fac símile'*, Valladolid: Lex Nova, 1988.

LEIS DO REINO DE ESNUNNA, in: Uma coleção de direito babilônico pré-Hammurabiano – Leis do Reino de Esnunna, coordenação Emanuel Bouzon, Petrópolis: Vozes, 2001.

LEIS EXTRAVAGANTES E REPERTÓRIO DAS ORDENAÇÕES DE DUARTE NUNES DO LIÃO, '*fac simile'* da edição de 1569, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1987.

LEX ROMANA VISIGOTHORUM, G. Haenel, 1848, reimpressão Scientia Verlag Aaalen, 1962.

LIVRO DAS LEIS E POSTURAS, Lisboa: Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971.

MONUMENTA GERMANIAE HISTORICA, LEGES NATIONUM GERMANICARUM, tomo I, Leges Visigothorum, ed. Zeumer, Hanover: Impensis, 1902.

O CÓDIGO DE HAMMURABI, coordenação Emanuel Bouzon, 8ª edição, Petrópolis: Vozes, 2000.

O CÓDIGO DE HAMMURABI, 3ª edição, coordenação Emanuel Bouzon, Petrópolis: Vozes, 1980.

ORDENAÇÕES DEL-REI DOM DUARTE, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ORDENAÇÕES AFONSINAS, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, livro III, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, livro III, reprodução '*fac-simile'* da edição de Valentim Fernandes, 1512, 1513, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2002.

ORDENAÇOES FILIPINAS, 3º volume, São Paulo: Saraiva, 1966.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, livros II e III, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, livros IV e V, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA, Lisboa: Typis Ac., 1861.

PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA, volume I, Leges et Consuetudines, Lisboa: Typis, 1856, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967.

PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA, volume II, Leges et Consuetudines, Lisboa: Typis, 1858, *fac simile*, Nendeln: Kraus, 1967.

REGULAMENTO N. 737 DE 1850, in: Manual de audiência, processo civil e commercial, comentado por Afredo Pujol em cooperação com Eugenio Egas, São Paulo: Typ. de Espíndola, Siqueira e Comp., 1898.

REGULAMENTO Nº 737 DE 1850, in: Notas ao processo civil e commercial, comentado por Arthur de Freitas Leitão, São Paulo: C. Teixeira, 1920.

SENTENÇAS DE PAULO, "JULII PAULI SENTENTIARUM RECEPTARUM AD FILIUM", *in: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine*, Paris: Lamort, 1811, Reimpressão da Scientia Verlag, Aalen, 1979.

Fontes literárias:

ALBUQUERQUE, Afonso de. *CARTAS PARA EL-REI D. MANUEL I*, Lisboa: Sá da Costa, 1942.

AULO GELLIO. *NOCT ATT.*, *LES NUITS ATTIQUES*, tradução M. Mignon, Paris: Garnier, 1934.

_____ . *NOCT ATT.*, *NOCHES ÁTICAS-CAPÍTULOS JURÍDICOS*, tradução Francisco Navarro y Calvo, Buenos Aires: EJEA, 1959.

AUGUSTO. *RES GESTAE DIVI AUGUSTI*, tradução G. D. Leoni, São Paulo: Nobel, 1957.

BARROS, João de. "ÁSIA", *in*: *O DESCOBRIMENTO DA ÍNDIA*, 6ª edição, Lisboa: Seara Nova, 1968.

CAMÕES, Luis de Camões. *OS LUSÍADAS*, Porto: Porto Editora, s/d.

CICERO, Marco Túlio. *DE REPUBLICA*, 3.36 e 3.37, *DA REPÚBLICA*, tradução de A. Cisneiros, Bauru: Edipro, 1995.

_____ . *ORAÇÕES*, *IV VERRINAS*, tradução A. Joaquim, Rio de Janeiro: W.M. Jackson, 1964.

_____ . *De L'orateur*, trad. E. Courbaud, Paris: Belles Letres, 1927.

_____ . *De la nature des Dieux*, trad. C. Appuhn, Paris: Garnier, s/d.

_____ . *De divinatione*, trad. A. Escobar, Madrid: Edit. Gredos, 1999.

GAIO, *INSTITUTAS*, *in*. 'Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino', *in*: CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, G, *Manual de direito romano*, em cooperação com Alexandre Augusto de Castro Correia, São Paulo: Saraiva, 1955.

HALICARNASSO, Dionísio de. *História Antiga de Roma*, trad. D. Plácido, Madrid: Gredos, 1984.

JACOBO DE LAS LEYES, *FLORES DE DERECHO* ou *FLORES DE LAS LEYES*, *in*: DE URENÃ, Rafael e BONILLA, Adolfo, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes – jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid: Reus, 1924, reimpressão '*fac simile'*, Pamplona: Analecta, s/d.

_____ . *FLORES DE LAS LEYES*, coord. Manuel Paulo Merêa, *A versão portuguesa das 'Flores de Las Leys' de Jácome Ruiz*", Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918.

_____ . *FLORES DE LAS LEYES*, coord. Manuel Paulo Merêa, "A VERSÃO PORTUGUESA DAS 'FLORES DE LAS LEYS' DE JÁCOME RUIZ", *in*: *Revista da Universidade de Coimbra*, Vol. VI, nº 3 e 4, julho e dezembro de 1917, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1917.

POLIBIOS. *HISTORIA*, tradução Mário Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

POMPONIO. *LIBRO SINGULARI ENCHIRIDII*, D. 2.2, *CORPUS IURIS CIVILIS*, vol. I coordenação P. Krueger e T. Mommsen, 10ª edição, Berolini, 1905.

QUINTILIANO, F. *INSTITUTIO ORATORIA*, *Oeuvres complètes de Quintilien*, trad. Ouizille, Paris: Garnier, s/d.

_____ . *INTITUTION ORATOIRE*, trad. H. Bornecque, Paris: Garnier, s/d.

_____ . *THE INSTITUTIO ORATORIA OF QUINTILIAN*, trad. H. Butler, Cambridge: Harvard University Press, 1953.

SALÚSTIO. *GUERRA JUGURTINA*, tradução Barreto Feio, Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/d.

SUETÔNIO. *DE VITA CAESARVM*. Cf. SUÉTONE. *VIES DES DOUZE CESARS*, tome I, tradução H. Ailloud, 12a ed., Paris: Les Belles Lettres, 1954.

TÁCITO. *ANAIS*. Cf. trad. L. Pereira, Rio de Janeiro: s/ ed., 1964.

_____ . *GERMANIA, DE ORIGINE ET SITU GERMANORUM, XI*, trad. J. Stevenson, São Paulo: Brasil, 1952.

_____ . *THE ANNALS AND THE HISTORIES*, tradução A. Church e W. Broidribb, Chicago: University of Chicago, 1952.

TITO LIVIO. *AB URBE CONDITA LIBRI, HISTÓRIA DE ROMA*, tradução Paulo M. Peixoto, 2ª edição, São Paulo: Paumape, 1995.

ULPIANO. *REGRAS DE ULPIANO*, tradução de Gaetano Sciascia, São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira, 1952.

Dicionários:

BELTRANI, Sergio. *NUOVO DIZIONARIO GIURIDICO ROMANO*, em cooperação com Federico Del Giudice, 2ª ed., Napoli: Edizioni Simone, 1995.

CALDAS AULETE. *DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA*, Edição Brasileira, IV volume, 4ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1958.

CINTRA, Geraldo de Ulhôa. *DICIONÁRIO LATINO-PORTUGUÊS*, em cooperação com José Cretella Júnior, São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. *DICIONÁRIO LATINO-PORTUGUÊS*, em cooperação com Geraldo de Ulhôa Cintra, São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1956.

DEL GIUDICE, Federico. *NUOVO DIZIONARIO GIURIDICO ROMANO*, em cooperação com Sergio Beltrani, 2ª ed., Napoli: Edizioni Simone, 1995.

FAVATA, Angelo. *Dizionario dei termini giuridici*, 19ª ed., Piacenza: La Tribuna, 2000.

FREIRE, Laudelino. *GRANDE E NOVÍSSIMO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA*, volume IV, 2ª edição, Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.

HOUAISS, Antônio. *DICIONÁRIO HOUAISS DA LINGUA PORTUGUESA*, 2ª reimpressão, Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

LOYN, H. R. (org). *Dicionário da Idade Media*, trad. A. Cabral, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

PARLAGRECCO, Carlo. *DIZIONARIO PORTOGHESE ITALIANO - ITALIANO PORTOGHESE*, 4ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1988.

PESTANA, Maria J. *DICIONÁRIO FRANCÊS PORTUGUÊS FRANCÊS*, em cooperação com C. Scartezzini, São Paulo: Hemus, 1980.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *BROCARDOS JURÍDICOS*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1953.

SCARTEZZINI, César. *DICIONÁRIO FRANCÊS PORTUGUÊS FRANCÊS*, em coop. com M. Pestana, São Paulo: Hemus, 1980.

SILVA, Antonio de Moraes. *DICCIONARIO DA LÍNGUA PORTUGUEZA*, Lisboa: Typografia Lacerdinha, 1813.

SILVEIRA BUENO, Francisco da. *GRANDE DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO-PROSÓDICO DA LÍNGUA PORTUGUESA*, 6º volume, Santos: Editora Brasília, 1974.

SILVEIRA, V. César da. *DICIONÁRIO DE DIREITO ROMANO*, 2º volume, São Paulo: Bushatsky, 1957.

TORRINHA, Francisco. *DICIONÁRIO LATINO-PORTUGUÊS*, 2ª edição, Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

VITERBO, Joaquim de Santa Rosa de. *ELUCIDÁRIO DAS PALAVRAS, TERMOS E FRASES QUE EM PORTUGAL SE USARAM E QUE HOJE REGULARMENTE SE IGNORAM...*, Edição crítica, Lisboa: Civilização, 1993.

<u>Obras e monografias específicas:</u>

ALBUQUERQUE, Ruy de. *História do Direito Português*, em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, 12ª edição, Lisboa: Pedro Ferreira, 2005.

_____ . *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos"),* em cooperação com Martim de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983.

ALBUQUERQUE, Martim de. *História do Direito Português*, em cooperação com Ruy de Albuquerque, vol. I, 12ª edição, Lisboa: Pedro Ferreira, 2005.

_____ . *História do Direito Português ("Lições dos Profs. RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, com a colaboração dis assistentes J. Artur A. Duarte Nogueira, José Adelino Maltez e Mário Leite Santos"),* em cooperação com Ruy de Albuquerque, vol. I, tomo II, Lisboa: sem editora, 1983.

ALEMÁN, Ana. "El 'fraus creditorum. Praesumptio?" *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes–Formação do Brasil no Atlântico Sul – Séculos XVI e XVII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

_____ . "Economia política dos descobrimentos", *in*: *A descoberta do homem e do mundo*, org. A. Novaes, São Paulo: Companhia da Letras, 1998.

ALFÖLDY, Géza. *Historia social de Roma*, trad. V. Alonso Troncoso, Madrid: Alianza, 1987.

_____. *The social history of Rome*, tradução D. Braund e F. Pollock, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1988.

ALMEIDA, Fortunato de. *História das Instituições em Portugal*, Porto: Livraria Magalhães e Moniz Editora, 1903.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Notas e comentários*, in: *ORDENAÇÕES FILIPINAS*, edição "fac símile", livros II e III, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

_____ . *Notas e comentários*, in: *ORDENAÇÕES FILIPINAS*, edição "fac símile", livros IV e V, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brazileiro*, vol. I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.

_____ . *Direito Judiciário Brazileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Notas e remissões*, *in*: *ORDENAÇOES FILIPINAS*, 3º volume, São Paulo: Saraiva, 1966.

ALTAVILA, Jayme de. *A testemunha na história e no direito*, São Paulo: Melhoramentos, 1967.

ÁLVAREZ, Mirta Beatriz. "La prueba documental en el derecho romano y su recepción en el derecho argentino", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

ALVES, João Luiz. "Introdução", *in: Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1917.

AMAZONAS, José Antonio de Almeida. *Do arbitramento*, São Paulo: RT, 1938.

AMERICANO, Jorge. *Processo Civil e Commercial no direito brasileiro - phases probatória, decisória e executória*, São Paulo; Saraiva, 1925.

_____ . *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1940.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*, tradução B. Sidou, São Paulo: Brasiliense, 1987.

ARANGIO–RUIZ, Vicenzo. *Storia del diritto romano*, 7ª edição, Napoli: Jovene, 1981.

_____ . Vicenzo Arangio–Ruiz, Istituzioni di *diritto romano*, 11ª edição, Napoli: Jovene, 1952.

ARCHI, Gian Gualberto. "Les preuves dans le droit du Bas-Empire", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, em cooperação com L.G. Marinoni, 3ª edição, São Paulo: RT, 2004.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976.

AUBOYER, Jeannine. "Roma e seu Império", em cooperação com André Aymard, *História Geral das Civilizações*, tomo II, 2º volume, trad. Pedro Moacyr Campos, São Paulo: Difel, 1956.

AYMARD, André. "Roma e seu Império", em cooperação Com J. Auboyer, *História Geral das Civilizações*, tomo II, 2º volume, trad. Pedro Moacyr Campos, São Paulo: Difel, 1956.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: RT , 1996.

_____ . *O direito de ser citado*, São Paulo: Resenha, 1980.

_____ . *Lições de Processo civil canônico*, em cooperação com José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: RT, 2001.

_____ . *Estudos de História do Processo*, em cooperação com Moacyr Lobo da Costa, São Paulo: Joen, 1996.

_____ . *Origem e introdução da Apelação no direito lusitano*, São Paulo: FIEO, 1976.

_____ . *O reinado de D. Manuel e as ordenações manuelinas, in:* Revista da Faculdade de Direito, volume 95, São Paulo: USP, 2000, separata.

_____ . *Introdução à História do Direito*, São Paulo: RT, 2005.

_____ . *Estudo jurídico sobre a condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*, São Paulo: RT, 2001.

BADIAN, E. *Roman imperialism in the late republic*, 2a ed., Ithaca: Cornell University Press, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *O direito penal hispano-luso medievo*, Belo Horizonte: Tipografia da Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1961.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito", in: *Temas de Direito Processual, segunda série*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BATISTA NETO, Jônatas. *História da Baixa Idade Média (1066-1453)*, São Paulo: Ática, 1989.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAYET, Jean. *La religion romaine – Histoire politique e psycologique*, Paris: Payot, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Garantia da amplitude de produção probatória", *in*: *Garantias constitucionais do processo civil*, coord. J.R.Cruz e Tucci, São Paulo: RT, 1999.

BENTHAM, Jérémie. "Traité des Preuves Judiciaires", in: *Oeuvres de Jéremie Bentham - jurisconsulte anglais*, tome seconde, Bruxelles: Societé Belge de Librairie, 1840.

BERNARD SEGARRA, Lucía. "Sobre el valor de la "*confessio in iure certae pecuniae*"....", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

BERTOLDI, Federica. *La "Lex Iulia Privatorum"*, Torino: Giappichelli, 2003.

BERTOLINI, Cesare. *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino: s/e, 1886, edizione anastatica, Roma: "L'erma" di Bretschneider, 1967.

BEVILAQUA, Clóvis. "Preliminares", in: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 5ª edição, São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1936.

BIONDI, Biondo. *IL Diritto Romano Cristiano*, Milano: Giuffrè, 1952.

BLACKBURN, Robin. *A construção do escravismo no Novo Mundo*, tradução de M. B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2003.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*, tradução E. Godinho, Lisboa: Edições 70, 1982.

BLOCH, Raymond. *Los prodigios en la antiguedad clasica*, tradução E. Prieto, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1978.

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*, 3ª ed., Milão: Soc. Edit. Libraria, 1923.

_____ . *Storia del diritto romano*, 4ª ed., vol. I, Torino: UTET, 1934.

BOTELLA VICENT, Carmen. “Incidencia de la condición social em la práctica de la prueba testifical: su transmisión a las Partidas”, *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

BOVO, Elisabeta. *O princípio da civilização*, (coord. E. Bovo), Barcelona; Folio, 2006.

BOXER, Charles Ralph. *O império marítimo português - 1415-1825*, tradução A. Barreto, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOYÉ, A. J. “Pro Petronia Ivsta”, *in: Droits de l’antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959.

BOYER, Georges. “La preuve dans les anciens droits du pròche-Orient”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *História do Direito Português*, dactilografado por J. Abrantes, Coimbra: s/ editora, 1955.

BRESOLIN, Umberto Bara Bresolin. *Revelia e seus efeitos*, São Paulo: Atlas, 2006.

BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*, trad. I. Santos e H. Shooja, Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

BROGGINI, Gerardo. “La preuve dans l’ancien droit romain”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

BROWN, Peter. *O fim do mundo clássico – de Marco Aurélio a Maomé*, trad. A. Mattoso, Lisboa: Verbo, 1972.

BRUNNER, Heinrich. *História del Derecho Germánico*, 8ª edição, tradução J. L. Alvarez Lopes, Barcelona: Labor, 1936.

BURDESE, Alberto. *Manuale de diritto pubblico romano*, 2ª edição, Torino: UTET, 1982.

BUZAID, Alfredo. "Exposição de motivos", *in: Anteprojeto de Código de Processo Civil, apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid*, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

_____ . "Do ônus da prova", *in: Revista de Direito Processual Civil*, 4º volume, São Paulo: Saraiva, 1964.

CABRAL DE MONCADA, L. "O duelo na vida do direito", *in: Estudos de História do Direito*, vol I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948.

CAETANO, Marcello. *História do direito português*, 4ª edição, Lisboa: Verbo, 2000.

CALAMANDREI, Piero. "Veritá e verosimiglianza nel processo civile", *in: Studi sul processo civile, vol 6*, Padova: Cedam, 1957.

CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*, Milano: Giuffrè, 1954.

CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu. "El principio 'ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat'....". *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

CAMACHO DE LOS RIOS, Fermín. "'Iusiurandum calumniae' aproximacion a un proceso de recepción", in: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Do depoimento pessoal*, São Paulo: Saraiva, 1923.

_____ . *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2001.

_____ . *A prova Civil – admissibilidade e relevância*, São Paulo: RT, 2006.

CAMPOS, Francisco. "Exposição de Motivos", *in: Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939)*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1971.

CARDOSO, Ciro Flamarion. *Trabalho compulsório na antiguidade*, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*, São Paulo: LTR, 2001.

CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*, trad. E. Maciel, Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, reimpressão, Milano: Giuffré, 1992.

CARREIRA, Antonio. *Notas sobre o tráfico português de escravos*, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 1978.

CARVALHO, Affonso José de. *Inquirição Cível*, São Paulo: Saraiva, 1924.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Interpretado*, vol. III, 6ª edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

CAZAYOUS DE DILLON, Marta Etel. "La prueba en el procedimiento de la 'operis novi nunciatio'..." *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

CERUS, João Baptista Guimarães. *Ordenações em vigor – estudos sobre o Código Philipino na nossa actualidade*, Salvador: Typographia e Encadernação Empreza Editora, 1897.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. J. G. Menegale, São Paulo: Saraiva, 1945.

_____ . "A oralidade e a prova", *in: Processo Oral*, Forense: Rio de Janeiro, 1940.

_____ . "La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo", *in: Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol I, Roma: Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da Organização Judiciária e do Processo Civil* , Tomo I , Rio de janeiro : Jurídica Universitária, 1970.

_____ . *De actione Sacramento,* São Paulo, tese, 1960.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil, Legislação, Doutrina – Jurisprudência,* Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____ . *Prova Civil, Legislação, Doutrina – Jurisprudência*, 2ª edição, São Paulo: RT, 1981.

CLEMENTE, Guido. *Guida alla storia romana*, Milano: Mondadori, 1977.

COELHO, Antônio Borges. *Portugal na Espanha árabe*, vol. 2, Lisboa: Caminho, 1989.

COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a História do governo e da legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 6ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1887.

COHEN, Boaz. “Evidence in Jewish Law”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

CORASSIN, Maria Luiza. *Sociedade e política na Roma antiga*, São Paulo: Atual, 2001.

_____ . *A reforma agrária na Roma antiga*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____ . “A idealização do príncipe na ideologia aristocrática romana”, *in*: *Boletim do CPA*, Campinas, nº 4, jul/dez, 1997.

_____ . “Constantino e o Império Cristão”, *in: Revista de História*, nº 104, 1975.

CORRÊA TELLES, José Homem. *Digesto Portuguez ou Tractado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira vontade para servir de subsidio ao novo código civil*, tomo III, 5ª edição, Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1860.

_____ . *Doutrina das Acções, expressamente accomodada ao Foro do Brasil por Souza Pinto*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1841.

CORREIA, Alexandre. *Manual de Direito Romano-Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, em cooperação com Gaetano Sciascia e Alexandre Augusto de Castro Correia, vol II, São Paulo: Saraiva, 1955.

CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. *Manual de Direito Romano - Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, em cooperação com Gaetano Sciascia e Alexandre Correia, vol II, São Paulo: Saraiva, 1955.

CORTESÃO, Jaime. *Os factores democráticos na Formação de Portugal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1984.

_____ . *A expedição de Pedro Álvares Cabral e o Descobrimento do Brasil*, Lisboa: Imprensa Oficial, 1994.

_____ . *A Carta de Pêro Vaz de Caminha*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2000.

COSTA, João Paulo de Oliveira e. "A formação do aparelho central da administração ultramarina no século XV", *in*: *Anais de História de Além-mar*, vol II, Lisboa, 2001.

_____ . O império português em meados do século XVI", *in*: *Anais de História de Além-mar*, vol III, Lisboa, 2002.

COSTA, Manuel Fernandes. *As navegações atlânticas no séc. XV*, Lisboa: Instituto de Cultura Portuguesa, 1979.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*, São Paulo: Edusp, 1995.

_____ . *Confissão e reconhecimento jurídico do pedido*, São Paulo: Saraiva, 1983.

_____ . "Rescisória por descoberta de documento novo", *in: Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*", São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ . *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo: RT, 1970.

CORDOPATRI, Francesco. *L´abuso del processo*, I , Milano: Cedam, 2000.

COVELLO, Sergio C. *A presunção em matéria civil*, São Paulo: Saraiva, 1983.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum), I – Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1984.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa petendi no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.

_____ . *Constituição de 1988 e processo – regramentos e garantias constitucionais do processo*, em cooperação com R. L. Tucci, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Lições de história do processo civil romano*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 1996.

_____ . *Jurisdição e poder*, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____ . *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____ . *Lições de Processo civil canônico*, em cooperação com Luiz Carlos de Azevedo, São Paulo: RT, 2001.

_____ . *Ação Monitória*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2001.

_____ . *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004.

_____ . "Processo penal provincial (Editos aos Cirineus)", *in: Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUENA BOY, Francisco José. "La prueba de la costumbre: del derecho romano al derecho indiano de los indigenas", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires: EJEA, 1957.

CUQ, Édouard. *Les institutions juridiques des romains, Tome premier: L'ancien droit*, 2ª edição, Paris: Plon, 1904.

_____ . *Études sur le droit babylonien*, Paris: Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 1929.

D'AMICO, Franca Sinatti. *Le prove nel diritto longobardo*, Milano: Giuffrè, 1968.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da Prova*, 2ª edição, tradução de E. Maciel, Rio de janeiro: José Konfino, 1958.

DECLAREUIL, J. *Roma y la organización del derecho*, 2ª ed., trad. J. Lopez Peres, Mexico: Union Tipografica Editorial Hispano Americana, 1958.

DE FRANCISCI, Pietro. *Storia del Diritto Romano*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1943.

DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione Romana*, v. IV, parte 1, Napoli: Jovene, 1974.

DENTI, Vitorio. *La giustizia civile*, Bolonha: Il Mulino, 1989.

DESCOLA, Jean. *Historia de Espana*, trad. C. Berges, Barcelona: Editorial Juventud, 1963.

DIAS, Manuel Nunes. *O descobrimento do Brasil*, São Paulo: Pioneira, 1967.

DI CARLO, Simonetta. "La forza probante delle tstimonianze nel processo canonico", *in: 'Solvere et Ligare' – prospettive di soluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti,* vol I, org. F. Zanchini, Milano: Giuffrè, 2005.

DI PAOLA, Santi. *Confessio in iure*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1952.

DONÀ. Gaetano. *La testimonizanza nel fatto comune e nella vicenda giudiziaria*, Torino: Fratelli Bocca, 1923.

DUBY, Georges. *Sociedades Medievais*, tradução. Augusto Joaquim, Lisboa: Terramar, 1999.

_____ . *A Europa na Idade Média*, trad. A. Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 1988.

EARL, Donald. *The age of Augustus*, New York: Crown Publishers Inc., 1968.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d.

_____ . *Teoria General de la Prueba Judicial*, tomo I, 3ª edição, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1976.

EGAS, Eugenio. *Manual de audiência, processo civil e commercial, Regulamento n. 737 de 1850*, em cooperação com Alfredo Pujol, São Paulo: Typ. de Espíndola, Siqueira e Comp., 1898.

ELLUL, Jacques. *Storia delle istituzioni-l'antichità*, tradução G. Ancarani e E. Nicolini, Milano: Murcia, 1981.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia*, Salvador: Typ. Bahiana, 1916.

FABREGUETTES, M. P. *Lójica Judiciária e a arte de julgar*, trad. H. Carvalho, São Paulo: Teixeira, 1914.

FEBVRE, Lucien. *A Europa-Gênese de uma civilização*, tradução I. Cohen, São Carlos: Edusc, 2004.

FEENSTRA, Robert. "La preuve dans la civilisation romaine", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

FERNANDES, Fátima Regina. *Comentários à Legislação Medieval Portuguesa de Afonso III*, Curitiba: Juruá, 2000.

FERREIRA, Waldemar Martins. "O sistema jurídico português perante o condicionalismo dos descobrimentos e da colonização, *in*: *"O Estado de São Paulo*, São Paulo, 9 mar. 1958.

_____ . *História do Direito Brasileiro*, tomo I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

FINET, André. *Le Code de Hammurapi*, 3ª edição, Paris: CERF, 1998.

FINLEY, Moses. I. “O estudioso da História Antiga e suas fontes”, *in*: M. I. Finley, *História Antiga – testemunhos e modelos*, tradução Valter Siqueira, São Paulo: Martins Fontes, 1994.

FINZI, Conrado A. *La estafa y otros fraudes*, Buenos Aires: De Palma, 1961.

FINZI, Marcello. *I reati di falso*, vol. I, Torino: Fratelli Bocca, 1908.

FIORELLI, Piero. *La tortura Giudiziaria*, vol I, Milano: Giuffrè, 1953.

_____. “A primeira manifestação do crescimento econômico ocidental: a Europa feudal dos séculos XI - XIII”, *in*: *Revista de História*, São Paulo, número 116, jan/jun 1984.

_____ . *As cruzadas*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1991.

FONSECA, Luis Adão da. *De Vasco a Cabral - oriente e ocidente nas navegações oceânicas*, Bauru: EDUSC, 2001.

FOURQUIN, Guy. *Senhorio e feudalidade na Idade Média*, trad. F.M. Pereira, Lisboa: Ed. 70, 1987.

_____ . *História econômica do ocidente medieval*, 3ª edição, Lisboa: Edições 70, 1986.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. *A Idade Média - O nascimento do ocidente*, São Paulo: Brasiliense, 1986.

FRAGISTAS, Charalambos N. “Le temoignage dans le proces civil em droit byzantin”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

FRANCIOSI, Gennaro. *Famiglia e persone in Roma antica-dell’ettà arcaica al principato*, 3ª edição, Torino: Giappichelli, 1995.

HENRIQUE, João. *Roma pagã – suas instituições, usos e costumes*, Porto Alegre: Globo, 1935.

GAMA BARROS, Henrique. *História da administração pública em Portugal*, 2ªa edição, Lisboa: Sá da Costa, 1945.

GÂNDAVO, Pero de Magalhães de. *A primeira História do Brasil - Historia da província Santa Cruz a que vulgarmente chamamos Brasil*, modernização do texto original de 1576 e notas por S. Hue e R. Menegaz, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

GANDOLFI, Giuseppe *Contributo allo studio del processo interditale romano*, Milano: Giuffrè, 1955.

GANSHOF, F. L. *Que é feudalismo*, trad. J.B. de Macedo, 4ª edição, Sintra: Publicações Europa-América, 1976.

_____ . "La preuve dans le droit franc", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – deuxième partie: Moyen Age et temps modernes*, vol XVII, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

GARCIA, Cândida Gutiérrez, "La prueba testifical en las fuentes literarias", *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, em coop. com José Antonio Martinez Vela, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

GARNSEY, Peter. *Storia sociale dell' Impero romano*, em cooperação com Richard Saller, trad. M. Coracciolo, Roma: Editori Laterza, 1989.

GARRATY, John A. *The Columbia History of the world*, em coordenação com Peter Gay, New York: Harper & Row Publishers, 1987.

GAUDEMET, Jean. “Les ordalies au moyen age”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – deuxième partie: Moyen Age et temps modernes*, vol XVII, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

GAY, Peter. *The Columbia History of the world*, em coordenação com John A. Garraty, New York: Harper & Row Publishers, 1987.

GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*, Milano: Giuffrè, 1958.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 3ª edição, trad. A. M. Hespanha e I. M.M. Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mario Curtis. *História de Roma*, 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 1972.

GIOMARO, Anna Maria. *La tipicità delle ‘Legis Actiones’ e la ‘Nominatio Causae’“*, Milano: Giuffrè, 1988.

GIRARD, Paul Fréderic. *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 4ª edição, Paris: A. Rousseau ed., 1906.

_____. *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 3ª edição, Paris: A. Rousseau, 1901.

GIUCCI, Guillermo. *Viajantes do maravilhoso - o novo mundo*, tradução J.V. Baptista, São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

GODINHO, Vitorino Magalhães. *Mito e mercadoria, utopia e prática de navegar - séculos XIII-XVIII*, Lisboa: Difel, s/d.

GOLDSTEIN, Mateo. *Derecho Hebreo a través de la Bíblia y el Talmud*, Buenos Aires: Atalaya, 1948.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1958.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.

_____ . "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)", in: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005.

GORPHE, François. *L'appréciation des preuves em justice – essai d'une méthode technique*, Paris: Sirey, 1947.

GOUGH, Michael. *Os primitivos cristãos*, trad. M. Ondina, Lisboa: Verbo, 1969.

GOULET-HOUIX, Claire. "A fundação de Roma - Lenda e História ", *in*: François Sautereau, *Contos e Lendas do nascimento de Roma*, 5ª reimpressão, trad. E. Brandão, São Paulo: Cia das Letras, 2006.

GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª edição, Torino: Giappichelli, 1965.

GUIGNEBERT, Charles. *El cristianismo antiguo*, trad. N. O. Reynal, México: Fondo de Cultura, 1997.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Commercial*, *vol. II* , *Prova*, São Paulo: Saraiva, 1924.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

GUARINELLO, Norberto Luiz. 'Introdução', in: *História e retórica – ensaios sobre historiografia antiga*, org. Fábio Joly, São Paulo: Alameda, 2007.

_____ . *Imperialismo Greco-Romano*, 3ª edição, São Paulo: Ática, 1994.

GUERREAU, Alain. *O Feudalismo – Um horizonte teórico*, Lisboa: Ed. 70, 1980.

HALDON, John F. “Economy and administration – How did the empire work?”, *in: The age of Justinian*, coordenação M. Mass, New York: Cambridge, 2005.
HEERS, Jacques. *História Medieval*, trad. T. A. P. de Queiros, Rio de Janeiro: Difel, 1977.

_____. *A Idade Média, uma impostura*, trad. A. Gonçalves, Lisboa: Asa, 1994.

HEURGON, Jacques. *Roma y el Mediterrâneo occidental hasta las guerras púnicas*, tradução A. Antelo, Barcelona: Labor, 1971.

HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal*, tomo I, 9ª edição, Lisboa: Bertrand, s.d.

_____ . *História de Portugal*, tomo VIII, 9ª edição, Lisboa: Bertrand, s/ data.

_____ . *História de Portugal*, tomo II, 4ª edição, Lisboa: Bertrand, 1875.

HODGETT, Gerald A. J. *História social e econômica da Idade Média*, trad. Mauro e Tayná da Costa Souza, Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo I, São Paulo: DIFEL, 1969.

HOMO, Leon. *Las instituciones políticas romanas -de la ciudad al estado*, trad. J. Lopez Perez, 2ª edição, Mexico: Union tipografica Ed. Hispano Americana, 1958.

HUBAUX, Jean. *Les grands mithes de Rome*, Paris: Presses Universitaires de France, 1945.

IMBERT, Jean. *O Direito Antigo e sua projeção no Direito Moderno*, tradução Maria Rosa e Victor Matos, Coimbra: Almedina, 1966.

JAEGER, Hasso. “La preuve judiciaire d’après la tradicion rabbinique et patristique”, *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l‘histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

JOBBÉ-DUVAL, Emile. *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les romains, tome premier – La procédure par le pari (agere per sponsionem)*, Paris: Arthur Rousseau, 1896.

JOUSSERANDOT, Louis. *L´Edit perpétuel-restitué et commenté*, Paris: A. Marescq, 1883.

KASER, Max. 'Gli inizi della 'cognitio extra ordinem', trad. Tullio S. Vigirita, *in: Ausgewählte Schriften* II, Napoli: Jovene, 1976.

KATZ, Solomon. *The decline of Rome and the rise of medieval Europe*, New York: Cornell University Press, 1968.

KEMMERICH , Clóvis Juarez. *O direito processual na Idade Média*, Porto Alegre: Safi – Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

KLABIN, Aracy A. Leme. *História Geral do Direito*, São Paulo: RT, 2004.

KLÍMA, Josef. "La preuve dans le droit Hitttite", in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAPA, José Roberto do Amaral. *A Bahia e a carreira das Índias*, São Paulo: Hucitec, 2000.

LÁZARO GUILLAUMÓN, Carmen. " El 'Iusiurandum in iudicium delatum': Entre médio de prueba y ordália", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

LE GOFF, Jacques, *A civilização do Ocidente Medieval*, trad. J.R. de Macedo, Bauru: Edusc, 2005.

_____. *La baja edad media*, 15ª edição, trad. L. Ortiz, México: Siglo veintiuno, 1985.

_____ . *O Deus da Idade Média*, tradução Marcos de Castro, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

LEITÃO, Arthur de Freitas. *Notas ao processo civil e commercial – regulamento nº 737 de 1850*, São Paulo: C. Teixeira, 1920.

LENEL, Otto. *Essai de reconstitution de L'Edit Perpétuel*, tome I, trad. F. Peltier, Paris: Larose, 1901, reedição, Paris: Edouard Duchemin, 1975.

LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, 2ª edição, Firenze: Fratelli Cammelli, 1904.

LÉVY, Jean Philippe. "Le probleme des ordalies en droit romain", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992.

_____ . "Cicéron et la preuve judiciaire", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992.

_____ . "Cicéron et la preuve judiciaire", *in*: *Droits de l'antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959.

_____ . "La formation de la theorie romaine des preuves", *in*: *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité*, Napoli: Jovene, 1992.

LÉVY-BRUHL, Henri, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960.

_____ . *La preuve judiciaire - Etude de sociologie juridique*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Il nuovo <codigo de processo civil> brasiliano”, in: *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

_____ . “Istituti del diritto comune bel processo civile brasiliano”, *in: Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

LIMA, João Batista de Souza. “uma palavra”, *in*: *As mais antigas normas de direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LIMA FILHO, Acacio Vaz de. *O poder na antiguidade – aspectos históricos e jurídicos*, São Paulo: Ícone, 1999.

_____ . *As Constituições Imperiais como fonte do Direito Romano*, São Paulo: Ícone, 2006.

LIRA, Gerson. “Direito à valoração das provas”, in: *Prova Cíve*l, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza. *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

_____ . *Collecção de dissertações e tractados vários, em supplemento ás segundas linhas sobre o processo civil e ás notas a elles relativas*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

LONGO, Giannetto. *Manuale elementare di Diritto Romano*, Torino: UTET, 1939.

LOPES, Francisco Fernandes. *Os irmãos Corte-Real*, Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos, 1957.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000.

_____ . *Da prova penal - teoria e prática*, em cooperação com Paulo H. de Morais, Campinas: Julex, 1978.

_____ . *Manual das provas no processo civil*, Campinas: Kennedy Editora, 1974.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na História - lições introdutórias*, 2ª. edição, São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____ . 'Apresentação', *in: Curso de História do Direito*, em cooperação com Rafael Queiroz e Thiago Acca, São Paulo: Editora Método, 2006.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

LÓPEZ ORTIZ, José. *Derecho Musulmán*, Barcelona: Labor, 1932.

LOSCHIAVO, Luca. "Il ruolo dei testimoni e la formazione dell'ordo iudiciarus canonico tra VII e IX secolo", *in: 'Solvere et Ligare' – prospettive di soluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti*, vol I, org. F. Zanchini, Milano: Giuffrè, 2005.

LOUZAN SOLIMANO, Nelly Dora. "Los testigos en el proceso romano" *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

LUPI, Eduardo do Couto. *A empresa portuguesa do oriente - conquista e sustentação do senhorio do mar - século XVI*, Lisboa: Divisão de publicações e biblioteca Agência Geral das Colônias, 1943.

LUZZATO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*, v. I, Bologna: Casa Editrice Prof. Riccardo Patron, 1965.

_____ . "In tema di origine nel processo '*extra ordinem*'- lineamenti critici e ricostruttivi", *in*: *Studi in onore di Edorado Volterra*, vol II, Milano: Giuffrè, 1971.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe. *Prova em processo civil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, trad. Alexandre Augusto Correia, São Paulo: Saraiva, 1960.

MALET, Alberto. *Historia Romana*, trad. N. Binayan, Buenos Aires: Libreria Hachette, 1958.

_____ . *Roma*, Buenos Aires: Libreria Hachettte, 1953.

_____ . *El Oriente*, Buenos Aires: Hachette, 1942.

MARINONI, L.G. *Manual do processo de conhecimento*, em cooperação com S.C. Arenhart, 3ª edição, São Paulo: RT, 2004.

MARLASCA MARTINEZ, Olga. "Capacidad de testimoniar de los libertos en las fuentes", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

MARQUES, A . H. de Oliveira. *Breve história de Portugal*, 4ª edição, Lisboa: Editorial Presença, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª edição, Forense: Rio de Janeiro, 1962.

MARTINEZ VELA, José Antonio. "La prueba testifical en las fuentes literarias" (em coop. com Cândida Gutiérrez Garcia), *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

MARTINS, F. A . de Oliveira. *Historia de Portugal*, vol. I, Lisboa: Guimarães, 1951.

_____ . *História da República Romana*, v. III, Lisboa: Guimarães ed., 1952.

MARTINS, Oliveira. *História de Portugal*, vol I, Lisboa: Guimarães Editores, 1951.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MATOS, Artur Teodoro de. *Henrique o navegador, Lisboa*: C.T.T., s/d.

MATTOSO, Antonio G. *História da Civilização*, v. I, 3ª. Ed., Lisboa: Sá da Costa, 1956.

MATTOSO, José. "A formação da Nacionalidade", *in: História de Portugal*, org. J. Tengarrinha, São Paulo: Unesp, 2001.

_____ . *História de Portugal*, vol. I, Lisboa: Editorial Estampa, s/d.

_____ . *Fragmentos de uma composição medieval*, Lisboa: Editorial Estampa, 1987.

MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, tomo I, 5ª edição, Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cie, 1891.

MÉHÉSZ, Kornél Zoltán. *Advocatvs Romanvs*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1971.

MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII Tábuas – fonte do direito público e privado*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____ . *Noções gerais de processo civil romano*, Roma: Tripi & Di Maria, 1963.

_____ . *Processo civil romano*, 2ª edição, Belém: Gráfica Falangola, s.d.

MELLO FREIRE, J. Paschoal de. *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, 5ª edição, Coimbra: Ed. Typis Ac., 1853.

MENDONÇA, José. *A prova civil*, Rio de Janeiro: Jacintho, 1940.

MENDONÇA, Sonia Regina de. *O mundo carolíngio*, São Paulo: Brasiliense, 1985.

MERÊA, Paulo. *FLORES DE LAS LEYES*, coord. Manuel Paulo Merêa, *A versão portuguesa das 'Flores de Las Leys' de Jácome Ruiz*", Coimbra: Imprensa da Universidade, 1918.

_____ *FLORES DE LAS LEYES*, coord. Manuel Paulo Merêa, "A VERSÃO PORTUGUESA DAS 'FLORES DE LAS LEYS' DE JÁCOME RUIZ", *in*: *Revista da Universidade de Coimbra*, Vol. VI, nº 3 e 4, julho e dezembro de 1917, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1917.

MILHOMENS, Jônatas. *A prova no processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3ª edição, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1917.

MOMMSEN, Theodor. *Storia di Roma antica*, vol. I, tradução L. San Giusti, Roma: Nazionale, 1903.

_____ . *Historia de Roma*, tomo I, trad. A. G. Moreno, Buenos Aires: Joaquin Gil, 1953.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Regras de prova no Código Civil", in: *Revista Forense*, vol. 376, separata, 2004.

MONTEIRO, João. *Programma do Curso de Processo Civil*, II vol., São Paulo: Companhia Industrial de S. Paulo, 1900.

MORAES, José Rubens de. *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, dissertação, USP, São Paulo, 2005.

MORAES CARVALHO, Alberto Antonio de. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Império*, tomo II, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.

_____ . Alberto Antonio de. *Praxe Forense*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1888.

MORAIS, Paulo Heber. *Da prova penal - teoria e prática*, em cooperação com João Batista Lopes, Campinas: Julex, 1978.

MORAIS, Teresa. "Dos meios de prova no direito medieval português - notas para a história do juramento probatório", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *História do Direito Processual Brasileiro*, Barueri: Manole, 2002.

MORENO, Humberto Baquero. "O princípio da era moderna", *in*: TENGARRINHA, José (org.), *História de Portugal*, Bauru: EDUSC, 2000.

MORONI, Attilio. Verbete "Prova testimoniale", *in*: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino: Utet, 1967.

MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Breviário de Derecho Germânico*, Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993.

NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção Judicial*, São Paulo: Leud, 2007.

NAZARETH, Francisco J. Duarte. *Elementos do processo Civil*, 3ª edição, Coimbra: 1860.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das provas e sua apreciação aos atos civis*, Porto: Livraria Internacional, 1880.

NOAILLES, Pierre. *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris: Sirey, 1949.

OLIVEIRA, A. de Almeida. *A assignação de dez dias no foro commercial e civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Garnier, 1883.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ . "Problemas atuais da livre apreciação da prova", in: *Prova Cíve*l, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *O Direito na Bíblia – uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito*, São Paulo: Bom Pastor, 2005.

ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*, Torino: Giapichelli, 1966.

ORLANDIS, José. *Historia del reino visigodo español*, 2ª edição, Madrid: Rialp, 2006.

ORTUÑO PÉREZ, Maria Eugenia. "La carga de la prueba de los hechos negativos, en Diocleciano", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

OSBORN, Albert. *The problem of proof*, Albany: Boyd, 1950.

PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano, volume primo – Storia della costituzione e delle fonti del Diritto*, 2ª edição, Torino: UTET, 1918.

PARADISI, Bruno. *Apologia della storia giuridica*, Bologna: Il Mulino, 1973.

PATETTA, Frederico. *Le Ordalie – Studio di Storia del Diritto e Scienza del Diritto Comparato*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, Ristampa Anastatica, Milano: Cisalpino-Goliardica, 1972.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*, 1ª edição, Barueri: Editora Manole, 2002.

PAULA BAPTISTA, Francisco de, *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, 7ª edição, anotada por Vicente Ferrer de Barros W. Araújo, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910.

PAULA PESSOA, Vicente Alves de. "explicações à Disposição provisória acerca da administração da justiça civil", in: *Código de Processo Criminal de primeira instância do Império do Brazil*, Rio de Janeiro: Typ. De Augusto dos santos, 1880.

PELLICIARI, Luisa. *Sulla natura giurica dei raporti tra visigoti e impero romano al tempo delle invasioni de Vo. Secolo*, Milano, Giuffrè, 1982.

PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, tomo I, 4ª edição, s/ local, s/ editora, 1836.

_____ . (obs: nesta edição o sobrenome do autor vem grafado como Pereira e Souza). *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906.

_____ . *Primeiras Linhas sobre o processo civil*, tomo III, com notas de Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro: Perseverança, 1879.

PERES, Damião. *Os descobrimentos portugueses*, Lisboa: Verbo, 1970.

_____ . *O descobrimento do Brasil por Pedro Álvares Cabral - antecedentes e intencionalid*ade, Porto: Portucalense, 1949.

_____ . "A reconquista cristã", *in: História de Portugal - Edição Monumental comemorativa do 8º centenário da fundação da nacionalidade*, coord. Damião Peres, vol. I, Barcelos: Portucalense Editora, 1928.

PEROWNE, Stewart. *Roman Mithology*, 2ª impressão, London: Hamlyn, 1973.

PETERS, Edward. *Tortura*, trad, L. Spinelli, São Paulo: Ática, 1989.

PICCAROLO, A. *Augusto e seu século*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1939.

PINTO, Agerson Tabosa. "La prueba ilicita en el proceso romano" *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

PIRENNE, Henri. *As cidades da Idade Média - Ensaio de história econômica e social*, trad. C.M. Miguel, 3ª edição, Lisboa: Publicações Europa-América, 1973.

_____. *Maometto e Carlomagno*, trad. Anna Pavia, Roma: Newton, 1993.

_____ . *História econômica e social da Idade Media*, 5ª edição, trad. L. G. da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1978.

PIRENNE, Jacques. *Les grands courants de l'histoire universelle*, vol I, Paris: Éditions Albin Michel, 1950.

_____ . "Quelques considérations sociologiques à propôs de l'évolution historique de l'Egypte ancienne", *in: Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris: Sirey, 1959.

_____ . "La preuve dans la civilization de l'Egypte antique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

PITA, Sebastião da Rocha. *História da América Portugueza, desde o anno de mil e quinhentos, do seu descobrimento até o de mil setecentos e vinte e quatro, 'fac-símile'* da 2ª edição de 1730, Salvador: Progresso, 1950.

POLO ARÉVALO, Eva Maria. "D. 25,4,1.- El juramento de la mujer encinta" *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso*

Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano), Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1947.

POVEDA VELASCO, Ignácio M. "Ordenações do Reino de Portugal", *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 89, jan-dez. 1994.

PRADO JR., Caio. *História Econômica do Brasil*, 15ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1972.

_____ . *Formação do Brasil Contemporâneo*, 29 ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*, São Paulo: Saraiva, 1984.

PRELLER, L. *Les dieux de l'anciene Rome*, tradução Dietz, 3ª edição, Paris: Didier, 1884.

PREVITÉ-ORTON, C. W. *História da Idade Média*, vol. III, tradução Carlos Grifo, Lisboa: Presença, 1973.

PROVERA, Giuseppe. *Introduzione al corso di istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli, 1983.

_____ . *Contributi allo studio del "iusiurandum in litem*", Torino: Giappichelli, 1953.

PUGLIESE, Giovanni. "La preuve a l'époque classique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – première partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

PUJOL, Alfredo. *Manual de audiência, processo civil e commercial, Regulamento n. 737 de 1850*, em cooperação com Eugenio Egas, São Paulo: Typ. de Espíndola, Siqueira e Comp., 1898.

QUINTANA REYNÉS, Lorenzo. *La Prueba en el procedimiento canônico*, Barcelona: Bosch, 1943.

RAMALHO, Joaquim Ignácio, *Praxe Brasileira*, 2ª edição, São Paulo: Duprat, 1906.

_____ . *Practica Civil e Commercial*, São Paulo: Typografia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1864.

_____ . *Praxe Brasileira*, São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.

RAMOS, Fábio Pestana. *No tempo das especiarias – o império da pimenta e do açúcar*, São Paulo: Contexto, 2004.

REGO, Hermenegildo de Souza *Natureza das normas sobre a prova*, São Paulo: RT, 1985.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1953.

RIBAS, Antonio Joaquim. "Prefação", *in: Consolidação das Leis do Processo Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

RIBEIRO, Armando Vidal Leite. *Consolidação das disposições referentes ao processo civil e commercial da justiça local do Districto Federal*, Rio de Janeiro: Progresso, 1913.

RICCOBONO, Salvatore. *Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 1949.

_____ . '*Cognitio extra ordinem', nozione e caratteri*, s/d, s/e.

ROAF, Michael. *Mesopotâmia*, Barcelona: Folio, 2006.

ROBERTS, John Morris. *History of the world*, New York: Oxford University Press, 1993.

RODRIGUEZ LOPEZ, Rosalía. "'*Probatio ad probationem*'", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

ROSA, Eliézer. *Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

ROSONI, Isabella. "*Quae singula non prosunt collecta iuvant*"- *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano: Giuffrè, 1995.

ROSTOVTZEFF, M. *Historia social y econômica del imperio romano*, tradução L. Lopez-Ballestreros, tomo I, Madrid: Espasa-Calpe, 1937.

_____ . *História de Roma*, 2ª ed., trad. W. Dutra, Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967.

RUCQUOI, Adeline. *História Medieval da Península Ibérica*, trad. A. Moura, Lisboa: Editorial Estampa, 1985.

SABADELL, Ana Lucia. '*Tormenta juris permissione' – Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SALLER, Richard. *Storia sociale dell' Impero romano*, em cooperação com Peter Garnsey, tradução M. Coracciolo, Roma: Editori Laterza, 1989.

SALAZAR REVUELTA, Maria. "El derecho probatorio en el sistema jurídico del '*ius commune*", *in*: *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno (Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano)*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

SALVIOLI, Giuseppe. *Storia del Diritto Italiano*, vol. III, 1ª parte, Frankfurt: Sauer & Auvermann KG, 1969.

SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., Napoli: Jovene, 1955.

SANTOS JUSTO, A. *Direito Privado Romano*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SANTOS, Gildo. *A prova no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Madalena Marques dos. "Os direitos marítimos da antiguidade", *in*: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, volume III, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____ . *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, volume I, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1952.

SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*, Lisboa: Alfa, 1993.

SAUTEL, Gerard. "Les preuves en droit grec archaique", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

SCAPINI, Nevio. *La confessione nel diritto romano, II. Diritto Giustinianeo*, Milano: Giuffrè, 1983.

SCARPI, Paolo. *Politeísmos – As religiões do mundo antigo*, tradução C. Kintzel, São Paulo: Hedra, 2004.

SCHEIL, V. *La Loi de Hammourabi*, Paris: Ernest Leroux, 1904.

SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, trad. J. Teigeiro, Barcelona: Bosch, 1960.

_____ . *Princípios del Derecho Romano*, trad. M. Velasco, 2ª edição, Madrid: Civitas, 2000.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*, trad. Sentis Melendo, Ejea: Buenos Aires, 1954.

SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano - Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, em cooperação com Alexandre Correia e Alexandre Augusto de Castro Correia, vol II, São Paulo: Saraiva, 1955.

SEIDL, Erwin. "La preuve d'après les documents démotiques", *in*: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La preuve – premiére partie: Antiquité*, vol XVI, Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1965.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*, Buenos Aires: Ejea, 1979.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo. *História de Portugal*, volume I, 3ª edição, Lisboa: Verbo, 1979.

SHOTTER, David. *Augustus Caesar*, London: Routledge, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado, histórico e contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense , 1992.

SILVA, Josino do Nascimento. *Código do Processo Criminal de primeira instância*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1864.

SILVA, Jozé Veríssimo Álvares da Silva, "Memória sobre a fórma dos Juízos nos primeiros Seculos da Monarquia Portugueza", *in: Memórias de Litteratura Portugueza*, tomo VI, Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1796, edição "*fac-simile*", Muenchen: Klaus Rep., 1980.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SLOCUM, Kay. *Medieval Civilisation*, London: Laurence King Publishing, 2005.

SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano – História y Sistema*, trad. W. Roces, 17ª ed., Madrid: Tipograffa Artistica, 1928.

SOPER, Edmund Davison. *The religions of the mankind*, New York: Abingdon Press, 1921.

SOUTHERN, Pat. *Augustus*, London: Routledge, 2001.

SOUSA, João Silva de. *Religião e Direito no Alcorão*, Lisnoa: Estampa, 1986.

SOUZA, T.O. Marcondes de. "O descobrimento da América – O tratado de Tordesilhas e as Molucas", *in*: *Revista de História*, vol XXV, São Paulo, 1962.

SOUZA PINTO, José Maria Frederico de. "Comentários", *in:* José Homem Correa Telles, *Doutrina das Acções, expressamente accomodada ao Foro do Brasil por Souza Pinto*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1841.

_____ . *Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro*, tomo 3º, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1856.

SPARANO, Vincenzo. *L'esibizione di prove nel processo civile*, Napoli: Jovene, 1961.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez, tradução A. Oliva Santos*, Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1973.

SURGIK, Aloísio. *Gens Gothorum-as raízes bárbaras do legalismo dogmático*, 2ª edição, Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 2004.

_____. *Lineamentos do Processo Civil Romano*, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990.

_____ . "Das presunções como meios de prova (de Roma à atualidade)", *in: La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno, (Actas del VI Congreso*

Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano), Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2000.

TALAMANCA, Giuliana Foti. *Ricerche sul processo nell'Egito greco-romano, parte II - Introduzione del giudizio*, Milano: Giuffrè, 1979.

TARUFFO, Michele."Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione", in: *Participação e Processo*, Coordenação A. Grinover, C. Dinamarco e K. Watanabe, São Paulo: RT, 1988.

_____ . *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992.

TORRENT, Armando. "L'eredità di Eraclito di Siracusa e le origini della 'cognitio extra ordinem', *in*: *Atti del II Seminario Romanistico Gardesano*, Milano: Giuffrè, 1980.

TOZZI, Antonio. "L'evoluzione del giudizio de fatto nel processo romano", in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol XVII, parte I, Padova: Cedam, 1940.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo-regramentos e garantias constitucionais do processo*, em cooperação com J.R. Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____ . *Lineamentos do processo Penal Romano*, São Paulo: Bushatsky, 1976.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Fôrça probante dos livros mercantis*, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

VINCENTI, Umberto. "*Duo genera sunt testium" – contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989.

SALVADOR, Frei Vicente do. *História do Brasil*, 3ª edição, São Paulo: Melhoramentos, 1931.

TEYSSIER, Paul. “Cem anos gloriosos”, tradução A. P. Faria, *in*: ARAÚJO, Carlos (direção), *Lisboa e os descobrimentos – 1415- 1580: a invenção do mundo pelos navegadores portugueses*, Lisboa: Terramar, s/d.

THORNTON, John. *A África e os africanos na formação do mundo atlântico – 1400 - 1800*, tradução M. R. Mota, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História Geral do Brasil antes de sua separação e independência de Portugal*, tomo I, 7ª edição, São Paulo: Melhoramentos, 1962.

VERGARA, Oswaldo. *Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul*, 3ª edição, Porto Alegre: Globo, 1936.

VICENTI, Umberto. *“Duo Genera Sunt Testium” - Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova: Cedam, 1989.

WEHLING, Arno. *Formação do Brasil Colonial*, em cooperação com Maria José C.M. Wehling, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

WEHLING, Maria José C. M. *Formação do Brasil Colonial*, em cooperação com Arno Wehling, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

WERNER, Paul. *La vie a Rome aux temps antiques*, Genève: Minerva, 1978.

ZUCCOTTI, Ferdinando. *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico - Elementi per uno studio comparatistico*, Milano: Giuffrè, 2000.

Resumo

O presente trabalho cuida de investigar os principais aspectos da evolução histórica do instituto da prova, desde o antigo direito processual romano, passando pelo direito processual medieval, em especial, o direito lusitano, até o momento da última das três grandes Ordenações do Reino, as Filipinas, nos primórdios do século XVII.

De início, a pesquisa aborda os vestígios da prova nos povos antigos e no processo civil romano, marcado pelo sistema processual das "*legis actiones*". Posteriormente são analisadas as sucessivas modificações nos períodos subseqüentes ("*per formulas*" e "*extraordinaria cognitio*", buscando identificar as mutações que a prova experimentou ao longo do tempo.

Na seqüência, ultrapassando o período romano, chega-se ao período da Idade Média e da presença visigótica na Península Ibérica. Com o declínio do reino visigótico e ultrapassando o período da presença árabe, atenção especial será dada ao período da Reconquista, evidenciando o fenômeno da formação da nacionalidade portuguesa e seu antigo direito, de índole consuetudinária, bem representado no direito foraleiro, os Forais, e nas primeiras Leis Gerais.

Após, investiga-se o sistema da prova previsto nos três grandes monumentos legislativos lusitanos, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Trata-se, pois, de uma investigação na área da História do Processo Civil, com o objetivo de oferecer uma visão abrangente das origens do instituto da prova no moderno processo civil brasileiro, de longevas e inegáveis raízes lusitanas.

Abstract

This study examines the key features of the historical evolution of the Evidence (*Proof*) under the Portuguese medieval law, from the emergence of ancient Roman civil procedure through the compiling of the last of the three great codifications (*Ordenações Filipinas*), in the early of 17th century.

Reviewing the vestiges of legal practices concerning the evidence among the ancient peoples and mainly on the Roman civil procedure, marked by the procedural system of the "*legis actiones*", next, the study analyses successive modifications to the evidence in the subsequent periods ("*per formulas*" e "*extraordinaria cognitio*"), and seeks to identify changes over time.

The account then moves on from the Roman period to the Middle Age and the period of the Visigoth presence on the Iberian Peninsula.With the decline of the Visigoth kingdom and the period of Arab presence, special attention will be paid to the period of the 'Reconquest' and the phenomenon of the formation of the Portuguese nationality and its ancient laws, based on custom and tradition, well represented by the *Forais* (ancient laws granted by the King) and the first general Laws (*Leis Gerais*).

After, the study examines the evidence system in the three great Portuguese monumental legislative codifications (*Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas*).

The study is therefore concerned with the History of Civil Procedure, and its aim is to provide a sweeping overview of the genesis of the evidence in the modern Brazilian civil procedure, with its undeniable Portughese roots from distant past.

Riassunto

Il presente lavoro si pone di ricercare i principali aspetti dell'evoluzione storica della prova nel diritto medievale portoghese, dell'antico processo civile romano, fino al tempo dell'elaborazione dell'ultimo dei tre grandi Ordini Del Regno (*Ordenações Filipinas*), nei primi anni del secolo XVII.

Realizzando una ricerca sulle vestigia delle pratiche giuridiche negli antichi popoli e nel processo civile romano, contrassegnato per il sistema procesuale delle "*legis actiones*", posteriormente sono analizzate le sucessive modifiche nel periodi sussequenti nel processo romano ("*per formulas*" e "*extraordinaria cognitio*"), cercando si identificare i cambiamenti che la prova ha sperimentato nel corso del tempo.

In sequenza, oltrepassando el período romano si arriva al Medio Evo e alla presenza visigota in território hispanico. Con il declínio del regno visigoto e passando oltre il período arabo, un attenzione sará data al periodo della 'Riconquista', evidenziando il fenomeno della formazione della nazionalita portoghese e del suo antico diritto consuetudinario, rapresentato nei "*Forais*" e "*Leis Gerais*".

Doppo, si investiga il sistema della prova previsto nei 3 grandi monumenti legislative lusitani (*Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas*).

Pertanto, si trata di una ricerca nell'area della Storia del Processo Civile, con l'obiettivo di offrire una visione della genesi remota dell'istituto della prova nel moderno processo civile brasiliano, di lunghe e innegabili radice lusitane.